

Sumário

O conceito de Direito	2
A. Direito e justiça	2
a A conduta humana como objeto de regras	2
b. Definição científica e definição política de Direito	3
c. O conceito de Direito e a idéia de justiça	4
1. A justiça como um julgamento subjetivo de valor	4
2. Direito natural	5
3. O dualismo de Direito positivo e Direito natural	7
4. Justiça e paz.....	8
5. Justiça e legalidade	9
B. O critério de Direito (o Direito como uma técnica social específica)	10
a. Motivação direta e indireta	10
b. Sanções transcendentais e socialmente organizadas	11
c. Punição e recompensa	12
e. Direito, moralidade, religião.....	13
f. A monopolização do uso da força	13
g. Direito e paz.....	14
h. Compulsão psíquica	14
i. As motivações do comportamento lícito	16
j. Argumentos contra a definição do Direito como ordem coercitiva	16
1. A teoria de Eugen Ehrlich.....	16
2. A série infinita de sanções.....	18
C. Validade e eficácia	19
a. A “norma”.....	19
1. O <i>Direito como comando, i.e., expressão de uma vontade</i>	21
2. A “vontade” das partes em uma transação jurídica.....	22
3. A “vontade” do legislador.....	22
4. O <i>Direito consuetudinário como comando</i>	23
5. O “dever ser”	23
b. Normas individuais e gerais	24
c. Normas condicionais e incondicionais.....	25
d. Norma e ato	25
e. A eficácia como conformidade da conduta à norma	26
f. A conduta “oposta” à norma	26
g. <i>A eficácia como condição de validade</i>	27
h. A esfera de validade das normas	27
i. Leis retroativas e <i>ignorantia juris</i>	28
D. A norma jurídica	29
a. Norma jurídica e regra de Direito num sentido descritivo	29
b. Regra de Direito e lei da natureza.....	29
c. A norma jurídica como padrão de avaliação	31

O conceito de Direito

A. Direito e justiça

a A conduta humana como objeto de regras

O Direito é uma ordem da conduta humana. Uma “ordem” é um sistema de regras. O Direito não é, como às vezes se diz, uma regra. É um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema. É impossível conhecermos a natureza do Direito se restringirmos nossa atenção a uma regra isolada. As relações que concatenam as regras específicas de uma ordem jurídica também são essenciais à natureza do Direito. Apenas com base numa compreensão clara das relações que constituem a ordem jurídica é que a natureza do Direito pode ser plenamente entendida.

O fato de o Direito ser uma ordem da conduta humana não significa que a ordem jurídica diga respeito apenas à conduta humana, que nada além da conduta humana faça parte do conteúdo das regras jurídicas. Uma regra que toma o assassinato um delito punível diz respeito a uma conduta humana que tem a morte de um ser humano como efeito. A morte em si, porém, não é uma conduta humana, mas um processo fisiológico. Toda regra jurídica obriga os seres humanos a observarem certa conduta sob certas circunstâncias. Essas circunstâncias não precisam ser atos de conduta humana; podem ser, por exemplo, o que chamamos de eventos naturais. Uma regra jurídica pode obrigar os vizinhos a prestarem assistência às vítimas de uma inundação. A inundação não é uma conduta humana, mas sim a condição de uma conduta humana prescrita pela ordem jurídica. Nesse sentido, os fatos que não são fatos da conduta humana tendem a fazer parte do conteúdo de uma regra jurídica. No entanto, eles podem sê-lo apenas na medida em que estejam relacionados com a conduta humana, como sua condição ou como seu efeito.

Aparentemente, isso se aplicaria apenas ao Direito dos povos civilizados.

No Direito primitivo, os animais e mesmo as plantas e objetos inanimados são muitas vezes tratados da mesma maneira que os seres humanos e, particularmente, punidos¹. Contudo, o fato deve ser visto em sua conexão com o animismo do homem primitivo. Ele considera os animais, as plantas e os objetos inanimados como providos de uma “alma”, porquanto lhes atribui faculdades mentais humanas e, às vezes, sobre-humanas. A diferença fundamental entre o ser humano e os outros seres, que faz parte da perspectiva do homem civilizado, não existe para o homem primitivo. E ele aplica seu Direito também a seres não humanos porque, a seu ver, eles são humanos ou, pelo menos, similares ao homem. Neste sentido, o Direito primitivo também é uma ordem da conduta humana.

¹ Na Antigüidade, havia em Atenas uma corte especial, cuja função era condenar objetos inanimados como, por exemplo, uma lança pela qual um homem houvesse sido morto. Demóstenes, *Oration against Aristocrates*. 76 (tradução inglesa de J. H. Vince, 1935. 267): “Há também um quarto tribunal, o de *Prytaneum*. Sua função é a de, caso um homem seja atingido por uma pedra, um pedaço de madeira ou ferro, ou qualquer coisa do tipo que lhe caia por cima, e, caso alguém, sem saber quem atirou, conheça e esteja de posse do implemento do homicídio, mova ação contra esses implementos nesse tribunal.” (Cf. também Platão, *The Laws*. 873, e Aristóteles, *Athenensium Rês Publica*, cap. 57.) Na Idade Média ainda era possível mover uma ação contra um animal, por exemplo, um cão ou um touro que houvessem matado um homem, ou gafanhotos que houvessem causado dano comendo a colheita; e, num processo jurídico apropriado, o tribunal condenava o animal à morte, depois do que o animal era executado exatamente como um ser humano. Cf. Karl von Amira, *Thierstrafen und Thierprocesse* (1891).

b. Definição científica e definição política de Direito

Qualquer tentativa de definição de um conceito deve adotar como ponto de partida o uso comum da palavra, denotando o conteúdo em questão. Para definirmos o conceito de Direito, devemos começar pelo exame da seguinte pergunta: Os fenômenos geralmente chamados “Direito” apresentam uma característica comum que os distingue de outros fenômenos sociais de tipo similar? E essa característica é de tal importância na vida social do homem que possa ser tomada como base na definição de um conceito útil para a cognição da vida social? Por razões de economia de pensamento, deve-se partir do uso mais amplo possível da palavra “Direito”. Talvez não seja possível encontrar uma característica do tipo que procuramos. Talvez o uso real seja tão livre que os fenômenos chamados “Direito” não exibam nenhuma característica comum de real importância. Mas se tal característica pode ser encontrada, justifica-se incluí-la na definição.

Isso não quer dizer que seria ilegítimo formular um conceito mais restrito de Direito, que não abrangesse todos os fenômenos geralmente chamados “Direito”. Podemos definir como quisermos os termos que desejamos usar como ferramentas em nosso trabalho intelectual. A única questão é saber se eles servirão o propósito teórico ao qual os destinamos. Um conceito de Direito cujo alcance coincida, grosso modo, com o uso comum deve, obviamente — no mais não havendo diferença — ser preferível a um conceito aplicável a uma classe muito mais restrita de fenômenos. Tomemos um exemplo. Mesmo depois da ascensão do bolchevismo, do nacional-socialismo e do fascismo, fala-se de “Direito” russo, alemão ou italiano. Nada nos impede, contudo, de incluir em nossa definição de ordem jurídica um mínimo determinado de liberdade pessoal ou a possibilidade da propriedade privada. Um resultado de tal definição seria as ordens sociais da Rússia, Itália e Alemanha não mais poderem ser reconhecidas como ordens jurídicas, mesmo possuindo elas elementos de grande importância em comum com as ordens sociais dos Estados democráticos capitalistas.

O conceito acima mencionado — o qual de fato se encontra em obras recentes de filosofia do Direito — também mostra como um viés político pode influenciar a definição de Direito. O conceito de Direito, neste caso, é elaborado de modo a corresponder a um ideal específico de justiça, isto é, o da democracia e do liberalismo. Do ponto de vista da ciência, livre de quaisquer julgamentos valorativos, morais ou políticos, a democracia e o liberalismo são apenas dois princípios possíveis de organização social, exatamente como o são a autocracia e o socialismo. Não há nenhuma razão científica pela qual o conceito de Direito deva ser definido de modo a excluir estes últimos. Tal como empregado nestas investigações, o conceito de Direito não tem quaisquer conotações morais. Ele designa uma técnica específica de organização social. O problema do Direito, na condição de problema científico, é um problema de técnica social, não um problema de moral. A afirmação: “Certa ordem social tem o caráter de Direito, é uma ordem jurídica”, não implica julgamento moral de qualificar essa ordem como boa ou justa. Existem ordens jurídicas que, a partir de certo ponto de vista, são injustas. Direito e justiça são dois conceitos diferentes. O Direito, considerado como distinto da justiça, é o Direito positivo. É o conceito de Direito positivo que está em questão aqui; e uma ciência do Direito positivo deve ser claramente distinguida de uma filosofia da justiça.

c. O conceito de Direito e a idéia de justiça

Libertar o conceito de Direito da idéia de justiça é difícil porque ambos são constantemente confundidos no pensamento político não científico, assim como na linguagem comum, e porque essa confusão corresponde à tendência ideológica de dar aparência de justiça ao Direito positivo. Se Direito e justiça são identificados, se apenas uma ordem justa é chamada de Direito, uma ordem social que é apresentada como Direito é — ao mesmo tempo — apresentada como justa, e isso significa justificá-la moralmente. A tendência de identificar Direito e justiça é a tendência de justificar uma dada ordem social. É uma tendência política, não científica. Em vista dessa tendência, o esforço de lidar com o Direito e a justiça como dois problemas distintos pode cair sob a suspeita de estar repudiando inteiramente a exigência de que o Direito positivo deva ser justo. Essa exigência é evidente por si mesma, mas o que ela realmente significa é outra questão. De qualquer modo, uma teoria pura do Direito, ao se declarar incompetente para responder se uma dada lei é justa ou injusta ou no que consiste o elemento essencial da justiça, não se opõe de modo algum a essa exigência. Uma teoria pura do Direito — uma ciência — não pode responder essas perguntas porque elas não podem, de modo algum, ser respondidas cientificamente.

O que realmente significa dizer que uma ordem social é justa? Significa que essa ordem regula a conduta dos homens de modo satisfatório a todos, ou seja, que todos os homens encontram nela a sua felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem pela felicidade. É a felicidade que o homem não pode encontrar como indivíduo isolado e que, portanto, procura em sociedade. A justiça é a felicidade social.

1. A justiça como um julgamento subjetivo de valor

É óbvio que não pode existir nenhuma ordem “justa”, ou seja, uma ordem que proporcione felicidade a todos, caso se defina o conceito de felicidade em seu sentido original, restrito, de felicidade individual, dando como significado de felicidade de um homem aquilo que ele considera que isso seja. Porque, então, é inevitável que a felicidade de um indivíduo entre, em algum tempo, em conflito com a de outro. Uma ordem justa não é possível mesmo com a suposição de que ela procure concretizar não a felicidade individual de cada um, mas sim a maior felicidade possível do maior número possível de indivíduos. A felicidade que uma ordem social é capaz de assegurar pôde ser felicidade apenas no sentido coletivo, ou seja, a satisfação de certas necessidades, reconhecidas pela autoridade social, pelo legislador, como necessidades dignas de serem satisfeitas, tais como as necessidades de alimentação, vestuário e moradia. Mas quais são as necessidades humanas dignas de serem satisfeitas e, em especial, em que ordem de importância? Essas questões não podem ser respondidas por meio da cognição racional. A resposta a elas é um julgamento de valor, determinado por fatores emocionais e, conseqüentemente, de caráter subjetivo, válido apenas para o sujeito que julga e, por conseguinte, apenas relativo. A resposta será diferente, conforme seja dada por um cristão convicto, que considera o bem-estar de sua alma no além-mundo mais importante que os bens terrenos, ou por um materialista, que não crê em vida após a morte; e será diferente ainda conforme seja dada por quem considere a liberdade pessoal como o bem supremo, isto é, o liberalismo, ou por quem considere a segurança social e a igualdade de todos os homens como superiores à liberdade, ou seja, o socialismo.

Se as posses espirituais ou as materiais, se a liberdade ou a igualdade, representam o valor supremo, é uma questão que não pode ser respondida racionalmente. Ainda assim, o julgamento de valor subjetivo e, portanto, relativo, através do qual se responde a essa pergunta em geral é apresentado como uma asserção de valor objetivo e absoluto, como uma norma de validade geral. É uma peculiaridade do ser humano a sua necessidade profunda de justificar seu comportamento, a expressão de suas emoções, seus desejos e anseios, através da função do seu intelecto, do seu pensamento e cognição. Isso é possível, pelo menos em princípio, na medida em que os desejos e anseios estejam relacionados ao meio pelo qual um fim ou outro deva ser alcançado — pois a relação entre meio e fim é uma relação de causa e efeito, e isso pode ser determinado com base na experiência, ou seja, racionalmente. Mesmo isso às vezes é impossível, tendo em vista as atuais condições da ciência social — pois, em muitos casos, não temos uma experiência adequada que nos possibilite determinar como certos objetivos sociais podem ser melhor atingidos. Por conseguinte, a questão do meio apropriado é com freqüência determinada antes por julgamentos subjetivos de valor do que por um discernimento objetivo da conexão entre meio e fim, ou seja, entre causa e efeito. Portanto, pelo menos no momento, o problema da justiça, ainda que seja, como aqui, restrito a uma questão quanto ao meio apropriado para se alcançar um fim geralmente reconhecido, não pode ser solucionado de forma racional. A controvérsia entre liberalismo e socialismo, por exemplo, é em grande parte uma controvérsia não quanto ao objetivo da sociedade, mas antes quanto à maneira correta de se atingir um objetivo sobre o qual a totalidade dos homens se acha de acordo; e essa controvérsia não pode ser solucionada cientificamente, pelo menos não no presente.

O julgamento pelo qual se declara que algo é um meio apropriado para um fim pressuposto não é um verdadeiro julgamento de valor; trata-se — tal como assinalado — de um julgamento que diz respeito à conexão entre causa e efeito, e, como tal, um julgamento sobre a realidade. Um julgamento de valor é a

afirmação pela qual algo é declarado como um fim, um fim último que, em si, não é um meio para um fim posterior. Tal julgamento é sempre determinado por fatores emocionais.

Uma justificação da função emocional pela racional, porém, está excluída em princípio, na medida em que se trata de uma questão' de fins últimos que, em si, não são meios para fins posteriores.

Caso a asserção de tais fins últimos surja na forma de postulados ou normas de justiça, eles sempre repousam sobre julgamentos de valor puramente subjetivos e, portanto, relativos. É desnecessário dizer que há um grande número de tais julgamentos de valor, diferentes uns dos outros e inconciliáveis. Isso, é claro, não significa que cada indivíduo possua seu próprio sistema de valores. Na verdade, muitos indivíduos concordam em seus julgamentos de valor. Um sistema positivo de valores não é uma criação arbitrária de um indivíduo isolado, mas sempre o resultado da influência que os indivíduos exercem uns sobre os outros dentro de um dado grupo, seja ele família, tribo, classe, casta ou profissão. Todo sistema de valores, em especial um sistema de moral com a sua idéia central de justiça, é um fenômeno social, o produto de uma sociedade e, portanto, diferente de acordo com a natureza da sociedade dentro da qual ele emerge. O fato de haver certos valores geralmente aceitos dentro de certa sociedade não contradiz de modo algum o caráter subjetivo e relativo desses julgamentos de valor. Que muitos indivíduos estejam em concordância quanto aos seus julgamentos de valor não é uma prova de que esses julgamentos sejam corretos. Assim, o fato de a maioria das pessoas acreditarem que o Sol gira ao redor da Terra não é, ou não foi, uma prova de veracidade dessa idéia. O critério de justiça, como o critério de verdade, não depende da frequência com que são feitos julgamentos sobre a realidade ou julgamentos de valor.

Como a humanidade está dividida em várias nações, classes, religiões, profissões, etc. muitas vezes divergentes entre si, existe um grande número de conceitos diferentes de justiça — aliás um número grande demais para que se possa falar simplesmente de “justiça”.

2. Direito natural

Não obstante, cada um tende a apresentar seu próprio conceito de justiça como sendo o único correto, o único absolutamente válido. A necessidade justificação racional de nossos atos emocionais é tão grande que buscamos satisfazê-la mesmo correndo o risco de auto-ilusão. E a justificação racional de um postulado baseado num julgamento subjetivo de valor, ou seja, num desejo como, por exemplo, o de que todos os homens devem ser livres, ou o de que todos os homens devem ser tratados igualmente, é uma auto-ilusão ou — que equivale a dizer a mesma coisa — uma ideologia. Ideologias típicas dessa espécie são as asserções de que algum tipo de fin último e, portanto, de algum tipo de ordenamento definitivo da conduta humana, provém da “natureza ou seja, da natureza das coisas ou da natureza do homem, da razão humana ou da vontade de Deus. Em tal pressuposição reside a essência da doutrina, do chamado Direito natural. Essa doutrina sustenta que há um ordenamento das relações humanas diferente do Direito positivo, mais elevado e absolutamente válido e justo, pois emana da natureza, da razão humana ou da vontade de Deus.

A vontade de Deus — na doutrina do Direito natural — idêntica natureza, na medida em que a natureza é concebida como tendo sido criada por Deus, e as leis naturais como sendo expressão da vontade de Deus. Consequentemente, as leis que regulam a natureza têm, de acordo com essa doutrina, o mesmo caráter das regras jurídicas emitidas por um legislador: elas são comandos dirigidos à natureza; e a natureza obedece a esses comandos assim como o homem obedece às leis emitidas por um legislador². A lei criada

²2. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Introdução §§ 36-39: “A lei, em seu sentido mais geral e abrangente, significa uma regra de ação; e é aplicada indiscriminadamente a todos os tipos de ação, animada ou inanimada, racional ou irracional. Desse modo falamos de leis do movimento, da gravitação, da óptica, ou da mecânica, assim como de lei da natureza e das nações. E é essa regra de ação, prescrita por alguém superior que o inferior é obrigado a obedecer. Assim, quando o Ser Supremo formou o universo e criou a matéria do nada, Ele imprimiu certos princípios a essa matéria, dos quais ela não pode se afastar, sem os quais deixaria de ser. Quando Ele pôs a matéria em movimento, estabeleceu certa leis de movimento, às quais todos os objetos móveis devem se conformar... Esta, então, é a significação geral de lei, uma regra de ação ditada por algum ser superior: e, no caso da criaturas que não possuem nem o poder de pensar, nem o de ter vontade, tais leis devem se invariavelmente obedecidas, para que a criatura em si subsista, pois sua existência depende dessa obediência. Mas as leis, em seu sentido mais restrito, e com o qual é nosso presente objetivo considerá-las, denotam as regras, não da ação em geral, mas da ação ou conduta humana ou seja, os preceitos pelos quais o homem, o mais nobre dos seres sublunares, uma criatura dotada de razão e livre-arbítrio, é comandado a fazer uso dessas faculdades na ordenação geral de seu comportamento.” ... “Como o homem depende absolutamente de seu Criador para tudo, é necessário que ele se conforme em todos os pontos à vontade de seu Criador. Esta vontade de seu Criador é chamada de lei da natureza. Porque, assim como Deus, quando criou a matéria e dotou-a de um princípio de mobilidade, estabeleceu certas regras quanto direção perpétua desse movimento; assim, quando criou o

por um legislador, i.e, por um ato de vontade de uma autoridade humana, é Direito positivo. O Direito natural, de acordo com sua doutrina específica, não é criado pelo ato de uma vontade humana, não é o produto artificial, arbitrário, do homem. Ele pode e tem de ser deduzido da natureza por uma operação mental. Examinando-se cuidadosamente a natureza, em especial a natureza do homem e de suas relações com outros homens, pode-se encontrar as regras que regulam a conduta humana de uma maneira correspondente à natureza e, portanto, perfeitamente justa. Os direitos e deveres do homem, estabelecidos por essa lei natural, são considerados inatos ou congênicos ao homem, porque implantados pela natureza e não a ele impostos ou conferidos por um legislador humano; e, na medida em que a natureza manifesta a vontade de Deus, esses direitos e deveres são sagrados.

Contudo, nenhuma das numerosas teorias de Direito natural conseguiu até agora definir o conteúdo dessa ordem justa de um modo que pelo menos se aproxime da exatidão e objetividade com que a ciência natural pode determinar o conteúdo das leis da natureza ou a ciência jurídica, o conteúdo de uma ordem jurídica. Aquilo que até agora tem sido proposto como Direito natural ou, o que redundava no mesmo, como justiça, consiste, em sua maior parte, em fórmulas vazias, como *suum cuique*, “a cada um o seu”, ou tautologias sem sentido como o imperativo categórico, ou seja, a doutrina de Kant de que os atos de alguém devem ser determinados somente por princípios que se queiram obrigatórios para todos os homens. Mas a fórmula “a cada um o seu” não responde à questão do que é “o seu de cada um”, e o imperativo categórico não diz quais são os princípios que se deveria desejar que fossem obrigatórios para todos os homens. Alguns autores definem justiça pela fórmula “Você fará o certo e evitará fazer o errado”. Mas o que é certo e o que é errado? Trata-se de uma questão decisiva e que permanece sem resposta. Quase todas as fórmulas consagradas que definem justiça pressupõem a resposta esperada como evidente por si mesma. Mas essa resposta não é, de modo algum, evidente. Na verdade, a resposta a o que é o seu de cada um, a qual é o conteúdo dos princípios gerais obrigatórios a todos os homens, ao que é certo e o que é errado - a resposta a todas essas perguntas deve, supostamente, ser dada pelo Direito positivo. Conseqüentemente, todas essas fórmulas de justiça têm o efeito de justificar qualquer ordem jurídica positiva. Elas permitem que qualquer ordem jurídica positiva desejada tenha a aparência de justa.

Quando as normas a que se atribui o caráter de “lei da natureza” ou justiça têm um conteúdo definido, elas surgem como princípios mais ou menos generalizados de um Direito positivo definido, princípios que, sem razão suficiente, são propostos como absolutamente válidos pelo fato de serem declarados como sendo leis naturais ou justas.

Entre os chamados direitos naturais, inatos, sagrados, do homem, a propriedade privada representa um importante, senão o mais importante, papel. Quase todos os principais autores da doutrina do Direito natural afirmam que a instituição da propriedade privada corresponde à própria natureza do homem. Assim, uma ordem jurídica que não garante e protege a propriedade privada é considerada contrária à natureza e, portanto, não pode ter longa duração. “No momento em que é admitida na sociedade a idéia de que a propriedade não é tão sagrada quanto as leis de Deus, e que não há nenhuma força de Direito e justiça pública para protegê-la, a anarquia e a tirania começam. Se ‘NÃO COBIÇARÁS’ e ‘NÃO ROUBARÁS’, regras que pressupõem a instituição da propriedade privada, não fossem mandamentos do Céu, deveriam ser tornados preceitos invioláveis em toda sociedade, antes ela pudesse ser civilizada ou tornada livre.”³ Foi John Adams quem escreveu essas sentenças, expressando desse modo uma convicção geralmente aceita em sua época. De acordo com sua teoria, uma organização comunista que exclui a propriedade privada e reconhece apenas a propriedade pública, uma ordem jurídica que reserva a posse da terra e de outros agentes de produção à comunidade, em especial ao Estado, não apenas é contrária à natureza e, portanto, injusta, mas também virtualmente insustentável.

Contudo, é quase impossível provar essa doutrina; ao lado de ordens jurídicas que instituem a propriedade privada, a história exibe outras que reconhecem a propriedade privada, quando muito, apenas num âmbito bastante restrito. Sabemos de sociedades agrícolas relativamente primitivas onde o bem mais importante, a terra, não pertence a particulares, mas à comunidade; e as experiências dos últimos vinte e cinco anos

homem e dotou-o de livre-arbítrio para se conduzir em todas as partes da vida, Ele estabeleceu certas leis imutáveis de conduta humana por meio das quais o livre-arbítrio é regulado e restringido em certa medida, e deu-lhe também a faculdade da razão para descobrir o teor dessas leis... Ele estabeleceu apenas leis tais que estivessem fundadas nas relações de justiça, que existissem na natureza das coisas, antecedente a qualquer preceito positivo. Essas são as leis eternas, imutáveis, do bem e do mal, às quais o próprio Criador, em todas as Suas disposições, se conforma; e às quais Ele possibilitou razão humana descobrir, tanto quanto sejam necessárias à condução das ações humanas.”

³ Works of John Adams (1851), 9.

demonstram que uma organização comunista é perfeitamente possível mesmo em um Estado poderoso e altamente industrializado. Se o sistema do capitalismo, baseado no princípio da propriedade privada, ou o sistema do comunismo, baseado no princípio da propriedade pública, é o melhor, trata-se de outra questão. De qualquer forma, a propriedade privada não é, historicamente, o único princípio sobre o qual uma ordem jurídica pode ser baseada. Declarar a propriedade como um direito natural, porque é o único que corresponde à natureza, é uma tentativa de tornar absoluto um princípio especial que, historicamente, em certo tempo e sob certas condições políticas e econômicas, tornou-se Direito positivo.

Chega realmente a acontecer, ainda que com menos frequência, que os princípios declarados “naturais” ou “justos” se oponham a um Direito positivo definido. O socialismo também tem sido advogado pelo método específico da doutrina do Direito natural, e a propriedade privada tem sido declarada contrária à natureza. Por esse método sempre é possível sustentar e, pelo menos em aparência, provar postulados opostos. Se os princípios do Direito natural são apresentados para aprovar ou desaprovar uma ordem jurídica positiva, em qualquer dos casos, sua validade repousa em julgamentos de valor que não possuem qualquer objetividade. Uma análise crítica sempre demonstra que eles são apenas a expressão de certos interesses de grupo ou classe. Dessa maneira, a doutrina do Direito natural é às vezes conservadora, às vezes reformista ou revolucionária em caráter. Ela ou justifica o Direito positivo proclamando sua concordância com a ordem natural, racional ou divina, uma concordância afirmada, mas não provada; ou põe em questão a validade do Direito positivo sustentando que ele se encontra em contradição com algum dos pressupostos absolutos. A doutrina revolucionária do Direito natural, assim como a conservadora, preocupa-se não com a cognição do Direito positivo, da realidade jurídica, mas com sua defesa ou ataque, com uma tarefa política, não científica⁴.

3. O dualismo de Direito positivo e Direito natural⁵

A doutrina do Direito natural é caracterizada por um dualismo fundamental entre Direito positivo e Direito natural. Acima do imperfeito Direito positivo existe um perfeito — porque absolutamente justo — Direito natural; e o Direito positivo é justificado apenas na medida em que corresponda ao Direito natural. Nesse aspecto, o dualismo entre Direito positivo e Direito natural, tão característico da doutrina do Direito natural, lembra o dualismo metafísico da realidade e a idéia platônica. O centro da filosofia de Platão é sua doutrina das idéias. De acordo com essa doutrina — que possui um caráter profundamente dualista —, o mundo é dividido em duas esferas diferentes: uma é a do mundo visível, perceptível pelos nossos sentidos, o que chamamos realidade; a outra é a do mundo invisível das idéias. Tudo no mundo visível possui seu padrão ideal ou arquétipo no outro mundo, o invisível. As coisas que existem neste mundo visível são apenas cópias imperfeitas, sombras, por assim dizer, das idéias existentes no mundo invisível. Esse dualismo entre realidade e idéia, entre um mundo imperfeito dos nossos sentidos e outro perfeito, inacessível à experiência dos nossos sentidos, o dualismo entre natureza e supranatureza, entre o natural e o sobrenatural, o empírico e o transcendental, o aqui e o além, essa reduplicação do mundo⁶, um elemento não apenas da filosofia de Platão; é um elemento típico de toda interpretação metafísica ou, o que redundava no mesmo, de toda interpretação religiosa do mundo. Esse dualismo tem um caráter otimista conservador ou pessimista revolucionário, conforme afirme que há concordância ou contradição entre a realidade empírica e as idéias transcendentais. O propósito dessa metafísica não é — como no caso da

⁴ Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law* (1922), 33 s., diz: “A concepção do Direito natural como algo do qual todo Direito positivo seria apenas expressão, como algo pelo qual todas as regras reais deveriam ser medidas, ao qual, na medida do possível, elas deveriam se conformar, pelo qual as novas regras deveriam ser moldadas e pelo qual as velhas deveriam ser ampliadas ou restritas em sua aplicação, era um poderoso instrumento nas mãos dos juristas e dava-lhes capacidade para prosseguir em sua tarefa de construção jurídica com confiança segura.” Um “poderoso instrumento”, sem dúvida: mas esse instrumento é uma mera ideologia ou, para usar um termo mais familiar aos juristas, uma ficção.

⁵ Cf. o Apêndice.

⁶ Em sua crítica à doutrina das idéias de Platão, Aristóteles (*Metaphysica*, 990b) diz: “Mas, no que diz respeito aos que postularam as Idéias como causas, em primeiro lugar, ao buscar entender as causas das coisas ao nosso redor, eles introduziram outras, em igual número ao dessas, como se um homem que quisesse contar coisas pensasse que não poderia fazê-lo enquanto estas fossem poucas, mas que tentasse contá-las quando houvesse aumentado seu número. Porque as Formas são praticamente iguais, ou não menores em quantidade, às coisas...”

ciência — explicar racionalmente a realidade, e sim, ao contrário, aceitá-la ou rejeitá-la emocionalmente. E tem-se a liberdade de escolher uma ou outra interpretação da relação entre realidade e idéias, já que a cognição objetiva das idéias não é possível, em vista do transcendentalismo envolvido na própria definição. Se o homem possuísse um discernimento completo do mundo das idéias, ele seria capaz de adaptar seu mundo e, em especial, seu mundo social, sua conduta, a esse padrão ideal; e, já que o homem se tornaria perfeitamente feliz se sua conduta correspondesse ao ideal, ele certamente se conduziria dessa maneira. Ele e, conseqüentemente, seu próprio mundo empírico tornar-se-iam inteiramente bons. Por conseguinte, não haveria mais um mundo empiricamente real, distinto de um mundo transcendental ideal. O dualismo entre este mundo e o outro, resultante da imperfeição do homem, desapareceria. O ideal seria o real. Caso se pudesse ter conhecimento da ordem absolutamente justa, cuja existência é postulada pela doutrina do Direito natural, o Direito positivo seria supérfluo, ou melhor, desprovido de sentido. Confrontada com a existência de uma ordenação justa da sociedade, inteligível em termos de natureza, razão ou vontade divina, a atividade dos legisladores equivaleria a uma tola tentativa de criar iluminação artificial em pleno sol. Fosse possível responder à questão da justiça como é possível resolver problemas de técnica da ciência natural ou da medicina, pensar-se-ia tanto em regular as relações entre os homens através de medida de autoridade coercitiva quanto se pensa hoje em prescrever forçosamente pelo Direito positivo como se deve construir uma máquina a vapor ou como curar uma doença específica. Caso houvesse uma justiça objetivamente reconhecível, não haveria Direito positivo e, conseqüentemente, Estado; pois não seria necessário coagir as pessoas a serem felizes. A asserção costumeira, contudo, de que realmente existe uma ordem natural, absolutamente boa, mas transcendental e, por conseguinte, não inteligível, de que de fato existe algo como justiça, mas que ela não pode ser definida com clareza, é, em si mesma, uma contradição. Trata-se, na verdade, de uma paráfrase eufemística para o doloroso fato de que a justiça é um ideal inacessível à cognição humana.

4. Justiça e paz

A justiça é uma idéia irracional. Por mais indispensável que seja para a volição e a ação dos homens, não está sujeita à cognição. Considerada a partir da perspectiva da cognição racional, existem apenas interesses e, conseqüentemente, conflitos de interesses. Sua solução pode ser alcançada por uma ordem que satisfaça um interesse em detrimento de outro ou que busque alcançar um compromisso entre interesses opostos. Que apenas uma dessas duas ordens seja “justa” não é algo que possa ser estabelecido pela cognição racional. Tal cognição pode entender apenas uma ordem positiva evidenciada por atos determináveis objetivamente. Essa ordem é o Direito positivo. Somente isso pode ser objeto da ciência; somente isso é o objeto de uma teoria pura do Direito, o qual é uma ciência, não uma metafísica do Direito. Ela apresenta o Direito tal como ele é, sem defendê-lo chamando-o justo, ou condená-lo denominando-o injusto. Ela busca um Direito real e possível, não o correto. E, nesse sentido, uma teoria radicalmente realista e empírica. Ela declina de avaliar o Direito positivo.

Contudo, a teoria pode fazer uma afirmação com base na experiência: somente uma ordem jurídica que não satisfaça os interesses de um em detrimento dos de outro mas que, ao contrário, proporcione uma solução de compromisso entre interesses opostos, de modo a minimizar os possíveis atritos, possui a expectativa de existência relativamente duradoura. Apenas uma ordem de tal espécie estará em posição de assegurar a paz social em uma base relativamente permanente. E, apesar de o ideal de justiça em seu sentido original, tal como o desenvolvido aqui, ser razoavelmente diferente do ideal de paz, existe uma tendência definida de identificar os dois ideais ou de, pelo menos, substituir o ideal de justiça pelo de paz.

5. Justiça e legalidade

Essa mudança de significado do conceito de justiça caminha lado a lado com a tendência de retirar o problema da justiça da insegura esfera dos julgamentos subjetivos de valor e de estabelecê-lo no terreno seguro de uma ordem jurídica determinada. Nesse sentido, a “justiça” significa legalidade; é “justo” que uma regra geral seja aplicada em todos os casos em que, de acordo com seu conteúdo, esta regra deva ser aplicada. É “injusto” que ela seja aplicada em um caso, mas não em outro caso similar. E isso parece “injusto” sem levar em conta o valor da regra geral em si, sendo a aplicação desta o ponto em questão aqui. A justiça, no sentido de legalidade, é uma qualidade que se relaciona não com o conteúdo de uma ordem jurídica, mas com sua aplicação. Nesse sentido, a justiça é compatível e necessária a qualquer ordem jurídica positiva, seja ela capitalista ou comunista, democrática ou autocrática. “Justiça” significa a manutenção de uma ordem positiva através de sua aplicação escrupulosa. Trata-se de justiça “sob o Direito”. A afirmação de que o comportamento de um indivíduo é “justo” ou “injusto”, no sentido de “legal” ou “ilegal”, significa que sua conduta corresponde ou não a uma norma jurídica, pressuposta como sendo válida pelo sujeito que julga por pertencer essa norma a uma ordem jurídica positiva. Tal afirmação tem, logicamente, o mesmo caráter de uma afirmação pela qual subordinamos um fenômeno concreto a um conceito abstrato. Se a declaração de que certa conduta corresponde ou não a uma norma legal for chamada julgamento de valor, este é julgamento objetivo de valor, que deve ser claramente distinguido de um julgamento subjetivo pelo qual a vontade ou o sentimento do sujeito que julga é expresso. A declaração de que uma conduta específica é legal ou ilegal independe das vontades ou dos sentimentos do sujeito que julga; ela pode ser verificada de modo objetivo. Apenas com o sentido de legalidade é que a justiça pode fazer parte de uma ciência do Direito⁷

⁷ Cf. *infra*. 51 ss.

B. O critério de Direito (o Direito como uma técnica social específica)

Se restringirmos nossa investigação do Direito positivo, e se compararmos todas as ordens sociais, do passado e do presente, geralmente chamadas “Direito”, descobriremos que elas têm uma característica comum que nenhuma ordem social de outro tipo apresenta. Essa característica constitui um fato de suprema importância para a vida social e seu estudo científico. E essa característica é o único critério pelo qual podemos distinguir com clareza o Direito de outros fenômenos sociais como a moral e a religião. Qual é esse critério?

a. Motivação direta e indireta

A função de toda ordem social, de toda sociedade — porque a sociedade nada mais é que uma ordem social — é motivar certa conduta recíproca dos seres humanos: fazer com que eles se abstenham de certos atos que, por alguma razão, são considerados nocivos à sociedade, e fazer com que executem outros que, por alguma razão, são considerados úteis à sociedade.

De acordo com a maneira pela qual a conduta socialmente desejável foi motivada, vários tipos de ordens sociais podem ser distinguidos. Esses tipos — trata-se de tipos ideais a serem apresentados aqui — são caracterizados pela motivação: específica empregada pela ordem social para induzir os indivíduos a se comportarem conforme o desejado. A motivação pode ser direta ou indireta. A ordem pode vincular certas vantagens à observância de certa conduta e certas desvantagens à sua não-observância e, por conseguinte, fazer com que o desejo pela vantagem prometida ou o medo da ameaça de desvantagem atue como motivação de conduta. A conduta em conformidade com a ordem estabelecida é alcançada por uma sanção estabelecida na própria ordem. O princípio de recompensa e punição — o princípio da retribuição — , fundamental para a vida social, consiste em associar a conduta de acordo com a ordem estabelecida e a conduta contrária à ordem, respectivamente, com uma promessa de vantagem e uma ameaça de desvantagem como sanções.

A ordem social pode, contudo, mesmo sem a promessa de uma vantagem em caso de obediência e sem a ameaça de uma desvantagem em caso de desobediência, isto é, sem decretar sanções, determinar uma conduta que pareça vantajosa aos indivíduos, de modo que a simples idéia de uma norma que decreta esse comportamento seja suficiente como motivação para a conduta em conformidade com a norma. Esse tipo de motivação direta, em sua pureza absoluta, raramente é encontrado na realidade social.

Em primeiro lugar, não há quase nenhuma norma cujo teor seja diretamente atraente aos indivíduos cujo comportamento ela regula, de modo que sua mera idéia seja suficiente como motivação. Além disso, a conduta social dos indivíduos é sempre acompanhada por um julgamento de valor, ou seja, a idéia de que a conduta em consonância com a lei “boa”, ao passo que a contrária à ordem é “má”. Por conseguinte, a conformidade à lei é geralmente associada à aprovação dos pares; a não-conformidade, à sua desaprovação. O efeito dessa reação do grupo à conduta dos indivíduos em conformidade ou em conflito com a ordem é o de uma sanção da ordem. A partir de uma perspectiva realista, a diferença decisiva não se encontra entre as ordens sociais cuja eficácia repousa em sanções e aquelas cuja eficácia não repousa em sanções. Toda ordem social é, de certo modo, “sancionada” pela reação específica da comunidade à conduta de seus membros, em conformidade ou em conflito com a ordem. Isso também é verdadeiro no caso de sistemas morais altamente desenvolvidos, os quais se aproximam mais intimamente do tipo de motivação direta por normas desprovidas de sanção. A única diferença é que certas ordens sociais estabelecem, elas mesmas, sanções definidas, ao passo que, em outras, as sanções consistem numa reação automática da comunidade não expressamente estabelecida pela ordem.

b. Sanções transcendentais e socialmente organizadas

As sanções estabelecidas pela própria ordem social podem ter um caráter transcendental, ou seja, religioso, ou então social-imanente.

Em primeiro lugar, as sanções estabelecidas pela ordem consistem em vantagens ou desvantagens que devem ser aplicadas aos indivíduos por uma autoridade sobre-humana, um ser mais ou menos caracterizado como divino. De acordo com a idéia que os indivíduos têm dos seres sobre-humanos nos primórdios do desenvolvimento religioso, eles existem, não num além-mundo diferente do aqui, mas intimamente ligados aos homens na natureza que os circunda. O dualismo do aqui e do além ainda é desconhecido do homem primitivo⁸ Os seus primeiros deuses são as almas dos mortos, particularmente dos ancestrais, que vivem em árvores, rios, rochas e especialmente em certos animais. São eles que garantem a manutenção da ordem social primitiva, punindo a sua violação com morte, doença, má sorte na caça e, de modo similar, recompensando a sua observância com saúde, vida longa e boa sorte na caça. A retribuição realmente emana da divindade, mas é tornada real no aqui. Pois a natureza é explicada pelo homem primitivo de acordo com o princípio da retribuição. Ele considera os eventos naturais apenas no que diz respeito à vantagem ou à desvantagem a eles associadas e interpreta os eventos vantajosos como recompensa e os desvantajosos como punição a ele infligida pelos seres pessoais e sobre-humanos que imagina existir dentro ou por trás dos fenômenos naturais. A ordem social primordial possui um caráter absolutamente religioso. Originalmente, não conhece outras sanções que as religiosas, ou seja, as que emanam de uma entidade sobre-humana. Apenas mais tarde, pelo menos dentro do grupo mais estreito, aparecem, lado a lado com as sanções transcendentais, as sanções socialmente imanentes, ou seja, organizadas, sanções a serem executadas por um indivíduo determinado pela ordem social de acordo com as disposições dessa ordem. Nas relações entre diferentes grupos, a vingança de sangue aparece bem cedo como uma reação socialmente organizada contra um dano considerado injustificado e atribuível a um membro de um grupo alienígena.

O grupo do qual parte essa reação é uma comunidade baseada numa relação de sangue. A reação é induzida pelo medo da alma da pessoa assassinada. Aparentemente, esta última não pode se vingar de seu assassino, caso ele pertença a um grupo alienígena. Portanto, ele compele seus parentes a executar a vingança. A sanção organizada socialmente desse modo é ela própria garantida por uma sanção transcendental. Os que fracassam em vingar morte de seu parente na pessoa do assassino estrangeiro e de seu grupo são ameaçados com doença e morte pela alma do homem assassinado. A que tudo indica, a vingança de sangue é a mais antiga sanção socialmente organizada. É digno de nota o fato de que, de início, ela possuía um caráter intertribal. Somente quando a comunidade social abarca diversos grupos, baseada na consangüinidade, é que a vingança de sangue se torna de fato uma instituição intratribal.

No curso posterior do desenvolvimento religioso, a divindade é concebida como pertencente a um domínio bastante diferente do aqui, como removida para longe dele, e a realização da retribuição divina é protelada para o além mundo. Com bastante freqüência, esse além é dividido — em correspondência com o caráter dual da retribuição — num céu e num inferno. Nesse estágio a ordem social perdeu seu caráter religioso. A ordem religiosa funciona apenas como suplemento e apoio para a ordem social. As sanções da última são exclusivamente atos de indivíduos humanos regulados pela própria ordem social.

⁸ Cf. meu trabalho *Society and Nature* (1943), 24 ss

c. Punição e recompensa

É digno de nota o fato de que entre as duas sanções aqui apresentadas como típicas — a ameaça de desvantagem em caso de desobediência (punição, no sentido mais amplo do termo) e a promessa de vantagem no caso de obediência (a recompensa) —, a primeira desempenha um papel muito mais importante que o da segunda na realidade social. Que a técnica da punição seja preferida à da recompensa é percebido com clareza especial onde a ordem social ainda possui um caráter distintamente religioso, i.e., onde é garantida por sanções transcendentais. O comportamento em conformidade com a ordem social por parte dos povos primitivos, sobretudo no tocante à observância de numerosas proibições chamadas de “tabus”, é determinado principalmente pelo medo que domina a vida de tais povos. É o medo do doloroso mal com que a autoridade sobre-humana reage a toda violação dos costumes tradicionais. Se as violações das normas sociais são bem menos frequentes nas sociedades primitivas do que nas sociedades civilizadas, como dizem alguns etnologistas, o responsável por esse efeito de preservação da ordem social é o medo da vingança dos espíritos, o medo de uma punição que tem origem divina, mas que tem lugar aqui. A esperança de recompensa tem uma significação apenas secundária. E, mesmo em religiões altamente desenvolvidas, onde a retribuição divina não é mais, ou não apenas, realizada aqui, mas no além, a idéia de uma punição a ser esperada após a morte ocupa o primeiro lugar. Nas crenças efetivas do gênero humano, o medo do inferno é muito mais vivo, e a imagem de um lugar de punição é muito mais concreta que a esperança geralmente vaga de um paraíso futuro onde nossa virtude encontrará sua recompensa. Mesmo quando a fantasia de concretização de desejos dos indivíduos não é limitada por quaisquer restrições, ela imagina uma ordem transcendental, cuja técnica não é de todo diferente da técnica da sociedade empírica.

Isso pode ser atribuído ao fato de que a ideologia religiosa sempre reflete, em maior ou menor grau, a realidade social concreta. E, no que diz respeito à organização do grupo, leva-se em conta essencialmente apenas um método de obtenção do comportamento socialmente desejado: a ameaça de aplicação de um mal no caso de comportamento contrário — a técnica da punição. A técnica da recompensa desempenha um papel significativo apenas nas relações privadas dos indivíduos.

Quando a sanção é organizada socialmente, o mal aplicado ao violador da ordem consiste numa privação de posses — vida, saúde, liberdade ou propriedade. Como as posses lhe são tomadas contra a sua vontade, essa sanção tem o caráter de uma medida de coerção. Isso não significa que a força física deva ser aplicada na execução da sanção. Onde a autoridade que aplica a sanção possui poder adequado, esse caso é apenas excepcional. Uma ordem social que busca efetuar nos indivíduos a conduta desejada através da decretação de tais medidas de coerção é chamada ordem coercitiva. Ela o é porque ameaça atitudes socialmente danosas com medidas de coerção, porque decreta tais medidas de coerção. Como tal, ela apresenta um contraste com todas as outras ordens possíveis — as que estabelecem recompensas de preferência a punições como sanções e, em especial, as que não decretam absolutamente sanção alguma, valendo-se da técnica da motivação direta. Em contraste com as ordens que decretam medidas coercitivas como sanções, a eficácia das outras repousa não na coerção, mas na obediência voluntária. Ainda assim, esse contraste não é tão distinto como pode parecer à primeira vista. Isso se segue do fato de que a técnica de recompensa, como técnica de motivação indireta, tem o seu lugar entre a técnica de motivação indireta através de punição — como técnica de coerção — e técnica de motivação direta, a técnica da obediência voluntária. A obediência voluntária é em si mesma uma forma de motivação, ou seja, de coerção, e, por conseguinte, não é liberdade, mas coerção no sentido psicológico. Se as ordens coercitivas são contrastadas com as que não possuem caráter coercitivo, que repousam na obediência voluntária, isso é possível apenas no sentido de que uma estabelece medidas de coerção, ao passo que a outra não o faz. E essas sanções são medidas coercitivas apenas no sentido de que certas posses são tiradas dos indivíduos em questão contra sua vontade, se necessário pelo emprego da força física.

Nesse sentido, o Direito é uma ordem coercitiva.

Se as ordens sociais, tão extraordinariamente diferentes em seus teores, que prevaleceram em diferentes épocas e entre diferentes povos, são chamadas ordens jurídicas, poder-se-ia supor que está sendo usada uma expressão quase que destituída de significado. O que o chamado Direito dos babilônios antigos poderia ter em comum com o direito vigente hoje nos Estados Unidos? O que a ordem social de uma tribo negra sob a liderança de um chefe despótico — uma ordem igualmente chamada “Direito” — poderia ter em comum com a constituição da república suíça? No entanto, há um elemento comum que justifica plenamente essa terminologia e que dá condições à palavra “Direito” de surgir como expressão de um conceito com um significado muito importante em termos sociais. Isso porque a palavra se refere à técnica social específica de uma ordem coercitiva, a qual, apesar das enormes diferenças entre o Direito da antiga Babilônia e o dos Estados Unidos de hoje, entre o Direito dos ashanti na África Ocidental e o dos suíços na Europa, é, contudo, essencialmente a mesma para todos esses povos que tanto diferem em tempo, lugar e cultura: a técnica social que consiste em obter a conduta social desejada dos homens através da ameaça

de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária. Saber quais são as condições sociais que necessitam dessa técnica é uma importante questão sociológica. Não sei se podemos ou não respondê-la de modo satisfatório. Tampouco sei se é possível ou não o gênero humano se emancipar totalmente dessa técnica social. Mas, caso a ordem social viesse no futuro a não mais possuir o caráter de ordem coercitiva, caso a sociedade viesse a existir sem “Direito”, então, a diferença entre essa sociedade do futuro e a do presente seria incomensuravelmente maior que a diferença entre os Estados Unidos e a Babilônia antiga, ou entre a Suíça e a tribo ashanti.

e. Direito, moralidade, religião

Ao mesmo tempo em que reconhecemos o Direito como uma técnica social específica de uma ordem coercitiva, podemos colocá-lo em nítido contraste com outras ordens sociais que perseguem, em parte, os mesmos propósitos que o Direito, mas através de métodos bem diversos. Além disso, o Direito é um meio, um meio social específico, e não um fim. O Direito, a moralidade e a religião, todos os três proíbem o assassinato. Só que o Direito faz isso estabelecendo que, se um homem cometer assassinato, então outro homem, designado pela ordem jurídica, aplicará contra o assassino certa medida de coerção prescrita pela ordem jurídica. A moralidade limita-se a exigir:

não matará. E, se um assassino é relegado moralmente ao ostracismo por seus pares, e se vários indivíduos evitam o assassinato não tanto porque desejam evitar a punição do Direito, mas a desaprovação moral de seus pares, permanece ainda uma grande diferença: a de que a reação do Direito consiste em uma medida de coerção decretada pela ordem e socialmente organizada, ao passo que a reação moral contra a conduta imoral não é nem estabelecida pela moral, nem é, quando estabelecida, socialmente organizada. Nesse aspecto, as normas religiosas encontram-se mais próximas das normas jurídicas do que as normas morais. Pois as normas religiosas ameaçam o assassino com a punição por uma autoridade sobre-humana. As sanções que as normas religiosas formulam têm um caráter transcendental; não se trata de sanções socialmente organizadas, apesar de estabelecidas pela ordem religiosa. São provavelmente mais eficientes do que as sanções jurídicas. Sua eficácia, contudo, pressupõe a crença na existência e no poder de uma autoridade sobre humana.

Não é, porém, a eficiência das sanções que se encontra em questão aqui, mas apenas saber se e como elas são providas pela ordem social. A sanção socialmente organizada é um ato de coerção que um indivíduo determinado pela ordem social dirige, da maneira determinada pela ordem social, contra o indivíduo responsável por uma conduta contrária a essa ordem. Chamamos a essa conduta “delito”. Tanto o delito quanto a sanção são determinados pela ordem jurídica. A sanção é a reação da ordem jurídica contra o delito ou, o que redunde no mesmo, a reação da comunidade, constituída pela ordem jurídica, contra o malfeitor, o delinqüente. O indivíduo que executa a sanção atua como um agente da ordem jurídica. Isso equivale a dizer que o indivíduo que executa a sanção atua como um órgão da comunidade, constituída pela ordem jurídica. Uma comunidade social nada mais que uma ordem social que regula o comportamento recíproco dos indivíduos sujeitos a essa ordem. Dizer que os indivíduos pertencem a certa comunidade ou que formam certa comunidade significa apenas que os indivíduos estão sujeitos a uma ordem comum que regula seu comportamento recíproco. A sanção legal é, desse modo, interpretada como um ato da comunidade jurídica; ao passo que a sanção transcendental — a doença ou a morte do pecador ou a punição em outro mundo — nunca é interpretada como uma reação do grupo social, mas sempre como um ato de uma autoridade sobre-humana e, conseqüentemente, supra-social.

f. A monopolização do uso da força

Entre os paradoxos da técnica social aqui caracterizada como ordem coercitiva encontra-se o fato de o seu instrumento específico, o ato coercitivo da sanção, ser exatamente do mesmo tipo que o ato que ele busca prevenir nas relações dos indivíduos, o delito; o fato de que a sanção contra uma conduta socialmente danosa é, ela própria, uma conduta similar. Pois o que deve ser obtido através da ameaça de perda de vida, saúde, liberdade ou propriedade é precisamente que os homens, em suas relações mútuas, se abstenham de privar um ao outro de vida, saúde, liberdade ou propriedade. A força é empregada para prevenir o emprego da força na sociedade. Aparentemente, trata-se de uma antinomia; e o esforço para evitar essa antinomia leva à doutrina do anarquismo absoluto, que proscreve a força mesmo como sanção. O anarquismo tende a estabelecer a ordem social baseada unicamente na obediência voluntária dos indivíduos. Ele rejeita a técnica de uma ordem coercitiva e, portanto, rejeita o Direito como forma de organização.

A antinomia, no entanto, é apenas aparente. O Direito, com certeza, é uma ordenação que tem como fim a promoção da paz, na medida em que proíbe o uso da força nas relações entre os membros da comunidade.

Contudo, ele não exclui absolutamente o uso da força. O Direito e a força não devem ser compreendidos como absolutamente antagônicos. O Direito é 'uma organização da força. Porque o Direito vincula certas condições para o uso da força nas relações entre os homens, autorizando o emprego da força apenas por certos indivíduos e sob certas circunstâncias. O Direito autoriza certa conduta que, sob todas as outras circunstâncias, deve ser considerada "proibida"; ser considerada proibida significa ser a própria condição para que tal ato coercitivo atue como sanção. O indivíduo que, autorizado pela ordem jurídica, aplica a medida coercitiva (a sanção) atua como um agente dessa ordem ou —o que equivale a dizer o mesmo— como um órgão da comunidade, constituído por ela. Apenas esse indivíduo, apenas o Órgão da comunidade, está autorizado a empregar a força. Por conseguinte, pode-se dizer que o Direito faz do uso da força um monopólio da comunidade. E, precisamente por fazê-lo, o Direito pacifica a comunidade.

g. Direito e paz

A paz é uma condição na qual não há o uso da força. Nesse sentido da palavra, o Direito assegura paz apenas relativa, não absoluta, na medida em que priva os indivíduos do direito de empregar a força, mas reserva-o à comunidade. A paz do Direito não é uma condição de ausência absoluta de força, um estado de anarquia; é uma condição de monopólio de força, um monopólio de força da comunidade.

Afinal, uma comunidade só será possível se cada indivíduo respeitar certos interesses — vida, saúde, liberdade e propriedade — de todos os outros, ou seja, se cada um se abster de interferir pela força nas esferas de interesses dos outros. A técnica social que chamamos "Direito" consiste em induzir o indivíduo a se abster de interferência imposta na esfera de interesses dos outros através de meios específicos: no caso de tal interferência, a própria comunidade jurídica reage com uma interferência similar na esfera de interesses do indivíduo responsável pela influência prévia igual por igual. É a idéia de retribuição que se encontra na base dessa técnica social. Apenas num estágio relativamente tardio de evolução é que a idéia de retribuição é substituída pela de prevenção. Mas, então, trata-se apenas de uma mudança de ideologia justificando a técnica específica do Direito. A técnica em si permanece a mesma.

Desse modo, a interferência imposta na esfera de interesses de outrem constitui, por um lado, um ato ilegal, o delito, e, por outro, uma sanção. O Direito é uma ordem segundo a qual o uso da força é geralmente proibido, mas, em caráter excepcional, sob certas circunstâncias e a certos indivíduos, é permitido como sanção. Na regra jurídica, o emprego da força surge como delito, i.e., a condição para a sanção, ou como sanção, i.e., a reação da comunidade jurídica contra o delito.

Na medida em que a interferência imposta na esfera de interesses dos indivíduos é permitida apenas como reação da comunidade contra a conduta proibida de um indivíduo, na medida em que a interferência imposta na esfera de interesses dos indivíduos é tornada monopólio da comunidade, uma esfera definida de interesses dos indivíduos é protegida. Desde que não exista nenhum monopólio de interferência imposta da comunidade na esfera de interesses do indivíduo, ou seja, desde que a ordem social não estipule que se pode lançar mão dessa interferência imposta na esfera de interesses do indivíduo apenas sob condições bem definidas (a saber, como reação contra a interferência ilegal na esfera de interesses dos indivíduos e, então, apenas por indivíduos determinados), não haverá nenhuma esfera de interesses dos indivíduos protegida pela ordem social. Em outras palavras, não há um estado de Direito que, no sentido aqui desenvolvido, seja essencialmente um estado de paz.

h. Compulsão psíquica

O parecer de que a coerção é um elemento essencial do Direito costuma ser interpretado falsamente, de modo que a eficiência da sanção jurídica seja vista como parte do conceito de Direito. Diz-se que a sanção é eficiente se os indivíduos sujeitos à lei — a fim de evitar o mal da sanção — se comportam "legalmente". ou se a sanção é executada no caso de sua condição, o delito, ter sido concretizada. Uma expressão desse parecer é a afirmação, com freqüência ouvida, de que o Direito é uma regra "executável pela força" ou, mesmo, uma regra efetivamente "executada pela força" por certa autoridade. A conhecida definição de Holland é típica: "Uma lei é, no sentido próprio do termo, ... uma regra geral da ação humana externa efetivada pela força por uma autoridade política soberana."⁹ Ou seja, é da essência de uma regra jurídica o fato de que a sanção por ela prescrita seja executada pelo órgão apropriado. No entanto, tal é o caso apenas quando um indivíduo não se comporta legalmente, quando ele "viola" a regra jurídica. Em outras palavras, a sanção a ser executada pelo órgão é prevista apenas para os casos concretos em que a

⁹ Sir Thomas Erskine Holland. *The Elements of Jurisprudence* (13e. 1924).41

conduta que a ordem jurídica tenta obter não foi “executada pela força” e, desse modo, provou não ser “executável pela força”. É apenas para esses casos que a sanção foi estabelecida.

Usemos o termo “sujeito” para denotar o indivíduo que obedeceu não à lei e o termo “órgão” para denotar o indivíduo que executa a sanção e que, por fazê-lo, aplica a lei. Caso se descreva o Direito como uma regra da conduta humana “executável pela força” ou “executada pela força”, então uma distinção deve ser feita entre a conduta do sujeito e a conduta do órgão. Em sua definição, Holland parece referir-se à conduta do órgão. Contudo, os que falam em “execução forçosa” da lei costumam ter em mente a conduta do sujeito: o fato de que o sujeito é competido a obedecer à regra jurídica. Eles se referem não à medida coercitiva que o órgão efetivamente executa, mas ao medo do sujeito de que a medida seja executada em caso de não obediência, de conduta ilegal. A “coerção” que eles têm em mente é, desse modo, uma compulsão psíquica, resultante da idéia que os homens têm da ordem jurídica. Essa idéia é “coercitiva” se fornece uma motivação para a conduta desejada pela ordem jurídica. No tocante a essa compulsão psíquica, o Direito não difere das normas morais ou religiosas. Porque as normas morais e religiosas também são coercitivas na medida em que nossas idéias a seu respeito fazem com que nos comportemos de acordo com elas.

i. As motivações do comportamento lícito

A tentativa de tornar essa “compulsão psíquica” um elemento essencial do conceito de Direito está aberta a sérias objeções adicionais. Não sabemos exatamente quais motivações induzem os homens a cumprir as regras jurídicas. Nenhuma ordem jurídica positiva jamais foi investigada de maneira científica e satisfatória com o propósito de se responder a essa pergunta. Atualmente não dispomos nem mesmo de métodos que nos permitam tratar de modo científico desse problema de suma importância sociológica e política. Tudo o que podemos fazer é construir conjecturas mais ou menos plausíveis. É bem provável, contudo, que as motivações da conduta lícita não sejam, de modo algum, apenas o medo das sanções legais ou mesmo a crença na força de obrigatoriedade das regras jurídicas. Quando as idéias morais e religiosas de um indivíduo são paralelas à ordem jurídica à qual ele está sujeito, seu comportamento em conformidade com a lei é, muitas vezes, devido a essas idéias morais e religiosas. Benefícios que não estão, em absoluto, relacionados com a conduta lícita também podem ser uma motivação para a conduta em conformidade com a lei. Um homem muitas vezes cumpre o dever legal de saldar suas dívidas, não porque deseje evitar as sanções estabelecidas pela lei contra o indivíduo que não o faz, mas porque sabe que, se pagar suas dívidas escrupulosamente, seu crédito aumentará; ao passo que, se não saldar suas dívidas, perderá seu crédito. A vantagem do crédito não é estabelecida pela ordem jurídica como uma recompensa pelo cumprimento de deveres. Na verdade, é um benefício relacionado com a conduta humana lícita, e, freqüentemente, o desejo de obter tal benefício funciona como motivação para a conduta lícita. Seria gratuito concluir, a partir do fato de que as pessoas, de um modo geral, se comportam em conformidade com as regras jurídicas, que isso se deve à compulsão psíquica que a idéia da ordem jurídica, o medo de suas sanções, exerce. Dizer que uma ordem jurídica é “eficaz” significa estritamente apenas que a conduta das pessoas conforma-se à ordem jurídica. Nenhuma informação é dada, por meio dessa afirmação, sobre as motivações de tal conduta e, em particular, sobre a “compulsão psíquica” que emana da ordem jurídica.

j. Argumentos contra a definição do Direito como ordem coercitiva

1. A teoria de Eugen Ehrlich

A doutrina segundo a qual a coerção é um elemento essencial do Direito é contestada com certa freqüência, sobretudo a partir de um ponto de vista sociológico. O argumento típico é a referência ao fato de que muitas vezes— senão na maior parte das vezes — os homens obedecem à ordem jurídica, cumprem seus deveres, não por causa do medo das sanções estabelecidas pela ordem jurídica, mas por outros motivos. Desse modo, por exemplo, Eugen Ehrlich, um dos fundadores da sociologia do Direito, diz:

“É bastante óbvio que o homem vive em meio a inúmeras relações jurídicas e que, com poucas exceções e de modo absolutamente voluntário, ele executa os deveres que lhe são incumbentes devido a essas relações. Alguém executa seus deveres como pai ou filho, como marido ou esposa, não interfere com o gozo da propriedade por parte dos vizinhos, paga suas dívidas, entrega o que vendeu, apresenta a seu empregador o trabalho que assumiu a obrigação de fazer. O jurista, naturalmente, está pronto a fazer a objeção de que todos os homens cumprem seus deveres apenas porque sabem que os tribunais poderiam, por fim, compeli-los a isso. Se ele fizesse o esforço, ao qual, sem dúvida, não está acostumado, de observar o que os homens fazem e deixam de fazer, logo se convenceria do fato de que, como regra, a idéia de compulsão pelos tribunais nem ao menos passa pela mente dos homens. Na medida em que não ajam simplesmente por instinto, tal como de fato ocorre na maioria dos casos, sua conduta é determinada por motivos inteiramente diversos: caso se portassem de outra maneira poderiam ter brigas com os parentes, perder sua posição, perder freguesia, ganhar a reputação de pessoas briguentas, desonestas, irresponsáveis. O jurista deveria ser a última pessoa a fechar os olhos para o fato de que aquilo que os homens fazem ou deixam de fazer como dever jurídico, nesse sentido, é muitas vezes algo bem diferente e, às vezes, muito mais do que aquilo que as autoridades poderiam compeli-los a fazer ou deixar de fazer. Não raro, a regra de conduta é bem diferente da regra que é obedecida por compulsão (Zwangszorn)¹⁰

¹⁰ Eugen Ehrlich. *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913). citação da tradução inglesa. *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (1936), 21.

Sem-sombra de dúvida é correta a afirmação de que os indivíduos sujeitos à ordem jurídica não conformam sua conduta a essa ordem apenas porque desejam evitar os efeitos desagradáveis previstos por ela. Mas essa afirmação não é, em absoluto, irreconciliável com a doutrina de que a coerção seja um elemento essencial do Direito. Essa doutrina não se refere às motivações efetiva da conduta dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, mas ao seu conteúdo, aos meios específicos empregados pela ordem jurídica para obter certa conduta dos indivíduos à técnica específica dessa ordem social. A doutrina de que a coerção seja um elemento essencial do Direito não se refere à conduta efetiva dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, mas à própria ordem jurídica, ao fato de que a ordem jurídica sustenta sanções e que, exatamente por esse fato e apenas por ele, ou seja, por essa técnica específica, ela é distinta de outras ordens sociais: Se — contra seu impulso instintivo — um indivíduo se abstém de assassinato, adultério, roubo, porque acredita em Deus e se sente obrigado pelos Dez Mandamentos, e não porque teme a punição que certas ordens jurídicas vinculam a esses crimes, as normas jurídicas — pelo menos no que diz respeito a esse indivíduo são completamente supérfluas; não possuindo efeito algum, de um ponto de vista psicológico, elas até mesmo inexistem em relação a esse indivíduo. Se caracterizarmos a conduta humana a partir da perspectiva de suas motivações, a conduta do indivíduo em questão é um fenômeno religioso, e não jurídico, sendo objeto de estudo da sociologia da religião e não da sociologia do Direito. Se a ordem jurídica prevê a punição no caso de um homem cometer assassinato, roubo, adultério, é porque o legislador supõe — correta ou erroneamente — que a crença em Deus e seus Dez Mandamentos, que outras motivações, além do medo da punição jurídica, não são suficientes para induzir o homem a se abster de assassinato, roubo e adultério. Se existe alguma ordem jurídica com sanções específicas, é precisamente porque os homens que criam e executam essa ordem jurídica supõem — correta ou erroneamente — que outras ordens sociais, sem sanções ou com sanções diversas, não têm eficiência suficiente para obter a conduta que os criadores e executores da ordem jurídica consideram desejável.

O que distingue a ordem jurídica de todas as outras ordens sociais é o fato de que ela regula a conduta humana por meio de uma técnica específica. Se ignoramos esse elemento específico do Direito, se não concebemos o Direito como uma técnica social específica, se definimos o Direito simplesmente como ordem ou organização, e não como uma ordem coercitiva, então perdemos a possibilidade de diferenciar o Direito de outros fenômenos sociais; identificamos o Direito com a sociedade e a sociologia do Direito com a sociologia geral.

Esse é um erro típico de vários sociólogos do Direito e, em especial, da sociologia do Direito de Eugen Ehrlich. Sua tese principal é a de que o Direito é uma ordem coercitiva apenas se identificado com as regras segundo as quais os tribunais têm de decidir as disputas jurídicas que lhes são apresentadas. Mas o Direito não é, ou não é apenas a regra segundo a qual os tribunais decidem ou têm de decidir as disputas; o Direito é a regra segundo a qual os homens efetivamente se conduzem:

“A regra de conduta humana e a regra segundo a qual os juízes decidem as disputas jurídicas podem ser duas coisas completamente distintas; porque os homens não se comportam sempre de acordo com as regras que serão aplicadas na resolução de suas disputas. Sem dúvida, o historiador do Direito concebe o Direito como uma regra da conduta humana; ele expõe as regras segundo as quais, na Antigüidade ou na Idade Média, os casamentos eram firmados, segundo as quais marido e mulher, pais e filhos, conviviam em família; ele diz se a propriedade era de posse individual ou comum, se o solo era cultivado pelo proprietário ou por um arrendatário que pagava aluguel ou por um servo que rendia serviços; as regras segundo as quais os contratos eram celebrados e a propriedade, transmitida. O mesmo seria ouvido caso se pedisse a um viajante que retorna de terras estrangeiras um relato do Direito dos povos que conheceu. Ele falará dos costumes de casamento, da vida familiar, da maneira de se celebrar contratos, mas terá pouco a dizer sobre as regras segundo as quais as ações judiciais são decididas.

Esse conceito de Direito, que o jurista adota de modo totalmente instintivo quando está estudando o Direito de um país estrangeiro ou de tempos remotos com um propósito puramente científico, ele abandonará de imediato quando se voltar para o Direito positivo de seu próprio país e de sua própria época. Sem que ele tenha consciência disso, dissimuladamente, por assim dizer, a regra segundo a qual os homens agem torna-se a regra segundo a qual seus atos são julgados pelas cortes e outros tribunais. A última, certamente, é também uma regra de conduta, mas ela o é apenas para uma pequena parcela das pessoas, i.e., para as autoridades encarregadas de aplicar a lei, ao contrário da primeira, que o é para a totalidade das pessoas. A perspectiva científica cedeu lugar à perspectiva prática, adaptada às exigências do funcionário jurídico, o qual, com certeza, está interessado em conhecer a regra segundo a qual deve proceder. É certo que os juristas consideram essas regras também como regras de conduta, mas eles alcançam tal perspectiva por meio de um julgamento precipitado. Eles querem dizer que as regras segundo as quais os tribunais tomam decisões são as regras pelas quais os homens devem regular sua

conduta. A isso acrescenta-se uma vaga noção de que, com o decorrer do tempo, os homens realmente regularão sua conduta de acordo com as regras segundo as quais os tribunais proferem suas sentenças. Ora, é verdade que uma regra de conduta não é apenas uma regra segundo a qual os homens habitualmente regulam sua conduta, mas também uma regra segundo a qual os homens devem fazê-lo; no entanto, trata-se de uma pressuposição de todo inadmissível a de que esse “deve” seja determinado exclusiva, ou mesmo preponderantemente, pelos tribunais. A experiência cotidiana ensina o contrário. Certamente ninguém nega que as decisões jurídicas influenciam a conduta dos homens, mas devemos, em primeiro lugar, indagar até que ponto isso é verdadeiro e de quais circunstâncias isso depende”¹¹.

A resposta de Ehrlich a essa questão é que as decisões judiciais influenciam a conduta dos homens apenas num âmbito bastante limitado. As regras de acordo com as quais os tribunais e outros órgãos da comunidade decidem os litígios, e com isso queremos dizer as regras que prevêem atos coercitivos como sanções, são apenas uma parte, e nem ao menos uma parte essencial, do Direito, o qual é a regra ou o complexo de regras de acordo com o qual os homens — inclusive os que não são órgãos da comunidade — efetivamente se conduzem. Mas nem toda regra segundo a qual os homens se conduzem é uma regra jurídica. Qual é a diferença específica entre as regras jurídicas e as outras regras da conduta humana? Em outras palavras: qual é o critério de Direito, qual é o objeto específico de uma sociologia do Direito em contraposição ao objeto da sociologia geral? Para essa pergunta, Ehrlich tem a seguinte resposta:

“Três elementos, portanto, devem, sob quaisquer circunstâncias, ser excluídos do conceito de Direito como ordem compulsória mantida pelo Estado — um conceito ao qual a ciência jurídica tradicional tem se agarrado tenazmente em substância, apesar de nem sempre fazê-lo quanto, à forma. Não é um elemento essencial do conceito de Direito o fato de ser ele criado pelo Estado, ou o de constituir a base para as decisões das cortes e outros tribunais, nem o de ser a base de uma compulsão legal resultante de alguma dessas decisões. Resta um quarto elemento, e esse deverá ser o ponto de partida; i.e., o Direito é ordenamento... Podemos considerar como provado que, dentro do âmbito do conceito de associação, o Direito é uma organização, ou seja, uma regra que atribui a todo e cada membro da associação sua posição na comunidade, seja ela de dominação ou sujeição (*Ueberordnung, Unterordnung*) e seus deveres; e que, então, é absolutamente impossível pressupor que o Direito exista dentro dessas associações principalmente com o propósito de solucionar controvérsias que emergem da relação comunal. A norma jurídica segundo a qual são decididos os litígios jurídicos, a norma de decisão, é meramente um espécie de norma jurídica com funções e propósitos limitados.”¹²

O resultado da tentativa de Ehrlich de emancipar a definição de Direito do elemento de coerção é a seguinte definição: o Direito é um ordenamento da conduta humana. Mas essa é uma definição de sociedade, não de Direito. Todo complexo de regras ordenando a conduta recíproca dos homens é uma ordem ou organização que constituiu uma comunidade ou associação e que “atribui a todo e cada membro da associação sua posição na comunidade e seus deveres”. Existem várias ordens de tal tipo que não possuem caráter jurídico. Mesmo que limitemos o conceito de ordem ou organização a ordens relativamente centralizadas que instituem órgãos especiais para a criação e a aplicação da ordem, o Direito não é suficientemente determinado pelo conceito de ordem. O Direito é uma ordem que atribui a todo membro da comunidade seus deveres e, desse modo, sua posição na comunidade, por meio de uma técnica específica, prevendo um ato de coerção, uma sanção dirigida contra o membro da comunidade que não cumpre seu dever. Se ignoramos esse elemento, não temos capacidade para diferenciar a ordem jurídica das outras ordens sociais.

2. A série infinita de sanções

Outro argumento contra a doutrina de que a coerção é um elemento essencial do Direito, ou de que as sanções constituem um elemento necessário dentro da estrutura jurídica, diz o seguinte: se é necessário garantir a eficácia de uma norma que prescreve certo comportamento por meio de outra norma que prescreve uma sanção para o caso de a primeira não ter sido obedecida, é inevitável uma série infinita de sanções, um *regressus ad infinitum*. Pois “a fim de assegurar a eficácia de uma regra do enésimo grau, uma

¹¹ Ehrlich, *Sociology of Law*, 10-11

¹² Ehrlich, *Sociology of Law*, 23-24

regra do grau $n + 1$ é necessária¹³. Já que a ordem jurídica pode ser constituída apenas por um número definido de regras, as normas que prescrevem sanções pressupõem normas que não prescrevem sanções. A coerção não é um elemento necessário, mas apenas possível, do Direito.

É correta a asserção de que, a fim de assegurar a eficácia de uma regra de enésimo grau, é necessária uma regra de grau $n + 1$ e que, portanto, é impossível assegurar a eficácia de todas as regras jurídicas através de regras que prevêm sanções; mas a regra de Direito não é uma regra cuja eficácia é assegurada por outra regra que prevê uma sanção, mesmo que a eficácia dessa regra não seja assegurada por outra regra. Uma regra é uma regra jurídica não porque sua eficácia é assegurada por outra regra que prevê uma sanção, uma regra é uma regra jurídica porque ela prevê uma sanção. O problema da coerção (constrangimento, sanção) não é o de assegurar a eficácia das regras, mas sim o do conteúdo das regras. O fato de ser impossível assegurar a eficácia de todas as regras de uma ordem jurídica através de regras prevendo sanções não exclui a possibilidade de se considerar apenas as regras prevendo sanções como regras jurídicas. Todas as normas de uma ordem jurídica são normas coercitivas, i.e., normas que prevêm sanções; mas entre essas normas existem algumas cuja eficácia não é assegurada por normas coercitivas. A norma n , por exemplo, diz o seguinte: se um indivíduo roubar outro indivíduo, um órgão da comunidade irá puni-lo. A eficácia dessa norma é assegurada pela norma $n + 1$: se o órgão não punir o ladrão, outro órgão punirá o órgão que violar seu dever de punir o ladrão. Não existe uma norma $n + 2$ assegurando a eficácia da norma $n + 1$. A norma coercitiva $n + 1$ — se o órgão não punir o ladrão, outro órgão punirá o órgão violador da lei — não é garantida por uma norma do grau $n + 2$. Mas todas as ordens dessa ordem jurídica são normas coercitivas¹⁴.

Por fim, fazem-se objeções à doutrina de que a coerção seja um elemento essencial do Direito alegando-se que entre as normas de uma ordem jurídica há várias que não prevêm sanção alguma. As normas da constituição são freqüentemente destacadas como ordens jurídicas, apesar de não preverem sanções. Trataremos desse argumento num capítulo posterior¹⁵.

C. Validade e eficácia

O elemento de “coerção”, que é essencial ao Direito, consiste, desse modo, não na chamada “compulsão psíquica”, mas no fato de que atos específicos de coerção, como sanções, são previstos em casos específicos pelas regras que formam a ordem jurídica. O elemento de coerção é relevante apenas como parte do conteúdo da norma jurídica, apenas como um ato estipulado por essa norma, não como um processo na mente do indivíduo sujeito à norma. As regras que constituem um sistema de moralidade não possuem tal significação. Se os homens se comportam efetivamente ou não de maneira a evitar

a sanção com que a norma jurídica os ameaça, e se a sanção é efetivamente levada a cabo, caso suas condições sejam concretizadas, são questões concernentes a eficácia do Direito. Mas não é a eficácia e sim a validade do Direito que se encontra em questão aqui.

a. A “norma”

Qual é a natureza da validade do Direito, considerada distinta de sua eficácia? A diferença pode ser ilustrada por um exemplo: uma regra jurídica proíbe o roubo, prescrevendo que todo ladrão deve ser punido pelo juiz. Essa regra é “válida” para todas as pessoas, para os indivíduos que têm de obedecer a regra, os “sujeitos” aos quais, desse modo, o roubo é proibido. A regra jurídica é “válida” em particular para os que efetivamente roubam e, ao fazê-lo, “violam” a regra. Ou seja, a regra jurídica é válida até mesmo nos casos em que lhe falta “eficácia”. É precisamente nesse caso que ela tem de ser “aplicada” pelo juiz. A regra em questão é válida, não apenas para os sujeitos, mas também para os órgãos que aplicam a lei. No entanto, a regra conserva sua validade, mesmo que o ladrão consiga fugir, e o juiz, se veja na impossibilidade de puni-lo, de aplicar a regra jurídica. Assim, no caso particular, a regra é válida para o juiz mesmo quando sem eficácia, no sentido de que as condições prescritas pela regra foram concretizadas e, ainda assim, o juiz se

¹³ N. S. Timasheff, *An Introduction to the Sociology of Law* (1939). 264. De acordo com L. Petrazhitzky. *Theory of Law and State* (em russo. 2 ed., 1909). 273-285.

¹⁴ Isso não significa que a execução da sanção estipulada em uma norma jurídica tenha sempre o caráter de um dever jurídico. Cf. *infra*, 64 ss.

¹⁵ Cf. *intra*, 146

acha impossibilitado de ordenar a sanção. Qual é, então, o significado da afirmação de que a regra é válida mesmo quando, num caso concreto, ela carece de eficácia, não é obedecida ou não é aplicada?

Por “validade” queremos designar a existência específica de normas. Dizer que uma norma é válida é dizer que pressupomos sua existência ou — o que redundaria no mesmo — pressupomos que ela possui “força de obrigatoriedade” para aqueles cuja conduta regula. As regras jurídicas, quando válidas, são normas. São, mais precisamente, normas que estipulam sanções. Mas o que é uma norma?

1. *O Direito como comando, i.e., expressão de uma vontade*

Em nossa tentativa de explicar a natureza da norma, suponhamos provisoriamente que a norma seja um comando. É assim que Austin caracteriza o Direito. Ele diz: "Toda lei ou regra... é um comando. Ou melhor, leis ou regras, assim apropriadamente chamadas, são uma espécie de comando."¹⁶ Um comando é a expressão da vontade ou desejo de um indivíduo, cujo objeto é a conduta de outro indivíduo. Se eu quero (ou desejo) que alguém se conduza de certo modo, e se expresso minha vontade (ou desejo) ao outro de um modo particular, então essa expressão de minha vontade (ou desejo) constitui um comando. Um comando difere em forma de um pedido ou de um mero apelo. Um comando é a expressão em forma imperativa da vontade de que alguém se conduza de certa maneira. É mais provável que um indivíduo dê essa forma à sua vontade quando ele tem, ou acredita ter, certo poder sobre o outro indivíduo, quando ele está, ou pensa que está, em posição de impor obediência. Mas nem todo comando é uma norma válida. Um comando é uma norma apenas quando for obrigatório para o indivíduo ao qual é dirigido, apenas quando esse indivíduo deve fazer o que o comando exige. Quando um adulto ordena a uma criança que faça algo, não se trata de um caso de comando obrigatório, por maior que seja a superioridade de poder do adulto, e por mais imperativa que seja a forma do comando. No entanto, se o adulto for pai ou professor da criança, então o comando é obrigatório para ela. A obrigatoriedade ou não de um comando é algo que depende do fato de ser o indivíduo que comanda "autorizado" ou não a emitir esse comando. Uma vez que o seja, a expressão de sua vontade tem o caráter de obrigatoriedade, mesmo que, na verdade, ele não tenha qualquer poder superior e a expressão careça da forma imperativa. Austin, é verdade, é da opinião de que "um comando se distingue das outras acepções de desejo não pelo estilo em que o desejo é expresso, mas pelo poder e pelo propósito da parte que comanda para infligir mal ou dor no caso de ser desobedecida". Ele acrescenta: "Um comando se distingue das outras acepções de desejo por esta peculiaridade: a de a parte à qual ele é dirigido estar sujeita a um mal infligido pela outra, caso não se submeta ao seu desejo. Estando sujeito a um mal de sua parte, caso não me submeta a um desejo que você exprime, estou constrangido ou obrigado por seu comando."¹⁷ Assim, ele identifica os dois conceitos: "comando" e "comando obrigatório". Mas isso é incorreto, já que nem todo comando emitido por alguém de poder superior é de natureza obrigatória. O comando de um bandido para que lhe entreguem dinheiro não é obrigatório, mesmo que o bandido tenha efetivamente poder para forçar sua vontade. Repetindo: um comando é obrigatório não porque o indivíduo que comanda possui uma superioridade real de poder, mas porque está "autorizado", porque está "investido do poder" de emitir comandos de natureza obrigatória. E ele está "autorizado" ou "investido do poder" apenas se uma ordem normativa, a qual se pressupõe que seja obrigatória lhe confere tal capacidade, a competência para emitir comandos obrigatórios. Então, a expressão de sua vontade, dirigida à conduta de outro indivíduo, é um comando obrigatório, mesmo se o indivíduo que comanda não possui nenhum poder efetivo sobre o indivíduo a quem o comando é dirigido. A força de obrigatoriedade de um comando não é "derivada" do comando em si, mas das condições em que o comando é emitido. Na suposição de que as regras Jurídicas sejam comandos obrigatórios está claro que a força de obrigatoriedade reside nos comandos porque eles são emitidos por autoridades competentes.

¹⁶ John Austin, *Lectures on Jurisprudence* (5 cd., 1885), 88.

¹⁷ Austin. *Jurisprudence*, 89.

2. A “vontade” das partes em uma transação jurídica

Numa análise mais rigorosa, torna-se patente que as regras de Direito são “comandos” apenas num sentido bastante vago. Um comando, no sentido próprio da palavra, existe apenas quando um indivíduo em particular estabelece e expressa um a vontade. No sentido próprio da palavra, a existência de um comando pressupõe dois elementos: um ato de vontade tendo a conduta de outrem como objeto, e a expressão do mesmo por meio de palavras, gestos ou outros sinais. Um comando existe apenas na medida em que esses elementos estejam presentes. Se alguém me dirige um comando, e se, antes de executá-lo, eu tenho evidência satisfatória de que o ato subjacente à vontade não mais existe — a evidência pode ser a morte do indivíduo que comanda — então, não estou diante de um comando, mesmo que a expressão deste ainda esteja presente — como pode acontecer, por exemplo, caso o comando seja escrito. A situação é completamente diversa quando o comando é obrigatório. Então, em linguagem comum, o comando “subsiste” mesmo quando o ato de vontade não mais existe. A chamada “última vontade” de alguém, seu testamento, é um comando que assume força de obrigatoriedade quando essa pessoa está morta, ou seja, quando ela não é mais capaz de ter uma vontade, e um comando, no sentido próprio da palavra, não teria possibilidade de existir. Neste caso, aquilo no qual reside a força de obrigatoriedade deve ser, portanto, algo diverso do ato psíquico de vontade na mente do testador. Se uma vontade real por parte do testador é absolutamente necessária para a validade de um testamento, então a força de obrigatoriedade não pode pertencer a essa vontade; ela deve pertencer a algo que é “criado” pela vontade do testador, algo cuja “existência” ou “validade” sobrevive à existência dessa vontade real.

A fim de estabelecer um “contrato obrigatório”, dois indivíduos têm de expressar sua concordância, i.e., sua intenção de concordância no que diz respeito à conduta recíproca. O contrato é o produto da vontade de duas partes contratantes. Contudo, pretende-se que o contrato permaneça válido mesmo se, mais tarde, uma das partes mudar de idéia e não mais quiser o que disse querer quando o contrato foi feito. Assim, o contrato obriga essa parte, mesmo que contra sua vontade, e, portanto, não pode ser na vontade das partes que reside à força de obrigatoriedade, a qual continua, permanece “válida”, após o contrato ter sido firmado. Se denotarmos aquilo que possui a força de obrigatoriedade pelo termo “contrato”, então o contrato obrigatório e o procedimento pelo qual foi criado, i.e., a expressão da intenção de concordância das partes, são dois fenômenos diferentes. Além disso, não se sabe se o procedimento pelo qual um contrato obrigatório é criado implica que, na mente de cada parte, haja uma intenção real, uma “vontade”, tendo como objeto o conteúdo do contrato.

3. A “vontade” do legislador

Se chamarmos um estatuto, votado por um parlamento nas formas prescritas pela constituição, de “comando” ou, o que redundaria no mesmo, de “vontade” de um legislador, então o “comando”, nesse sentido, não tem nada em comum com o comando propriamente dito. Um estatuto que deve sua existência a uma decisão parlamentar obviamente começa a existir no primeiro momento em que a decisão foi tomada e — supondo que a decisão seja a expressão de uma vontade — quando não haja mais a presença de vontade. Tendo aprovado o estatuto, os membros do parlamento voltam-se para outras questões e deixam de querer o conteúdo da lei, se é que alguma vez nutriram tal vontade. Já que o estatuto passa a existir quando se completa o procedimento legislativo, sua “existência” não pode consistir na vontade real dos indivíduos pertencentes ao órgão legislativo. Um jurista que deseja demonstrar a existência de uma lei não tenta, de modo algum, provar a existência de fenômenos psicológicos. A “existência” de uma norma jurídica não é um fenômeno psicológico. Um jurista considera um estatuto “existente” mesmo quando os indivíduos que o criaram não mais querem o conteúdo do estatuto ou, mais ainda, mesmo quando ninguém mais quer seu conteúdo, pelo menos ninguém dentre os que tinham competência para criar o estatuto através de atos de vontade. Na verdade, é possível, e, muitas vezes acontece efetivamente, que o estatuto “exista” numa época em que os responsáveis por sua criação já estão mortos e incapazes de ter qualquer tipo de vontade há muito tempo. Desse modo, o estatuto obrigatório não pode ser a vontade na mente dos indivíduos que o fazem, mesmo que o ato de vontade real seja necessário para a elaboração do estatuto.

Caso façamos uma análise psicológica do procedimento pelo qual um estatuto é criado constitucionalmente, descobriremos ainda que o ato criador da regra obrigatória não precisa necessariamente ser um ato de “vontade” que tenha o conteúdo dessa regra por objeto. O estatuto é criado por uma determinação do parlamento. O parlamento — segundo a constituição — é a autoridade competente para dar força de lei ao estatuto. O procedimento pelo qual o parlamento aprova um estatuto consiste essencialmente na votação de um projeto de lei que foi submetido ao exame de seus membros. O estatuto é “aprovado” se uma maioria dos membros votar a favor do projeto. Os membros que votam contra o projeto não “querem” o conteúdo do estatuto. Apesar do fato de expressarem uma vontade contrária, a expressão de sua vontade é tão

essencial para a criação do estatuto quanto a expressão da vontade dos que votaram a favor. O estatuto, é bem verdade, é a “decisão” de todo o parlamento, incluindo a minoria divergente. Obviamente, no entanto, isso não significa que o parlamento “queira” o conteúdo do estatuto. Consideremos apenas a maioria que vota a favor da lei. Mesmo assim, a afirmação de que os membros dessa maioria “querem” o estatuto é claramente de natureza fictícia. Votar a favor de um projeto de lei não implica, em absoluto, querer efetivamente o conteúdo do estatuto. Num sentido psicológico, pode-se “querer” só quando se tem uma idéia. É impossível “querer” algo que se desconhece. Ora é um fato que, muitas vezes, senão sempre, um número considerável dos que votam a favor de um projeto tem, quando muito, um conhecimento bastante superficial de seu conteúdo. Tudo o que a constituição requer é que votem a favor do projeto erguendo a mão ou dizendo “sim”. Isso eles podem fazer sem conhecer o conteúdo do projeto e sem fazer do conteúdo objeto de sua “vontade” — no sentido de um indivíduo “querer” que outro se comporte de certo modo quando ele comanda que o faça. Não prosseguiremos aqui com a análise psicológica do fato de um parlamentar dar seu “consentimento” constitucionalmente requerido a um projeto de lei. Basta dizer que consentir em um projeto não é necessariamente “querer” seu conteúdo, que o estatuto não é a “vontade” do legislador — caso entendamos “vontade” como uma vontade real, um fenômeno psicológico — e que, portanto, o estatuto não é um comando no sentido próprio do termo.

4. O Direito consuetudinário como comando

O caráter fictício da afirmação habitual de que uma regra jurídica é um comando toma-se mais evidente quando consideramos o Direito consuetudinário. Suponhamos que, em certa comunidade, a seguinte regra é considerada válida: Um devedor deve pagar ao credor 5% de juros, caso não haja nenhum outro acordo quanto a esse ponto. Suponhamos ainda que essa regra foi estabelecida através do costume, segundo o qual, no decorrer de um longo espaço de tempo, os credores exigiram, de fato, 5% de juros, e os devedores pagaram, de fato, tal quantia. Suponhamos também que eles o fizeram com a opinião de que tais juros “deviam” ser pagos, *opinioe necessitatis*, como formulavam os juristas romanos.

Qualquer que seja nossa teoria sobre os fatos criadores de lei no que diz respeito ao Direito consuetudinário, nunca poderemos sustentar que é “vontade” ou “comando” das pessoas cuja conduta efetiva constitui o costume que todo credor pague 5% de juros, no caso de ter aceitado um empréstimo sem entrar em acordo quanto a alguma outra taxa de juros. Em cada caso particular, nem o credor nem o devedor têm qualquer vontade que seja no que diz respeito à conduta de outras pessoas. Um credor individual quer que um devedor individual efetivamente pague os 5% de juros, e esse devedor individual paga efetivamente os juros exigidos ao credor individual. É essa a natureza dos fatos particulares que, juntos, estabelecem a existência do “costume”, criando a regra geral de que, sob certas circunstâncias, o devedor tem de pagar 5% de juros ao credor. A existência do costume não envolve uma vontade que tenha essa regra como conteúdo. Quando, num caso particular, um tribunal da comunidade condena o devedor a pagar 5% de juros, ele baseia seu julgamento no pressuposto de que, em questões de empréstimo, tem-se de agir como os membros da comunidade sempre agiram. Esse pressuposto não reflete a “vontade” real de legislador algum.

5. O “dever ser”

Quando se descrevem as leis como “comandos” ou expressões da “vontade” do legislador, e quando se diz que a ordem jurídica, como tal, é o “comando” ou a “vontade” do Estado, isso deve ser entendido de modo figurado. Como de costume, uma analogia é responsável pela expressão figurada. A situação em que uma regra jurídica “estipula”, “prevê” ou “prescreve” certa conduta humana é, na verdade, muito semelhante à situação em que um indivíduo quer que outro se comporte de tal e tal modo, e expressa sua vontade na norma de um comando. A única diferença é que, quando dizemos que certa conduta humana é “estipulada”, “prevista” ou “prescrita” por uma regra jurídica, estamos empregando uma abstração que elimina o ato psicológico de vontade que é expresso por um comando. Se a regra jurídica é um comando, ela é, por assim dizer, um comando despsicologizado, um comando que não implica uma “vontade” no sentido psicológico do termo. A conduta prescrita pela regra de Direito é “exigida” sem que nenhum ser humano tenha de “querê-la” num sentido psicológico. Isso é expresso pela afirmação de que alguém “tem a obrigação de”, que alguém “deve” observar a conduta prescrita pela lei. Uma “norma” é uma regra que expressa o fato de que alguém deve agir de certa maneira, sem que isso implique que alguém realmente “queira” que a pessoa aja dessa maneira.

A comparação entre o “dever ser” de uma norma e o comando é justificada apenas num sentido bem limitado. Segundo Austin, é a força de obrigatoriedade de uma lei que faz dela um “comando”. Ou seja, quando chamamos uma lei de comando, apenas expressamos o fato de ser ela uma “norma”. Nesse ponto, não há diferença alguma entre uma lei promulgada por um parlamento, um contrato firmado por duas partes ou um testamento feito por um indivíduo. O contrato também é obrigatório, também é uma norma que obriga as partes contratantes. O testamento também é obrigatório. É uma norma obrigando o executor e os herdeiros. Se é dúbio que um testamento possa ou não, mesmo que a título de comparação, ser descrito como um “comando”, é absolutamente impossível assim descrever um contrato. Nesse caso, se isso fosse feito, ambos os indivíduos emitiriam o comando e seriam por ele obrigados. Isso é impossível, pois ninguém pode, propriamente falando, comandar a si próprio. Contudo, é possível que uma norma seja criada pelos mesmos indivíduos que se encontram obrigados por essa norma.

Aqui, pode-se levantar a objeção. O contrato em si não obriga as partes.

É a lei do Estado que obriga as partes a se conduzirem de acordo com o contrato. Contudo, uma lei pode, às vezes, estar bem próxima de um contrato. Na medida em que identificar o que comanda com o que é comandado é incompatível com a natureza de um comando, as leis criadas de modo democrático não podem ser reconhecidas como comandos. Se as compararmos a comandos, devemos, por abstração, eliminar o fato de que esses “comandos” são emitidos por aqueles a quem são dirigidos. Pode-se caracterizar as leis democráticas como “comandos” apenas caso se ignore a relação entre os indivíduos que emitem o comando e os indivíduos a quem o comando é dirigido, caso se assuma apenas uma relação entre os últimos e o “comando” considerado como autoridade impessoal, anônima. Essa é a autoridade da lei, acima das pessoas individuais que comandam e são comandadas. Essa idéia de que a força de obrigatoriedade emana não de algum ser humano que comanda, mas de um “comando” impessoal e, como tal, anônimo, é expressa nas famosas palavras *non sub homine, sed sub lege*. Se uma relação de superioridade e inferioridade é incluída no conceito de comando, então as regras de Direito são comandos apenas se considerarmos o indivíduo a elas obrigado como sujeito à regra. Um “comando” impessoal e anônimo — essa é a norma.

A afirmação de que um indivíduo “deve” se conduzir de certa maneira não implica que outro indivíduo “queira” ou “comande” tal coisa, nem que o indivíduo que deve se conduzir de certa maneira efetivamente o faça. A norma é a expressão da idéia de que algo deve ocorrer e, em especial, de que um indivíduo deve se conduzir de certa maneira. Nada é dito pela norma sobre o comportamento efetivo do indivíduo em questão. A afirmação de que um indivíduo “deve” se conduzir de certo modo significa que essa conduta está prescrita por uma norma — ela pode ser uma norma moral, jurídica ou de algum outro tipo. O “dever ser” simplesmente expressa o sentido específico em que a conduta humana é determinada por uma norma. Tudo o que podemos fazer para descrever esse sentido é dizer que ele é diferente do sentido em que dizemos que um indivíduo efetivamente se conduz de certo modo, que algo de fato ocorre ou existe. Um enunciado no sentido de que algo deve ocorrer é uma afirmação sobre a existência e o conteúdo de uma norma, não uma afirmação sobre a realidade natural, i.e., eventos concretos na natureza.

Uma norma que expressa a idéia de que algo deve ocorrer — apesar da possibilidade desse algo não ocorrer — é “válida”. E se a ocorrência a que ela se refere for a conduta de certo indivíduo, se a norma disser que certo indivíduo deve se conduzir de certa maneira, então a norma é “obriga tória” para esse indivíduo. Apenas com o auxílio do conceito de norma e do conceito correlato de “dever ser” é que podemos entender o significado específico das regras de Direito. Apenas desse modo podemos compreender sua relevância para aqueles cuja conduta ela “prevê”, para aqueles a quem “prescreve” certo curso de conduta. Qualquer tentativa de descrição do significado de normas jurídicas através de regras que descrevam a conduta efetiva dos homens — e, desse modo, apresentando o significado de normas jurídicas sem recorrer ao conceito de “dever ser” está fadada ao insucesso. Nem um enunciado sobre a conduta efetiva dos que criam a norma, nem um enunciado sobre a conduta efetiva dos que estão sujeitos à norma, pode reproduzir o significado específico da norma em si.

Em resumo, dizer que uma norma é “válida” para certos indivíduos não é dizer que certo indivíduo ou certos indivíduos “querem” que outros se conduzam de certa maneira; porque a norma é válida também quando tal vontade não existe. Dizer que uma norma é válida para certos indivíduos não é dizer que os indivíduos efetivamente se conduzem de certo modo; porque a norma é válida para esses indivíduos mesmo que eles não se conduzam desse modo. A distinção entre o “dever ser” e o “é” é fundamental para a descrição do Direito.

b. Normas individuais e gerais

Se o Direito for caracterizado como “regras”, dever-se-á enfatizar que as regras jurídicas diferem essencialmente de outras regras e, em particular, das apresentadas como leis da natureza (na acepção da física). Ao passo que as leis da natureza são enunciados sobre o curso efetivo dos eventos, as regras

jurídicas são prescrições para a conduta do homem. As leis da natureza são regras que descrevem como os eventos naturais efetivamente ocorrem, ou seja, quais são suas causas. As regras de Direito referem-se apenas à conduta humana; elas especificam como o homem deve se conduzir e não dizem nada sobre o comportamento efetivo do homem e suas causas. A fim de evitar mal-entendidos (quanto à natureza do Direito), é melhor, portanto, não usar o termo regra neste contexto, mas, antes, caracterizar o Direito como normas.

Outro motivo pelo qual a designação de Direito como regra é enganosa é o fato de que a palavra “regra” carrega a conotação de algo “geral”. Uma “regra” não se refere a um evento único, irrepitível, mas a toda uma classe de eventos similares. A implicação de uma regra é a de que um fenômeno de certo tipo ocorre — ou deve ocorrer — sempre, ou quase sempre, que condições de certo tipo forem concretizadas. De fato, o Direito é muitas vezes interpretado como “regras gerais”. Austin¹⁸ traça uma distinção explícita entre “leis” e “comandos particulares”: quando o comando, ele diz, “obriga em geral a atos ou omissões de atos de uma classe, o comando é uma lei ou regra. Mas onde ele obriga a um ato ou omissão de ato específico... o comando é ocasional ou particular”. Tendo identificado “lei” e “regra”, podemos, é claro, reconhecer como Direito apenas as normas gerais. Mas não há dúvida de que o Direito não consiste apenas em normas gerais. O Direito inclui normas individuais, i.e., normas que determinam a conduta de um indivíduo em uma situação irrepitível e que, portanto, são válidas apenas para um caso particular e podem ser aplicadas apenas uma vez. Tais normas são “Direito” porque são partes de uma ordem jurídica como um todo, exatamente no mesmo sentido das normas gerais com base nas quais elas foram criadas. Exemplos de tais normas particulares são as decisões dos tribunais, na medida em que sua força de obrigatoriedade seja limitada ao caso particular em questão. Suponhamos que um juiz ordene a um devedor A que devolva \$ 1.000 a seu credor B. Ameaçando A, expressa ou tacitamente, com uma sanção civil no caso de não-pagamento, o juiz, nesse caso, “comanda” A a pagar \$ 1.000 a B. A decisão do juiz é uma norma jurídica no mesmo sentido e pela mesma razão que o princípio geral de que, se alguém não devolve um empréstimo, então uma sanção civil deve lhe ser infligida por ação do credor. A “força de obrigatoriedade” ou “validade” de Direito está intrinsecamente relacionada, não ao seu caráter possivelmente geral, mas apenas ao seu caráter como norma. Já que, por sua natureza, o Direito é norma, não há razão alguma para que apenas as normas gerais sejam consideradas como Direito. Se, em outros aspectos, as normas individuais apresentam as características essenciais de Direito, elas também devem ser reconhecidas como tal.

c. Normas condicionais e incondicionais

As normas jurídicas gerais têm a forma de enunciados hipotéticos. A sanção estipulada pela norma é estipulada sob certas condições. Uma norma jurídica individual também pode ter essa forma hipotética. A decisão do tribunal, que acabamos de mencionar, fornece um exemplo. A sanção civil é estipulada sob a condição de que o réu não observe a conduta prescrita pelo tribunal. Existem, porém, normas jurídicas individuais que não têm caráter hipotético. Por exemplo, quando uma corte criminal estabelece que certo indivíduo é culpado de certo delito e então inflige a ele certa penalidade, por exemplo, dois anos de reclusão, é com base na norma geral hipotética que a corte cria a norma individual de que o acusado será privado de liberdade pessoal por dois anos. Essa norma é incondicional.

d. Norma e ato

A execução dessa sentença — o, processo que implica que o condenado seja posto na cadeia e lá mantido por dois anos — não é em si uma norma jurídica. Se designarmos esse processo um “ato” jurídico”, expressando desse modo que tal ato pertence ao Direito, então a definição de Direito como um sistema de normas pareceria muito restrita. Não apenas a execução de uma norma jurídica, a decretação de uma sanção que ela estipula, mas também todos os atos pelos quais as normas jurídicas são criadas, são tais atos jurídicos. Regular sua própria criação é uma peculiaridade do Direito que é da maior importância teórica e que será discutida mais tarde. O ato pelo qual se cria uma norma jurídica, geral ou individual, é, portanto, um ato determinado pelo ordem jurídica. Portanto, é incorreto dizer que o Direito consiste em normas e atos. Seria mais correto dizer que o Direito compõe-se de normas jurídicas e de atos jurídicos determinados por essas normas. Se adotamos uma perspectiva estática, ou seja, se consideramos a ordem jurídica apenas em sua forma completa ou num estado de repouso, então percebemos apenas as normas

¹⁸ Austin, Jurisprudence, 92 s.

pelas quais os atos jurídicos são determinados. Por outro lado, se adotamos uma perspectiva dinâmica, se consideramos o processo através do qual é criada e executada a ordem jurídica, então vemos somente os atos criadores de leis e executores de leis. Retornaremos mais tarde a essa importante distinção entre a estática e a dinâmica do Direito.

e. A eficácia como conformidade da conduta à norma

No que foi escrito anteriormente, tentamos esclarecer a diferença entre a validade e a eficácia do Direito. Validade do Direito significa que as normas jurídicas são obrigatórias, que os homens devem se conduzir como prescrevem as normas jurídicas, que os homens devem obedecer e aplicar as normas jurídicas. Eficácia do Direito significa que os homens realmente se conduzem como, segundo as normas jurídicas, devem se conduzir, significa que as normas são efetivamente aplicadas e obedecidas. A validade é uma qualidade do Direito, a chamada eficácia é uma qualidade da conduta efetiva dos homens e não, como o uso lingüístico parece sugerir, do Direito em si. A afirmação de que o Direito é eficaz significa apenas que a conduta efetiva dos homens se conforma às normas jurídicas. Assim, validade e eficácia referem-se a fenômenos inteiramente diferentes. A linguagem comum, subentendendo-se que tanto a validade quanto a eficácia são atributos do Direito, é enganosa, mesmo que, por eficácia da lei, se queira dizer que a idéia de Direito fornece uma motivação para a conduta de acordo com a lei. O Direito como norma válida encontra sua expressão na afirmação de que os homens devem se conduzir de certa maneira, uma afirmação que, desse modo, não nos diz coisa alguma sobre eventos efetivos. A eficácia do Direito, compreendida da maneira como foi mencionada pela última vez, consiste no fato de que os homens são levados a observar a conduta requerida por uma norma pela idéia que têm dessa norma. Uma afirmação concernente à eficácia do Direito compreendido desse modo é uma afirmação sobre a conduta efetiva. Designar tanto a norma válida quanto a idéia de norma, que é um fato psicológico, pela mesma palavra, “norma”, é cometer um equívoco que pode dar lugar a graves falácias. Contudo, como já assinalai, não estamos em posição de dizer qualquer coisa com exatidão a respeito do poder motivador que a idéia de Direito dos homens pode ter. Objetivamente, podemos afirmar apenas que a conduta dos homens se conforma às normas jurídicas. A única conotação vinculada ao termo “eficácia” do Direito neste estudo é, portanto, a de que a conduta efetiva dos homens se conforma às regras jurídicas.

f. A conduta “oposta” à norma

O julgamento de que a conduta efetiva “se conforma” a uma norma ou de que a conduta de alguém é tal como, segundo a norma, deve ser, pode ser caracterizado como um julgamento de valor. É uma afirmação sustentando uma relação entre um objeto, em especial a conduta humana, e uma norma que o indivíduo que faz a afirmação pressupõe como válida. Tal julgamento de valor deve ser cuidadosamente distinguido da afirmação que sustenta uma relação entre o objeto e um interesse do indivíduo que faz a afirmação ou de outros indivíduos. Ao julgar que algo é “bom”, podemos querer dizer com isso que nós (denotando o sujeito que julga ou outros indivíduos) o desejamos ou que o consideramos agradável. Então, nosso julgamento sustenta um estado de coisas concreto: é a nossa própria atitude emocional ou a de outros indivíduos que verificamos frente à coisa chamada de “boa”. O mesmo se pode dizer do julgamento de que algo é “mau” se, com isso, expressamos nossa atitude diante dessa coisa, ou seja, que não a desejamos ou que a consideramos desagradável. Se designamos tais julgamentos como julgamentos de valor, então esses julgamentos de valor são afirmações sobre fatos concretos; eles não são diferentes — em princípio — de outros julgamentos sobre a realidade.

O julgamento de que algo — em particular a conduta humana — é “bom” ou “mau” também pode significar que não seja a afirmação de que eu, que faço o julgamento, ou outros indivíduos, desejamos ou não a conduta; pode significar que eu, que faço o julgamento, ou outros indivíduos, julgamos a conduta agradável ou desagradável. Tal julgamento também pode exprimir a idéia de que a conduta está, ou não está, em conformidade com a norma cuja validade eu pressuponho. A norma aqui é usada como um padrão de avaliação¹⁹ Também poderia ser dito que eventos concretos estão sendo “interpretados” de acordo com uma norma. A norma, cuja validade é dada como certa, serve como um “esquema de interpretação”. Que uma ação, ou uma abstenção de ação, se conforme a uma norma válida, ou seja, “boa” (no sentido mais geral da palavra), significa que o indivíduo em questão efetivamente manteve a conduta que, segundo a norma, deveria manter. Se a norma estipula a conduta A, e a conduta efetiva do indivíduo também é A, então sua conduta conforma-se à norma. É uma concretização da conduta estipulada na norma. Que a

¹⁹ Cf. infra, 51 s.

conduta de um indivíduo seja “má” (no sentido mais geral da palavra) significa que sua conduta está em discordância com a norma válida; significa que o indivíduo não observou a conduta que, segundo a norma, deveria ter observado. Sua conduta não é uma concretização da conduta estipulada na norma. A norma estipula a conduta A; mas a conduta efetiva do indivíduo é não-A. Em tal caso dizemos: a conduta do indivíduo “contradiz” a norma. Essa contradição, contudo, não é uma contradição lógica. Apesar de haver uma contradição lógica entre A e não-A, não existe contradição entre o enunciado que exprime o significado da norma: “O indivíduo deve se comportar da maneira A”, e o enunciado que descreve a conduta efetiva do indivíduo: “O indivíduo conduz-se de maneira não-A”. Tais enunciados são perfeitamente compatíveis entre si. Uma contradição lógica pode ter lugar apenas entre dois enunciados que afirmam um “deve ser”, entre duas normas. Por exemplo: “X deve dizer a verdade”, e: “X não deve dizer a verdade”. As relações de “conformidade” ou “não-conformidade” são relações entre uma norma que estipula certa conduta e é considerada válida, por um lado, e a conduta efetiva dos homens, por outro.

g. A eficácia como condição de validade

A afirmação de que uma norma é válida e a afirmação de que é eficaz

são, é verdade, duas afirmações diferentes. Mas, apesar de validade e eficácia serem dois conceitos inteiramente diversos, existe, contudo, uma relação muito importante entre os dois. Uma norma é considerada válida apenas com a condição de pertencer a um sistema de normas, a uma ordem que, no todo é eficaz. Assim, a eficácia é uma condição de validade; um condição, não a razão da validade. Uma norma não é válida porque é eficaz; ela é válida se a ordem à qual pertence é, como um todo, eficaz. A relação entre validade e eficácia é cognoscível, porém, apenas a partir da perspectiva de uma teoria dinâmica do Direito que lide com o problema da razão da validade e o conceito de ordem jurídica²⁰. A partir da perspectiva de uma teoria estática, apenas a validade do Direito se encontra em questão.

h. A esfera de validade das normas

Como as normas regulam a conduta humana e a conduta humana tem lugar no tempo e no espaço, as normas são válidas por certo tempo e para certo espaço. A validade de uma norma pode começar em um momento e terminar em outro. As normas do Direito tchecoslovaco começaram a ser válidas em certo dia de 1918; as normas do Direito austríaco deixaram de ser válidas quando a república austríaca foi incorporada ao Reich alemão em 1938. A validade de uma norma também tem uma relação com o espaço. A fim de ser realmente válida, ela deve ser válida não apenas num determinado tempo, mas também num determinado território. As normas do Direito francês são válidas apenas na França, as normas do Direito mexicano, apenas no México. Podemos, portanto, falar da esfera de validade temporal e da esfera de validade territorial de uma norma. Para se determinar como homens devem se conduzir é preciso determinar quando e onde eles têm de se conduzir da maneira prescrita. Como devem se comportar, quais atos devem praticar ou se abster de praticar, essa é a esfera material de validade de uma norma. As normas que regulam a vida religiosa dos homens referem-se a outra esfera material, assim como as normas que regulam sua vida econômica. Com referência a certa norma pode-se, contudo, levantar não apenas a questão do que deverá ser feito ou evitado, mas também a questão de quem deverá fazer ou evitar o quê. A última questão refere-se a esfera pessoal de validade da norma. Exatamente como existem normas válidas apenas para um território determinado e para um tempo determinado, existem normas válidas apenas para determinados indivíduos, como católicos ou suíços, por exemplo. A conduta humana que forma o conteúdo das normas e que ocorre no tempo e no espaço consiste em um elemento pessoal e um material: o indivíduo que, em algum lugar e em certo tempo faz ou evita fazer algo, e a coisa, o ato, que ele faz ou evita fazer. Por conseguinte, as normas têm de regular a conduta humana em todos esses aspectos.

Dentre as quatro esferas de validade de uma norma, a esfera pessoal e a material têm precedência sobre a esfera territorial e a temporal. As duas últimas são apenas o território dentro do qual e o tempo durante o qual o indivíduo deverá observar certa conduta. Uma norma pode determinar tempo e espaço apenas em relação à conduta humana. Dizer que uma norma é válida para um dado território é dizer que ela se refere à conduta humana que ocorre dentro desse território. Dizer que uma norma é válida por certo tempo é dizer que ela se refere à conduta humana que ocorre durante esse tempo. Qualquer território e qualquer tempo nos quais ocorre à conduta humana podem formar a esfera territorial e a temporal de validade das normas.

²⁰ Cf. infra 121 ss.

Ocasionalmente, afirma-se que as normas podem ter validade para o passado, mas apenas para o futuro. Não é assim, e a asserção parece dever-se a uma incapacidade de distinguir a validade de uma norma e a eficácia da idéia de uma norma. A idéia de uma norma como fato psíquico pode tornar-se eficaz apenas no futuro, no sentido de que essa idéia deve preceder temporalmente a conduta em conformidade com a norma, já que a causa deve preceder temporalmente o efeito. Mas a norma também pode se referir à conduta passada. O passado e o futuro são relativos a um determinado momento no tempo. O momento que têm em mente os que argumentam que uma norma é válida apenas para o futuro é, evidentemente, o momento em que a norma foi criada.

O que eles querem dizer é que as normas não podem se referir a eventos que tiveram lugar antes desse momento. Mas isso não se aplica se estivermos considerando a validade de uma norma como distinta da eficácia de sua idéia.

Nada nos impede de aplicar uma norma como esquema de interpretação, como padrão de avaliação, para fatos que ocorreram antes do momento em que a norma veio a existir. Podemos avaliar o que alguém fez no passado de acordo com uma norma que assumiu validade somente após esse ato ter sido feito. No passado, era um dever religioso sacrificar seres humanos aos deuses, e a escravidão era uma instituição legal. Hoje dizemos que esses sacrifícios humanos eram crimes, e que a escravidão, como instituição legal, era imoral. Aplicamos a esses fatos normas morais válidas em nosso tempo, apesar do fato de as normas que proíbem sacrifícios humanos e escravidão terem vindo a existir bem depois da ocorrência dos fatos que agora, segundo essa norma, julgamos criminosos e imorais. A legitimação subsequente é possível e freqüente, sobretudo no campo do Direito. Um exemplo especial é a lei alemã pela qual certos assassinatos, cometidos por ordem de seu chefe de Estado, em 30 de junho de 1934, foram, retroativamente, privados de seu caráter de delito. Também seria possível, retroativamente, dar o caráter de sanções a esses atos de assassinato. Uma norma jurídica, por exemplo, um estatuto, pode vincular uma sanção a fatos consumados antes da criação da norma. Essa norma é válida para o sujeito que deverá evitar o delito, assim como para o órgão que deverá executar a sanção. Tal tipo de norma é, no que diz respeito ao sujeito, válida para o passado.

i. Leis retroativas e *ignorantia juris*

O valor moral e político das leis retroativas pode ser discutido, mas não há dúvida quanto à possibilidade de sua existência. A constituição dos Estados Unidos, por exemplo, no Artigo 1, seção 9, cláusula 3, diz: "Nenhuma... lei *ex post facto* será aprovada." O termo "lei *ex post facto*", é interpretado como lei penal com força retroativa. As leis retroativas são consideradas censuráveis e indesejáveis porque ferem nosso sentimento de justiça infligir uma sanção, especialmente uma punição, a um indivíduo por causa de uma ação ou omissão às quais o indivíduo não poderia saber que se vinculava tal sanção. Por outro lado, porém, reconhecemos o princípio — fundamental em todas as ordens jurídicas positivas — *ignorantia juris neminem excusat*, a ignorância da lei não exime ninguém. O fato de um indivíduo não saber que a lei vincula uma sanção à sua ação ou à sua omissão não é motivo para que a sanção não lhe seja infligida. As vezes o princípio em questão é interpretado restritivamente: a ignorância da lei não é desculpa se o indivíduo desconhece a lei apesar de ser possível conhecê-la. Então esse princípio não parece incompatível com a rejeição de leis retroativas. Pois no caso de uma lei retroativa é de fato impossível conhecer a lei no momento em que é executado o ato ao qual a lei vincula uma sanção. Porém, a distinção entre um caso em que o indivíduo pode conhecer a lei válida no momento em que comete o delito e um caso em que indivíduo não pode conhecê-la é mais do que problemática. Em geral, pressupõe-se que uma lei válida pode ser conhecida pelos indivíduos cuja conduta é regulada pela lei. Na verdade, trata-se de uma *presumptio juris et de jure*, i.e., um "pressuposto irrefutável", um pressuposto contra o qual não se pode apresentar nenhuma evidência, uma hipótese jurídica cuja incorreção não deve ser provada, a hipótese de que todas as normas de uma ordem jurídica positiva podem ser conhecidas pelos indivíduos sujeitos a essa ordem. Isso, obviamente, não é verdade; o pressuposto em questão é uma ficção jurídica típica. Portanto, no que diz respeito à possibilidade ou impossibilidade de se conhecer a lei, não há nenhuma diferença essencial entre uma lei retroativa e vários casos em que uma lei retroativa não é, e não pode ser, do conhecimento do indivíduo a quem essa lei tem de ser aplicada.

D. A norma jurídica

a. Norma jurídica e regra de Direito num sentido descritivo

Se a “coerção”, no sentido aqui definido, é um elemento essencial do Direito, então as normas que formam uma ordem jurídica devem ser normas que estipulam um ato coercitivo, i.e., uma sanção. Em particular, as normas gerais devem ser normas nas quais certa sanção é tomada dependente de certas condições, sendo essa dependência expressada pelo conceito de “dever ser”. Isso não significa que os órgãos legislativos tenham necessariamente de dar às normas a forma de um enunciado com um “dever ser” hipotético. Os diferentes elementos de uma norma podem estar contidos em produtos bem diferentes do procedimento legislativo e podem ser exprimidos lingüisticamente de várias maneiras diferentes. Quando o legislador proíbe o roubo, ele pode, por exemplo, definir em primeiro lugar o conceito de roubo em uma série de frases que formam o artigo de um estatuto e, então, estipular a sanção em outra frase, que pode ser parte de outro artigo do mesmo estatuto ou até mesmo parte de um estatuto inteiramente diverso. Muitas vezes, essa última sentença não possui a forma lingüística de um imperativo ou de uma sentença com “dever ser”, mas sim a forma de uma predição de um evento futuro. O legislador com freqüência faz uso do tempo futuro, dizendo que um ladrão “será” punido de tal e tal modo. Ele, então, pressupõe que a questão quanto a quem é um ladrão foi respondida alhures, no mesmo estatuto ou em algum outro. A expressão “será punido” não subentende a predição de um evento futuro — o legislador não é profeta — mas um “imperativo” ou um “comando”, sendo esses termos tomados num sentido figurado. O que a autoridade criadora de normas quer dizer é que a sanção “deve” ser executada contra o ladrão quando as condições da sanção forem concretizadas.

A tarefa da ciência do Direito é descrever o Direito de uma comunidade, i.e., o material produzido pela autoridade jurídica no procedimento legislativo, na forma de enunciados no sentido de que “se tais e tais condições forem satisfeitas, então deve-se proceder a tal e tal sanção”. Esses enunciados, por meio dos quais a ciência jurídica descreve o Direito, não devem ser confundidos com as normas criadas pelas autoridades legislativas. É preferível não chamar de normas esses enunciados, mas de regras jurídicas. As normas jurídicas decretadas pelas autoridades legislativas são prescritas; as regras de Direito formuladas pela ciência jurídica são descritivas. É importante que o termo “regra jurídica” ou “regra de Direito” seja empregado aqui num sentido descritivo.

b. Regra de Direito e lei da natureza

A regra de Direito, o termo usado num sentido descritivo, é um julgamento hipotético vinculando certas conseqüências a certas condições. Essa é a forma lógica também da natureza. Exatamente como a ciência do Direito, a ciência da natureza descreve seu objeto em sentenças que têm o caráter de julgamentos hipotéticos. E, como a regra de Direito, a lei da natureza também relaciona dois fatos entre si como condição e conseqüência. Neste caso, a condição é a “causa, a conseqüência, o “efeito”. A forma fundamental da lei da natureza é a da lei da causalidade. A diferença entre a regra de Direito e a lei da natureza parece ser a de que a primeira se refere a coisas e suas reações. A conduta humana, contudo, também pode ser tema de leis naturais, na medida em que o comportamento humano também pertence à natureza. A regra de Direito e a lei da natureza não diferem tanto pelos elementos que relacionam quanto pela maneira em que é feita a conexão. A lei da natureza estabelece que, se A é, B é (ou será). A regra de Direito diz: Se A é, B deve ser. A regra de Direito é uma norma (no sentido descritivo do termo). O significado da conexão estabelecida pela lei da natureza entre dois elementos é o “é”, ao passo que o significado da conexão estabelecida entre dois elementos pela regra do Direito é o “deve ser”. O princípio segundo o qual a ciência natural descreve seus objetos é o da causalidade; o princípio segundo o qual a ciência jurídica descreve seu objeto é o da normatividade.

Em geral, a diferença entre lei da natureza e norma caracteriza-se pela afirmação de que a lei da natureza não pode ter exceções, ao passo que uma norma pode. Isso, porém, não é correto. A regra normativa “se alguém roubar, deve ser punido” permanece válida mesmo se, num dado caso, um ladrão não for punido. Esse fato não implica uma exceção ao enunciado de dever ser que exprime a norma; ele é uma exceção ao enunciado de “ser” que exprime a regra de que, se alguém roubar, será efetivamente punido. A validade de uma norma permanece incólume se, num caso concreto, um fato não corresponder à norma. Um fato tem o caráter de “exceção” à regra, se o enunciado que estabelece o fato estiver em contradição lógica com a regra. Como a norma não é um enunciado de realidade, nenhum enunciado de um fato real pode estar em contradição com a norma. Por conseguinte, não pode haver exceções à norma. A norma é, por sua própria natureza, inviolável. Dizer que a norma é “violada” por certa conduta é uma expressão figurada, e a figura

usada nessa afirmação é incorreta. Porque a afirmação não diz nada sobre a norma; ela apenas caracteriza a conduta efetiva como contrária à conduta prescrita pela norma.

A lei da natureza, no entanto, não é inviolável²¹. Exceções verdadeiras a uma regra da natureza não estão excluídas. A conexão entre causa e efeito estabelecida em uma lei da natureza que descreve a realidade física tem apenas o caráter de possibilidade, não o de necessidade absoluta, tal como pressuposto pela filosofia da natureza mais antiga. Se, como resultado de uma pesquisa empírica, dois fenômenos são considerados como estando em relação de causa e efeito, e, se esse resultado for formulado em uma lei da natureza, não se exclui, em absoluto, que possa ocorrer um fato que esteja em contradição com essa lei e que, portanto, represente uma exceção real à lei. Se um fato desse tipo ocorrer, então a formulação da lei tem de ser alterada de modo a fazer com que o novo fato corresponda à nova fórmula. Mas a conexão de causa e efeito estabelecida pela nova fórmula também possui apenas o caráter de probabilidade, não o de necessidade absoluta. Exceções à lei não estão excluídas.

Se examinarmos o modo pelo qual a idéia de causalidade se desenvolveu na mente humana, descobriremos que a lei da causalidade tem sua origem em uma norma. A interpretação da natureza tinha originalmente um caráter social. O homem primitivo considerava a natureza como parte intrínseca de sua sociedade. Ele interpretava a realidade física segundo os mesmos princípios que determinavam suas relações sociais. Para ele, sua ordem social era, ao mesmo tempo, a ordem da natureza. Assim como os homens obedecem às normas da ordem social, as coisas obedecem às normas que emanam de seres pessoais sobre-humanos. A lei social fundamental é a norma de acordo com a qual o bem tem de ser recompensado e o mal, punido. O princípio de retribuição domina completamente a consciência primitiva. A norma jurídica é o protótipo desse princípio. Segundo esse princípio de retribuição, o homem interpreta a natureza. Sua interpretação tem um caráter normativo-jurídico. É na norma de retribuição que a lei da causalidade se origina e é nela que, na forma de uma modificação gradual de significado, se desenvolve. Mesmo durante o século XIX, a lei da causalidade era concebida como uma norma, como a expressão da vontade divina. O último passo na emancipação da lei da causalidade da norma de retribuição consiste no fato de que a primeira se livra do caráter de norma e, portanto, deixa de ser concebida como inviolável.²²

²¹ 21. William A. Robson, *Civilisation and the Growth of Law* (1935), 340, diz: “Os homens de ciência não mais arrogam às leis naturais a validade inexorável, imutável e objetiva que se supunha, antigamente, que elas possuíssem”

²² Cf. meu trabalho *Society and Nature*

c. A norma jurídica como padrão de avaliação²³

A norma jurídica pode ser aplicada, não apenas no sentido de ser executada pelo órgão ou obedecida pelo sujeito, mas também no sentido de formar a base de um julgamento específico de valor qualificando a conduta do órgão, ou do sujeito, como lícita (legal, certa) ou ilícita (ilegal, errada). São os julgamentos de valor especificamente jurídicos. Outros julgamentos de valor dizem respeito à lei em si ou à atividade dos indivíduos que criam a lei. Esses julgamentos declaram a atividade do legislador e de seu produto, a lei, justa ou injusta. A atividade do juiz também é, a bem da verdade, considerada justa ou injusta, mas apenas na medida em que ele funciona na condição de criador de lei. Na que apenas aplica a lei, sua conduta é considerada lícita ou ilícita exatamente como a conduta dos que estão sujeitos à lei. Os predicados de valor envolvidos nos julgamentos que declaram certa conduta lícita ou ilícita serão designados aqui como “valores de Direito”, ao passo que aqueles envolvidos nos julgamentos quanto à justiça ou injustiça de uma ordem jurídica serão chamados “valores de justiça”. Os enunciados que afirmam valores de Direito são julgamentos objetivos de valor, e os que afirmam valores de justiça são julgamentos subjetivos de valor. O julgamento jurídico de valor de que certa conduta é lícita ou ilícita é uma asserção de uma relação positiva ou negativa entre a conduta e uma norma jurídica cuja existência é presumida pela pessoa que faz o julgamento. A existência de uma norma jurídica é sua validade; e a validade de normas jurídicas, apesar de não idêntica a certos fatos, é por eles condicionada. Como demonstraremos em seção subsequente²⁴, esses fatos são: a eficácia da ordem jurídica total à qual pertence a norma; a presença de um fato criando a norma; a ausência de algum fato anulando a norma. Um julgamento jurídico de valor que afirma uma relação positiva ou negativa entre uma conduta humana definida e uma norma jurídica implica a afirmação da existência de uma norma jurídica. Essa afirmação é, portanto, o próprio julgamento jurídico de valor, pode ser verificada por intermédio dos fatos que condicionam a existência da norma. Nesse sentido, o julgamento jurídico de valor tem um caráter objetivo. A existência do valor de Direito é verificável objetivamente. O valor de justiça, porém, não é da mesma natureza que o valor de Direito. Quando julgamos uma ordem jurídica ou uma instituição justa ou injusta, queremos dizer algo mais do que quando dizemos que um prato de comida é bom ou ruim, indicando que o consideramos ou não agradável ao paladar. A afirmação de que uma instituição jurídica, por exemplo, a escravidão ou a propriedade privada, é justa ou injusta, não significa que alguém tenha um interesse nessa instituição ou no seu oposto. Sua significação é a de que a instituição em questão corresponde ou não corresponde a certa norma cuja validade é presumida pela pessoa que faz a afirmação. Mas essa norma não é uma norma de Direito positivo. Contudo, um julgamento de justiça arroga-se a expressão de um valor objetivo.

As normas efetivamente usadas como padrões de justiça variam, como assinalamos, de indivíduo para indivíduo, e são, muitas vezes, mutuamente irreconciliáveis. Algo é justo ou injusto apenas para o indivíduo que acredita na existência da norma de justiça apropriada, e essa norma existe apenas para os que, por um motivo ou outro, desejam o que a norma prescreve. É impossível determinar a norma de justiça de modo único. Ela é, em última análise, uma expressão do interesse do indivíduo que declara uma instituição social justa ou injusta. Isso, porém, é algo do qual ele não tem consciência. Seu julgamento pretende-se capaz de afirmar a existência de uma justiça independente da vontade humana. Essa pretensão de objetividade é particularmente evidente quando a idéia de justiça surge sob a forma de “Direito natural”. Segundo a doutrina do “Direito natural”, a norma de justiça é imanente à natureza — a natureza do homem ou a natureza das coisas e o homem pode apenas apreender, mas não criar ou influenciar essa norma. A doutrina é uma ilusão típica, devida a uma objetivação de interesses subjetivos.

Os valores de justiça não consistem, é verdade, numa relação com um interesse, mas numa relação com uma norma. Essa norma, porém, não é, como crê a pessoa que julga, objetiva; ela depende de um interesse subjetivo seu. Não existe, porém, apenas um padrão de justiça, mas vários padrões desse tipo, diferentes e mutuamente inconsistentes.

Por outro lado, existe apenas um Direito positivo. Ou — caso desejemos dar razão às várias ordens jurídicas nacionais — existe apenas um Direito positivo para cada território. Seu conteúdo pode ser unicamente determinado por um método objetivo. A existência dos valores de Direito é condicionada por fatos verificáveis objetivamente. As normas do Direito positivo correspondem a uma determinada realidade social,

²³ Cf. meu artigo “Value Judgement in the Science of Law” (1942). 7, *J. of Social Philosophy and Jurisprudence*, 312-333.

²⁴ Cf. infra, 121 ss.

mas o mesmo não ocorre com as normas de justiça. Nesse sentido, o valor de Direito é objetivo, enquanto o valor de justiça é subjetivo. A partir desta perspectiva, não faz diferença se, às vezes, um grande número de pessoas têm o mesmo ideal de justiça. Os julgamentos jurídicos de valor são julgamentos que podem ser testados objetivamente com o auxílio de fatos. Portanto, eles são admissíveis dentro de uma ciência jurídica. Os julgamentos de justiça não podem ser testados objetivamente. Portanto, não há espaço para eles dentro de uma ciência jurídica.

Os julgamentos morais e políticos são da mesma natureza que os julgamentos de justiça. Eles pretendem expressar um valor objetivo. De acordo com seu significado, o objeto a que se referem é de valor para todas as pessoas. Eles pressupõem uma norma objetivamente válida. Mas a existência e o conteúdo dessa norma não podem ser verificados por fatos. Ela é determinada apenas por um desejo subjetivo do sujeito que faz o julgamento. Os julgamentos de valor morais e políticos e, em particular, os julgamentos de justiça baseiam-se em ideologias que não são, como são os julgamentos jurídicos de valor, paralelos a uma realidade social definida.