

**TEORIA GERAL
DO DIREITO**

Norberto Bobbio

Tradução
DENISE AGOSTINETTI
Revisão da tradução
SILVANA COBUCCI LEITE

Martins Fontes
São Paulo 2007

Pode-se acrescentar ainda a seguinte consideração: as três teorias não se excluem reciprocamente e, portanto, é estéril toda batalha doutrinária para fazer triunfar uma ou outra. Eu diria até que essas três teorias se integram utilmente uma com a outra. Cada uma delas evidencia um aspecto da multiforme experiência jurídica: a teoria da relação, o aspecto da *intersubjetividade*; a teoria da instituição, o aspecto da *organização social*; a teoria normativa, o aspecto da *regularidade*. Com efeito, a experiência jurídica nos coloca diante de um mundo de *relações* entre sujeitos humanos *organizados* de maneira estável em sociedade mediante o uso de *regras* de conduta. De resto, dos três aspectos complementares, o fundamental continua a ser o aspecto normativo. A intersubjetividade e a organização são condições *necessárias* para a formação de uma ordem jurídica; o aspecto normativo é a condição *necessária* e *suficiente*.

Capítulo II

Justiça, validade e eficácia

SUMÁRIO: 9. Três critérios de valoração. – 10. Os três critérios independentes. – 11. Posíveis confusões dos três critérios. 12. O direito natural. – 13. O positivismo jurídico. – 14. O termo jurídico.

9. Três critérios de valoração

O estudo das regras de conduta, em especial das regras jurídicas, apresenta muitos problemas interessantes, que estão na ordem do dia não só da teoria geral do direito (sobre tudo após Kelsen), mas também da lógica e da filosofia contemporâneas. Este curso dedica-se a enfrentar alguns desses problemas.

O primeiro ponto que, na minha opinião, é preciso ter bem claro na mente se se quer dotar uma teoria da norma jurídica de fundamentos sólidos, é que toda norma jurídica pode ser submetida a três valorações distintas, e que essas valorações são independentes umas das outras. Diante de uma norma jurídica qualquer, podemos efetivamente nos colocar uma *tríplice ordem de problemas*: 1) *se ela é justa ou injusta*; 2) *se ela é válida ou inválida*; 3) *se ela é eficaz ou ineficaz*. Trata-se dos três problemas distintos da *justiça*, da *validade* e da *eficácia* de uma norma jurídica.

O problema da *justiça* é o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram determinado ordenamento jurídico. Não vamos tocar, por ora, no problema da existência de um ideal de bem comum idêntico para todas as épocas e para todos os lugares. Basta-nos constatar aqui que todo ordenamento jurídico persegue determinados fins, e concordar com o fato de que

esses fins representam os valores para cuja realização o legislador, mais ou menos conscientemente, mais ou menos adequadamente, dirige a própria obra. Caso se considere que existem valores supremos, objetivamente evidentes, questionar se uma norma é justa ou injusta significa perguntar se ela está apta ou não para realizar esses valores. Mas também no caso de quem não crê em valores absolutos, o problema da justiça ou não de uma norma tem um sentido; equivale a se perguntar se aquela norma está apta ou não a realizar os valores históricos que inspiram aquele ordenamento jurídico concreto e historicamente determinado. O problema de saber se uma norma é ou não justa é um aspecto do contraste entre mundo ideal e mundo real, entre o que deve ser e o que é: norma justa é aquilo que deve ser; norma injusta é aquilo que não deveria ser. Colocar-se o problema da justiça ou não de uma norma equivale a se colocar o problema da correspondência entre o que é real e o que é ideal. Por isso costuma-se chamar o problema da justiça de problema *deontológico do direito*.

O problema da *validade* é o problema da *existência* da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor sobre o fato de ela ser justa ou não. Enquanto o problema da justiça é resolvido com um juízo de valor, o problema da validade é resolvido com um juízo de fato. Ou seja, trata-se de constatar se uma regra jurídica existe ou não, ou melhor, se essa regra, determinada de um modo ou de outro, é uma regra jurídica. Validade jurídica de uma norma equivale à existência daquela norma enquanto regra jurídica. Se para julgar a justiça de uma norma é preciso compará-la a um valor ideal, para julgar a sua validade é preciso realizar pesquisas de tipo empírico-racional, aquelas pesquisas efetuadas para determinar a importância e o alcance de um evento. Em particular, para decidir se uma norma é válida (ou seja, se existe como regra jurídica pertencente a um determinado sistema), geralmente é preciso realizar três operações: 1) verificar se a autoridade que a emanou tinha o poder legítimo de emanar normas jurídicas, ou seja, normas obrigatórias naquele de-

terminado ordenamento jurídico (essa pesquisa leva inevitavelmente a remontar à norma fundamental, que é o fundamento de validade de todas as normas de um determinado sistema); 2) verificar se não foi *ab-rogada*, tendo em vista que uma norma pode *ter sido* válida, no sentido de que foi emanada por um poder autorizado para tanto, mas não significa que *ainda seja válida*, o que ocorre quando uma outra norma sucessiva no tempo a ab-rogou expressamente ou regulou a mesma matéria; 3) verificar se não é *incompatível* com outras normas do sistema (o que também é chamado de *ab-rogação implícita*), sobre tudo com uma norma hierarquicamente superior (uma lei constitucional é superior a uma lei ordinária numa constituição rígida) ou com uma norma sucessiva, a partir do momento em que em todo ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas (assim como num sistema científico duas proposições contraditórias não podem ser ambas verdadeiras). O problema da validade jurídica pressupõe que se tenha respondido à pergunta: o que se entende por direito? Trata-se, caso se queira adotar uma terminologia familiar entre os filósofos do direito, do problema *ontológico do direito*.

O problema da *eficácia* de uma norma é o problema de saber se essa norma é ou não seguida pelas pessoas a quem se destina (os chamados destinatários da norma jurídica) e, caso seja violada, seja feita valer com meios coercitivos pela autoridade que a estabeleceu. O fato de uma norma existir enquanto norma jurídica não implica que ela também seja constantemente seguida. Não é nossa tarefa, por ora, indicar por que razões uma norma é ou não seguida. Vamos nos limitar a constatar que existem normas que são seguidas universalmente de maneira espontânea (e são as mais eficazes), outras que são seguidas na maioria dos casos somente enquanto providas de coação, outras que não são seguidas, apesar da coação, e outras ainda que são violadas sem que ao menos seja posta em prática a coação (e são as mais ineficazes). A pesquisa para verificar a eficácia ou a ineficácia

de uma norma é uma Pesquisa histórico-sociológica, que se destina ao estudo do comportamento dos membros de um determinado grupo social, e que se diferencia tanto da pesquisa mais tipicamente filosófica em torno da justiça quanto da pesquisa mais tipicamente jurídica em torno da validade. Também aqui, para usar a terminologia científica, embora em sentido diferente do costumeiro, pode-se dizer que o problema da eficácia das regras jurídicas é o problema fenomenológico do direito.

10. Os três critérios são independentes

Esses três critérios de valoração de uma norma dão origem a três ordens distintas de problemas, e são independentes um do outro, no sentido de que a justiça não depende nem da validade nem da eficácia, e a eficácia não depende nem da justiça nem da validade. Para demonstrar essas várias relações de independência, formulamos as seis proposições a seguir:

1. uma norma pode ser justa sem ser válida. Para dar um exemplo clássico, os teóricos do direito natural formulavam em seus tratados um sistema de normas extraídas de princípios jurídicos universais. Quem formulava essas normas as julgava justas, por considerá-las correspondentes a princípios universais de justiça. Mas essas normas, por serem apenas escritas num tratado de direito natural, não eram válidas. Só se tornavam válidas na medida em que eram acolhidas em um sistema de direito positivo. O direito natural pretende ser o direito justo por excelência; mas apenas pelo fato de ser justo não significa que também seja válido;

2. uma norma pode ser válida sem ser justa. Nesse caso não é preciso ir tão longe para buscar exemplos. Nenhum ordenamento jurídico é perfeito: entre o ideal de justiça e a realidade do direito há sempre uma distância, mais ou me-

nos grande, conforme os regimes. Sem dúvida, o direito que em todos os regimes de um certo período histórico e em alguns regimes atuais que consideramos culturalmente atraídos admitia a escravidão não era justo, mas nem por isso deixava de ser válido. Até pouco tempo atrás vigoravam leis raciais que nenhuma pessoa de bom senso se dispõe a considerar justas: todavia elas eram válidas. Um socialista dificilmente reconhecerá como justo um ordenamento que reconhece e protege a propriedade individual; assim como um reacionário dificilmente reconhecerá como justa uma norma que considere lícita a greve. No entanto, nem o socialista nem o reacionário terão dúvidas sobre o fato de que, num ordenamento positivo como o italiano, tanto as normas que regulam a propriedade individual quanto as que reconhecem o direito de greve são válidas;

3. uma norma pode ser válida sem ser eficaz. O caso mais clamoroso continua a ser o das leis sobre a proibição das bebidas alcoólicas nos Estados Unidos, que vigoraram por cerca de vinte anos no período entre as duas guerras. Constatou-se que o consumo de bebidas alcoólicas durante o regime proibicionista não era inferior ao consumo do período imediatamente posterior, quando a proibição foi suprimida. Sem dúvida, tratava-se de leis "válidas", no sentido de que haviam sido emanadas pelos órgãos competentes para emanar normas jurídicas, mas não eram eficazes. Sem retroceder demais no tempo, muitos artigos da Constituição italiana até agora não foram aplicados. O que significa a tão freqüentemente deplorada desaplicação da constituição? Significa que estamos diante de normas jurídicas que, embora válidas, ou seja, existentes enquanto normas, não são eficazes;

4. uma norma pode ser eficaz sem ser válida. Existem muitas normas sociais seguidas espontaneamente ou pelo menos habitualmente, ou seja, eficazes, como, por exemplo, num determinado círculo de pessoas, as regras da boa edu-

cação. Essas regras, pelo simples fato de serem seguidas, não se tornam por isso mesmo regras pertencentes a um sistema jurídico, ou seja, não adquirem validade jurídica. Poder-se-ia objetar que o direito consuetudinário constitui um exemplo conspícuo de normas que adquirem validade jurídica, ou seja, passam a integrar um sistema normativo somente por meio da sua eficácia. E o que é o uso constante, regular, geral, uniforme que se requer de um costume para que se torne jurídico se não o que chamamos de "eficácia"? Mas a essa objeção pode-se responder que nenhum costume torna-se jurídico apenas através do uso, pois o que o torna jurídico, ou seja, o que o insere num sistema, é o fato de ser acolhido e reconhecido pelos órgãos competentes, naquele sistema, para produzir normas jurídicas, como o legislador ou o juiz. Enquanto é apenas eficaz, uma norma consuetudinária não se torna norma jurídica. Torna-se jurídica quando os órgãos do poder lhe atribuem validade. O que confirma que a eficácia não se transforma diretamente em validade, e, portanto, uma norma pode continuar a ser eficaz sem por isso se tornar jurídica;

5. uma norma pode ser justa sem ser eficaz. Vimos que uma norma pode ser justa sem ser válida. Não devemos hesitar em acrescentar que pode ser justa sem ser eficaz. Quando a sabedoria popular diz que "não há justiça neste mundo", refere-se ao fato de que muitos exaltam a justiça com palavras, poucos a colocam em prática. Em geral, para ser eficaz, uma norma também deve ser válida. Se é verdade que muitas normas de justiça não são válidas, a maior parte sequer é eficaz;

6. uma norma pode ser eficaz sem ser justa. O fato de uma norma ser universalmente seguida não é prova da sua justiça, assim como, de resto, o fato de não ser seguida absolutamente não pode ser considerado como prova da sua injustiça. A derivação da justiça a partir da eficácia poderia ser comparada a um dos argumentos que costumava ser discuti-

do entre os jusnaturalistas, o chamado argumento do *consensus humani generis*, ou mais simplesmente, do *consensus omnium*. Perguntavam-se os jusnaturalistas: deve-se considerar máxima de direito natural aquela que é aceita por todos os povos (alguns diziam "por todos os povos civilizados")? A resposta dos jusnaturalistas mais intransigentes era quase sempre negativa. E com razão: o fato de a escravidão, por exemplo, ser praticada por todos os povos civilizados num certo período histórico não a transformava numa instituição conforme à justiça. A justiça é independente da validade, mas é também independente da eficácia.

11. Possíveis confusões dos três critérios

Cada um dos três critérios examinados até aqui delimita um campo bem definido de pesquisas para o filósofo do direito. Pode-se até mesmo afirmar que os três problemas fundamentais, de que tradicionalmente se ocupou e se ocupa a filosofia do direito, coincidem com as três qualificações normativas da justiça, da validade e da eficácia. O problema da justiça dá lugar a todas aquelas pesquisas que visam identificar os valores supremos a que o direito tende, em outras palavras, os fins sociais de que os ordenamentos jurídicos, com o seu conjunto de regras, de instituições e de órgãos, são o mais adequado instrumento de atuação. Daí nasce a filosofia do direito enquanto teoria da justiça. O problema da validade constitui o núcleo daquelas pesquisas que se destinam a determinar em que consiste o direito, como regra obrigatória e coativa, quais são as características peculiares de um ordenamento jurídico distinto de outros ordenamentos normativos (como aquele moral) e, portanto, determinar não os fins que devem ser realizados, mas os meios exigidos para realizar esses fins, ou o direito como instrumento de atuação da justiça. Daí nasce a filosofia do direito como teoria geral do direito. O problema da eficácia leva-nos para o terreno da aplicação das normas jurídicas, que é o ter-

reno dos comportamentos efetivos dos homens que vivem em sociedade, dos seus interesses contrastantes, das ações e reações diante da autoridade, e dá lugar às pesquisas em torno da vida do direito, no seu surgimento, no seu desenvolvimento, na sua modificação, pesquisas geralmente vinculadas a investigações de caráter histórico e sociológico. Nasce daí aquele aspecto da filosofia do direito que confluí na sociologia jurídica.

Essa tripartição de problemas é hoje geralmente reconhecida pelos filósofos do direito, e de resto corresponde em parte à distinção das três tarefas da filosofia do direito (talvez *deontológica, ontológica e fenomenológica*) que a filosofia do direito italiano adotou desde o início do século XX, por obra principalmente de Giorgio Del Vecchio. Para dar uma prova do consenso geral sobre essa concepção tripartida da experiência jurídica, cito aqui o testemunho de três teóricos do direito contemporâneo, pertencentes a três diferentes países e a três diferentes tradições culturais. Eduardo García Maynez, professor da Universidade do México, discípulo do filósofo espanhol Ortega y Gasset e do seu "perspectivismo", no ensaio *La definición del Derecho. Ensayo de Perspectivismo jurídico* (México, 1948), diz que por "direito" se entendem geralmente três coisas: o direito formalmente válido, o direito intrinsecamente válido, o direito positivo ou eficaz. Com a primeira expressão entende aquelas regras de conduta terminadas por autoridade política considera obrigatórias num determinado território e numa determinada época"; com a segunda, pretende indicar o direito justo, ou seja, as regulamentações das relações de coexistência entre os homens que mais correspondem ao ideal de justiça; com a terceira, indica aquelas regras de conduta que "determinam efetivamente a vida de uma sociedade num certo momento histórico". Não é preciso muito esforço para reconhecer nesses três modos de entender o direito a distinção entre validade, justiça e eficácia. Como segundo testemunho citamos Julius Stone, professor da Universidade de Sydney (Austrália), aluno do mais autorizado filósofo do direito contemporâneo

americano, Roscoe Pound. Em sua obra mais importante, *The Province and Function of Law as Logic, Justice and Social Control* (Sydney, 1946), Pound considera que o estudo do direito, para ser completo, resulta destas três partes: 1) *jurisprudência analítica*, que é a que chamaremos teoria geral do direito, ou seja, o estudo do direito do ponto de vista formal; 2) *jurisprudência crítica ou ética*, que compreende o estudo dos vários ideais de justiça, e, portanto, do direito ideal nas suas relações com o direito real, e coincide com aquela parte da filosofia do direito que chamamos teoria da justiça; 3) *jurisprudência sociológica*, que estuda, segundo a expressão predileta de Pound, não o direito nos livros (*law in books*), mas o direito em ação (*law in action*), e corresponde à sociologia jurídica enquanto estudo do direito vivo na sociedade. O terceiro testemunho é o de Alfred von Verdross, professor da Universidade de Viena, que segue o juristralismo. Num artigo intitulado *Zur Klärung des Rechtsbegriffes* [Para o esclarecimento do conceito de direito], de 1950, depois de distinguir acuradamente o problema da justiça daquele da validade, ele esclarece que existem três modos diferentes para considerar o direito, segundo seja observado no seu valor ideal (que é a justiça), no seu valor formal (que é a validade), na sua atuação prática (que é a eficácia), e assim se exprime: "O sociólogo pode, com seus meios, compreender apenas a eficácia do direito; o teórico do direito, apenas a forma do direito e a conexão intrínseca das normas positivas, enquanto o filósofo moral (o teórico do direito natural) interessa-se somente pela justiça ética das normas jurídicas e pela sua obrigatoriedade interior" (pp. 98-9).

É claro que essa distinção de problemas não deve ser concebida como uma separação em compartimentos estanques. Quem quiser compreender a experiência jurídica nos seus vários aspectos, deverá levar em conta que ela é aquela parte da experiência humana cujos elementos constitutivos são ideais de justiça a realizar, instituições normativas para realizá-los, ações e reações dos homens diante desses ideais e dessas instituições. Os três problemas são três diferentes

aspectos de um único problema central, que é o problema da melhor organização da vida dos homens associados. Se insistimos na distinção e na independência das três valorações, é porque consideramos prejudicial a confusão entre elas, e sobretudo consideramos não ser possível aceitar outras teorias que não realizam essa distinção tão nitidamente, e tendem, ao contrário, a reduzir ora a um ora a outro dos três aspectos os outros dois, procedendo, como hoje se costuma dizer, com o reprovável neologismo da linguagem filosófica, com "reducionismo". Creio que é possível distinguir três teorias reducionistas, a cuja crítica dedico as três últimas seções deste capítulo.

Existe uma teoria que *reduz a validade à justiça*, afirmando que uma norma só é válida se é justa; em outras palavras, faz com que a validade dependa da justiça. O exemplo histórico mais ilustre dessa redução é a doutrina do direito natural.

Uma outra teoria *reduz a justiça à validade*, enquanto afirma que uma norma é justa simplesmente por ser válida, ou seja, faz com que a justiça dependa da validade. O exemplo histórico dessa teoria é dado pela concepção do direito que se contrapõe àquela jusnaturalista, e é a concepção positivista (no sentido mais estrito e limitado da palavra).

Por fim, existe uma teoria que *reduz a validade à eficácia*, enquanto tende a afirmar que o direito real não é o que se encontra, por assim dizer, enunciado numa constituição, num código ou num corpo de leis, mas é aquele que os homens efetivamente aplicam nas suas relações cotidianas: essa teoria faz com que, em última análise, a validade dependa da eficácia. O exemplo histórico mais radical é dado pelas chamadas correntes realistas da jurisprudência americana e pelas suas antecipações no continente.

A nosso ver, todas essas três concepções estão viciadas pelo erro do "reducionismo", que leva a eliminar ou no mínimo a ofuscar um dos três elementos constitutivos da experiência jurídica e, portanto, a mutila. A primeira e a terceira não conseguem ver a importância do problema da validade;

a segunda considera poder desembarçar-se do problema da justiça. Vamos examiná-las separadamente a seguir.

12. O direito natural

Não é nossa tarefa esclarecer um problema tão rico e complexo como o do direito natural. A corrente do direito natural só será discutida aqui por existir em seus teóricos uma tendência geral a reduzir a validade à justiça. Poderíamos definir a corrente do direito natural como aquela corrente de pensamento jurídico segundo a qual uma lei, para ser lei, deve ser conforme à justiça. Uma lei não conforme à justiça *non est lex sed corruptio legis*. Uma formulação recente e exemplar dessa doutrina pode ser encontrada na seguinte passagem de Gustav Radbruch: "Quando uma lei nega conscientemente a vontade de justiça, por exemplo, concede arbitrariamente ou recusa os direitos do homem, falta nela a validade [...]. Também os juristas devem encontrar a coragem de lhe recusar o caráter jurídico"; e em outro trecho: "Podem existir leis com tal medida de injustiça e de nocividade social que é preciso recusar-lhes o caráter jurídico [...]. pois existem princípios jurídicos fundamentais que são mais fortes que toda normatização jurídica, de modo que uma lei que é contrária a eles carece de validade"; e ainda: "Onde a justiça sequer é perseguida, onde a igualdade, que constitui o núcleo da justiça, é conscientemente negada pelas normas do direito positivo, a lei não apenas é direito injusto, mas em geral carece também de juridicidade" (*Rechtsphilosophie*, 4.^a ed., 1950, pp. 336-53).

A essa elaboração do problema das relações entre justiça e direito respondemos: que o direito correspondida à justiça é uma exigência ou, se preferirmos, um ideal a ser alcançado que ninguém pode desconhecer, mas não é uma realidade de fato. Ora, quando nos colocamos o problema de saber o que é o direito numa dada situação histórica, nos perguntamos o que é de fato o direito, não o que o direito seria

ou deveria ser. Mas se nos perguntamos o que é de fato o direito, não podemos deixar de responder que, na realidade, vale como direito também o direito injusto, e que não existe nenhum ordenamento que seja perfeitamente justo.

Apenas com uma condição poderíamos concordar em reconhecer como direito unicamente aquilo que é justo: com a condição de que a justiça fosse uma verdade evidente ou no mínimo demonstrável como uma verdade matemática e, portanto, nenhum homem pudesse ter dúvidas sobre o que é justo ou injusto. E essa na realidade sempre foi a pretensão do jusnaturalismo nas suas várias fases históricas. Com uma outra definição, poderíamos dizer que a teoria do direito natural é aquela que considera poder estabelecer o que é justo e o que é injusto de modo universalmente válido. Mas essa pretensão é fundada? A julgar pelas divergências entre os vários adeptos do direito natural sobre o que deve ser considerado justo ou injusto, a julgar pelo fato de que o que era natural para uns não o era para outros, deveríamos responder que não. Para Kant (e em geral para todos os jusnaturalistas modernos) era natural a liberdade; mas para Aristóteles era natural a escravidão. Para Locke era natural a propriedade individual, mas para todos os socialistas utópicos, de Campanella a Winstanley, a Morelly, o instituto mais conforme com a natureza do homem era a comunhão dos bens. Essa variedade de opiniões entre os próprios jusnaturalistas decorria de duas razões fundamentais: 1) o termo "natureza" é um termo genérico que adquire diferentes significados dependendo da maneira como é usado. Rousseau já havia dito: "Ce n'est point sans surprise et sans scandale qu'on remarque le peu d'accord qui règne sur cette importante matière entre les divers auteurs qui en ont traité. Parmi les plus graves écrivains, à peine en trouve-t-on deux qui soient du même avis sur ce point" (*Discours sur l'origine et*

* Não é sem surpresa e sem escândalo que se nota o pouco acordo reinante sobre essa importante matéria entre os diversos autores que a têm estudado. Entre os mais renomados escritores, mal se encontram dois com a mesma opinião sobre esse ponto. [N. da T.]

les fondements de l'inégalité, pref.); 2) ainda que o significado do termo fosse unívoco, e todos aqueles que recorrem a ele concordassem em considerar que algumas tendências são naturais e outras não, a constatação de que uma tendência é natural não permite deduzir-se essa tendência é boa ou má, uma vez que não permite deduzir um juízo de valor de um juízo de fato. Hobbes e Mandeville concordavam em considerar que a tendência natural do homem era o instinto utilitário: mas para Hobbes esse instinto conduzia à destruição da sociedade e precisava ser refreado; para Mandeville (o célebre autor da *Fábula das abelhas*) era vantajoso, e era preciso conceder-lhe livre vazão.

Mas, então, se a observação da natureza não oferece um apoio suficiente para determinar o que é justo e o que é injusto de modo universalmente reconhecível, a redução da validade à justiça só pode levar a uma única e grave consequência: a destruição de um dos valores fundamentais em que se apóia o direito positivo (entenda-se o direito válido), o valor da certeza. De fato, se a distinção entre o justo e o injusto não é universal, é preciso colocar o problema: a quem cabe estabelecer o que é justo e o que é injusto? As respostas possíveis são duas: a) cabe àquele ou àqueles que detêm o poder; mas essa resposta é aberrante, pois nesse caso se conserva, é verdade, a certeza do direito, mas se converte a doutrina que resolve a validade em justiça na doutrina perfeitamente oposta, ou seja, naquela que resolve a justiça em validade, a partir do momento em que se reconhece que é justo o que é comandado; b) cabe a todos os cidadãos; nesse caso, tendo em vista que os critérios de justiça são diversos e irreduzíveis, ao cidadão que desobedece à lei porque a considera injusta, e por ser injusta é inválida, os governantes nada teriam a objetar, e a segurança da vida civilizada no âmbito das leis seria totalmente destruída.

De resto, o fato de na própria doutrina do direito natural a redução da validade à justiça ser mais afirmada que aplicada pode, a meu ver, ser demonstrado com dois argumentos extraídos da própria doutrina jusnaturalista: a) é doutrina constante dos jusnaturalistas que os homens, antes de en-

trar no estado civilizado (regido pelo direito positivo), viviam no estado de natureza, cuja característica fundamental é ser um estado em que não vigorem outras leis a não ser as naturais. Pois bem, é também doutrina concorde que o estado de natureza é impossível e que é preciso sair dele (para Locke e Hobbes trata-se de um cálculo utilitário; para Kant, de um dever moral) para fundar o Estado. O que se deve interpretar no sentido de que o direito natural não cumpre a função do direito positivo, motivo pelo qual se chamamos "direito" o direito positivo, não podemos considerar igualmente "direito" o direito natural. Kant, perfeitamente consciente dessa distinção, chamou o direito natural de "provisório" para distingui-lo do direito positivo, que chamou de "peremptório", e com isso esclareceu que somente o direito positivo era direito no sentido pleno da palavra; ^{b)} é doutrina comum dos jusnaturalistas que o direito positivo não conforme com o direito natural deve ser considerado injusto, mas não obstante isso deve ser obedecido (é a chamada teoria da obediência). Mas o que significa propriamente "obedecer"? Significa aceitar uma certa norma de conduta como vinculativa, ou seja, como existente num dado ordenamento jurídico e, portanto, válida. E o que é a validade para uma norma se não a pretensão, talvez garantida pela coação, de ser obedecida até pelos que recalcitram por considerá-la, segundo seu critério pessoal de valoração, injusta? Pois bem, afirmar que uma norma deve ser obedecida mesmo se injusta é um modo de chegar, embora indiretamente, a mesma conclusão da qual partimos, ou seja, de que a justiça de uma norma e a validade de uma norma são duas coisas diferentes; em suma, é um percurso maior para vir a reconhecer que uma norma pode ser válida (ou seja, deve ser obedecida) mesmo se injusta, e que portanto justiça e validade não coincidem.

13. O positivismo jurídico

A teoria oposta à jusnaturalista é a doutrina que reduz a justiça à validade. Se para um jusnaturalista clássico tem-

mas seria melhor dizer, deveria ter – valor de comando somente o que é justo, para a doutrina oposta só é justo o que é comandado, e pelo fato de ser comandado. Para um jusnaturalista, uma norma não é válida se não é justa; para a teoria oposta, uma norma só é justa enquanto é válida. Para uns a justiça e a convalidação da validade, para outros a validade é a convalidação da justiça. Chamamos essa doutrina de positivismo jurídica, mesmo admitindo que a maior parte dos que em filosofia são positivistas e em direito são teóricos e estudiosos do direito positivo (o termo "positivismo" refere-se tanto a uns quanto aos outros) nunca afirmou uma tese tão extrema. Entre os filósofos positivistas do direito, vamos citar, por exemplo, o já mencionado Levi: ainda que ele, como positivista, seja relativista, e não reconheça valores absolutos de justiça, reconhece que é preciso distinguir o que vale como direito dos ideais sociais que levam continuamente a modificar o direito constituído, e que, portanto, o direito pode ser válido, sem ser justo. Entre os juristas, vamos citar, por exemplo, Kelsen: quando Kelsen afirma que o que constitui o direito como tal é a validade, ele não quer absolutamente afirmar, ao mesmo tempo, que o direito válido também é justo, ainda que considere os ideais de justiça subjetivos e irracionais: o problema da justiça, para ele, é um problema ético e é distinto do problema jurídico da validade.

Se queremos encontrar uma teoria completa e coerente do positivismo jurídico, temos de remontar à doutrina política de Thomas Hobbes, cuja característica fundamental parece-me ser realmente a reviravolta radical do jusnaturalismo clássico. Segundo Hobbes, efetivamente não existe outro critério do justo e do injusto fora da lei positiva, vale dizer, fora do comando do soberano. Para Hobbes é mesmo verdade que é justo o que é comandado, apenas pelo fato de ser comandado; é injusto o que é proibido, apenas pelo fato de ser proibido. Como Hobbes chega a essa conclusão tão radical? Hobbes é um consequencialista e, como para todos os consequencialistas, também para ele, o que conta é que a conclusão seja extraída rigorosamente das premissas.

No estado de natureza, como cada um se abandona aos próprios instintos, e como não existem leis que atribuíam a cada um o que é seu, cada um tem direito a todas as coisas (*ius in omnia*), nasce a guerra de todos contra todos. O estado de natureza é aquele estado sobre o qual a única coisa que se pode dizer é que é intolerável e que é preciso sair dele. E, de fato, a primeira lei da razão para Hobbes é aquela que presume buscar a paz (*pax est querenda*). Para sair do estado de natureza de maneira estável e definitiva, os homens concordam entre si em renunciar reciprocamente aos direitos que possuíam na natureza para transmiti-los a um soberano (*pactum subiectionis*). Ora, o direito fundamental que os homens possuem no estado de natureza é o de decidir, cada um segundo os próprios desejos e interesses, o que é justo e o que é injusto, uma vez que, enquanto persiste o estado de natureza, não existe nenhum critério para distinguir o justo e o injusto, exceto o arbítrio e o poder do indivíduo. Na passagem do estado de natureza para o estado civil, os indivíduos, transmitindo todos os seus direitos naturais ao soberano, transmitem-lhe também o direito de decidir o que é justo ou injusto; e, portanto, a partir do momento em que o estado civil é constituído, não existe outro critério do justo e do injusto a não ser a vontade do soberano. Essa doutrina hobbesiana está ligada à concepção da mera convencionalidade dos valores morais e, portanto, também da justiça, segundo a qual não existe um justo por natureza, mas apenas um justo por convenção (e também por esse aspecto a doutrina hobbesiana é a antítese da doutrina jusnaturalista). No estado de natureza não existe o justo e o injusto, pois não existem convenções válidas. No estado civil o justo e o injusto repousam no comum acordo dos indivíduos de atibir ao soberano o poder de decidir o que é justo e o que é injusto. Para Hobbes, portanto, a validade de uma norma jurídica e a justiça dessa norma não se distinguem, pois a justiça e a injustiça nascem juntamente com o direito positivo ou seja, juntamente com a validade. Enquanto se permanece no estado de natureza não existe direito válido, tam-

pouco há justiça: quando surge o Estado nasce a justiça, mas nasce simultaneamente com o direito positivo, de modo que onde não há direito tampouco há justiça, e onde há justiça significa que há um sistema constituído de direito positivo.

A doutrina de Hobbes tem um significado ideológico bem preciso, que aqui não vem ao caso discutir: ela é a justificativa teórica mais coerente do poder absoluto. Para nós basta ressaltar qual consequência seriamos obrigados a extrair em relação ao problema que ora nos interessa, caso aceitássemos o ponto de vista hobbesiano. A consequência é a redução da justiça à força. Se não existe outro critério do justo e do injusto a não ser o comando do soberano, é preciso resignar-se a aceitar como justo o que agrada ao mais forte, a partir do momento em que o soberano, se não precisa ser o mais justo entre os homens, certamente é o mais forte (e continuará a ser soberano não enquanto for justo, mas enquanto continuar a ser o mais forte). A distinção entre validade e justiça serve precisamente para distinguir a justiça da força. Onde essa distinção desmorona e a justiça se resolve na validade, a distinção entre justiça e força também não é mais possível. Assim, somos reconduzidos à célebre doutrina sofista, sustentada por Trasímaco no livro I da *República*, de Platão, e refutada por Sócrates. Trasímaco, impacientemente com a discussão sobre a justiça que Sócrates estava desenvolvendo com seus amigos, intervém como um animal selvagem – escreve Platão – que quer dilacerar os presentes, e, depois de afirmar que era tudo mentira o que Sócrates andava dizendo, enuncia a sua definição com estas célebres palavras: “Ouçã-me. Eu afirmo que a justiça não é senão a vantagem do mais forte” (*República*, 338 c.). E algo semelhante dissera outro sofista chamado Cálicles, que, num outro diálogo platônico (*O Górgias*), explode com esta condenação dos fracos e exaltação dos fortes: “Mas a própria natureza, a meu ver, demonstra ser justo que o mais forte esteja acima do mais fraco e o mais capaz, do menos capaz. Tal critério do justo está presente também nos outros animais, assim como entre os Estados e entre as pessoas, ou seja, que o mais forte domina o mais fraco e tem maiores vantagens” (*Górgias*, 483 d.).

A doutrina segundo a qual a justiça é a vontade do mais forte foi retutada muitas vezes no decorrer do pensamento ocidental. Mas talvez as páginas mais eficazes sejam aquelas escritas por Rousseau no início do *Contrato social*, num capítulo intitulado precisamente *Du droit du plus fort*, do qual cito algumas das frases mais incisivas: "A força é uma potência física: não vejo qual moralidade possa derivar dela. Ceder à força é um ato de necessidade, não de vontade: quando muito é um ato de prudência. Em que sentido poderia ser um dever? [...] Admitindo-se que a força crie o direito, o efeito muda com a causa: toda força que supera a primeira tem direito de sucedê-la. Admitindo-se que seja possível desobedecer impunemente, pode-se fazê-lo legitimamente, e visto que o mais forte sempre tem razão, trata-se de cuidar de ser o mais forte. [...] Se é preciso obedecer pela força, não é necessário obedecer por dever; e se não mais se é forçado a obedecer, não se está obrigado a fazê-lo."

14. O realismo jurídico

No decorrer da história do pensamento jurídico, no último século, com diversas reproposições, alguns teóricos do direito procuraram apreender o momento constitutivo da experiência jurídica não tanto nos ideais de justiça em que os homens se inspiram ou dizem inspirar-se, não tanto nos ordenamentos jurídicos constitutivos, quanto na realidade social, onde o direito se forma e se transforma, nas ações dos homens que fazem e desfazem com seus comportamentos as regras de conduta que os governam. Seguindo a terminologia adotada, podemos dizer que esses movimentos, entre os vários aspectos com que se apresenta o fenômeno jurídico, enfatizaram mais a eficácia que a justiça ou a validade. Esses movimentos travam uma batalha em duas frentes: contra o jusnaturalismo, que teria uma concepção ideal do direito, e contra o positivismo em sentido estrito, que tem uma concepção formal do direito. Em antítese ao primeiro,

essas correntes podem ser chamadas de *realistas*: em antítese ao segundo, *contratualistas*, no sentido de que não vêem o direito como deve ser, mas como efetivamente é, e tanto pouco vêem o direito como conjunto de normas válidas, mas como normas que são efetivamente aplicadas numa determinada sociedade. Do ponto de vista dessas correntes, pecam por abstração tanto os jusnaturalistas quanto os positivistas, os primeiros porque confundem o direito real com as aspirações à justiça, os segundos porque o confundem com as regras impostas e formalmente válidas, que muitas vezes são também formas vazias de conteúdo. Os positivistas veem apenas o contraste existente entre direito válido e direito justo. Os seguidores dessas correntes vêem também um contraste entre o direito imposto e aquele efetivamente aplicado, e consideram apenas este último o direito na sua concretude, único objeto possível de pesquisa por parte do jurista que não queira se entreter com fantasmas vazios.

Creio que seja possível individuar, no último século, pelo menos três momentos em que tal modo de conceber o direito surgiu e, ao surgir, contribuiu para ampliar o horizonte da ciência jurídica.

O primeiro momento é representado pela escola histórica do direito, do grande jurista alemão Friedrich Carl von Savigny, e do seu seguidor Friedrich Puchta, que floresceu à época da Restauração. Essa escola representa, no campo do direito, a mudança de clima do pensamento em decorrência da difusão do romantismo: é a expressão mais genuína do romantismo jurídico. Como o romantismo em geral combatente o racionalismo abstrato do iluminismo do século XVIII (ou no mínimo as suas degenerescências), da mesma forma a escola histórica do direito combate aquele modo racionalista e abstrato de conceber o direito que é o jusnaturalismo, segundo o qual há um direito universalmente válido que a razão pode deduzir de uma imutável natureza humana. Para a escola histórica, o direito não se deduz de princípios racionais, mas é um fenômeno histórico e social que nasce espontaneamente do povo: o fundamento do direito, para usar

uma expressão que se tornou famosa, não é a natureza universal, mas o *espírito do povo* (*Volksgeist*); por conseguinte há tantos direitos diversos quanto diversos são os povos, com suas diferentes características e nas suas diferentes fases de desenvolvimento. A mudança de perspectiva no estudo do direito manifesta-se sobretudo na consideração do *direito consuetudinário* como *fonte primária do direito*, justamente porque o direito consuetudinário surge imediatamente da sociedade e é a expressão genuína do sentimento jurídico popular contra o direito imposto pela vontade do grupo dominante (a lei) e o direito elaborado pelos técnicos do direito (o chamado direito científico). Podemos ver nessa reavaliação do costume como fonte do direito um aspecto daquela consideração social do direito que se contrapõe tanto ao jusnaturalismo abstrato quanto ao rígido positivismo estatista que costuma predominar entre os juristas.

O segundo momento da reação antijusnaturalista e antiformalista é representado por um vasto e variado movimento histórico que surgiu na Europa continental no final do século passado e que podemos chamar de *concepção sociológica do direito*. Surge por efeito da confusão que se foi criando entre a lei escrita nos códigos (o direito válido) e a realidade social em decorrência da Revolução Industrial (o direito eficaz). O efeito mais relevante dessa nova concepção evidencia-se no apelo mais insistente dirigido não tanto ao direito consuetudinário, quanto ao *direito judiciário*, ou seja, ao direito elaborado pelos juízes naquela *obra de contínua adaptação da lei às necessidades concretas emergentes da sociedade, que deveria ter constituído, segundo os adeptos dessa orientação, a solução mais eficaz para acolher as instâncias do direito*, que se elabora espontaneamente no variado entrelaçamento das relações sociais e no variado embate dos interesses contrapostos. Não podemos aqui acompanhar as múltiplas manifestações dessa orientação. Limitamo-nos a lembrar o movimento do *direito livre*, surgido sobretudo na Alemanha, por obra de Kantorowicz, que escreveu um panfleto em defesa da livre criação normativa por

parte do juiz (*La lotta per la scienza del diritto*, publicado em 1906 com o pseudônimo de Gnaeus Flavius). Podem-se enumerar entre as obras mais notáveis desse movimento os quatro volumes de François Geny, *Science et technique en droit privé positif* (1914-24), em que se contrapõe a técnica do direito, entendida como obra secundária e subordinada de adaptar as regras jurídicas às necessidades práticas da legislação, à ciência jurídica, à qual cabe encontrar, levando em conta dados históricos, ideais, racionais e reais, as regras jurídicas novas; a obra de Eugen Ehrlich sobre a lógica dos juristas (*Die juristische Logik*, de 1925), que é uma das mais documentadas e intransigentes polémicas contra o positivismo estatista em nome da livre busca do direito por parte do juiz e do ~~jurista, que devem procurar as soluções das controvérsias não tanto confiando-se ao dogma da vontade estatal passivamente aceito, quanto imergindo-se no estudo do direito vivo que a sociedade, em constante movimento, produz continuamente. A polémica contra o estatismo rígido, ao lado da polémica contra uma jurisprudência prevalentemente concetual, a chamada *jurisprudência dos conceitos* (*Begriffsjurisprudenz*), suscitou por reação uma jurisprudência realista, cuja tarefa deveria ser a de julgar com base na valoração dos interesses contrastantes, chamada, pelo seu principal defensor, Philipp Heck, de *jurisprudência dos interesses*.~~

Podemos considerar como terceiro momento da revolta antiformalista, e é o momento em que a revolta é mais violenta e radical, a *concepção realista do direito* que teve êxito nestas últimas décadas nos Estados Unidos. É preciso lembrar que os países anglo-saxões são naturalmente mais inclinados a teorias sociológicas do direito, pelo lugar que ocupa o direito consuetudinário (a *common law*) em seus sistemas normativos, que não conhecem as grandes codificações. O mentor espiritual das modernas correntes realistas é um grande jurista, que por longos anos foi juiz na Suprema Corte, Oliver Wendell Holmes (1841-1935), o primeiro, justamente no exercício das suas funções de juiz, a desautorizar o tradicionalismo jurídico dos tribunais e a introduzir

uma interpretação evolutiva do direito mais sensível às mudanças da consciência social. Além disso, nos Estados Unidos a jurisprudência sociológica teve o seu teórico no mais autorizado filósofo do direito americano dos últimos cinqüenta anos, Roscoe Pound, que, numa longa série de escritos que tiveram grande repercussão entre os juristas americanos, tornou-se defensor da figura do jurista sociólogo, entendendo com essa expressão o jurista que, na interpretação e na aplicação do direito, leva em conta os fatos sociais dos quais o direito deriva e que deve regular. De resto, a escola realista, que teve o mais radical defensor em Jerome Frank, vai muito além dos princípios que se podem extrair de Holmes e de Pound. A tese fundamental sustentada por ela é a de que não existe um direito objetivo, ou seja, objetivamente dedutível de certos dados, sejam eles fornecidos pelo costume, pela lei ou por precedentes judiciais: o direito é criação contínua do juiz, o direito é obra exclusivamente do juiz no ato em que decide uma controvérsia. Desse modo, cai o princípio tradicional da certeza do direito: e, com efeito, qual pode ser a possibilidade de prever as consequências de um comportamento – nisso consiste a certeza –, se o direito é uma criação nova e contínua do juiz? Para Frank, de fato, a certeza, um dos pilares dos ordenamentos jurídicos contemporeanos, é um mito que deriva de uma espécie de aquiescência infantil diante do princípio de autoridade (essa tese foi sustentada num livro de 1930, *Law and Modern Mind*); um mito a ser desfeito para erigir sobre as suas ruínas o direito como criação contínua e imprevisível.

A parte o extremismo inaceitável do realismo norte-americano, foi grande o mérito das correntes sociológicas no campo do direito, pois impediram a cristalização da ciência jurídica em uma dogmática sem impulso inovador. Todavia, o discurso que aqui nos interessa sobre as relações entre validade e eficácia é outro. Pode-se dizer que, ao se enfatizar o momento ativo, evolutivo e social do direito, desaparece a diferença entre validade e eficácia no sentido de que o único direito válido é aquele eficaz, ou seja, aquele efetivamente seguido e aplicado? Creio que não. Para circunscrever e pre-

cisar a discussão, devemos considerar que a crítica às correntes sociológicas resumiu-se em geral numa revisão das fontes do direito, vale dizer, numa crítica ao monopólio da lei e na reavaliação de duas outras fontes diversas da lei, o direito consuetudinário e o direito judiciário (o juiz legislador). Observe-se, portanto, como se apresenta a relação entre validade e eficácia nestas duas fontes:

a) No que diz respeito ao direito consuetudinário, afirmou-se que ele é o direito em que validade e eficácia coincidem, no sentido de que é possível imaginar uma lei que seja válida, mas não eficaz, ao passo que não se pode imaginar um costume que seja válido sem ser eficaz, pois, carecendo de eficácia, faltaria aquela repetição uniforme, constante e geral, que é um dos requisitos essenciais do próprio costume. Mas essa afirmação não é de todo exata: se é correto dizer que no direito consuetudinário a validade é sempre acompanhada da eficácia, não é igualmente correta a proposição inversa de que a eficácia esteja sempre acompanhada da validade. Dizer que um costume se torna válido em razão da sua eficácia equivaleria a sustentar que um comportamento se torna jurídico apenas pelo fato de ser constantemente repetido. No entanto, sabe-se que não basta o fato de que um comportamento seja efetivamente seguido pelo grupo social para fazer com que se torne um costume jurídico. O que mais falta? Falta exatamente aquilo que se chama "validade", ou seja, que aquele comportamento constante, que constitui o conteúdo do costume, receba uma forma jurídica, isto é, seja acolhido num determinado sistema jurídico como comportamento obrigatório, ou seja, como comportamento cuja violação implica uma sanção. Essa forma jurídica é atribuída ao direito consuetudinário, ou pela lei, desde que se recorra a ela, ou pelo juiz, desde que ele extraia a matéria da sua decisão de um costume, ou pela vontade concordante das partes. Os juristas dizem que para a formação de um costume jurídico é preciso, além da repetição, também o requisito interno ou psicológico da opinio iuris. Mas para que se forme a opinio iuris, ou seja, a convicção de que aquele

comportamento é obrigatório, é preciso que tal comportamento seja qualificado como obrigatório por alguma norma válida do sistema, ou seja, em última análise, é preciso que a norma que o regula não seja apenas eficaz, mas também seja válida naquele sistema.

b) No que diz respeito ao novo e maior relevo dado pelas escolas sociológicas à figura do juiz criador do direito, daí surge apenas o problema de saber se é possível considerar propriamente direito aquele direito vivo, ou em formação, aquele direito que nasce espontaneamente da sociedade, a que os teóricos da corrente sociológica do direito recorrem. É útil a esse propósito a distinção entre fontes de cognição e fontes de qualificação do direito. O direito vivo é pura e simplesmente um fato ou uma série de fatos dos quais o juiz extrai o conhecimento das aspirações jurídicas que se vão formando na sociedade. Mas para que essas aspirações se tornem regras jurídicas, o juiz precisa aceitá-las e atribuir a elas a autoridade normativa inerente à sua função de órgão capaz de produzir normas jurídicas. O direito vivo ainda não é direito, ou seja, norma ou conjunto de normas daquele sistema, enquanto é apenas eficaz. Torna-se direito no momento em que o juiz, reconhecido como criador de direito, lhe atribui também a validade. Na verdade, pode-se falar de um juiz criador de direito, mesmo enquanto as regras que ele descobre na realidade social ainda não são regras jurídicas, e não o são enquanto ele não as reconhece e não lhes atribui força coativa. Mesmo as famosas opiniões expressas pelo juiz Holmes, na sua atividade de juiz, embora fossem extradas da observação da realidade social e fossem mais sensíveis ao chamado direito em formação do que as sentenças dos seus colegas, não se tornaram direito positivo dos Estados Unidos, uma vez que ele teve de sustentá-las senão do minoria, pois naquele sistema só era direito válido aquele direito reconhecido pela maioria da Corte. Se o direito vivo pode ser considerado como fonte de cognição jurídica, somente o juiz (e com maior razão o legislador) pode ser considerado como fonte de qualificação.

Capítulo III

As proposições prescritivas

SUMÁRIO: 15. Um ponto de vista formal. - 16. A norma como proposição. - 17. Formas e funções. - 18. As três funções. - 19. Características das proposições prescritivas. - 20. As proposições prescritivas podem ser reduzidas a proposições descritivas? - 21. As proposições prescritivas podem ser reduzidas a proposições expressivas? - 22. Imperativos autônomos e heterônomos. - 23. Imperativos categóricos e hipotéticos. - 24. Comandos e conselhos. - 25. Os conselhos no direito. - 26. Comandos e pedidos.

15. Um ponto de vista formal

O ponto de vista a partir do qual nos propomos estudar a norma jurídica neste curso pode ser denominado *formal*. É formal no sentido de que consideraremos a norma jurídica *independentemente do seu conteúdo*, ou seja, na sua estrutura. Toda norma, como de resto toda proposição, apresenta problemas estruturais que são propostos e resolvidos sem atentar para o fato de ela ter este ou aquele conteúdo. Como toda proposição, também a norma tem uma estrutura lógico-lingüística própria, que pode ser preenchida com os mais diversos conteúdos. Assim como a estrutura do juízo "S é P" vale tanto para a proposição: "Sócrates é mortal" quanto para a proposição: "A baleia é um mamífero", da mesma forma a estrutura da norma: "Se é A, deve ser B" vale tanto para o preceito: "Se você pisou na grama, terá de pagar multa" quanto para o preceito: "Se você matou com premeditação, terá de cumprir a pena de prisão perpétua." O nosso objeto de estudo no decorrer do curso será a norma jurídica na sua estrutura lógico-lingüística. Diante do conjunto das normas jurídicas, o nosso problema será o de nos perguntarmos que tipo de proposições são elas, se são proposições prescritivas e de que tipo, que classes de proposições prescritivas elas compreendem, e assim por diante.

É claro que o estudo formal das normas jurídicas que aqui se inicia não exclui absolutamente outras maneiras de con-