

TEORIA GERAL DO DIREITO

Norberto Bobbio

Tradução
DENISE AGOSTINETTI

Revisão da tradução
SILVANA COBUCCI LEITE

*Obra publicada com a contribuição do
Ministério das Relações Exteriores da Itália.*

Guilherme Assis de Almeida
Biblioteca

martins fontes
selo martins

Capítulo I

O direito como regra de conduta

SUMÁRIO: 1. Um mundo de normas. – 2. Variedade e multiplicidade das normas. – 3. O direito é instituição? – 4. O pluralismo jurídico. – 5. Observações críticas. – 6. O direito é relação intersubjetiva? – 7. Exame de uma teoria. – 8. Observações críticas.

1. Um mundo de normas

O ponto de vista adotado neste curso para o estudo do direito é o *ponto de vista normativo*. Com isso entendo que a melhor maneira de se aproximar da experiência jurídica e compreender seus traços característicos é considerar o direito como um *conjunto de normas*, ou regras de conduta. Vamos partir, portanto, de uma afirmação geral deste tipo: a experiência jurídica é uma experiência normativa.

Nossa vida desenvolve-se em um mundo de normas. Acreditamos ser livres, mas na verdade estamos envolvidos numa densa rede de regras de conduta, que desde o nascimento até a morte dirigem nossas ações nesta ou naquela direção. A maior parte dessas regras já se tornou tão habitual que não percebemos mais sua presença. Mas, se observamos um pouco do exterior o desenvolvimento da vida de um homem através da atividade educadora exercida sobre ele por seus pais, por seus professores e assim por diante, percebemos que ele ocorre sob a orientação de regras de conduta. No que diz respeito à sujeição a normas sempre novas, foi dito acertadamente que a vida inteira, e não apenas a adolescência, é um contínuo processo educativo. Podemos comparar o nosso procedimento na vida com a trajetória de um pedestre numa cidade grande: aqui o sentido é proibido, ali o sentido é obrigatório; e mesmo onde é livre, a parte da

rua que ele deve seguir costuma ser rigorosamente sinalizada. Toda a nossa vida está repleta de placas indicativas, sendo que umas prescrevem um certo comportamento, outras proíbem que se tenha um outro comportamento. Muitas dessas placas indicativas são constituídas por regras do direito. Podemos dizer desde já, ainda que em termos genéricos, que o direito constitui uma parte notável, e talvez também a parte mais visível, da nossa experiência normativa. E por isso um dos primeiros resultados do estudo do direito é de nos tornar conscientes da importância do "normativo" em nossa existência individual e social.

Se nos distanciamos por um momento do indivíduo e consideramos a sociedade, ou melhor, as sociedades, dos homens, se deixamos de nos referir à vida do indivíduo e contemplamos aquela vida complexa, tumultuada e sempre viva das sociedades humanas, que é a história, o fenômeno da normatividade surge para nós de maneira não menos impressionante e é ainda mais merecedor da nossa reflexão. Pode-se imaginar a história como um imenso mar de gente fechado com diques: os diques são as regras de conduta, religiosas, morais, jurídicas, sociais, que mantiveram a corrente das paixões, dos interesses e dos instintos dentro de certos limites e permitiram a formação daquelas sociedades estáveis, com suas instituições e seus ordenamentos, que chamamos de "civilização". Há sem dúvida um ponto de vista normativo no estudo e na compreensão da história humana: é o ponto de vista segundo o qual as civilizações se caracterizam por ordenamentos de regras que contêm as ações dos homens que delas participaram. A história apresenta-se, então, como um conjunto de ordenamentos normativos que se sucedem, se sobrepõem, se contrapõem, se integram. Estudar uma civilização do ponto de vista normativo significa, no final das contas, perguntar-se quais ações foram proibidas naquela determinada sociedade, quais foram comandadas, quais foram permitidas; significa, em outras palavras, descobrir a direção ou as direções fundamentais em que se orientava a vida de cada indivíduo. Perguntas do tipo: "em determinado povo os sacrifícios humanos eram per-

mitidos ou proibidos? Era proibida ou permitida a poligamia, a propriedade dos bens imóveis, a escravidão? Como eram reguladas as relações de família? O que era permitido ao pai comandar aos filhos e o que era proibido? Como era regulado o exercício do poder, quais eram os deveres e os direitos dos subordinados em relação ao chefe, e quais os deveres e os direitos do chefe em relação aos subordinados?" são todas perguntas que pressupõem a consciência da função que tem o sistema normativo de caracterizar uma dada sociedade; e não podem ter uma resposta a não ser por meio do estudo das regras de conduta que imprimiram uma certa marca à vida daqueles homens, distinguindo-a da vida de outros homens que viviam em outra sociedade inserida em outro sistema normativo.

2. Variedade e multiplicidade das normas

Assim que passamos a observar o mundo normativo, uma das razões mais surpreendentes é que esse mundo é extremamente variado e múltiplo.

As normas jurídicas, às quais dedicaremos nossa atenção de modo particular, são apenas uma parte da experiência normativa. Além das normas jurídicas, existem preceitos religiosos, regras morais, regras sociais, regras do costume, regras daquela ética menor que é a etiqueta, regras da boa educação e assim por diante. Além das normas sociais, que regulam a vida do indivíduo enquanto coexiste com outros indivíduos, existem normas que regulam as relações do homem com a divindade ou do homem consigo mesmo. Cada indivíduo pertence a diferentes grupos sociais: igreja, Estado, família, associações com fins econômicos, culturais, políticos ou simplesmente recreativos: cada uma dessas associações se constitui e se desenvolve por meio de um conjunto ordenado de regras de conduta. Além disso, cada indivíduo, fora da sociedade de que é parte, formula para a conduta da própria vida programas individuais de ação: esses programas também são conjuntos de regras. Cada gru-

po humano, cada indivíduo, uma vez que estabelece para si fins a serem alcançados, também estabelece os meios adequados, ou os que considera mais adequados, para alcançar esses objetivos. A relação meio-fim geralmente dá origem a regras de conduta do tipo: "Se você quer alcançar o objetivo A, *deve* realizar a ação B". São regras da conduta tanto os Dez Mandamentos quanto as prescrições do médico, tanto os artigos de uma constituição quanto as regras do jogo de xadrez ou do bridge, tanto as normas de direito internacional, que estabelecem como os Estados devem se comportar nas suas relações recíprocas, quanto o regulamento de um condomínio, tanto as chamadas normas sociais quanto as regras da gramática, da sintaxe de uma língua, tanto as normas religiosas para bem conduzir-nos nesta vida quanto as regras de trânsito para nos movermos sem acidentes. Todas essas regras são muito diferentes pelos fins a que tendem, pelo conteúdo, pelo tipo de obrigação a que dão lugar, pelo âmbito da sua validade, pelos sujeitos a que se destinam. Mas todas têm em comum um elemento característico que consiste, como veremos melhor a seguir, em ser proposições com a finalidade de influenciar o comportamento dos indivíduos e dos grupos, de dirigir a ação dos indivíduos e dos grupos mais para certos objetivos que para outros.

O número de regras que encontramos diariamente em nosso caminho de seres que agem em direção a fins é incalculável, ou seja, é tal que o trabalho de enumerá-las é tão desnecessário quanto o de contar os grãos de areia numa praia. O processo de cada uma de nossas ações, ainda que modesta, é marcado por tal número de proposições normativas que dificilmente pode ser imaginado por quem age sem se preocupar muito com as condições em que age. Para dar um exemplo, extraído do cotidiano, vamos tentar imaginar o número de regras jurídicas (e refiro-me apenas às regras jurídicas para não estender demais a pesquisa) que envolve o simples ato de enviar uma carta. A aquisição do selo é um negócio jurídico, no caso um contrato de compra e venda, regulado minuciosamente pelo nosso Código Civil, do qual derivam obrigações e, portanto, limites bem preci-

sos à conduta (o adquirente, por exemplo, é obrigado a oferecer o preço estipulado, e o vendedor, a fornecer uma mercadoria em bom estado). Que selo devo colocar na carta? O tipo de selo a ser colocado é igualmente prescrito por uma regulamentação minuciosa das tarifas postais: e depende não só do tipo de carta, mas do seu formato, do seu peso, das maiores ou menores garantias que desejo ter para sua entrega ao destinatário. Como devo colar o selo? Posso colá-lo como e onde quiser? No ordenamento italiano não há limites para essa ação (e, portanto, é uma ação permitida, ou pelo menos sujeita não a um comando, mas a um conselho); mas não se pode desconsiderar que no futuro ela também passe a ser regulada juridicamente, com a consequência de que agir contra a regra levaria a resultados desagradáveis, como o não recebimento pelo destinatário ou uma multa. A partir do momento em que coloquei o selo correto, surge uma nova relação nada menos do que entre mim e a administração pública, e dessa relação nascem obrigações, não importa se perfeitas ou imperfeitas – em alguns casos, perfeitas e em outros não –, para que a carta chegue ao destino. O trajeto da carta, do momento em que parte ao momento em que chega, é fonte de incontáveis obrigações para todos os que estão envolvidos nele: funcionários da empresa de correios, ferroviários a serviço dos correios, carteiros etc. Por fim, como se não bastasse, escrever uma carta implica também a constituição. Com efeito, o que significa o artigo 15, que diz: "A liberdade e o sigilo da correspondência e de qualquer outra forma de comunicação são invioláveis", senão que no ato de expedir uma carta surge em mim um direito público subjetivo a que essa carta, por exemplo, não seja aberta pelas repartições da polícia? E, portanto, uma limitação obrigatória na ação dos órgãos do Estado?

3. O direito é instituição?

Embora possa parecer, daquilo que foi dito até aqui, que o elemento característico da experiência jurídica é o fenô-

meno da normatização, e que portanto é legítimo o ponto de vista normativo de que partimos, não podemos deixar de mencionar que existem teorias diversas daquela normativa, que consideram elementos característicos da experiência jurídica fatos diversos das regras de conduta. Na minha opinião, existem ao menos duas teorias diversas daquela normativa: a teoria do direito como *instituição* e a teoria do direito como *relação*. Antes de prosseguir, temos de examinar ambas, com o objetivo de avaliar sua maior ou menor validade.

A teoria do direito como instituição foi elaborada, ao menos na Itália (abstenho-me de tratar daquele que em geral se considera o precedente francês, ou seja, da doutrina de Hauriou), por Santi Romano num livro muito importante: *L'ordinamento giuridico* (1.ª ed., 1917; 2.ª ed. revista e anotada, 1945). O alvo polêmico de Romano é exatamente a teoria normativa do direito. Desde as primeiras páginas ele lamenta a insuficiência e a equivocidade da teoria normativa tal como é acolhida pela maior parte dos juristas; e contrapõe à concepção do direito como norma a concepção do direito como instituição. O que ele entende por instituição extrai-se da seção 10, que menciono nos seus traços principais.

O conceito do direito deve conter os seguintes elementos essenciais:

a) em primeiro lugar, deve remeter-se ao conceito de sociedade. Isso em dois sentidos recíprocos que se completam mutuamente: o que não sai da esfera puramente individual, o que não supera a vida do indivíduo como tal não é direito (*ubi ius ibi societas*) e, além disso, não existe sociedade, no verdadeiro sentido da palavra, sem que nela se manifeste o fenômeno jurídico (*ubi societas ibi ius*)...

b) em segundo lugar, o conceito do direito deve conter a ideia da ordem social: o que serve para excluir todo elemento que se refira ao puro arbítrio ou à força material, ou seja, não ordenada... Toda manifestação social, pelo simples fato de ser social, é ordenada ao menos em relação aos consócios...

c) a ordem social posta pelo direito não é a dada pela existência, não obstante originada, de normas que disciplinam as relações sociais: ele não exclui tais normas; ao contrário, serve-se delas e as engloba na sua órbita, mas, ao mesmo tempo, as ultrapassa e as supera. Isso significa que, antes de ser norma, antes de se referir a uma simples relação ou a uma série de relações sociais, é organização, estrutura, posição da própria sociedade em que se desenvolve, e que ele constitui como unidade, como ente distinto.

A partir dessa passagem vê-se que para Romano os elementos constitutivos do conceito do direito são três: a *sociedade* como base de fato em que o direito passa a existir, a *ordem* como fim a que tende o direito, e a *organização* como meio para realizar a ordem. Pode-se dizer, em síntese, que para Romano tem-se direito quando existe uma *organização de uma sociedade ordenada*, ou, com outras expressões análogas, uma *sociedade ordenada por meio de uma organização* ou uma *ordem social organizada*. Essa sociedade ordenada e organizada é o que Romano chama de *instituição*. Dos três elementos constitutivos, o mais importante, aquele decisivo, é sem dúvida o terceiro, a organização: os dois primeiros são necessários, mas não suficientes. Só o terceiro é a razão suficiente do direito, é a razão pela qual o direito é aquilo que é, e sem a qual não seria aquilo que é. Isso significa que o direito nasce no momento em que um grupo social passa de uma fase inorgânica para uma fase orgânica, da fase de grupo inorgânico ou não organizado para a fase de grupo organizado. Por exemplo, a classe social é certamente uma forma de grupo humano, mas, não tendo uma organização própria, não exprime um direito próprio, não é uma instituição. Uma associação para delinquir, ao contrário, enquanto se exprime numa organização e cria seu próprio direito (o direito da sociedade para delinquir), é uma instituição. O fenômeno da passagem da fase inorgânica para a fase orgânica também é chamado de *institucionalização*. Diz-se que um grupo social se institucionaliza quando cria a própria or-

ganização, e por meio da organização torna-se, segundo Romano, um ordenamento jurídico. De resto, com isso se revela uma incongruência, ainda que marginal, na doutrina de Romano: se é verdade que a organização é o elemento constitutivo primário da sociedade jurídica, e se também é verdade que existem sociedades não organizadas, pode-se aceitar a máxima *ubi ius ibi societas*, mas não se pode aceitar a máxima inversa, embora acolhida por Romano, *ubi societas ibi ius*. Em outras palavras: pode-se perfeitamente admitir que o direito pressupõe a sociedade, ou seja, é o produto da vida social; mas não se pode admitir que toda sociedade é jurídica.

4. O pluralismo jurídico

É preciso reconhecer à teoria da instituição o mérito de ter ampliado os horizontes da experiência jurídica para além dos limites do Estado. Fazendo do direito um fenômeno social e considerando o fenômeno da organização como critério fundamental para distinguir uma sociedade jurídica de uma sociedade não jurídica, a teoria da instituição rompeu o círculo fechado da teoria estatista do direito, que considera direito somente o direito estatal, e identifica o âmbito do direito com o âmbito do Estado. Embora possa parecer um pouco escandaloso para o jurista que, limitando as próprias observações e o próprio estudo ao ordenamento jurídico estatal, é induzido a considerar que não existe outro direito a não ser o do Estado, para a teoria da instituição até uma associação para delinquir, uma vez organizada com o objetivo de estabelecer a ordem entre os seus membros, é um ordenamento jurídico. E, de resto, historicamente não existiram Estados que, pela violência e pela fraude com que se conduziram em relação aos seus cidadãos e aos cidadãos dos outros Estados, podem ser comparados a associações para delinquir? Santo Agostinho não chamava os Estados de *magna latrocinia*? E acaso por isso eram menos Estados, ou seja, menos ordenamentos jurídicos, do que aqueles Estados que porventura se conduziram segundo a justiça?

A teoria estatista do direito é o produto histórico da formação dos grandes Estados modernos, que surgiram com a dissolução da sociedade medieval. A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, ou seja, formada por vários ordenamentos jurídicos, que se opunham ou se integravam: havia ordenamentos jurídicos universais acima daqueles que hoje são os Estados nacionais, como a Igreja e o Império; e havia ordenamentos particulares abaixo da sociedade nacional, como os feudos, as corporações e as comunas. Mesmo a família, considerada na tradição do pensamento cristão como uma *societas naturalis*, era um ordenamento à parte. O Estado moderno formou-se por meio da eliminação ou da absorção dos ordenamentos jurídicos superiores e inferiores à sociedade nacional, mediante um processo que poderia ser chamado de *monopolização da produção jurídica*. Se por *poder* entendemos a capacidade que certos grupos sociais têm de emanar normas de conduta válidas para a totalidade dos membros daquela comunidade, e de fazê-las respeitar recorrendo até mesmo à força (o chamado *poder coativo*), a formação do Estado moderno caminha *pari passu* com a formação de um poder coativo cada vez mais centralizado, e, portanto, com a supressão gradual dos centros de poder inferiores e superiores ao Estado, o que resultou na eliminação de todo centro de produção jurídica que não fosse o do próprio Estado. Se hoje ainda há uma tendência a identificar o direito com o direito estatal, essa é a consequência histórica do processo de centralização do poder normativo e coativo que caracterizou o surgimento do Estado nacional moderno. A máxima consciência teórica desse processo é a filosofia do direito de Hegel, em que o Estado é considerado o Deus terreno, ou seja, o sujeito último da história, que não reconhece nem acima nem abaixo de si nenhum outro sujeito, e ao qual os indivíduos e os grupos devem incondicionada obediência.

A doutrina da instituição representa uma reação ao estatismo. Essa é uma das muitas vias por meio das quais os teóricos do direito e da política procuraram resistir à invasividade do Estado. Ela nasce ora da reavaliação das teorias

jurídicas da tradição cristã como em Georges Renard (ver a *Théorie de l'institution*, 1930), ora da sugestão das correntes socialistas libertárias (Proudhon), anarquistas ou sindicalistas como em Georges Gurvitch (ver *L'idée du droit social*, 1932, e a *Dichiarazione dei diritti sociali*, trad. it. ed. de Comunità, 1949). Torna-se teoria do direito, na França, com Maurice Hauriou; na Itália, com Santi Romano. Foi adotada e universalizada, na Itália, por Guido Fassò, que, considerando instituição também a relação jurídica entre duas pessoas, faz da instituição a categoria primária da experiência jurídica (ver a *Storia come esperienza giuridica*, 1953). Encontrou aplicação fecunda no estudo de ordenamentos particulares ou de situações concretas por parte de um filósofo do direito como Cesarini-Sforza, que estuda o direito dos indivíduos, ou seja, a esfera da chamada "autonomia privada" como um ordenamento jurídico distinto do ordenamento estatal ("Il diritto dei privati" in: *Riv. it. sc. giur.*, 1929, pp. 43-125); por parte de historiadores do direito como Grosso, que se vale do conceito de instituição e da teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos para uma compreensão mais adequada do direito romano (ver *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Giappichelli, 1948, pp. 3 ss.); e, mais recentemente, por parte de um civilista, Salvatore Romano, que, retomando o estudo de Cesarini-Sforza, reexamina todo o problema do direito privado à luz da teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos ("Ordinamenti giuridici privati", in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1955, pp. 249-331). Uma aplicação ao caso específico da relação entre ordenamento cavalheiresco e ordenamento estatal foi feita com incomparável acuidade por Piero Calamandrei (ver o ensaio "Regole cavalleresche e processo", de 1929, in *Studi sul processo civile*, III, pp. 155-70).

5. Observações críticas

Toda teoria pode ser considerada do ponto de vista do seu significado ideológico e do ponto de vista do seu valor

científico. Como ideologia, uma teoria tende a afirmar certos valores ideais e a promover certas ações. Como doutrina científica, seu objetivo não é outro senão compreender uma certa realidade e dar-lhe uma explicação. Não vamos discutir aqui a teoria da instituição como ideologia, e portanto não nos propomos julgar se é bom ou mau, útil ou nocivo, oportuno ou inoportuno afirmar que o Estado não é o único centro produtor de normas jurídicas, e quais são as consequências práticas dessa afirmação. Analisamos a teoria da instituição como teoria científica, ou seja, como teoria que se propõe oferecer meios de compreensão do fenômeno jurídico diversos e melhores que os oferecidos pela teoria normativa. Quanto à ampliação dos horizontes do jurista para além dos limites do Estado, vamos apenas mencionar que o problema sobre o qual se insiste na polêmica entre pluralistas e monistas, de saber se o direito é somente o produzido pelo Estado ou também o produzido por grupos sociais diferentes do Estado, é principalmente uma questão de palavras. As definições de termos científicos são convencionais (os lógicos falam de *definições estipulativas*), o que significa que ninguém tem o monopólio da palavra "direito", e que ela pode ser usada em sentido mais amplo ou mais restrito conforme a oportunidade, cujo único juiz é o próprio cientista. Quem afirma que é direito apenas o direito estatal usa a palavra "direito" em sentido restrito. Quem considera, seguindo os institucionalistas, que é direito também aquele de uma associação para delinquir, usa o termo "direito" em sentido mais amplo. Não existe uma definição verdadeira e uma falsa, mas apenas, quando muito, uma definição mais oportuna e uma menos oportuna. Posta a questão nesses termos, se eu tivesse de exprimir o meu parecer, diria que me parece mais oportuna a definição ampla, ou seja, a proposta pelos institucionalistas, pois, limitando o significado da palavra "direito" às normas de conduta promulgadas pelo poder estatal, vai-se contra o uso linguístico geral que chama direito também o direito internacional e aquele da Igreja, e pode-se gerar alguma confusão.

Quanto ao valor científico da teoria da instituição, ou seja, se a consideração do direito como instituição vale para substituir a teoria normativa na compreensão e explicação do fenômeno jurídico, proponho as duas observações críticas a seguir:

a) Em primeiro lugar, a teoria da instituição, acreditando combater a teoria normativa derrubando a teoria estatista do direito, põe-se um falso alvo. A teoria normativa não coincide absolutamente, *em linha de princípio*, com a teoria estatista, ainda que, *em linha de fato*, muitos juristas estatistas sejam normativistas, e vice-versa, muitos normativistas sejam estatistas. A teoria normativa limita-se a afirmar que o fenômeno originário da experiência jurídica é a regra de conduta, enquanto a teoria estatista, além de afirmar que o direito é um conjunto de regras, afirma que essas regras têm características particulares (por exemplo: de serem coativas), e, como tais, distinguem-se de qualquer outro tipo de regra de conduta. A teoria estatista é uma teoria normativa restrita. E, portanto, não há nenhuma razão para considerar a teoria normativa por si mesma menos ampla que a teoria institucional. Em suma, não há nenhuma razão que induza a excluir que a teoria normativa também possa ser compatível com o pluralismo jurídico, a partir do momento em que não há nenhum motivo para restringir a palavra "norma", assim como é usada pela teoria normativa, apenas às normas do Estado.

b) Romano escreveu que "antes de ser norma" o direito "é organização". Ora, essa afirmação é discutível. O que significa organização? Significa distribuição de tarefas de modo que cada um dos membros do grupo contribua, segundo as próprias capacidades e competências, para a obtenção do fim comum, mas essa distribuição de tarefas só pode ser realizada mediante regras de conduta. E, então, não é verdade que a organização vem antes das normas, mas é verdade o contrário, que as normas vêm antes da organização.

Uma sociedade organizada, uma instituição, é constituída por um grupo de indivíduos que disciplinam suas respectivas atividades com a finalidade de perseguir um objetivo comum, ou seja, um objetivo que os indivíduos, singularmente considerados, não poderiam alcançar. A instituição nasce no momento em que nasce e toma forma uma certa disciplina das condutas individuais, disciplina destinada a conduzi-las a um fim comum. Mas uma disciplina é o produto de uma regulamentação, ou seja, de um conjunto de regras de conduta. Em particular, para que se possa desenvolver aquele processo de institucionalização que transforma um grupo inorgânico em um grupo organizado, ou seja, em um ordenamento jurídico, são necessárias três condições: 1) que se definam os fins a que a instituição deverá tender; 2) que se estabeleçam os "meios", ou pelo menos os meios principais, que se consideram apropriados para atingir esses fins; 3) que se atribuam as funções específicas de cada um dos componentes do grupo para que, através dos meios previstos, colaborem para a obtenção do fim. Ora, é claro que tanto a determinação dos fins quanto a determinação dos meios e das funções só podem ocorrer através de regras, sejam elas escritas ou não escritas, proclamadas solenemente em um estatuto (ou constituição) ou aprovadas tacitamente pelos membros do grupo. O que equivale a dizer que o processo de institucionalização e a produção de regras de conduta não podem ser desvinculados e que, portanto, quando deparamos com um grupo organizado, podemos ter certeza de encontrar um conjunto de regras de conduta que geraram aquela organização ou, em outras palavras, que, se instituição equivale a ordenamento jurídico, ordenamento jurídico equivale a conjunto de normas. Mas então a teoria da instituição não exclui, antes inclui, a teoria normativa do direito, que não sai derrotada da polêmica, e sim fortalecida.

É o que confirma um ensaio de M. S. Giannini, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici* (1950), que, afirmando a

equivalência das duas expressões, "grupo organizado" e "ordenamento jurídico", preocupa-se em distinguir o fenômeno da *normatização* (ou seja, da produção das normas) do fenômeno da *organização*. O autor observa que pode haver normatização sem organização: por exemplo, a classe social, mesmo não sendo um grupo organizado, produz regras de conduta (normas sociais) para os seus componentes; *mas não pode haver organização sem normatização*. Em outras palavras, se é verdade que uma produção de normas quaisquer não é suficiente para criar uma instituição, também é verdade que não é possível criar uma instituição sem uma produção de regras. Assim, a produção de regras é sempre o fenômeno originário, ainda que não exclusivo, para a constituição de uma instituição.

Será que o que dissemos até aqui para defender a teoria normativa significa que queremos rejeitar totalmente a teoria da instituição? Certamente que não. A nosso ver, a teoria da instituição teve o grande mérito, mesmo prescindindo do seu significado ideológico, que não pretendemos discutir, de ressaltar que só se pode falar de direito quando existe um conjunto de normas formadoras de um ordenamento, e que, portanto, o direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas; em suma, que uma norma jurídica nunca está sozinha, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo. Graças também à teoria da instituição, a teoria geral do direito evoluiu cada vez mais de teoria das normas jurídicas para teoria do ordenamento jurídico, e os problemas com que deparam os teóricos do direito são cada vez mais os problemas ligados à formação, coordenação e integração de um sistema normativo.

6. O direito é relação intersubjetiva?

Que o elemento característico da experiência jurídica é a relação intersubjetiva é, ao contrário da teoria institucio-

nal, doutrina muito antiga e periodicamente recorrente. Se observarmos bem, ela nasce da mesma ideia fundamental que originou a teoria da instituição, ou seja, da ideia de que o direito é um fenômeno social, tem origem na sociedade. Deve-se notar que a teoria da instituição surgiu criticando não apenas a teoria normativa, como mostramos até aqui, mas também a teoria da relação intersubjetiva. Segundo os defensores da instituição (sobretudo franceses), uma pura e simples relação entre dois sujeitos não pode constituir direito; para que surja o direito, é necessário que essa relação esteja inserida numa série mais ampla e complexa de relações constituintes, isto é, a instituição. Dois pessoas isoladas que se encontram apenas para estabelecer entre elas a regulamentação de certos interesses mútuos não constituem ainda direito; o direito só nascerá quando essa regulamentação se tornar de certo modo estável e der origem a uma organização permanente da atividade dos dois indivíduos.

Os institucionalistas em geral refutam a doutrina da relação, por considerá-la inspirada por uma concepção individualista do direito, por aquela concepção predominante no jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, segundo a qual o direito é o produto da vontade de cada indivíduo, considerado como uma mônada separada das outras mônadas, e que, de fato, elevava à suprema categoria jurídica o acordo de duas ou mais vontades individuais, ou seja, o contrato, de modo que faça surgir a sociedade por excelência, o Estado, mediante aquele acordo de vontades de cada indivíduo, que se chamou contrato social. Ao contrário, a doutrina da instituição inspira-se nas correntes sociológicas mais modernas, que tacharam de utopismo e de racionalismo abstrato o individualismo jusnaturalista e afirmam a realidade do grupo social como realidade distinta daquela dos indivíduos que a compõem. Partindo, então, desse pressuposto, consideram o direito como um produto não do indivíduo ou dos indivíduos, mas da sociedade no seu todo.

Como prova da afirmação dos institucionalistas, segundo os quais a teoria da relação afunda suas raízes no individua-

lismo abstrato dos iluministas, podemos recordar que um dos representantes mais ilustres e mais coerentes do iluminismo jurídico, Immanuel Kant, expõe na sua *Doutrina do direito* (1797) uma clara teoria do direito como relação jurídica. Depois de dar sua célebre definição de direito como “o conjunto das condições, por meio das quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o arbítrio de um outro, segundo uma lei universal da liberdade” (*Metafisica dei costumi*, trad. it. ed. Utet, 1956, p. 407), Kant dedica-se à pesquisa dos elementos constitutivos do conceito do direito. E ele descreve o primeiro desses requisitos da seguinte maneira: “O conceito do direito, enquanto ele se refere a uma obrigação correspondente [...], diz respeito *em primeiro lugar* apenas à relação externa, e precisamente prática, de uma pessoa para com uma outra, uma vez que as ações delas podem (imediatamente ou mediadamente) ter, como fatos, influência umas sobre as outras” (*op. cit.*, p. 406). Quanto ao segundo requisito, Kant afirma que essa relação entre dois sujeitos, para ser uma relação jurídica, deve ser uma relação entre dois arbítrios, e não entre o arbítrio de um e o simples desejo do outro. O que importa sobretudo para Kant, ao colocar o direito como relação entre dois sujeitos, é repelir a tese de que o direito possa também consistir numa relação entre um sujeito e uma coisa. Para Kant, há quatro tipos possíveis de relação de um sujeito com outros sujeitos: 1) a relação de um sujeito que tem direitos e deveres com um sujeito que tem apenas direitos e não deveres (Deus); 2) a relação de um sujeito que tem direitos e deveres com um sujeito que tem apenas deveres e não direitos (o escravo); 3) a relação de um sujeito que tem direitos e deveres com um sujeito que não tem nem direitos nem deveres (o animal, as coisas inanimadas); 4) a relação de um sujeito que tem direitos e deveres com um sujeito que tem direitos e deveres (o homem). Dessas quatro relações, só a última é uma relação jurídica.

Uma segunda prova nos é dada pela doutrina do mais conhecido e autorizado representante da corrente neokantiana na filosofia do direito contemporânea na Itália, Giorgio

Del Vecchio. Para Del Vecchio, o mesmo princípio ético pode ser traduzido numa dupla ordem de valorações: 1) em relação ao próprio sujeito que realiza a ação (que pode escolher a ação obrigatória e repelir aquela proibida); 2) em relação aos sujeitos a quem se dirige a ação (que podem escolher entre deixar que eu realize a ação ou impedir-me de realizá-la). A primeira ordem de valorações constitui a valoração moral; a segunda, a valoração jurídica. A partir daí derivam a subjetividade da ação moral e a intersubjetividade da ação jurídica, a unilateralidade da norma moral e a bilateralidade da norma jurídica; deriva, em conclusão, a definição do direito como coordenação objetiva do agir, o que implica a visão do direito (diferentemente da moral) como um conjunto de relações entre sujeitos, de modo que se um tem o poder de realizar certa ação, o outro tem o dever de não impedi-la.

7. Exame de uma teoria

A mais recente teoria do direito como relação jurídica é a exposta na *Teoria generale del diritto*, de Alessandro Levi (Pádua, Cedam, 2ª ed., 1953). Pode-se dizer que Levi fez do conceito de relação jurídica o pilar sobre o qual edificou sua construção. Desde o início fala da relação jurídica como do conceito “sobre o qual se funda a construção sistemática, ou científica, de todo ordenamento jurídico” (p. 23). A relação jurídica é muitas vezes definida nessa obra como o conceito fundamental do ordenamento jurídico: “Esse conceito de relação jurídica [...] não o conceito de dever, nem o de direito subjetivo, e *tampouco o de norma*, [...] é o conceito fundamental, central do ordenamento jurídico” (p. 26). A centralidade desse conceito revela-se igualmente no fato de que Levi o eleva a conceito filosófico, como se fosse uma espécie de categoria fundamental e originária para a compreensão do direito. Fala do conceito de relação jurídica como daquele em que se concretiza o “universal jurídico”, ou seja, “o momento jurídico do espírito humano” (p. 27). Mais precisamente:

“Não é um conceito meramente empírico ou técnico, que representa uma síntese aproximativa de dados indutivamente retirados da realidade considerada *a parte obiecti*, mas sim constitui, na sua essência mais concreta, o limite lógico de qualquer outro conceito técnico” (p. 29). Por “relação jurídica” Levi entende, no sentido tradicional da palavra, uma relação intersubjetiva, ou melhor, a relação entre dois sujeitos, sendo um titular de uma obrigação, o outro, de um direito. A função categorial da intersubjetividade é dada pelo fato de o filósofo do direito se servir dela para distinguir o direito da moral (que é subjetiva) e da economia (que coloca o homem em relação com as coisas). Assim Levi se exprime: “[a valoração jurídica] não valora o ato em relação com as coisas sobre as quais se exerce, ou, mais propriamente, em relação aos bens, materiais ou imateriais, com que o sujeito tende a satisfazer suas necessidades; e tampouco em relação com um ideal de vida a que o sujeito aspire a se aproximar, ou, mais particularmente, em relação com a divindade, que se crê perscrutar e julgar cada movimento do espírito; mas sim, e somente, *em relação com os outros sujeitos*, ou seja, com os seus comportamentos, positivos ou negativos, complementares ao comportamento do sujeito de que se trata, uma vez que eles têm ou o direito de pretender dele aquele determinado comportamento, ou, ao contrário, um dever complementar a um direito seu, ou no mínimo a obrigação de se abster de impedir aquele comportamento” (p. 27).

Não obstante o propósito muitas vezes declarado de elaborar uma teoria geral do direito sobre o conceito de relação jurídica, creio que Levi não tenha permanecido sempre fiel ao seu tema. Para pôr seu propósito em prática, Levi deveria resolver os problemas fundamentais da teoria geral do direito recorrendo ao conceito de relação jurídica. Mas isso nem sempre ocorreu. Causa-nos suspeita, desde o início, o fato de Levi considerar a norma como a *fonte ideal* da relação e afirmar que não pode haver direito fora do reconhecimento predisposto pelo direito objetivo. Mas, então, não é verdade que a juridicidade de uma relação seja intrín-

seca à relação, pois ela nasce, ao contrário, do fato de que essa relação é regulada por uma norma jurídica; e, por conseguinte, para responder à pergunta: “o que é o direito?”, ele se refere, como qualquer adepto da teoria normativa, à regra que define a relação, e não à relação regulada. Essa suspeita se agrava quando, ao ter de indicar os atributos constitutivos da relação jurídica (ou seja, não de uma relação intersubjetiva qualquer, mas de uma relação intersubjetiva específica), ele diz que são a *tutela*, a *sanção*, a *pretensão* e a *prestação* (p. 30): mas esses atributos não são característicos da relação intersubjetiva considerada por si só (uma relação de amizade, por exemplo, é intersubjetiva, sem que de resto esses atributos característicos se manifestem), e sim deduzidos do fato de que essa relação é regulada por uma norma que prevê uma sanção em caso de ruptura da própria relação, em suma, pelo fato de ser regulada por uma norma jurídica. Perguntamo-nos, então, a essa altura, se o que constitui a relação como relação jurídica não é porventura a norma que a regula, e, nesse caso, a teoria da relação jurídica acaba por desembocar, também ela, assim como a teoria da instituição, na teoria normativa. É o que veremos melhor na próxima seção.

8. Observações críticas

A principal razão pela qual julgamos que considerar o direito como relação intersubjetiva não elimina a consideração normativa pode ser formulada do seguinte modo. Uma relação jurídica, como vimos, é uma relação entre dois sujeitos, sendo que um deles, o sujeito ativo, é titular de um direito, e o outro, o sujeito passivo, é titular de um dever e obrigação. A relação jurídica é, em outras palavras, uma relação direito-dever. E o que significa ter um direito? Significa, como veremos melhor a seguir, ter o poder de realizar determinada ação. Mas de onde deriva esse poder? Só pode derivar de uma regra, que no mesmo momento em

que atribui a mim esse poder, atribui a um outro, a todos os outros, o dever de não impedir a minha ação. E o que significa ter dever? Significa sermos obrigados a nos comportar de determinado modo, quer essa conduta consista em um fazer, quer consista em um não fazer. Mas de onde deriva essa obrigação? Só pode derivar de uma regra, que determina ou proíbe. Em resumo, o direito nada mais é do que o reflexo subjetivo de uma norma autorizadora; e o dever nada mais é do que o reflexo subjetivo de uma norma imperativa (positiva ou negativa). A relação jurídica, enquanto relação direito-dever, refere-se sempre a duas regras de conduta, sendo que a primeira atribui um poder, a outra atribui um dever. Que depois, efetivamente, dessas duas normas seja suficiente em regra enunciar apenas uma delas, uma vez que a atribuição de um direito a um sujeito implica sempre a atribuição de um dever a outros sujeitos, e vice-versa, não altera em nada a questão substancial, ou seja, de que direito e dever são as figuras subjetivas em que se reflete a presença de uma regra, e, portanto, a relação jurídica é aquela relação que se distingue de qualquer outro tipo de relação por ser uma relação regulada por uma norma jurídica.

A relação jurídica caracteriza-se não pela matéria daquilo que é objeto da relação, mas pelo modo como os sujeitos se comportam um em relação ao outro. O que pode ser expresso também desta maneira: o que caracteriza a relação jurídica não é o conteúdo, mas a forma. E isso significa: não se pode determinar se uma relação é jurídica com base nos interesses que estão em jogo; pode-se determinar apenas com base no fato de ser regulada ou não por uma norma jurídica. O problema da caracterização do direito não pode ser resolvido enquanto se permanece no plano da relação; só é resolvido no plano das normas que regulam a relação. Em outras palavras: estabelecida uma relação de interdependência entre relação jurídica e norma jurídica, não diremos que uma norma é jurídica porque regula uma relação jurídica, mas sim que uma relação é jurídica por ser regulada por uma norma jurídica. Não existe na natureza, ou melhor, na história

das relações humanas, uma relação que seja por si mesma, isto é, *ratione materiae*, jurídica: existem relações econômicas, sociais, morais, culturais, religiosas, existem relações de amizade, de indiferença, de inimizade, existem relações de coordenação, de subordinação, de integração. Mas nenhuma dessas relações é *naturaliter* jurídica. Relação jurídica é aquela que, seja qual for o seu conteúdo, é levada em consideração por uma norma jurídica, é subsumida em um ordenamento jurídico, é *qualificada* por uma ou mais normas pertencentes a um ordenamento jurídico. Veremos melhor a seguir quais consequências recaem sobre uma ação humana ao ser qualificada por uma norma jurídica. Por ora basta ter evidenciado que é a norma que, ao qualificar a relação, a transforma em uma relação jurídica, e não o contrário. Por conseguinte, se é verdade que nenhuma relação é *naturaliter* jurídica, também é verdade que qualquer relação entre as pessoas só pode tornar-se jurídica se é regulada por uma norma pertencente a um sistema jurídico. Os juristas dizem que uma relação, enquanto não é levada em consideração pelo direito, é uma *relação de fato*. A assunção por parte do ordenamento jurídico – assunção que se dá atribuindo a um dos dois sujeitos uma obrigação e ao outro um dever – transforma a relação de fato numa relação jurídica. A relação entre um vendedor e um comprador é uma relação econômica. O que a torna jurídica é o fato de que o ordenamento jurídico atribui aos dois sujeitos da relação direitos e deveres. A relação de fidelidade entre os cônjuges é antes de tudo uma relação de caráter ético; torna-se jurídica quando o ordenamento transforma essa relação moral numa relação geradora de direitos e de obrigações juridicamente relevantes.

A conclusão que queremos extrair dessas considerações é que, assim como a teoria da instituição não exclui, mas inclui a teoria normativa, da mesma forma a teoria da relação não exclui, mas inclui a teoria normativa. O que equivale a dizer que a teoria normativa permanece válida, não obstante a teoria da instituição e da relação – ou melhor, ela é pressuposto para a validade de ambas.

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 são independentes. – 11. Possíveis confusões dos três critérios. – 12. O direito natural. – 13. O positivismo jurídico. – 14. O realismo 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 (sobretudo 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