

*Esta obra foi publicada originalmente em italiano com o título*  
**TEORIA GENERALE DEL DIRITTO**  
*por G. Giappichelli Editore.*  
Copyright © 1993, G. Giappichelli Editore, Turim, Itália.  
Copyright © 2007, Livraria Martins Fontes Editora Ltda.,  
São Paulo, para a presente edição.

**1ª edição** 2007

**2ª edição** 2008

**Tradução**

**DENISE AGOSTINETTI**

**Revisão da tradução e preparação do original**

*Silvana Cobucci Leite*

**Acompanhamento editorial**

*Luzia Aparecida dos Santos*

**Revisões gráficas**

*Maria Lúiza Favret*

*Ana Maria de O. M. Barbosa*

*Dinarte Zorzanelli da Silva*

**Produção gráfica**

*Geraldo Alves*

**Paginação/Fotolitos**

*Studio 3 Desenvolvimento Editorial*

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Bobbio, Norberto, 1909-2004.

Teoria geral do direito / Norberto Bobbio ; tradução Denise Agostinetti ; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. – 2ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 2008. – (Justiça e direito)

Título original: Teoria generale del diritto.

ISBN 978-85-336-2433-7

1. Direito – Filosofia 2. Direito – Teoria I. Título. II. Série.

08-03365

CDU-340.11

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Direito : Teoria 340.11
2. Teoria geral do direito 340.11

*Todos os direitos desta edição reservados à*  
**Livraria Martins Fontes Editora Ltda.**

Rua Conselheiro Ramalho, 330 01325-000 São Paulo SP Brasil

Tel. (11) 3241.3677 Fax (11) 3105.6993

e-mail: [info@martinsfonteseditora.com.br](mailto:info@martinsfonteseditora.com.br) <http://www.martinsfonteseditora.com.br>

lismo ético e para o formalismo científico. Infelizmente, a maior parte dos autores não faz nenhuma distinção e muitas vezes, sob o nome genérico de "revolta contra o formalismo", comparam-se coisas diferentes. Basta-nos aqui ter evidenciado que o ponto de vista formal do qual partimos não tem nada a ver com nenhum dos três formalismos, pois não pretende ser uma teoria exclusiva nem da justiça, nem do direito, nem da ciência jurídica, mas é pura e simplesmente um modo de estudar o fenômeno jurídico na sua complexidade, um modo que não só não exclui os outros, mas os exige para que se possa obter um conhecimento integral da experiência jurídica.

### 16. A norma como proposição

Do ponto de vista formal, que aqui elegemos, uma norma é uma *proposição*. Um código, uma constituição são um conjunto de proposições. Trata-se de saber qual é o *status* das proposições que compõem um código, uma constituição. A tese aqui sustentada é a de que as normas jurídicas pertencem à categoria geral das *proposições prescritivas*. A partir daí a nossa pesquisa se desenvolve através de quatro fases: 1) estudo das proposições prescritivas e sua distinção dos outros tipos de proposições; 2) exame e crítica das principais teorias sustentadas sobre a estrutura formal da norma jurídica; 3) estudo dos elementos específicos da norma jurídica como prescrição; 4) classificação das prescrições jurídicas.

Por "proposição" entendemos um conjunto de palavras que possuem um significado no seu todo. A forma mais comum de uma proposição é o que na lógica clássica se chama *juízo*, que é uma proposição composta de um sujeito e de um predicado, unidos por um verbo de ligação (S é P). Mas nem toda proposição é um juízo. Por exemplo: "Veja!" "Quantos anos você tem?" são proposições, mas não juízos. Sendo assim, é preciso distinguir uma proposição do seu *enunciado*. Por "enunciado" entendo a forma gramatical e

lingüística com que um determinado significado é expresso, motivo pelo qual a mesma proposição pode ter enunciados diversos, e o mesmo enunciado pode exprimir proposições diversas. Uma mesma proposição pode ser expressa com enunciados diversos quando muda a forma gramatical. Por exemplo: "Mário ama Maria" e "Maria é amada por Mário", em que o significado é idêntico e o que muda é apenas a expressão; ou na passagem do mesmo significado de uma expressão de uma língua para a expressão equivalente de uma outra língua. Por exemplo: "Chove"; "Il pleut"; "It is raining"; "Es regnet" são enunciados diferentes da mesma proposição. De maneira inversa, com o mesmo enunciado é possível exprimir, em contextos e em circunstâncias diferentes, proposições diversas. Por exemplo, quando digo, dirigindo-me a um amigo com o qual estou dando uma volta: "Eu gostaria de beber uma limonada", pretendo exprimir meu desejo e quando muito dar ao meu amigo uma informação sobre o meu estado de espírito; ao dirigir as mesmas palavras a uma pessoa que está atrás do balcão de um bar, não pretendo exprimir um desejo nem dar a ela uma informação, mas impor-lhe uma determinada conduta. (Enquanto, no primeiro uso da expressão, é previsível, por parte do amigo, a resposta: "Eu também", a mesma resposta por parte do segundo interlocutor seria quase uma ofensa.)

Quando defino uma proposição como um conjunto de palavras que possuem um significado no seu todo, pretendo excluir do uso do termo "proposição" conjuntos de palavras sem significado. Um conjunto de palavras pode não ter significado no seu todo, embora tenham um significado as palavras que o compõem, como, por exemplo: "César é um número primo"; "O triângulo é democrático". Ou pode não ter um significado no seu todo, pois as próprias palavras que o compõem, individualmente consideradas, não têm um significado, como, por exemplo: "Pape Satan, pape Satan aleppe". Não se deve confundir um conjunto de palavras sem significado com uma *proposição falsa*. Uma proposição falsa é sempre uma proposição falsa, porque tem um

significado. Por exemplo: "César morreu nos idos de abril"; "O triângulo tem quatro lados". Essa proposição é falsa porque, submetida ao critério de verdade que assumimos para julgá-la, demonstra-se que ela não tem os requisitos necessários para que possa ser tida como verdadeira. Se é uma proposição sintética, o critério para julgá-la é a maior ou menor correspondência com os fatos; se é uma proposição analítica, o critério é a coerência ou a validade formal. Seja como for, para que se possa saber se é verdadeira ou falsa é preciso que a proposição tenha um significado.

Quando afirmamos que uma norma jurídica é uma proposição, queremos dizer que ela é um conjunto de palavras que possuem um significado. Com base no que dissemos acima, a mesma proposição normativa pode ser formulada com enunciados diversos. O que interessa ao jurista, quando interpreta uma lei, é o seu significado. Assim como uma proposição em geral pode ter um significado, mas ser falsa, da mesma forma uma proposição normativa pode ter um significado e ser – não diríamos falsa – mas, pelas razões que veremos a seguir, inválida ou injusta. Mesmo para as proposições normativas, o critério de significância, pelo qual se distinguem as proposições propriamente ditas dos conjuntos de palavras sem significado, se distingue do critério de verdade ou de validade, pelos quais se distinguem proposições verdadeiras e válidas de proposições falsas ou inválidas.

## 17. Formas e funções

Existem vários tipos de proposições. Podemos distinguir os vários tipos de proposições com base em dois critérios: a *forma gramatical* e a *função*<sup>1</sup>. Com base na forma gramatical, as proposições se distinguem principalmente em *declarativas*, *interrogativas*, *imperativas* e *exclamativas*. No que diz respeito

1. Para esta e para a próxima seção, seguimos, entre os vários tratados de lógica, sobretudo aquele de J. M. COPL, *Introduction to Logic* (1953).

à função, distinguem-se em *asserções*, *perguntas*, *comandos*, *exclamações*. Exemplos: "Chove" (proposição formalmente declarativa e com função de asserção); "Chove?" (proposição formalmente interrogativa e com função de pergunta); "Pegue o guarda-chuva" (proposição formalmente imperativa e com função de comando); "Como você está molhado!" (proposição formalmente exclamativa com função de exclamação). Muitas vezes – como resulta dos exemplos dados – forma gramatical e função se correspondem segundo a ordem acima exposta: um comando é geralmente expresso em forma imperativa. Mas os dois critérios se distinguem porque o primeiro diz respeito ao modo como a proposição é expressa, o segundo, ao fim que aquele que pronuncia a proposição se propõe alcançar. E pode-se demonstrar que os dois critérios são diversos pelo fato de que a mesma função pode ser expressa com formas diversas, e, vice-versa, com a mesma forma gramatical podem-se exprimir funções diversas.

De todos os tipos de proposições interessam-nos particularmente os *comandos*, ou seja, aquelas proposições cuja função é, como veremos melhor a seguir, influir no comportamento alheio para modificá-lo, e que por ora chamaremos genericamente de "comandos", embora a seguir será necessário introduzir ulteriores distinções. Pois bem, um comando, ou seja, uma proposição que se distingue por uma função particular, pode ser expressa, segundo as circunstâncias e os contextos, em todas as formas gramaticais acima mencionadas. Sem dúvida a forma mais comum é aquela imperativa: "Estude" (não significa, de resto, que a forma imperativa corresponda sempre ao modo verbal imperativo; existem outras formas gramaticais imperativas, como aquela constituída pelo auxiliar "dever": "Você deve estudar"). Mas um comando vem às vezes expresso em forma declarativa, como costuma ocorrer nos artigos de lei, que, embora tendo uma evidente função imperativa, são quase sempre expressos com proposições declarativas. Quando o art. 566 do código civil italiano diz: "Ao pai e à mãe sucedem os filhos legítimos em partes iguais", a intenção de quem pronunciou essa fórmula

não foi dar uma informação, mas sim impor uma série de comportamentos: trata-se manifestamente de uma proposição declarativa com função de comando. Sendo assim, quando um pai, dirigindo-se ao filho, lhe diz em tom ameaçador: "Você não acha que essa tarefa está cheia de erros?", a proposição é formalmente interrogativa, mas a função que o pronunciante lhe atribui é a de induzir o destinatário a corrigir a tarefa e, portanto, em última análise, não obstante a forma interrogativa, a proposição é um comando, embora expresso como uma interrogação. Muitas das "interrogações" feitas no Parlamento, segundo um procedimento estabelecido, são proposições ou séries de proposições, cujo objetivo principal não é tanto o de receber informações (o interrogante em geral sabe de antemão o que o governo responderá ou não responderá) quanto o de induzir o governo a modificar o próprio comportamento: também nesse caso, por trás da forma interrogativa, surge a função preceptiva em sentido amplo. Por fim, ao passar diante do portão de uma casa de campo leio um cartaz com os dizeres: "Cuidado com o cão!" É uma exclamação? Se a proposição tivesse a função exclamativa, significaria que os proprietários quiseram com essa frase exprimir publicamente seu estado de espírito sobre a ferocidade do seu cão. Mas não é o que acontece: ao ler o cartaz, compreendo que devo manter-me à distância. Mas isso significa que essa frase, na sua aparência de exclamação, tem a função de comando, ou ao menos de recomendação, ou seja, não exprime sentimentos, mas tende a influir no comportamento alheio. Existe um sinal de trânsito na Itália que todos conhecem, que é composto por uma espécie de ponto de exclamação: esse sinal, desnecessário dizer, não é a expressão de um estado de espírito, mas um convite à prudência.

Assim como a mesma função pode ser expressa com formas gramaticais diversas, a mesma forma gramatical também pode exprimir diferentes funções. Num tratado de geografia posso encontrar a seguinte frase: "A Itália é dividida em regiões, províncias e municípios." Não resta dúvida de

que essa proposição declarativa é, no que diz respeito à função, uma asserção, ou seja, uma proposição cujo objetivo é dar uma informação. Na Constituição da República italiana, leio no art. 114: "A República é dividida em regiões, províncias e municípios." No que diz respeito à forma gramatical, a proposição é idêntica àquela que li no tratado de geografia. Mas o significado é o mesmo? Ao ditar esse artigo, o constituinte não se propôs de modo algum dar aos cidadãos italianos uma informação geográfica, mas estabelecer uma diretiva para o legislador: essa frase, em suma, não é uma asserção, e sim uma norma.

### 18. As três funções

Considero que é possível distinguir três funções fundamentais da linguagem: a função *descritiva*, a *expressiva* e a *prescritiva*. Essas três funções dão origem a três tipos de linguagens bem diferenciadas (ainda que nunca se encontrem em estado puro na realidade), a linguagem *científica*, a linguagem *poética* e a linguagem *normativa*. Interessa-nos particularmente a função prescritiva: um conjunto de leis e de regulamentos, um código, uma constituição constituem os exemplos mais interessantes de linguagem normativa, assim como um tratado de física ou de biologia constituem exemplos característicos de linguagem científica, e um poema ou um cancionero constituem exemplos representativos de linguagem poética. Os exemplos já evidenciaram a distinção. Sem a pretensão de dar definições rigorosas e exaustivas, basta-nos aqui dizer que a função descritiva, própria da linguagem científica, consiste em dar informações, em comunicar a outros certas notícias, na transmissão do saber, em suma, em *levar a conhecer*; a função expressiva, própria da linguagem poética, consiste em evidenciar certos sentimentos e em tentar evocá-los em outros, de modo que *levem a participar* outros de uma certa situação sentimental; a função prescritiva, própria da linguagem normativa, consiste em dar comandos, conselhos, recomendações, adver-



tências, de modo a influir no comportamento alheio e modificá-lo e, em suma, em *levar a fazer*.

Embora seja difícil encontrar esses tipos de linguagem em estado puro, deve-se admitir que a linguagem científica tende a se despojar de toda função prescritiva e expressiva; daí nasce o ideal do cientista que, nas palavras de Espinosa, não chora e não ri e é indiferente às conseqüências práticas que possam advir das próprias descobertas; que uma poesia é tão mais genuína quanto mais se liberta da função informativa (para obter dados sobre Jacinto, lerei um tratado de geografia, e não o soneto de Foscolo) e da função prescritiva (uma poesia que se proponha promover uma ação é uma poesia didática ou oratória e, segundo os padrões bem conhecidos da estética da intuição-expressão, não-poesia); e que um corpo de leis tende a eliminar tudo o que não é preceito e, portanto, a característica de um código moderno em relação à lei de civilizações menos desenvolvidas está justamente na eliminação de todos os elementos descritivos e evocativos que muitas vezes se misturam àqueles prescritivos. De resto, existem tipos de discurso cuja característica é justamente a de combinar dois ou mais tipos de linguagens: um discurso comemorativo, uma celebração é uma combinação de proposições descritivas e expressivas (trata-se de dar informações sobre a vida do homenageado e, ao mesmo tempo, suscitar certos sentimentos de admiração pelas obras realizadas, indignação pelas injustiças sofridas, sofrimento pela morte precoce etc.); um sermão é uma combinação de proposições expressivas e prescritivas (trata-se de suscitar certos sentimentos – piedade pelos mortos, compaixão pelos que sofrem etc. – e de persuadir a realizar certas obras); uma alegação é quase sempre uma combinação de informações (por exemplo, a figura moral e intelectual do acusado), de evocações de sentimentos (a chamada “moção dos afetos”) e de prescrições (o pedido de absolvição).

Não é difícil explicar que uma prescrição esteja acompanhada de proposições de outro tipo. Para que o outro a quem dirigimos a prescrição se decida a agir, nem sempre é suficiente que ouça a pronúncia do comando puro e sim-

ples: às vezes é necessário que conheça certos fatos e deseje certas conseqüências. Para que tome conhecimento daqueles fatos que o induzam a agir, é preciso fornecer-lhe informações; para que deseje certas conseqüências, é preciso suscitar nele um certo estado de espírito; para que tome conhecimento de certos fatos e deseje certas conseqüências, é necessário informá-lo e suscitar nele um determinado estado de espírito. Assim, quando digo: “Pegue o guarda-chuva”, e acrescento: “Chove”, uno a prescrição à informação. Por sua vez, se digo: “Dê uma esmola àquele pobrezinho”, e acrescento: “Como é triste a miséria!”, uno a prescrição à evocação de um sentimento. Por fim, quando digo: “Coma o que está no prato”, e acrescento: “É leite”, e depois, como se não bastasse: “Se você soubesse como é gostoso!”, uno a prescrição à informação e à evocação de um estado de espírito favorável à realização da ação. O legislador também pode recorrer a discursos descritivos e evocativos para reforçar seus preceitos: para fazer cumprir uma lei, pode ser muito útil dar maiores informações sobre as vantagens que se podem obter dela, ou recorrer a invocações apaixonadas de amor à pátria, por exemplo, para despertar estados de espírito favoráveis à obediência. A linguagem prescritiva é aquela que tem maiores pretensões, porque tende a modificar o comportamento alheio: não é de admirar que lance mão também das outras duas para exercer a sua função.

### 19. Características das proposições prescritivas

Um dos problemas que mais ocupam os lógicos contemporâneos é a distinção entre proposições descritivas e prescritivas. É um assunto sobre o qual foram escritos nos últimos anos centenas de livros e de artigos. A obra que teve mais sucesso nesse campo, e que está geralmente no centro das discussões, é a de R. M. Hare, *The Language of Morals*\*

\* *A linguagem da moral*, São Paulo, Martins Fontes, 1996.

(Oxford, Clarendon Press, 1952), à qual remeto em definitivo. Na Itália, o primeiro tratado sobre o assunto foi o de U. Scarpelli, *Il problema della definizione e il concetto di diritto* (Milão, Novoletti, 1955), cujo primeiro capítulo é dedicado ao tema *Linguaggio prescrittivo e linguaggio descrittivo*.

As características diferenciais das proposições prescritivas e descritivas podem ser resumidas em três pontos: a) quanto à função; b) quanto ao comportamento do destinatário; c) quanto ao critério de valoração.

No que diz respeito à *função*, já dissemos o essencial. Com a descrição visamos informar os outros; com a prescrição, modificar seu comportamento. Isso não significa também que uma informação não influa no comportamento alheio. Quando, numa cidade estrangeira, peço a indicação de uma rua, a resposta me induz a andar num sentido, e não num outro. Mas a influência da informação no meu comportamento é indireta, enquanto a influência da prescrição é direta. Para que a informação: "A Rua Roma é a quarta à direita" tenha uma influência no meu comportamento, ela deve inserir-se num contexto mais amplo, do qual faça parte a prescrição: "Devo ir à Rua Roma." Toda modificação voluntária do comportamento pressupõe o momento prescritivo.

Quanto ao *destinatário*, foi justamente Hare quem ressaltou que, diante de uma proposição descritiva, pode-se falar do assentimento do destinatário quando este *crê* que a proposição seja verdadeira. Numa proposição prescritiva, por sua vez, o assentimento do destinatário é manifestado pelo fato de que a *executa*. Em outras palavras, pode-se dizer que a prova da aceitação de uma informação é a *crença* (um comportamento mental), a prova da aceitação de uma prescrição é a *execução* (um comportamento prático, embora a distinção entre comportamento mental e prático seja muito dúbia e nesse caso se faça apenas para uma primeira abordagem). Segundo Hare: "Podemos caracterizar provisoriamente a diferença entre asserções e comandos dizendo que, enquanto assentir sinceramente às primeiras implica *crer* em algo, assentir sinceramente aos segundos implica *fazer* algo" (*op. cit.*, p. 20).

A característica distintiva que parece decisiva é aquela relacionada ao *critério de valoração*. Das proposições descritivas pode-se dizer que são *verdadeiras* ou *falsas*; das prescritivas não se pode dizer o mesmo. As proposições prescritivas não são nem verdadeiras nem falsas, no sentido de que não podem ser submetidas à valoração do verdadeiro e do falso. Faz sentido perguntar se a asserção "Ulan Bator é a capital da Mongólia" é verdadeira ou falsa; não faz sentido perguntar se o preceito: "Favor limpar os sapatos antes de entrar" é verdadeiro ou falso. Verdade e falsidade não são predicáveis das proposições prescritivas, mas sim apenas das descritivas. Os critérios de valoração com base nos quais aceitamos ou rejeitamos uma prescrição são outros. A propósito das normas jurídicas, falamos da valoração segundo a *justiça* e a *injustiça* (e segundo a *validade* e a *invalidade*). Então, diremos que enquanto não faz sentido perguntar se um preceito é verdadeiro ou falso, faz sentido perguntar se é *justo* ou *injusto* (oportuno ou inoportuno, conveniente ou inconveniente) ou *válido* ou *inválido*.

A diferença entre os predicados atribuíveis às proposições descritivas e aqueles atribuíveis às proposições prescritivas deriva da diferença dos critérios com base nos quais valoramos umas e outras para dar a elas o nosso assentimento. O critério com que valoramos as primeiras para aceitá-las ou rejeitá-las é a correspondência aos fatos (critério de *verificação empírica*) ou aos postulados auto-evidentes (critério de *verificação racional*), conforme se trate de proposições sintéticas ou analíticas. Dizemos que são empiricamente verdadeiras as proposições cujo significado é verificado em via empírica, e racionalmente verdadeiras aquelas que se verificam em via racional. O critério com que valoramos as segundas para aceitá-las ou rejeitá-las é a correspondência aos valores últimos (critério de *justificação material*) ou a derivação das fontes primárias de produção normativa (critério de *justificação formal*). Chamamos de *justas* (ou convenientes) as primeiras, e de *válidas* as segundas. Observe-se que para ambos os tipos de proposições valem os dois critérios, um que

chamaremos de material, e o outro, de formal; mas que não se correspondem entre si. Quando muito, pode-se ver uma correspondência entre o segundo critério de verificação (uma proposição é verdadeira enquanto é deduzida de proposições primitivas postas como verdadeiras) e o primeiro critério de justificação (uma norma é justa enquanto é deduzida de uma norma superior posta como justa). O primeiro critério de verificação das proposições descritivas não encontra correspondência na valoração das prescrições (poder-se-ia encontrar uma correspondência no critério da eficácia, esclarecido anteriormente, mas esse não é um critério decisivo para a aceitação ou a rejeição das normas). O segundo critério de justificação não encontra correspondência na valoração das proposições descritivas (dever-se-ia fazer com que correspondesse àquilo que se chama de valoração segundo o princípio da autoridade, mas é uma valoração tanto aceita no mundo normativo quanto desacreditada no domínio do descritivo).

Em última análise, a diferença entre a verificação das proposições descritivas e a justificação das proposições prescritivas está na maior objetividade da primeira em relação à segunda, uma vez que a primeira tem como último ponto de referência o que é observável e pertence ao domínio da percepção; a segunda encontra o seu último ponto de referência no que é desejado, cobiçado, objeto de tendência ou inclinação, e pertence ao domínio da emoção ou do sentimento. Para marcar essa diferença, diz-se que a verdade de uma proposição científica pode ser *demonstrada*, ao passo que se pode apenas tentar *persuadir* os outros sobre a justiça de uma norma (daí a diferença, que atualmente vem surgindo, entre *lógica* ou teoria da demonstração e *retórica* ou teoria da persuasão).

## 20. As proposições prescritivas podem ser reduzidas a proposições descritivas?

Consideramos que a diferença entre os dois tipos de proposições examinadas na seção anterior seja irreduzível.

Trata-se de dois tipos de proposições com *status* diferente. Mas não queremos ignorar a mais séria tentativa que até agora se fez de redução<sup>2</sup>.

A tese reducionista é formulada do seguinte modo: uma prescrição, por exemplo, "Faça X" pode ser sempre reduzida a uma *proposição alternativa* deste tipo: "Ou você faz X, ou lhe acontece Y", em que Y indica uma consequência desagradável. A proposição alternativa, afirma-se, não é mais uma prescrição, mas uma descrição; é uma proposição que descreve o que irá acontecer, a ponto de se poder dizer se é ela verdadeira ou falsa: verdadeira se Y se verifica, falsa se Y não se verifica. É claro que essa redução repousa no pressuposto de que o comando implica sempre a ameaça de uma sanção, em outras palavras, que a força do comando, o que faz do comando um conjunto de palavras significantes cuja função é modificar o comportamento alheio, está nas consequências desagradáveis que o destinatário deve esperar da inexecução. Se digo ao aluno da primeira carteira "Feche a porta", essa minha proposição só é um comando se o aluno está convencido de que, se não o executar, eu posso prendê-lo ou, na pior das hipóteses, prejudicá-lo com uma nota ruim por mau comportamento. Em contrapartida, se o aluno estivesse convencido de que se deixasse de executar o comando não lhe aconteceria absolutamente nada, essas três palavras pronunciadas por mim, embora expressas na forma imperativa, não seriam mais do que um *flatus vocis*, ou uma mera expressão do meu estado de espírito. Não resta dúvida de que a tese é sugestiva; apesar disso, não creio que se possa aceitá-la, principalmente por três considerações:

1. a afirmação de que todo comando seja caracterizado pela sanção é difícil de ser confirmada com os fatos; talvez

2. Ver A. VISALBERGHI, *Esperienza e valutazione*, Turim, 1958, sobretudo o capítulo segundo: "La logica degli imperativi e delle norme", pp. 37-67, em que se retoma e se desenvolve a tese de H. G. BONHERT, "The Semiotic Status of Command", in: *Philosophy of Science*, XII, 1945, pp. 302-15.



possa ser verdade para os comandos jurídicos (como veremos a seguir), mas não se consegue ver como é possível sustentá-la para toda forma de comando. Hare, que não aceita a tese da redução, para dar um exemplo de comando sem maiores conseqüências, propõe o seguinte: "Diga a seu pai que telefonei." Sem dúvida, trata-se de uma prescrição, pois com essa frase o pronunciante visa fazer com que uma outra pessoa faça algo. Mas se essa pessoa não o executa, o que acontece? Se tentarmos elaborar essa proposição em forma alternativa, perceberemos que nos falta a segunda parte: "Ou você diz a seu pai que telefonei, ou..." Ou o quê? Mais genericamente parece que por trás da tese da redução existe a convicção de que a única razão pela qual se executa um comando é o temor da sanção e, portanto, a função do comando é cumprida somente por meio da ameaça. Mas trata-se manifestamente de uma falsa generalização. Não pretendo aqui me empenhar na discussão de saber se existem imperativos incondicionados ou categóricos, ou seja, imperativos que são executados apenas por serem imperativos, ainda que Kant baseie na existência de tais imperativos a autonomia da lei moral, que se distingue de todas as outras leis pelo fato de ser obedecida por si mesma (*o dever pelo dever*), e não pelas vantagens ou desvantagens que se possam obter dela (o dever por um objetivo externo). Mas, prescindindo totalmente da teoria kantiana da moral, e contentando-nos com observações no campo da experiência comum, verificamos que existem comandos executados unicamente pelo prestígio, pela ascendência ou pela autoridade das pessoas que comandam e, sendo assim, por meio de um comportamento que não é de temor, mas de estima ou de respeito à autoridade (é o que ocorre quando se obedece ao comando do chefe não porque ele seja capaz de infligir uma pena, mas porque é o chefe). Em todos esses casos não há alternativa e, portanto, a redução da proposição prescritiva à proposição alternativa é impossível.

2. De todo modo, esse primeiro argumento não é decisivo. Podemos também admitir que existe um verdadeiro co-

mando (e não apenas uma proposição que tem a forma gramatical do comando sem ter a sua função) somente onde a ausência da execução comporte conseqüências desagradáveis, e que, portanto, é possível admitir que uma prescrição sempre se resolva numa alternativa. Mas com isso deu-se uma resposta satisfatória ao problema de resolver a prescrição numa descrição? Creio que não. A segunda parte da alternativa, "... ou acontece Y", não se refere a um fato qualquer, mas a um fato *desagradável* para o destinatário do comando. Ora, "desagradável" não é um termo descritivo, mas de valor, ou seja, é um termo que indica não uma qualidade objetiva, observável, do fato, mas o comportamento assumido diante daquele fato que, nesse caso, é um comportamento de condenação ou de rejeição, ou seja, é um termo que tem um significado não-descritivo e não-resolúvel em termos descritivos, mas, em última análise, como todo termo de valor, tem um significado prescritivo. Com efeito, quando julgo que determinada coisa é desagradável, não digo nada sobre as qualidades da coisa; digo simplesmente que aquela coisa deve ser evitada, ou seja, formulo um convite ou uma recomendação para que seja evitada; em outras palavras, viso influenciar o comportamento alheio num certo sentido. Mas, então, se a segunda parte da alternativa é constituída de um termo de valor, a função prescritiva expulsa pela porta entra novamente pela janela, no sentido de que o estímulo que irá modificar o comportamento não será mais dado pelo comando considerado em si mesmo, mas pelo juízo de valor sobre a conseqüência que resultaria em caso de violação e, portanto, a função prescritiva é apenas mascarada, mas não eliminada, transferida do comando para a conseqüência do comando, mas não suprimida. Vamos imaginar que a segunda parte da alternativa contenha um termo não de valor, mas descritivo, por exemplo: "Ou você fecha a porta, ou choverá" (supondo-se que o fato de chover ou não chover seja indiferente ao interlocutor), e já resta claro que essa proposição não pode ser considerada como a resolução em termos alternativos de um comando. E isso justamente



porque falta na segunda parte um juízo de valor que desempenhe aquela função prescritiva que é própria do comando.

3. Por fim, existe um terceiro argumento que me parece decisivo. A consequência atribuída à inexecução de um comando não é o efeito naturalisticamente entendido da ação contrária à lei, mas é uma consequência atribuída a essa ação pela mesma pessoa que estabeleceu o comando. Como veremos melhor a seguir, nesse caso, para acompanhar a terminologia usada por Kelsen, dizemos que a consequência não está em relação de causalidade com o ilícito, mas em relação de imputação. O imperativo: "Feche a porta" não se reduz à alternativa: "Ou você fecha a porta ou vai pegar um resfriado", mas a esta outra alternativa: "Ou você fecha a porta, ou será punido." Ora, o que implica esse tipo de consequência? Implica que, em caso de violação, intervém um novo comando e, correlativamente, uma nova obrigação, vale dizer, o comando para quem deve executar a punição e a obrigação daquele que recebe esse comando de executá-lo. Não importa que a pessoa que deverá executar a punição seja a mesma que estabeleceu o comando. O que importa notar é que a consequência da transgressão coloca em ação um outro imperativo; por conseguinte, o imperativo excluído da primeira parte da alternativa acha-se, embora de modo implícito, na segunda. Um comando como: "Você não deve roubar" resolve-se na alternativa: "Ou você não rouba ou o juiz *deverá* puni-lo."

Essas considerações convidam-nos a concluir que a tentativa de resolução de um comando em proposição descritiva por meio do expediente da alternativa é uma solução aparente. A alternativa não é em si mesma a forma de uma proposição descritiva: é uma forma em que se pode exprimir tanto uma proposição descritiva quanto uma proposição prescritiva, conforme ela seja preenchida com termos descritivos ou com termos de valor (que têm função prescritiva) ou com outras prescrições.

## 21. As proposições prescritivas podem ser reduzidas a proposições expressivas?

Uma tentativa diferente de redução das proposições prescritivas, diferente, mas, a nosso ver, também não convincente, é a que consiste em afirmar que as proposições prescritivas são apenas uma formulação de preposições expressivas. Essa tese é formulada deste modo: dizer "Você deve fazer X" ou "Faça X" equivale a dizer: "Eu quero (ou eu gostaria, eu desejo etc.) que você faça X". O comando seria redutível, em última análise, à expressão de um estado de espírito e consistiria na comunicação de um estado de espírito a outros.

Essa redução também não nos parece convincente e, para demonstrar nossa perplexidade, aduzimos, também nesse caso, três argumentos:

1. não resta dúvida de que posso formular um comando na forma de uma expressão de desejo ou de vontade. Quando digo a meu filho, por exemplo: "Desejo (ou quero) que você faça a lição", minha intenção não é a de suscitar nele igual desejo, mas de fazer com que realize aquela determinada ação. Mas, como dissemos mais de uma vez, o que permite distinguir tipos diversos de proposições não é a forma como são expressas, mas a sua funcionalidade. Ora, no que diz respeito à funcionalidade, resta definitivamente insuperável a diferença entre o fazer com que outros participem de um estado de espírito e o fazer com que se realize uma determinada ação. Quanto muito, pode-se dizer que a evocação de um estado de espírito é preparatória à realização de uma ação ou, mais genericamente, à modificação de um comportamento. Mas é igualmente preparatória à ação, como já vimos, uma informação sobre as circunstâncias e sobre as consequências da ação que se pretende ver realizada.

2. Uma segunda consideração, e mais decisiva, é a seguinte: um comando caracteriza-se como tal em função do

resultado que ele obtém, independentemente do sentimento que evoca na pessoa do destinatário. Não é absolutamente indispensável que o destinatário execute o comando após ter participado do estado de espírito de quem o enunciou. Um comando caracteriza-se como tal, ainda que o destinatário o execute com um estado de espírito diverso daquele de quem o comanda. O estado de espírito do pai que comanda ao filho que estude é determinado pelo valor que ele atribui ao estudo para a formação de sua cultura ou para a obtenção de um título útil de estudo. O filho que executa o comando pode, por sua vez, estar determinado ao seu cumprimento unicamente pela sujeição em relação à autoridade paterna ou pelo temor de um castigo. Nesse caso, o comando exerce a sua função com igual valoração, independentemente da participação do sujeito ativo e do sujeito passivo. É o que se costuma ver no mundo do direito, em que a relação entre o legislador e os cidadãos não é necessariamente de participação com uma igual valoração da oportunidade ou da justiça da lei: o legislador, ao estabelecer uma lei, pode ter uma valoração diversa daquela com que o cidadão obedece à lei. Mas a lei é caracterizada como tal pelo fato de cumprir com a sua função de exercer uma influência no comportamento dos cidadãos. Para que a lei seja um comando, o que importa não é a transmissão de certas valorações e, portanto, de certos sentimentos que dão origem àquelas valorações, mas que seja executada, sejam quais forem as valorações que determinem a execução. Pode perfeitamente ocorrer de dois cidadãos cumprirem a mesma lei por razões diversas. Nesse caso, é claro que a lei exerceu sua função de prescrição mesmo sem ter desempenhado a função de proposição expressiva.

3. Pode-se, por fim, acrescentar a consideração de que uma lei perdura no tempo e, como dizem os juristas, no curso da sua existência separa-se da vontade do legislador e continua a ter a sua função de comando independentemente das valorações que lhe deram origem. As valorações

que lhe deram origem também podem ter se extinguido; todavia, a lei continua a ser uma lei e a determinar o comportamento dos cidadãos. Nesse caso, seria muito difícil dizer qual é a valoração que a lei exprime. Não exprime claramente nenhuma valoração. No entanto, enquanto for obedecida, será um comando.

## 22. Imperativos autônomos e heterônomos

Com as considerações anteriores, procuramos demonstrar a especificidade da categoria das proposições prescritivas em comparação com outras duas categorias, a das proposições descritivas e a das proposições expressivas. Agora temos de detalhar melhor suas características, distinguindo nelas tipos diversos de prescrições. A categoria das prescrições é muito ampla: compreende tanto as normas morais quanto as regras da gramática, tanto as normas jurídicas quanto as prescrições de um médico. Vamos ilustrar aqui três critérios fundamentais de distinção: 1) quanto à relação entre sujeito ativo e passivo da prescrição (seção 22); 2) quanto à forma (seção 23); 3) quanto à força obrigatória (seções 24 e 25). Não excluimos, porém, que existem outras. Esses três critérios de distinção interessam-nos por terem particular relevo no estudo das normas jurídicas.

No que diz respeito à relação entre sujeito ativo e passivo, os imperativos *autônomos* distinguem-se dos *heterônomos*. Chamam-se autônomos aqueles imperativos em que quem estabelece a norma e quem a executa são a mesma pessoa. Chamam-se heterônomos aqueles em que quem estabelece a norma e quem a executa são duas pessoas diferentes. Essa distinção é historicamente importante porque foi introduzida por Kant (na *Fondazione della Metafisica dei costumi*) para caracterizar os imperativos morais em relação a todos os outros imperativos. Para Kant, os imperativos morais, e apenas os imperativos morais, são autônomos. São autônomos porque a moral consiste naqueles comandos que o homem, como ser racional, dá a si mesmo, e não recebe de

nenhuma outra autoridade a não ser a própria razão. Quando o homem, em vez de obedecer à legislação da razão, obedece aos instintos, às paixões, aos interesses, segue imperativos que o desviam do aperfeiçoamento de si mesmo: nesses casos, seu comportamento consiste numa adesão a princípios externos a ele, e enquanto tal deixa de ser um comportamento moral. Segundo o próprio Kant: "A *autonomia* da vontade é a qualidade que tem a vontade *de ser lei para si mesma*"; e em antítese: "Quando a vontade busca a lei que deve determiná-la em outro lugar que não na atitude das suas máximas de instituir uma legislação universal própria, quando, por conseguinte, ultrapassando a si mesma, ela busca essa lei na qualidade de algum dos seus objetos, disso resulta sempre uma *heteronomia*. Sendo assim, a vontade não dá a si mesma a lei; mas a obtém do objeto, graças às suas relações com ela."<sup>3</sup>

A distinção entre imperativos autônomos e heterônomos é importante para o estudo do direito, pois constituiu um dos muitos critérios com que se pretendeu distinguir a moral do direito. Na esteira de Kant, afirmou-se que a moral se resolve sempre em imperativos autônomos e o direito em imperativos heterônomos, uma vez que o legislador moral é interno e o legislador jurídico é externo. Em outras palavras, essa distinção pretende sugerir que, quando nos comportamos moralmente, obedecemos apenas a nós mesmos; em contrapartida, quando agimos juridicamente, obedecemos a leis que nos são impostas por outros.

Não discutiremos aqui a distinção. Vamos nos limitar a levantar alguma dúvida de que se possa utilizá-la para distinguir a moral do direito, ou, seja como for, para identificar o direito com as normas heterônomas. Se prescindimos do modo como Kant elaborou o problema da moralidade, temos de concordar que existem sistemas morais fundados na heteronomia. Uma moral religiosa, por exemplo, que funda

3. As duas citações foram extraídas da tradução italiana da *Fondazione della Metafisica dei costumi*, ed. Paravia, p. 104.

os preceitos morais na vontade de um ser supremo, é uma moral heterônoma, sem por isso se confundir com um sistema jurídico. Os Dez Mandamentos e as prescrições a que podem dar origem fundam um sistema moral heterônomo, mas não geram, por si mesmos, um ordenamento jurídico. Da mesma forma, se consideramos um sistema moral oposto ao fundamentado na vontade divina, por exemplo, um sistema moral inspirado numa filosofia positivista, em que a moral é o conjunto das normas sociais decorrentes das relações de convivência entre os homens no curso da sua história, e formam aquilo que se chama de *ethos* de um povo, também nesse caso nos encontramos diante de uma moral heterônoma, que nem por isso se resolve imediatamente num sistema jurídico.

Por outro lado, isso não significa que não se possam encontrar imperativos autônomos também no campo do direito: nem o direito só por isso vem a se confundir com a moral. O conceito de autonomia é utilizado no sentido próprio de normas ou conjunto de normas em que legislador e executor se identificam, tanto no direito privado quanto no direito público. No direito privado, fala-se de esfera da *autonomia privada* para indicar aquela regulamentação de comportamentos que os cidadãos dão a si mesmos, independentemente do poder público. Não podemos entender um contrato como uma norma autônoma, no sentido de que é uma regra de conduta derivada da própria vontade das pessoas que a ela se submetem. Num contrato, aqueles que estabelecem a regra e aqueles que devem executá-la são as mesmas pessoas. Pode-se dizer o mesmo de um tratado internacional, que dá origem a regras de comportamento válidos apenas para os Estados que participaram da estipulação do tratado. No campo do direito público, o ideal a que o Estado moderno tende é o *Estado democrático*. E o que é o Estado democrático senão o Estado fundado no princípio da autonomia, ou seja, no princípio de que as leis, que devem ser cumpridas pelos cidadãos, devem ser feitas pelos próprios cidadãos? O teórico do Estado moderno democrático, Rousseau, define muito claramente o princípio inspirador da de-



mocracia em termos de autonomia, quando diz (com uma fórmula que inspirou o próprio Kant): "A liberdade consiste na obediência à lei que cada um prescreveu para si" (*Du Contrat Social*\*, cap. VIII). Hoje podemos ler num dos estudos mais difundidos de teoria do Estado, o de Kelsen, a distinção entre dois tipos de regimes contrapostos, o democrático e o autocrático, fundada na distinção entre autonomia, que é a característica do regime democrático, e heteronomia, como característica do regime aristocrático. É claro que um Estado com uma legislação perfeitamente autônoma é um ideal-limite, realizável somente onde a democracia indireta, tal como é praticada nos Estados modernos, fosse substituída pela democracia direta, ou seja, a democracia sem representação (que, de resto, era um ideal de Rousseau). Isso não impede que faça sentido falar de autonomia também em relação às normas jurídicas e que, portanto, a distinção entre normas autônomas e normas heterônomas, prescindindo da particular aceção acolhida por Kant, não possa ser utilizada para distinguir a moral do direito.

### 23. Imperativos categóricos e hipotéticos

Uma outra distinção que remonta a Kant, e que foi utilizada, também ela, como veremos a seguir, para a distinção entre moral e direito, é aquela entre imperativos categóricos e imperativos hipotéticos. Essa distinção reside na forma como o comando é expresso, ou seja, se ele é expresso com juízo categórico ou com um juízo hipotético.

Imperativos categóricos são aqueles que prescrevem uma ação boa em si mesma, ou seja, uma ação boa em sentido absoluto, que deve ser realizada *sem condições*, isto é, apenas com a finalidade da sua realização enquanto ação obrigatória. É um imperativo categórico o seguinte: "Você não deve mentir." Imperativos hipotéticos são aqueles que prescrevem

\* *O contrato social*, São Paulo, Martins Fontes, 4ª ed., 2006.

uma ação boa para alcançar um fim, ou seja, uma ação que não é boa em sentido absoluto, mas é boa apenas caso se queira, ou se deva, alcançar um certo fim e, portanto, é realizada *condicionadamente* para a obtenção do fim. É um imperativo hipotético o seguinte: "Se você quer se curar do resfriado, deve tomar aspirina." Os imperativos categóricos seriam próprios, segundo Kant, da legislação moral e, portanto, podem ser chamados de *normas éticas*. Quanto aos imperativos hipotéticos, eles se distinguem, por sua vez, conforme Kant, em duas subespécies, dependendo do fim a que a norma se refere ser, como diz Kant, um fim *possível* ou um fim *real*, isto é, dependendo de o fim ser tal que os homens possam persegui-lo ou não, ou então ser tal que os homens não possam deixar de persegui-lo. Exemplo do primeiro fim é o das regras que Kant chama de *habilidade*, como por exemplo: "Se você quer aprender latim, deve fazer exercícios de tradução do italiano para o latim"; exemplo do segundo fim é o das regras que Kant chama de *prudência*, como por exemplo: "Se você quer ser feliz, deve dominar as paixões." Esse segundo fim distingue-se do primeiro, pois, ao menos de acordo com Kant, a felicidade é um fim cuja obtenção não é deixada à livre escolha do indivíduo, como o de aprender latim, mas é um fim intrínseco à própria natureza do homem. A rigor, um imperativo desse tipo, mesmo sendo condicionado (ou seja, condicionado à obtenção do fim), não se exprime com uma proposição hipotética. A sua fórmula correta é: "Uma vez que você deve Y, deve X." Segundo a terminologia de Kant, que podemos adotar, os imperativos condicionados do primeiro tipo são *normas técnicas*, os do segundo tipo são *normas pragmáticas*. Concluindo, para Kant podem-se distinguir com base na forma três tipos de normas: as normas éticas, cuja fórmula é: "Você deve X"; as normas técnicas, cuja fórmula é: "Se você quer Y, deve X"; as normas pragmáticas, cuja fórmula é: "Uma vez que você deve Y, também deve X."

Se, no que diz respeito à distinção entre normas autônomas e heterônomas, nos perguntamos se ela tem alguma

utilidade para que se possa compreender melhor a normatividade jurídica, no que diz respeito à distinção entre imperativos categóricos e imperativos hipotéticos, o problema que se apresenta é se ela é fundada, ou seja, se os imperativos hipotéticos, sobretudo as normas técnicas, podem ser considerados verdadeiros imperativos. É algo de que se duvida. Observou-se que as normas técnicas derivam, muito freqüentemente, de uma proposição descritiva em que a relação entre uma causa e um efeito foi convertida numa relação de meio ou fim, sendo atribuído à causa o valor de meio e ao efeito o valor de fim. A norma técnica: "Se você quer que a água entre em ebulição, deve fervê-la a 100 graus", em que a ebulição é o fim e a fervura é o meio, deriva da proposição descritiva: "A água entra em ebulição a 100 graus", em que o calor de 100 graus é a causa e a ebulição é o efeito. O imperativo hipotético recordado anteriormente: "Se você quer se curar do resfriado, tome aspirina" deriva da proposição descritiva: "A aspirina cura o resfriado." Ora, se o imperativo tem a função de produzir na pessoa a que é destinado uma obrigação de se comportar de um determinado modo, não se vê qual obrigação derive de um imperativo hipotético dessa espécie: e, de fato, a escolha do fim é livre (portanto, não é obrigatória) e, uma vez escolhido o fim, não parece que se possa dizer que o comportamento dele decorrente seja obrigatório, pois é *necessário* no sentido de uma necessidade natural, e não jurídica nem moral. Se quero fazer a água entrar em ebulição, fervê-la a 100 graus não é a consequência de uma norma, e sim de uma lei natural, que não me obriga, mas me compele a me comportar daquele modo.

Efetivamente, se todos os imperativos hipotéticos fossem normas técnicas do tipo até agora descrito, é muito discutível que possam ser considerados imperativos, uma vez que o comportamento que eles contemplam, quando realizado, não é realizado por força de um comando, mas por força de uma necessidade natural. Mas nem todos os imperativos hipotéticos podem reconduzir-se ao tipo das normas técnicas até agora descrito. Como veremos, existem impera-

tivos hipotéticos no direito: ou melhor, segundo alguns, todos os imperativos jurídicos são hipotéticos. A norma que estabelece, por exemplo, que a doação deve ser feita por ato público pode ser formulada em forma hipotética do seguinte modo: "Se você quer fazer uma doação, deve realizar um ato público." A característica de um imperativo hipotético desse tipo é que a consequência ou o fim não é o efeito de uma causa em sentido naturalístico, mas uma consequência que é imputada a uma ação, considerada como meio, pelo ordenamento jurídico, ou seja, por uma norma. Nesse caso, a relação meio-fim não é a conversão em forma de regra de uma relação entre causa e efeito, mas de uma relação entre um fato qualificado pelo ordenamento como condição e um outro fato que o próprio ordenamento qualifica como consequência. Acontece que, nesse caso, uma vez escolhido o fim, que é livre – segundo o exemplo, doar alguma coisa a alguém –, a ação que efetua para alcançar o fim – segundo o exemplo, realizar um ato público – não é a adequação a uma lei natural, mas a uma regra de conduta, ou seja, a uma verdadeira prescrição, e pode-se falar propriamente de ação obrigatória. Sendo assim, enquanto se pode duvidar de que muitos dos chamados imperativos hipotéticos sejam verdadeiros imperativos, não se pode excluir que existem prescrições que assumem a forma de imperativos hipotéticos, vale dizer, de imperativos que não impõem uma ação como boa em si mesma, mas ao atribuir a uma certa ação uma certa consequência (favorável ou desfavorável), induzem a realizar essa ação não por si mesma, e sim porque ela se torna meio para alcançar um fim (quando a consequência atribuída é favorável) ou para evitar alcançá-lo (quando a consequência atribuída é desfavorável).

#### 24. Comandos e conselhos

O último critério de distinção que vamos aqui considerar no âmbito das proposições descritivas é aquele que diz

respeito à força vinculante. Até agora falamos de imperativos (ou comandos). Mas os imperativos (ou comandos) são aquelas prescrições que possuem maior força vinculante. Essa maior força vinculante se exprime dizendo que o comportamento previsto pelo imperativo é *obrigatório*, ou, em outras palavras, que o imperativo gera uma *obrigação* na pessoa a quem é destinado. Imperativo e obrigação são dois termos correlatos: onde há um, há o outro. Pode-se exprimir o imperativo em termos de obrigatoriedade da ação-objeto, assim como se pode exprimir a obrigatoriedade em termos do comando-sujeito. Mas nem todas as prescrições, ou melhor dizendo, nem todas as proposições com que procuramos determinar o comportamento alheio dão lugar às obrigações. Existem modos mais brandos ou menos vinculantes de influir no comportamento alheio. Vamos examinar aqui dois tipos de prescrições que têm particular relevo no mundo do direito: os *conselhos* e os *pedidos*.

Embora nas atuais teorias gerais do direito o problema da distinção entre comandos e conselhos tenha sido em geral negligenciado (encontra-se, todavia, uma menção a ele na *Juristische Grundlehre*, de F. Somlo, pp. 179 ss.), a disputa é antiga: os teólogos conhecem a diferença entre os conselhos evangélicos, que são aquelas máximas de Cristo cujo conteúdo não é obrigatório, mas é pura e simplesmente recomendado como meio para se atingir uma perfeição espiritual mais elevada, e os preceitos ou mandamentos, cujo conteúdo, ao contrário, é obrigatório. Na esteira dessa distinção, não há sequer um único tratadista antigo de direito natural que não tenha tocado na questão e não tenha discutido a validade e os critérios da distinção: numa extensa nota a Grócio, que admitira a distinção, o tradutor e comentarista Jean Barbeyrac afirma que a distinção não é sustentável e, portanto, não se pode falar de conselhos morais, pois onde se encontram aquelas máximas chamadas conselhos, como, por exemplo, a máxima de não se casar pela segunda vez ou de ficar solteiro, tal máxima ou indica uma ação indiferente (e então não é nem comando nem conselho) ou

indica uma ação obrigatória em certas circunstâncias e para certas pessoas (e então é um comando). Além disso, Barbeyrac sustenta que a distinção é prejudicial, pois pode desviar os homens da virtude (ver *De iure belli ac pacis*, trad. Barbeyrac, I, 2, 9, n. 19).

Observe-se que a distinção entre comandos e conselhos também pode servir para distinguir o direito da moral, assim como serviram as distinções entre normas autônomas e heterônomas, e entre normas categóricas e hipotéticas. Deveríamos dizer, então, que só o direito obriga: a moral limita-se a aconselhar, a dar recomendações que deixam o indivíduo livre (ou seja, apenas responsável) para segui-las ou não. Sem dúvida, o autor a quem melhor do que qualquer outro se pode atribuir uma distinção desse tipo, Thomas Hobbes, no seu *Leviatã* dedica um capítulo inteiro (o vigésimo quinto) aos conselhos e às suas distinções dos comandos (na edição italiana da editora Laterza, vol. I, pp. 202-9 [ed. bras. pp. 217-25]). Os argumentos que Hobbes aduz para distinguir o comando do conselho são substancialmente cinco: 1) quanto ao sujeito ativo: aquele que comanda é dotado de uma autoridade que lhe dá o *direito* de comandar; aquele que aconselha não pode pretender o *direito* (diríamos mais exatamente o *poder*) de fazê-lo; 2) quanto ao conteúdo: os comandos se impõem pela vontade que os emite (ou seja, derivam sua força vinculante do fato de serem expressões de uma vontade superior); os conselhos conseguem determinar a ação alheia em razão do seu conteúdo (ou seja, segundo o seu maior ou menor *bom senso*); o que significa que o comando caracteriza-se pelo princípio *stat pro ratione voluntas*, e o conselho pelo princípio oposto (os comandos, por serem confiados ao prestígio de uma vontade superior, podem destinar-se a qualquer pessoa, os conselhos apenas às pessoas de bom senso); 3) quanto à pessoa do destinatário: no comando o destinatário é *obrigado* a segui-lo, no conselho não é obrigado, ou seja, é livre para segui-lo ou não; em outras palavras, diz-se que o comportamento previsto pelo comando é obrigatório, aquele previsto pelo



conselho é *facultativo*; 4) quanto ao fim: o comando é dado no interesse de quem comanda; o conselho é dado no interesse do *aconselhado*; 5) quanto às conseqüências: se da execução de um comando deriva um mal, a responsabilidade é daquele que comanda, se o mesmo mal deriva de se ter seguido um conselho, a responsabilidade não é do conselheiro, mas apenas do *aconselhado*; essa distinção serve como contrapeso, por assim dizer, à anterior, pois se é verdade que aquele que comanda satisfaz, por meio do comando, o próprio interesse, disso resulta que não pode atribuir a outro a responsabilidade pela própria ruína, na medida em que por uma certa gratuidade, que é própria do conselho, deriva a impossibilidade por parte do *aconselhado* de atribuir a responsabilidade do próprio insucesso ao conselheiro.

Não consideramos que todas essas características diferenciais, enumeradas por Hobbes, sejam relevantes. Sobre tudo não acreditamos que seja relevante a primeira, referente ao sujeito ativo: no campo do direito, por exemplo, mesmo para dar conselhos (o chamado "poder consultivo"), é preciso ter autoridade (ou seja, o direito, ou melhor, o poder) para fazê-lo; trata-se de duas autoridades de tipos diferentes, e até de pesos diferentes, mas não se pode desconsiderar que mesmo o poder de aconselhar deve ser investido de uma autoridade particular. O quarto argumento, aquele relativo ao fim, também não me parece aceitável: se é verdade que o conselho é dado no interesse do *aconselhado*, não significa que o comando seja dado apenas no interesse de quem comanda. Seria realmente ingênuo acreditar que as leis sejam emanadas apenas no interesse público, mas seria demasiado malicioso acreditar que sejam emanadas apenas no interesse daquele que detém o poder supremo. Os outros três argumentos são melhores: no tocante ao conteúdo, é fato que uma lei muitas vezes é obedecida apenas por ser uma lei, independentemente de qualquer consideração sobre o seu conteúdo (antes, com a convicção de que comanda coisas insensatas), ao passo que, ao se executar um conselho, uma vez que a execução é livre, não conta tanto a autoridade

do conselheiro (no caso do conselheiro, de resto, mais do que de autoridade fala-se de "respeitabilidade"), quanto o fato de se estar convencido de que aquilo que foi *aconselhado* é sensato, ou seja, é conforme aos objetivos que nos propomos alcançar. Quanto ao comportamento da pessoa do destinatário, nesse caso intervém a diferença sem dúvida mais importante e que seria suficiente para distinguir o comando do conselho (embora não seja suficiente também para distinguir o conselho do pedido): enquanto sou obrigado a seguir um comando, tenho a faculdade de seguir ou não um conselho. O que significa que, caso eu não execute o comando, aquele que o estabeleceu não fica indiferente às conseqüências dele decorrentes; caso eu não siga um conselho, o conselheiro fica indiferente às conseqüências ("se não quiser fazer o que lhe digo, pior para você": quem fala desse modo não é uma pessoa investida do poder de comandar, mas um conselheiro). Por fim, quanto às conseqüências, o quinto argumento também pode ser aceito, embora com alguma cautela: é verdade que o comando pretende mais do indivíduo a que se destina, mas o compensa eximindo-o da responsabilidade do ato realizado (em todo ordenamento jurídico existe um artigo como o 51 do código penal italiano, que exclui a punibilidade de uma ação realizada no cumprimento do próprio dever ou por ordem de uma autoridade superior\*), ao passo que ninguém poderia se furtar às conseqüências da própria ação alegando como pretexto o fato de ter seguido um conselho. Nenhuma autoridade que impõe ordens, portanto, comportamentos obrigatórios, poderia dizer o que em geral um conselheiro prelude a quem o procura para obter uma luz: "Essa é a minha opinião, mas não assumo nenhuma responsabilidade por aquilo que lhe possa acontecer."

\* O Código Penal brasileiro, em seu art. 23, enumera as causas da exclusão de ilicitude: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito. [N. da T.]

## 25. Os conselhos no direito

Embora a teoria do direito não se tenha dedicado muito ao problema da distinção entre comandos e conselhos, a distinção tem notável importância em todo ordenamento jurídico. Nem todas as prescrições com que nos deparamos quando estudamos um ordenamento jurídico no seu todo são comandos. Basta pensar que, em todo ordenamento jurídico, ao lado dos órgãos deliberativos, existem os *órgãos consultivos*, cuja tarefa precisamente não é dar ordens, mas conselhos. A respeito dos órgãos consultivos, diz-se que "não exercem funções de *vontade*, mas apenas de apreciação técnica: eles são colocados ao lado dos órgãos ativos para iluminá-los com seus pareceres e com seus conselhos" (Zanobini). Basta pensar, ainda, que na teoria dos atos jurídicos distinguem-se os atos de vontade dos atos de representação e de sentimento, e que enquanto uma ordem é classificada entre os atos de vontade, um conselho ou um parecer é classificado entre os atos de representação, pois ele não é uma declaração de vontade, mas "o seu objetivo é sempre e somente o de aconselhar: é a lei que posteriormente se encarrega de regular de modo não-diverso do aconselhado" (Romano). Ora, o que caracteriza os atos dos órgãos consultivos ou pareceres, em relação aos comandos ou às ordens, é exatamente aquilo que esclarecemos na seção anterior, vale dizer, o fato de que eles têm, sim, a função de guiar ou dirigir o comportamento alheio, mas a sua orientação não é tão eficaz quanto a dos comandos, e essa menor eficácia revela-se no fato de que a pessoa ou as pessoas a quem se destinam não são obrigadas a segui-los, o que na linguagem jurídica se exprime dizendo que os pareceres não são vinculantes (quando se diz que um parecer é obrigatório, não significa que somos obrigados a segui-lo, mas que somos obrigados a nos referir a ele, ficando livres depois para segui-lo ou não). Isso não significa que todos os atos que no direito são chamados de "pareceres" sejam conselhos no sentido por nós esclarecido: também se chamam

pareceres aqueles relatórios sobre determinadas medidas a serem tomadas cujo objetivo não é de forma alguma guiar o comportamento alheio, mas apenas iluminar aquele que deverá tomar uma deliberação, ou seja, como se costuma dizer, fornecer os elementos de conhecimento suficientes para que aquele que deve deliberar o faça com consciência. Nesse caso, o parecer não tem função diretiva, mas apenas informativa. Desempenha aquela função de preparar o caminho para o comando de que falamos na seção 18.

Tendo em vista que o conselho é uma prescrição com menor força vinculante do que o comando, resulta que os órgãos consultivos são órgãos que, num ordenamento jurídico, são titulares de uma autoridade menor ou secundária em relação aos órgãos com função imperativa. Historicamente, observou-se que um determinado órgão se desenvolve e adquire maior peso num ordenamento transformando-o de órgão consultivo em órgão legislativo (as leis são a forma mais perfeita dos comandos do Estado), como aconteceu aos parlamentos, que no regime de monarquia absoluta tinham funções meramente consultivas, e no regime de monarquia constitucional tornaram-se órgãos que participam da função legislativa. Em contrapartida, um órgão decai e é considerado desautorizado quando, perdida a função imperativa, conserva apenas a consultiva, como ocorreu com a Segunda Câmara do Parlamento francês (o antigo Senado) que, segundo a Constituição de 1946, tem funções meramente consultivas (e de fato não se chama mais Senado, mas Conselho da República). Que a função consultiva seja o caráter de órgãos com menor prestígio em relação aos dotados de função imperativa, é claramente demonstrado por aquilo que acontece no ordenamento internacional, em que os organismos internacionais não têm, em relação aos Estados (que conservam a sua soberania), o poder de determiná-los obrigatoriamente, ou seja, de dar-lhes comandos, mas simplesmente o de endereçar-lhes as suas *recomendações*. O que na terminologia do direito internacional é a recomendação, na terminologia jurídica tradicional e na linguagem comum é o conselho, vale dizer, uma proposição cuja força de influir

no comportamento alheio não alcança a eficácia máxima que é a da obrigatoriedade.

Do conselho e da recomendação, que pertencem à mesma *species*, distingue-se a *exortação*. É curioso que Hobbes, após ter indicado as características do conselho da maneira como apresentamos, passa a falar da exortação, definindo-a como um *conselho distorcido*, pelo fato de ser expressa no interesse do exortador (enquanto o conselho é voltado ao interesse do aconselhado) e destinar-se a uma multidão passiva (enquanto o conselho pressupõe que a pessoa do aconselhado seja um indivíduo sensato). Hobbes chama com muita propriedade de "exortação" o mau conselho, o conselho quando é dado, como ele também diz, por conselheiros corruptos, mas não cremos que essa seja uma definição conveniente. O que geralmente se chama de "exortação" não se distingue do conselho com base num juízo de valor: seria a exortação do pai para que o filho estude um conselho desviado da sua função principal? O critério de distinção é, a meu ver, outro: no conselho tende-se a modificar o comportamento alheio, expondo-se fatos ou razões (poder-se-ia dizer que o conselho é uma combinação de elementos prescritivos e descritivos), ao passo que, com a exortação, tende-se a obter o mesmo efeito suscitando sentimentos (poder-se-ia dizer que a exortação é uma combinação de elementos prescritivos e emotivos). Com palavras da linguagem comum, pode-se dizer que o conselho fala ao intelecto, daí a frieza rígida e compassada do conselheiro (representado por um sábio), a exortação fala ao coração, donde o calor do tribuno, do retor, da pessoa devotada etc. (O médico aconselha a criança a tomar um certo remédio, a mãe a exorta a fazê-lo.) Ao contrário dos conselhos, as exortações não parecem ter importância direta num ordenamento jurídico.

## 26. Comandos e pedidos

Existe um outro tipo de proposição que, embora pertencendo à categoria das prescrições, se distingue dos co-