

---

**ALF ROSS**

*PH.D. (Uppsala), JUR.D. (Copenhague), JUR.D. (Oslo)  
Professor de Direito na Universidade de Copenhague*

---

# Direito e Justiça


---

**2ª EDIÇÃO**

Tradução e notas de Edson Bini

Prefácio do Prof. Alaôr Caffé Alves  
Professor Associado da Faculdade de Direito da USP

Revisão Técnica do Prof. Alysson Leandro Mascaro  
da Faculdade de Direito da USP

**edipr**

"O livro é a porta que se abre para a realização do homem."

*John De Witt*

outro, se devem os meus contatos com a Universidade de Buenos Aires, e ao Prof. Dr. Genaro R. Carrío, que se encarregou da tradução deste livro. Minha falta de domínio do idioma espanhol me impede de opinar a respeito da qualidade da tradução, mas, a despeito disto, minha correspondência com Dr. Carrío, versando sobre diversos aspectos linguísticos associados à tradução, convenceu-me de que não poderia ter encontrado ninguém melhor capacitado para realizar essa delicada tarefa, que tanta perícia requer, do que ele. Agradeço cordialmente a ambos pela amabilidade e compreensão.

Copenhague, novembro de 1962

Alf Ross

## Capítulo I

### Problemas da Filosofia do Direito

#### § 1. TERMINOLOGIA E TRADIÇÃO

Nos países de língua inglesa, *jurisprudence* é um ramo do conhecimento jurídico que se distingue de outros ramos por seus problemas, objetivos, propósitos e métodos. Esse termo (*jurisprudence*) é empregado vagamente para designar vários estudos gerais do direito distintos da matéria principal de ensino das faculdades de direito, nas quais são ministrados estudos doutrinários ordinários que visam a apresentar as regras jurídicas vigentes numa certa sociedade numa época determinada.

Esses vários estudos gerais designados como *jurisprudence* não detêm em comum elementos suficientes para que se possa organizá-los como pequenas ramificações do mesmo grande ramo do saber - abordam assuntos muito diferentes e refletem perspectivas filosóficas largamente distintas.

O termo *jurisprudence* não é em geral usado na Europa continental, sendo substituído por expressões como *philosophy of law* (filosofia do direito), *general science of law* (ciência geral do direito), *legal encyclopaedia* (enciclopédia jurídica) e *general theory of law* (teoria geral do direito).

No âmbito dos estudos heterogêneos reunidos sob a designação *jurisprudence* pode-se discernir três áreas de investigação, e correspondentemente três escolas de investigação, a saber:

### 1.1. O Problema do Conceito ou Natureza do Direito

Esta área inclui outros conceitos fundamentais considerados compreendidos essencialmente no conceito do direito, como por exemplo, a fonte do direito, a matéria do direito, o dever legal, a norma jurídica, a sanção legal; é possível que sejam incluídos também conceitos não necessariamente "essenciais" como propriedade, direitos *in personam* e *direitos in rem*, pena, intenção, culpa, etc.

A escola de "filosofia do direito" (expressão que usaremos por ora para designar genericamente os trabalhos que discutimos) que concerne majoritariamente a esse grupo de problemas é conhecida como analítica, visto que procura analisar e definir conceitos tais como os mencionados acima. A escola analítica foi fundada pelo inglês John Austin, que proferiu uma série de conferências no *University College, Londres*, entre 1828 e 1832. Posteriormente foram publicadas com o título *The Province of Jurisprudence Determined*.<sup>1</sup>

Austin não foi muito famoso durante sua vida. Devido a razões de ordem financeira foi forçado a abandonar sua atividade como conferencista e por ocasião de sua morte era quase desconhecido. Logo depois as coisas mudaram incisivamente. Entre 1861 e 1863 sua viúva publicou uma edição nova e completa das conferências, a qual foi mais tarde objeto de sucessivas reimpressões. O método analítico de Austin deixou sua marca num número tão grande de estudiosos ingleses e norteamericanos até a atualidade, por exemplo, W. Markby,<sup>2</sup> S. Amos,<sup>3</sup> I. E. Holland,<sup>4</sup> E. C. Clark,<sup>5</sup> E. E. Hearn,<sup>6</sup> J. Salmond,<sup>7</sup> J. C. Gray<sup>8</sup> e G. W. Paton<sup>9</sup> que se pode falar de uma *Escola Analítica*.

1. Para um estudo de Austin, sua doutrina e influência, ver Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, cap. IV incluindo Apêndice A, em particular pp. 83-87.

2. *Elements of Law* (1871).

3. *Science of Jurisprudence* (1872).

4. *Jurisprudence* (1880).

5. *Practical Jurisprudence* (1883).

6. *Theory of Legal Duties and Rights* (1883).

7. *Jurisprudence* (1902).

8. *Nature and Sources of Law* (1909).

9. *Jurisprudence* (1946).

Somente no século XX que Austin exerceu influência sobre estudiosos do direito da Europa continental, de modo destacado o húngaro Felix Somló<sup>10</sup> e o suíço Ernest Roguin.<sup>11</sup>

A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen,<sup>12</sup> a mais importante contribuição à filosofia do direito do século, pertence também à escola analítica. Historicamente, entretanto, não há conexão alguma entre a Teoria Pura do Direito e a escola de Austin.

Tomada como um todo a escola analítica leva o selo de um formalismo metódico. O direito é considerado um sistema de normas positivas, isto é, efetivamente vigorantes. A "ciência do direito" busca apenas estabelecer a existência dessas normas no direito efetivo independentemente de valores éticos e considerações políticas. Tampouco formula a escola analítica qualquer questão relativa às circunstâncias sociais penetradas pelo direito - os fatores sociais que determinam a criação do direito e seu desenvolvimento, e os efeitos sociais que se produzem ou se pretende produzir mediante normas jurídicas. Este formalismo encontrou destacada expressão nas obras de Kelsen. A "pureza" que ele exige da ciência do direito tem objetivo duplo: por um lado livrar a ciência do direito de qualquer ideologia moral ou política, de outro livrá-la de todo vestígio de sociologia, isto é, considerações referentes ao curso efetivo dos eventos. De acordo com Kelsen, a ciência do direito não é nem filosofia moral nem teoria social, mas sim teoria dogmática específica em termos normativos.

### 1.2. O Problema do Propósito ou Idéia do Direito

Esta área de investigação diz respeito ao princípio racional que concede ao direito sua "validade" ou "força obrigatória" e que constitui o critério para a "retidão" de uma norma jurídica. Geralmente se considera que a justiça é a idéia do direito, de onde surgem questões fundamentais acerca do teor e argumento do princípio de justiça; acerca da relação entre a justiça e o direito positivo; acerca do papel desempenhado pelo princípio de justiça na legislação, na administração do direito e assemelhados.

10. *Juristische Grundlehre* (1917).

11. *La Science Juridique Pure* (1925).

12. A última exposição completa de Kelsen é sua *Teoria Geral do Direito e do Estado* (1946). Pode-se encontrar uma versão concisa e de fácil leitura dos princípios fundamentais do sistema kelseniano na sua *Teoria Pura do Direito* (1953).

O ramo da filosofia do direito que considera mormente problemas dessa espécie é conhecido como jusfilosofia axiológica ou filosofia do direito natural. Modernamente a expressão *filosofia do direito* é com frequência reservada exclusivamente a esse ramo particular.

Essa escola de pensamento, que está estreitamente ligada à abor-dagem religiosa ou metafísico-filosófica, possui uma longa história. A filosofia do direito natural se estende da época dos primeiros filósofos gregos até os nossos dias. Esta filosofia atingiu seu apogeu clássico com os grandes sistemas racionalistas dos séculos XVII e XVIII. Após a reação histórica e positivista do século XIX, a filosofia do direito natural voltou a conquistar espaço no século XX. Fala-se num renascimento do direito natural. Seu fundamento filosófico repousa primeira e principalmente na escolástica católica que é perpetuada no direito natural do tomismo, e em vários desenvolvimentos dos sistemas de Kant e Hegel que encontraram adeptos particularmente na Alemanha e na Itália. As teorias do direito natural também encontraram fundamento em outras escolas filosóficas, a saber, no utilitarismo, filosofia da solidariedade, intuicionismo de Bergson, fenomenologismo de Husserl e outras mais. A história do direito natural é tratada no capítulo X.

### 1.3 O Problema da Interação do Direito e a Sociedade

Esta área de investigação inclui questões relativas à origem histórica e o desenvolvimento do direito; aos fatores sociais que em nossos dias determinam o teor variável do direito; à sua dependência da economia e da consciência jurídica popular e sua influência sobre estas; aos efeitos sociais de certas regras ou instituições jurídicas; ao poder do legislador em dirigir o desenvolvimento social; à relação entre o direito "vivo" (isto é, o direito tal como se desenvolve realmente na vida da comunidade) e o direito teórico ou dos livros; e às forças que de fato motivam a aplicação do direito em contraposição aos fundamentos racionalizados presentes nas decisões judiciais.

Esta escola de filosofia do direito é conhecida como histórico-sociológica. Pode-se subdividi-la em dois ramos, um predominantemente histórico e o outro predominantemente sociológico e psicológico. Semelhantemente à escola analítica, é de data relativamente recente. Sucedendo a alguns precursores do século XVIII (Vico, Montesquieu), a abordagem histórica do direito surgiu com a escola romântica alemã (Savigny e Puchta) tratadas na seqüência nos parágrafos 56 e 81.

Na Inglaterra H. Maine<sup>13</sup> fundou uma escola de filosofia do direito histórica que se dedicou ao estudo da correlação entre lei e sociedade na antiguidade. Foi sucedido por J. Bryce,<sup>14</sup> D. Vinogradoff,<sup>15</sup> C. K. Allen<sup>16</sup> e outros. O enfoque sociológico representado por estudiosos como Émile Durkheim,<sup>17</sup> Léon Duguit,<sup>18</sup> Roscoe Pound,<sup>19</sup> N. S. Timasheff,<sup>20</sup> e Karl Lewellyn,<sup>21</sup> tem predominado na França e nos Estados Unidos. Interpretações psicológicas estão presentes nas obras de Jerome Frank,<sup>22</sup> Edward Robinson,<sup>23</sup> e outros.

Há uma grande quantidade de estudos especiais de sociologia do direito de considerável interesse, particularmente no campo da criminologia. Relatórios realizados por comissões e estudos práticos semelhantes constituem amíúde valiosas contribuições para a melhor compreensão dos fatos da vida jurídica e suas correlações. Trabalhos de caráter geral que respondem pelo nome de sociologia do direito<sup>24</sup> por vezes tendem a não ir além do enunciar de programas gerais ou a se revelarem eles mesmos filosofias do direito natural disfarçadas. Esta última tendência resulta do fato da sociologia ser em sua origem uma filosofia política disfarçada (parágrafo 56). Georges Gurwitsch<sup>25</sup> constitui um exemplo típico; sua sociologia do direito tem pouco a ver com a ciência empírica, detendo mais a natureza de uma interpretação metafísico-espiritualista dos conceitos do direito e justiça radicados no intuicionismo de Bergson e na fenomenologia de Husserl.

<sup>13</sup> *Ancient Law* (1861) e *Early History of Institutions* (1875).

<sup>14</sup> *Studies in History and Jurisprudence* (1901).

<sup>15</sup> *Historical Jurisprudence* (1923).

<sup>16</sup> *Law in the Making* (1927).

<sup>17</sup> *La Division du Travail Social* (1893).

<sup>18</sup> *Les Transformations Générales du Droit Privé* (1912); *Les Transformations du Droit Public* (1913).

<sup>19</sup> Para uma síntese das doutrinas de Pound a respeito das linhas sociais de desenvolvimento no moderno direito inglês e norte-americano (com referências bibliográficas completas), ver sua obra *Outlines of Lectures on Jurisprudence* (5ª ed., 1943), 43-49. Ver também Pound, *Social Control through Law* (1942), *Interpretations of Legal History* (1923), "Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence", *Harv. L. Rev.* 24 (1911), 591.

<sup>20</sup> *Introduction to the Sociology of Law* (1939).

<sup>21</sup> K. M. Lewellyn e E. A. Hoebel, *The Cheyenne Way* (1942).

<sup>22</sup> *Law and the Modern Mind* (1930).

<sup>23</sup> *Law and the Lawyers* (1935).

<sup>24</sup> Para os mais conhecidos é *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, de E. Ehtlich (1913). Adicionalmente pode-se mencionar os seguintes: *Introduction to the Sociology of Law*, de N. S. Timasheff (1939), *Rechtssociologie*, de B. Hertzka (1934), *Sociology of the Law*, de G. Gurwitsch (1942) e *Theory of Legal Science*, de H. Cairns (1941).

<sup>25</sup> Ver a nota anterior e meu exame crítico de Gurwitsch em *Towards a Realistic Jurisprudence* (1946), cap. II, 8.

Este sumário dos temas e tendências da literatura existente sobre filosofia do direito (*Jurisprudenz*) nos conduz à questão de como deve ser definido racionalmente esse ramo do estudo do direito. Parece que essa questão só pode ser respondida com base num exame geral das diversas abordagens através das quais um estudo dos fenômenos jurídicos poderia ser tentado, selecionando-se um entre eles que possa, em nossa opinião, ser racionalmente descrito como jusfilosófico.

A esta altura, entretanto, assoma uma dificuldade. Por um lado não é possível formar uma opinião bem fundada das várias ramificações do estudo da lei em sua totalidade enquanto não se tenha decidido qual é a natureza dos fenômenos jurídicos; por outro lado, o problema do conceito ou natureza do direito é, indubitavelmente, um dos principais problemas da filosofia do direito. Não há desacordo neste ponto. Tanto aqueles que centram sua atenção principalmente na validade ideal do direito quanto aqueles que se preocupam com a existência do direito na comunidade têm que necessariamente basear suas teorias num conceito sobre a natureza geral do direito. Pareceria, por conseguinte, que não é possível indicar o objeto prioritário da filosofia do direito enquanto não for descoberta uma solução para um de seus principais problemas.

Essa dificuldade pode ser superada pela apresentação a princípio de tão-somente uma tentativa de orientação sobre a natureza dos fenômenos jurídicos; num capítulo posterior apresentar-se-á uma investigação mais completa.

## **S 2. A NATUREZA DO DIREITO**

A questão da "natureza" do direito constitui um dos principais problemas permanentes de qualquer filosofia do direito. Chega a ser estranho que ninguém, é o que parece, jamais tenha considerado digna razão e sua importância. E, todavia, quando nos pomos a pensar nisso, a questão se mostra um tanto peculiar. Quem pensaria em destinar o problema da "natureza" de fenômenos psíquicos a um tratamento independente numa outra ciência que fosse distinta da psicologia? Ou o problema da "natureza" da natureza a qualquer ciência que não fosse as ciências naturais? O que mais poderia ser dito a respeito da "natureza" dos fenômenos psíquicos além do que emerge das descrições e

explicações fornecidas sobre eles pela psicologia? Ou acerca dos fenômenos da natureza além daquilo que emerge das diversas ciências naturais?

Por que é a posição tão diferente com respeito ao direito? Por que é o problema da natureza do direito um problema que se encontra fora do âmbito da ciência jurídica, estritamente falando? O que há para ser dito sobre a "natureza" dos fenômenos jurídicos além do que emerge do estudo doutrinário do direito (ciência do direito), que tem esses próprios fenômenos como seu objeto? Para responder estas perguntas será conveniente realizar uma breve digressão linguística.

Entendo por *expressão linguística* uma organização consciente da linguagem na utilização real, oral ou escrita.

Distinto da expressão mesma como um fenômeno linguístico é o seu significado. É imperioso que se faça essa distinção visto que expressões diferentes podem ter o mesmo significado, bem como uma mesma expressão pode, de acordo com as circunstâncias, deter significados variados.

O significado pode ser de dois tipos, a saber, *expressivo* ou *sintomático* e *representativo* ou *semântico*.

Toda expressão linguística possui um significado expressivo, que é a manifestação ou sintoma de algo. Isto quer dizer que como um elo num todo psicofísico, a expressão se refere àquela experiência que lhe deu origem. Não importa o que eu diga, minha expressão tem que ter sido causada por circunstâncias emotivo-volitivas que me implicaram a me expressar, um impulso para comunicar idéias aos outros ou uma emoção que espontaneamente requer expressão.

Certas expressões linguísticas possuem, adicionalmente, um significado representativo, quer dizer, a expressão *indica*, *simboliza* ou *representa* um estado de coisas. Não se trata de uma relação causal, mas lógica. Se digo, por exemplo, "meu pai está morto", esta expressão indica um certo estado de coisas.

Na seqüência destas considerações preliminares, é possível agora estabelecer as seguintes distinções e concepções:

a) *Expressões que têm tanto significado expressivo quanto representativo, como, por exemplo, "meu pai está morto".* Seu significado

expressivo será normalmente um impulso para comunicar o fato a uma outra pessoa. Em outras palavras: formular a expressão é normalmente a manifestação desse impulso. Dá-se o nome de *asserção* a coisas é esse, a saber, que meu pai está morto. Essa asserção pode ser considerada abstraida da expressão e do contexto da experiência associados a ela. Sua verdade ou falsidade pode ser verificada.

b) *Expressões que têm apenas significado expressivo.* Se, por exemplo, grito "Ai!" porque me queimei ou digo a alguém "Feche a porta!", essas expressões não asseveram que dói, ou que me acho num estado em que desejo que a pessoa feche a porta. Essas expressões nada simbolizam, não têm significado representativo, mas são portadores diretos de uma "carga" emocional ou intencional. Expressam uma experiência, porém nada representam. Seu significado expressivo não pode ser separado da experiência.

Às vezes, como, por exemplo, quando grito "Ai!", a expressão não é feita intencionalmente e não visa a influenciar os outros, mas tem o caráter de um reflexo automático. Essas expressões são chamadas de *exclamações*. Por outro lado, quando digo a alguém "Feche a porta!", a expressão é produzida com a intenção (que ela expressa) de influenciar diretamente a outra pessoa de um modo definido - induzi-la a fechar a porta. O traço característico dela é ser pressão encerrada no próprio expressar, e não transmitida pela comunicação de uma asserção. Está claro que é também possível estimular impulsos para a ação mediante esse último método, por exemplo, dizendo a uma pessoa que sua casa está em fogo. Não há um termo geral para as expressões emotivo-volitivas portadoras de intenção. A esta categoria pertencem fenômenos tão heterogêneos como ordenar, dirigir, sugerir, desejar, exortar, rogar, solicitar. Visto que é mais prático trabalhar com um termo geral, proponho para essa finalidade o termo "diretiva".

Em conformidade com isso, é possível distinguir entre três tipos de expressões linguísticas:<sup>26</sup>

1. *Expressões de asserção* (ou sumariamente asserções, com o que esta palavra, entretanto, se torna ambígua, já que significa tanto a expressar quanto o seu significado representativo), isto é, expressões com significado representativo;

2. *Exclamações*, isto é, expressões sem significado representativo e sem intenção de exercer influência; e

3. *Diretivas*, isto é, expressões sem significado representativo mas com intenção de exercer influência.

Numa certa medida, essas categorias correspondem à classificação gramatical: orações indicativas, interjeições e orações imperativas. Deve-se notar, contudo, que uma expressão linguística que aparece como uma oração no indicativo pode, muito bem, ser uma diretiva e não uma asserção. A oração "Você levará esta carta ao posto do correio amanhã," poderia ser uma asserção, uma predição do que vai acontecer. Poderia, entretanto, a despeito de sua forma gramaticalmente indicativa, também ser entendida como uma diretiva (ordem).

Agora, considerando tais antecedentes, formulamos a pergunta: à qual dessas categorias pertencem as orações encontradas nas regras jurídicas? Parece óbvio que devam ser diretivas,<sup>27</sup> e não exclamações nem asserções. As leis não são promulgadas a fim de comunicar verdades teóricas, mas sim a fim de dirigir as pessoas - tanto juízes quanto cidadãos particulares - no sentido de agirem de uma certa maneira desejada. Um parlamento não é um escritório de informações, mas sim um órgão central de direção social. Fica particularmente claro que as regras jurídicas, por seu teor lógico, são diretivas quando notamos que há regras jurídicas que contêm expressões comumente usadas em diretivas. E o caso, por exemplo, de normas penais que expressam que qualquer pessoa sob certas condições "deverão ser punidas" de um

26. Não julgo necessário investigar se é possível sustentar que a classificação é exaustiva, se, por exemplo, expressões interrogativas podem ser reduzidas a uma combinação de 1. e 2. ou 1. e 3.

27. A análise precedente supõe a condição simples de que a expressão procede de um autor individual. Não há tal indivíduo único por trás do direito. Isto, contudo, não faz nenhuma diferença. O que importa é que o direito funciona da mesma maneira que diretivas que procedem de um autor individual, e que a legislação carrega uma "intenção social" que pode ser encarada como análoga à intenção individual. Karl Olivecrona expressou essa idéia chamando as regras do direito de "imperativos independentes", ver *Law as Fact* (1939), págs. 42 e seqs.. Preferi o termo mais geral e neutro *diretiva*, visto que o vocábulo "ordem" (*Imperativum*) está associado a idéias dificilmente apropriadas ao direito, particularmente em sua relação aos juízes e outras autoridades legais administrativas, que indubitavelmente consideram o direito como uma *diretiva* e não uma *ordem*. Nenhum dos termos específicos correntes empregados para designar expressões sem significado representativo mas com intenção de influenciar parece a mim inteiramente adequado na qualidade de termo descritivo do conteúdo do direito. A terminologia aqui usada entra essas dificuldades ao criar um termo geral para expressões desse tipo. No fundo não discordo de Olivecrona.

certo modo, e no direito civil regras que expressam que uma pessoa "tem que" ou "pode" fazer ou não fazer algo. O mesmo vale, entretanto, no caso em que uma regra jurídica se apresenta gramaticalmente no modo indicativo e aparentemente contém uma descrição (asserção). É o caso, por exemplo, quando se estabelece que uma obrigação (um dever ou uma responsabilidade) surge sob tais e tais condições. Embora um tal enunciado aparentemente possua a mesma estrutura de, à guisa de exemplo, a proposição da química de que *sob dadas condições se gera hidrogênio*, não pode haver dúvida de que o seu significado lógico não consiste em informar sobre fatos, mas sim prescrever um comportamento. A regra jurídica não é nem verdadeira nem falsa, é uma diretiva.

A seguir surge a questão de se as frases que lemos num livro de direito - ou em qualquer outra parte na qual se expressa o direito vigente - são logicamente diretivas. Aparentemente elas são porque parece haver quaisquer diferenças entre as orações empregadas pelos escritores de direito e as que figuram nas normas jurídicas. A linguagem, por exemplo, de John Honnold em *Cases and Materials on the Law of Sales and Sales Financing* é exatamente a mesma do *Uniform Sales Act* e de outras leis. A despeito da similaridade de *have*, entretanto, uma diferença no significado lógico das mesmas orações nos dois contextos. Não resta dúvida de que as proposições num livro, pelo menos num certo grau, pretendem descrever, não prescrever.<sup>28</sup> Na medida em que a literatura jurídica pretende ser conhecimento do que é efetivamente o direito vigente, tem que consistir em asserções, não em diretivas. Toda proposição de um livro precisa ser entendida sob a condição geral de que o autor está expondo o direito vigente dentro de um sistema legal específico, o direito de Illinois, o direito da Califórnia, a *common law*, etc. A proposição de um livro que *prima facie* apresenta o caráter de uma diretiva D tem, portanto, de modo a ser entendida como uma proposição não do direito, mas sobre o direito, que ser reformulada assim:

D é direito vigente (de Illinois, da Califórnia, etc).<sup>29</sup>

28. Ver parágrafos 9 e 79.

29. A radical diversidade entre as normas jurídicas (ou seja, as regras jurídicas contidas nas leis ou extrairias de precedentes ou outras fontes do direito) e as proposições doutrinárias dos livros é claramente estabelecida aqui. As primeiras são diretivas (lógicas), as segundas são asserções (lógicas) que expressam que certas diretivas são direito vigente. Se não se tiver em mente essa diversidade com clareza e se as normas jurídicas forem colocadas no mesmo plano das proposições doutrinárias que a elas se referem, disto resultará necessariamente uma visão distorcida de umas e de outras.

É importante enfatizá-lo aos estudantes ingleses e norteamericanos. Na língua inglesa inexistente uma distinção clara entre (a) o próprio direito enquanto regras jurídicas e (b) o conhecimento acerca do direito enquanto proposições acerca de regras jurídicas. Não há nenhuma expressão correspondente à expressão *science of law*, "ciência do direito" (*science du droit*, *Rechtswissenschaft*, etc.) usada na Europa continental. A expressão *legal doctrine* ("doutrina jurídica") refere-se mais a um corpo de regras do que ao conhecimento a respeito das regras. Como é importante para os propósitos da filosofia do direito operar com um termo que distinga claramente o conhecimento do direito do próprio direito, eu proponho a expressão *doctrinal study of law* ("ciência do direito") para o primeiro.

28. Por um lado haverá uma tendência a imaginar que as proposições doutrinárias também consistem em diretivas ou normas. Isto se desenvolve na concepção que vê no estudo doutrinário do direito (ciência do direito) um conhecimento normativo. Essa designação sugere várias coisas. Ou (1) que a ciência do direito constitui um conhecimento que colma estabelecer normas; ou (2) que constitui um conhecimento que se expressa mediante normas, embora sem estabelecê-las, visto que as normas apresentadas são aquelas tidas como "positivamente dadas" ou, finalmente, que o conhecimento do direito é um conhecimento concernente a normas. Somente este último significado é sustentável. Mas o termo "normativo", neste sentido compreendido, é linguisticamente improprio, já que naturalmente inícuo o significado indicado em (1) ou (2). O primeiro destes expressa o postulado juralista de um conhecimento que é a um tempo direcionamento e exigência (parágrafo 70). O último corresponde ao ponto de vista de Kelsen, ao menos como exposto em seus primeiros trabalhos. Nestes (ver especialmente *Reine Rechtslehre* (1933), 21 e segs.) *Rechtsnorm* (norma jurídica) e *Rechtssatz* (proposição doutrinária) são coisas idênticas. *Das Sollen* (o "dever ser") é a forma categórica tanto para o próprio direito quanto para as proposições doutrinárias concernentes ao direito; e o conhecimento do direito é concebido como expressivo de normas, não descritivo de normas - como a expressão direta de normas e a imamente reivindicado destas à validade. Num obra posterior (*General Theory of Law and State* (1945), 45, ct. 167) Kelsen claramente visa a uma distinção entre a norma jurídica como prescritiva e a proposição doutrinária (que ele chamou de regra jurídica) como descritiva. Mas a distinção não é elaborada com clareza. De um ponto de vista puramente linguístico parece enganoso designar uma proposição descritiva (uma asserção) mediante o nome "regra". Kelsen prossegue supondo ser a proposição doutrinária um pronunciamento de "o que deve ser" (*das Sollen*) e não um pronunciamento de "o que é" (*das Sein*) e continua empregando o nome norma (com o acréscimo "no sentido descritivo da palavra"). Ver a p. 43 e confrontar com a p. 183 na qual se nega que as proposições doutrinárias são normas. É confuso. Desconheço o que se entende por *uma norma no sentido descritivo*. Semelhantemente a todas as outras proposições descritivas, as da ciência do direito (estudo doutrinário do direito) têm que ser expressões do que "é" e não do que "deve ser" - têm que ser asserções, não diretivas (normas). Quando o estudo doutrinário do direito (ciência do direito) descreve certas normas como direito vigente, descreve certas realidades sociais, um certo conteúdo de idéias normativas como realmente experimentadas e realmente eficazes. Mas se isto for admitido, a distinção radical de Kelsen entre a ciência do que "é" (*Sein*) e a ciência do que "deve ser" (*Sollen*) cairá por terra. Para uma expressão mais elaborada dessa crítica, ver minha resenha de Hans Kelsen, *What is Justice?* na *California Law Review*, 45 (1957), 564 e segs.

B) Por outro lado, a fusão de normas jurídicas e proposições doutrinárias do direito pode ter como resultado que se considerem as primeiras como da mesma natureza das últimas, quer dizer, como sendo asserções, expressões de um discernimento ou cognição, não de uma intenção. Assim Carlos Cossio, fundador da chamada teoria "agnológica" do direito, afirma: *"Ergolologische Theorie und Reine Rechtslehre"*, *Österr. Z. f. öst. R. n.s.* V (1952), 15 e segs., em particular 46-61; *"Jurisprudence and the Sociology of Law"*, *Col. L. R.* 52 (1952), 356 e segs., particularmente p. 499) - que um código de leis não menos do que uma exposição científica do direito, é conhecimento, ciência; não no sentido da legislação se basar no conhecimento científico de um certo tipo - a regra do direito é em si mesma um discernimento, um conhecimento, a legislação em si mesma constitui um ato científico. A regra jurídica é o conhecimento jurídico que a comunidade tem de si mesma.

Atingimos agora o ponto que encerra a explicação do porque constitui um problema a "natureza do direito" e o que é o significado desse problema. Percebemos que toda proposição que se apresenta no estudo doutrinário do direito (ciência do direito) contém como uma parte integrante o conceito "direito vigente" (de Illinois, da Califórnia, etc). Por essa razão não é possível declarar de maneira precisa e completa o significado representativo de quaisquer dessas proposições enquanto não se torne patente o significado do conceito "direito vigente". Muito do aparente desacordo entre os autores de direito pode ser atribuído ao fato de que suas obras estão tacitamente baseadas em distintas conjecturas em relação ao significado desse conceito.

Trata-se de problema peculiar ao estudo do direito. Não tem paralelo, por exemplo, na psicologia ou nas ciências naturais. Explica porque a "natureza do direito" constitui o principal problema da filosofia do direito. Despido de sua formulação metafísica, o problema da "natureza do direito" é o problema de como interpretar o conceito de "direito vigente" (de Illinois, da Califórnia, da *common law*) como uma parte constitutiva integrante de toda proposição do estudo doutrinário do direito (ciência do direito). Qual significado representativo deve ser atribuído a esse conceito? Este problema se encontra além da esfera do advogado profissional, pelo que é destinado à filosofia do direito.

### § 3. ANÁLISE PRELIMINAR DO CONCEITO DE "DIREITO VIGENTE"

Imaginemos que duas pessoas estão jogando xadrez, enquanto uma terceira observa.

Se o observador nada conhecer de xadrez não compreenderá o que está se passando. Com base em seu conhecimento de outros jogos provavelmente concluirá que se trata de algum tipo de jogo. Porém, não será capaz de compreender os movimentos individuais ou perceber qualquer conexão entre eles. Terá, menos ainda, qualquer noção dos problemas envolvidos por qualquer disposição particular das peças sobre o tabuleiro.

Se o observador conhecer as regras do xadrez, mas além disso não conhecer muito a respeito da teoria do jogo, sua experiência sobre o jogo dos outros mudará de caráter. Compreenderá que o

movimento "irregular" do cavalo é o prescrito para essa peça. Estará em posição de reconhecer os movimentos das peças em turno como movimentos prescritos pelas regras. Dentro de certos limites será capaz até de predirer o que acontecerá, pois sabe que os jogadores se revezam para executar um movimento, e que cada movimento tem que cair dentro do total de possibilidades permitidas pelas regras em qualquer dada disposição das peças. Mas, além disso, especialmente se os jogadores forem algo mais do que meros principiantes, muito do que ocorre lhe parecerá enigmático. Ele não entende a estratégia dos jogadores e não enxerga os problemas táticos da situação. Por que, por exemplo, o jogador não toma com suas peças brancas o bispo? Para um completo entendimento do jogo é essencial um conhecimento não apenas das regras do xadrez como também um certo conhecimento da teoria do jogo. A probabilidade de ser capaz de predirer o próximo movimento aumenta se se leva em conta não somente as regras do jogo, mas também a teoria do jogo e a compreensão que cada jogador possui dessa teoria. Finalmente, também será necessário levar em conta o propósito alimentado por cada jogador no jogo. Supõe-se normalmente que um jogador joga para ganhar. Porém, há, igualmente, outras possibilidades (por exemplo, deixar que seu oponente ganhe, ou experimentar e pôr à prova o valor de um determinado movimento).

Essas considerações do jogo de xadrez encerram uma ligação interessante e peculiar. Temos aqui diante de nós uma série de ações humanas (os movimentos das mãos para alterar a posição de certos objetos no espaço), e nos é facultado supor que esses movimentos somados a outros processos corpóreos (respiração, processos psicofísicos, etc.) constituem um curso de eventos que segue certas leis biológicas e fisiológicas. Todavia, é óbvio que ultrapassa o limite de toda possibilidade razoável considerar esse curso de eventos de tal maneira que os movimentos individuais do xadrez possam ser explicados e preditos com uma base biológica e fisiológica.

O problema apresenta um aspecto inteiramente distinto se nos transportamos a um outro nível de observação e interpretamos o curso dos eventos à luz das regras e da teoria do xadrez. Certos elementos da totalidade da série dos eventos, nomeadamente, o movimento das peças, se destacam então como sendo ações relevantes ou significativas para o xadrez. O movimento das peças não é



considerado como uma mera mudança de posição dos objetos no espaço, mas sim como movimentos do jogo, e este se transforma num todo coerente pleno de significação, porque os movimentos se motivam reciprocamente e são interpretados como ataque e defesa de acordo com os princípios teóricos do jogo. Se observarmos os jogadores entenderemos cada movimento executado por cada jogador do ponto de vista da consciência que eles têm das regras do xadrez associada ao conhecimento que supomos terem eles da teoria do jogo, e a da meta a que se propuseram no jogo. Ademais, é também possível ignorar as pessoas dos jogadores e entender o jogo por si só na sua significação abstrata (um jogo num livro de xadrez).

Cumprir notar que o "entendimento" no qual estamos aqui pensando é de um tipo distinto do causal. Não operamos aqui com leis de causalidade. Os movimentos não entretêm qualquer relação mutuamente causal. A conexão entre eles é instaurada por meio das regras e da teoria do xadrez. A conexão é de significado.

Pode-se afirmar, ademais, que a co-participação (*fellowship*) constitui fator essencial num jogo de xadrez. Quero dizer com isso que os objetivos e interesses perseguidos e as ações por estes condicionadas só podem ser concebidos como um elo num todo maior que inclui as ações de uma outra pessoa. Quando dois homens cavam uma vala juntos, não estão fazendo nada que cada um deles não pudesse igualmente fazer por sua própria conta. No xadrez ocorre algo absolutamente contrário. Não é possível para uma pessoa por sua conta proporcionar-se a meta de ganhar no xadrez. As ações que constituem o jogar xadrez somente podem ser efetuadas jogando-se em revezamento com uma segunda pessoa. Cada jogador tem seu papel a ser desempenhado, mas cada papel apenas logra significação quando o segundo jogador cumprir seu papel.<sup>30</sup>

A co-participação é também revelada no caráter intersubjetivo das regras do xadrez. É essencial que recebam a mesma interpretação, ao menos da parte dos dois jogadores numa dada partida. Caso contrário, não haveria jogo, e os movimentos individuais permaneceriam isolados sem significação coerente.

Ora, tudo isso demonstra que o jogo de xadrez pode ser tomado como um simples modelo daquilo que chamamos de fenômeno social. A vida social humana numa comunidade não é um caos de ações individuais mutuamente isoladas. Adquire o caráter de vida comunitária do próprio fato de que um grande número de ações individuais (não todas) são relevantes e têm significação relativamente a um conjunto de regras comuns. Tais ações constituem um todo significativo, guardando a mesma relação entre si como movimento e contra-movimento. Aqui também há interação mútua, motivada pelas regras comuns do "jogo" social, que lhe conferem seu significado. E é a consciência dessas regras que possibilita o entendimento, e numa certa medida, a predição do curso dos eventos.

Passarei agora a examinar mais de perto o que é realmente uma regra do xadrez e de que forma é possível estabelecer quais são as regras que regem o jogo de xadrez.

Refiro-me aqui às regras primárias do xadrez, as que determinam a disposição das peças, os movimentos, a "tomada", etc. e não às regras da teoria do xadrez.

No tocante a estas últimas algumas observações bastarão. Como outras regras técnicas, são obviamente enunciados hipotético-teóricos. Pressupõem a existência das regras primárias do xadrez e indicam as seqüências que as diferentes aberturas e gambitos produzem no jogo, na apreciação do ponto de vista da possibilidade de ganhar. Semelhantemente a outras regras técnicas, sua força diretiva está condicionada por um interesse, neste caso o interesse de ganhar a partida. Se não existe este interesse por parte de um jogador, então a teoria do jogo carece de importância para ele.

As regras primárias do xadrez, por outro lado, são diretivas. Embora sejam formuladas como asserções a respeito da "capacidade" ou "poder" das peças em se moverem e "tomar", fica claro que visam a indicar como deve ser jogado o jogo. Visam diretamente, isto é, não qualificadas por nenhum objetivo subjacente, a motivar o jogador; é como se lhe dissessem: joga-se assim!

Essas diretivas são sentidas por cada jogador como socialmente obrigatórias, quer dizer, o jogador não só se sente espontaneamente motivado ("ligado") a um certo procedimento como também está ao mesmo tempo seguro de que uma transgressão às regras provocará

30. Em sua *Schachnovelle* Stephan Zweig apresenta uma interessante descrição de uma pessoa capaz de jogar xadrez consigo mesma. Explica-se indicando que ela desenvolveu esquizofrenia, de modo a ser capaz de atuar como duas pessoas distintas.

uma reação (protesto) de seu adversário. E deste modo, as regras primárias distinguem-se claramente das regras técnicas que formam a teoria do jogo. Um movimento estúpido pode suscitar espanto, porém não um protesto.

Por outro lado, as regras do xadrez não têm o matiz da moralidade, o que resulta do fato de que normalmente ninguém efetivamente deseja violá-las (Parágrafo 85). O desejo de trapacear num jogo se deve ao fato do jogador visar a um objetivo que difere do mero propósito de ganhar de acordo com as regras do jogo; por exemplo, ele poder desejar ser alvo de admiração ou ganhar dinheiro. Este último objetivo está freqüentemente presente num jogo de cartas e é notório que a exigência de respeitar as regras assume aqui um valor moral.

Como é possível, então, estabelecer quais regras (diretivas) regem o jogo de xadrez?

Poderíamos, talvez, pensar em abordar o problema sob o ângulo comportamental - limitando-nos ao que pode ser estabelecido pela observação externa das ações, descobrindo daí determinadas regularidades. Porém, desta maneira jamais conseguiríamos atinar com as regras do jogo. Jamais seria possível distinguir as práticas vigentes, nem sequer as regularidades condicionadas pela teoria do jogo, das regras do xadrez em sentido próprio. Mesmo após observar mil partidas ainda seria possível crer que contraria as regras abrir o jogo com um peão de torre.

O mais simples, talvez, seria deixar-se orientar por certos regulamentos dotados de autoridade, por exemplo, regulamentos aprovados em congressos de xadrez, ou pelas informações presentes em livros sobre xadrez que gozam de reconhecimento. Contudo, até mesmo isso poderia não ser o suficiente, porquanto não é certo que tais declarações recebam adesão na prática. Por vezes, as partidas, de fato, são jogadas de muitas maneiras diversas. Mesmo num jogo clássico como o xadrez variações desse gênero podem ocorrer (por exemplo, a regra referente a "tomada" *en passant* nem sempre recebe adesão). Conseqüentemente, esse problema de saber quais regras regem o xadrez tem que ser entendido, falando-se em termos estritos, na sua referência às regras que regem uma partida concreta entre duas pessoas específicas. São suas ações, e suas ações exclusivamente, aquelas que estão aglutinadas num todo significativo e regidas pelas regras.

Assim, só nos resta adotar um método introspectivo. O problema é descobrir quais regras sentem efetivamente os jogadores ser socialmente obrigatórias no sentido indicado acima. O primeiro critério é que sejam realmente efetivas no jogo e que sejam externamente visíveis como tais. Mas para que se decida se as regras que são acatadas são mais do que meros usos ditados pelo costume ou motivadas por razões de caráter técnico, é mister indagar aos jogadores por quais regras se sentem obrigados.

Em consonância com isso podemos dizer: uma regra de xadrez "é vigente", significando que dentro de uma dada co-participação (que compreende fundamentalmente os dois jogadores de uma partida concreta) essa regra recebe efetiva adesão, porque os jogadores sentem a si mesmos socialmente obrigados pela diretiva contida na regra. O conceito de vigência (no xadrez) envolve dois elementos. Um deles se refere à efetividade real da regra que pode ser estabelecida pela observação externa. O outro se refere à maneira na qual a regra é sentida como motivadora, ou seja, socialmente obrigatória.

Há uma certa ambigüidade no conceito "regra de xadrez". As regras do xadrez carecem de realidade e não existem independentemente da experiência dos jogadores, isto é, de suas idéias sobre certos padrões de comportamento e a elas associada a experiência emocional de se acharem compelidos a obedecer. É possível abstrair o significado de uma asserção puramente como um conteúdo de pensamento ("2 + 2 são 4") da apreensão da mesma por uma dada pessoa num dado tempo; e precisamente de modo idêntico é também possível abstrair o significado de uma diretiva ("o rei tem o poder de mover-se uma casa em qualquer direção") a partir da experiência concreta diretiva. O conceito "regra de xadrez" em qualquer análise acurada precisa, portanto, ser dividido em duas partes: 1ª) as idéias experimentadas em torno de certos padrões de comportamento (acompanhadas das emoções que lhes são concomitantes) e 2ª) o conteúdo abstrato dessas idéias, as normas do xadrez.

As normas do xadrez são, pois, o conteúdo ideal abstrato (de natureza diretiva) que permite, na qualidade de um esquema interpretativo, a compreensão dos fenômenos do xadrez (as ações dos movimentos e os padrões de ação experimentados) como um todo coerente de significado e motivação, uma partida de xadrez; e conjuntamente com outros fatores e dentro de certos limites o predizer do curso da partida.

Os fenômenos do xadrez e as normas do xadrez não são mutuamente independentes como se uns e outras detivessem sua própria realidade; são aspectos diferentes de uma mesma coisa. Nenhuma ação biológico-física considerada em si mesma é um movimento do xadrez. Só adquire tal qualidade ao ser interpretada em relação às normas do xadrez. E, inversamente, nenhum conteúdo ideal de natureza diretiva tem por si mesmo o caráter de uma norma válida de xadrez. Só adquire essa qualidade pelo fato de que juntamente com outros conteúdos, pode ser efetivamente aplicado como um esquema interpretativo aos fenômenos do xadrez. Os fenômenos do xadrez se tornam fenômenos do xadrez exclusivamente quando colocados em relação com as normas do xadrez e vice-versa.

O propósito dessa discussão sobre o xadrez neste ponto fica, indubitavelmente, claro. Aponta para a afirmação de que o conceito "norma vigente do xadrez" pode atuar como paradigma para o conceito "direito vigente", o que constitui o verdadeiro objeto de nossas considerações preliminares.

Pode-se também considerar o direito como consistindo parcialmente em fenômenos jurídicos e parcialmente em normas jurídicas em mútua correlação.

Se observarmos o direito como funciona na sociedade, descobriremos que um grande número de ações humanas são interpretadas como um todo coerente de significação e motivação por meio de normas jurídicas que configuram um esquema interpretativo. A compra uma casa de *B*. Ocorre que a casa está cheia de cupins. *A* compra *B* uma redução do preço de compra, mas *B* não concorda. *A* move uma ação contra *B*, e o juiz de acordo com o direito presente no contrato, ordena que *B* pague a *A* uma certa quantidade num determinado prazo. *B* não o faz. *A* consegue que o juiz do condado confisque os bens móveis de *B*, os quais são então vendidos num leilão público. Essa sequência de eventos compreende toda uma série de ações humanas, do estabelecimento do direito contido no contrato ao leilão. A consideração biológico-física dessas ações não pode revelar qualquer conexão causal entre elas. Tais conexões ocorrem unicamente na esfera de cada indivíduo. Mas nós as interpretamos mediante o auxílio do esquema referencial do "direito vigente" como fenômenos jurídicos constituintes de um todo coerente de significado e motivação. Somente quando assim é feito cada uma dessas ações

adquire seu caráter jurídico. A compra da casa por parte de *A* acontece por meio da expressão falada ou da escrita, porém estas apenas tornam uma compra quando consideradas na sua relação com normas jurídicas. As várias ações se motivam reciprocamente tal como os movimentos do xadrez. O juiz, por exemplo é motivado pelos fatos que *A* e *B* desempenham no negócio (e pelas circunstâncias relacionais a ele associadas, por exemplo, o estado da casa), bem como pelos precedentes vigentes na área do direito contratual. Todo o processo tem o caráter de um "jogo" regido por normas muito mais complicadas do que as do xadrez.

Com base no que foi dito, formulo a seguinte hipótese: o conceito "direito vigente" (de Illinois, da Califórnia, da *common law*) pode ser em princípio explicado e definido da mesma maneira que o conceito "norma vigente do xadrez" (para dois jogadores quaisquer). Quer dizer, "direito vigente" significa o conjunto abstrato de idéias normativas que serve como um esquema interpretativo para os fenômenos do direito em ação, o que por sua vez significa que essas normas são efetivamente acatadas e que o são porque são experimentadas e sentidas como socialmente obrigatórias.<sup>31</sup>

Pode-se, talvez, ter essa conclusão na conta de um lugar comum e pode parecer que um excessivo aparato de raciocínio foi empregado visando a esse fim. Isto poderia revelar-se verdadeiro se os problemas fossem abordados por uma pessoa que não alimentasse noções preconcebidas. Porém, não seria verdadeiro no caso de uma abordagem histórica. A grande maioria da totalidade dos autores de filosofia do direito até a atualidade tem sustentado que não é possível explicar o conceito "direito vigente" sem a referência à metafísica. O direito, de acordo com este ponto de vista, não se limita a ser um fenômeno empírico. Quando dizemos que uma regra do direito é "vigente" ou "válida", nos referimos não somente a algo fatural, a algo observável, mas também a uma "validade" de cunho metafísico. Supõe-se que essa validade seja um puro conceito da razão, de origem divina ou existente *a priori* (independente da experiência) na natureza racional do ser humano. E eminentes autores da filosofia do direito, que rejeitam tal metafísica espiritual, têm considerado, todavia, que a "validade" do direito só pode ser explicada por meio de postulados específicos.

31. Ou seja, pelo juiz e outras autoridades da justiça que aplicam o direito (parágrafo 8).

Vista sob essa luz, nossa conclusão preliminar, estou confiante, não será classificada de lugar comum. Essa análise de um modelo simples é deliberadamente direcionada no sentido de suscitar dúvidas no que tange à necessidade de explicações metafísicas com respeito ao conceito do direito. A quem ocorreria buscar a validade das normas do xadrez numa validade *a priori*, numa idéia pura do xadrez concedida ao ser humano por Deus ou deduzida pela razão humana eterna? Tal pensamento é ridículo porque não tomamos o xadrez tão a sério como o direito, e assim é porque há emoções mais fortes vinculadas aos conceitos jurídicos. Mas isto não constitui razão para crer que a análise lógica deva adotar uma postura fundamentalmente diferente em um e outro caso.

Está claro que para lograr uma análise satisfatória do conceito de "direito vigente" é preciso ainda resolver muitos problemas. Mas não há necessidade de aprofundar esta matéria neste ponto. Esse estudo preliminar é suficiente a título de base para um exame dos vários ramos do estudo do direito e para determinar o lugar apropriado da filosofia do direito.

#### § 4. OS RAMOS DO ESTUDO DO DIREITO

A distinção levada a cabo no parágrafo anterior entre os fenômenos jurídicos - ou melhor, *o direito em ação* - e as normas jurídicas, forma a base para uma distinção correspondente entre os dois principais ramos do estudo do direito. Chama-se de *sociologia do direito*<sup>32</sup> o ramo que se ocupa do direito em ação, enquanto chama-se de *ciência do direito* o ramo que se ocupa das normas jurídicas.

O direito em ação e as normas do direito não são duas esferas de existência independentes, mas aspectos diferentes de uma mesma realidade. Conseqüentemente, pode-se falar de dois pontos de vista, cada um deles pressupondo o outro.

A ciência do direito dirige sua atenção ao conteúdo ideal abstrato das diretrizes, ignorando as realidades do direito em ação. A ciência do direito visa: a) à descoberta do conteúdo ideal - que poderíamos também chamar de *ideologia* - que funciona como o esquema interpretativo para o direito em ação e b) à exposição dessa ideologia como um

sistema integrado. Visto que a ciência do direito se ocupa de normas, pode denominá-la "normativa". Mas é mister que este termo não dê margem à confusão. Como foi delineado no parágrafo 2, as proposições cognoscitivas não podem, naturalmente, consistir em normas (diretivas). É necessário que consistam em asserções - asserções referentes a normas, o que, por sua vez, significa asserções que enunciavam que certas normas detêm a natureza de "direito vigente". O caráter normativo da ciência do direito significa, portanto, que se trata de uma doutrina que diz respeito a normas e não uma doutrina composta de normas. Não objetiva "postular" ou expressar normas, mas sim estabelecer o caráter de "direito vigente" dessas normas. A ciência do direito é normativa no sentido de que é descritiva de normas e não no sentido de expressiva de normas (parágrafo 2, nota 29).

E, contudo, a ciência do direito jamais poderá ser separada da sociologia do direito. Embora a ciência do direito esteja interessada na ideologia, é sempre uma abstração da realidade social. Mesmo que o jurista não esteja interessado no nexó que liga a doutrina à vida real, esse nexó existe. Reside no conceito de "direito vigente" que, como foi mostrado, constitui parte essencial de todas as proposições doutrinárias, pois esse conceito, em consonância com nossa análise provisional, se refere à efetividade das normas enquanto constituintes de um fato social.

Ademais, uma ciência do direito que ignora a função social do direito tem que resultar insatisfatória quando julgada segundo o critério do interesse em predizer as decisões jurídicas. Como vimos, o conhecimento das normas primárias do xadrez só possibilitará a predição do curso de uma partida dentro de um quadro muito amplo. É o que ocorre porque os jogadores não são exclusivamente motivados pelas normas do xadrez, a saber, também são motivados por seu propósito ao jogar e as proposições teóricas do xadrez no tocante às conseqüências dos movimentos de acordo com as regras do jogo. O mesmo ocorre no direito. O juiz não é motivado exclusivamente pelas normas jurídicas; também o é pelos fins sociais e pelo discernimento teórico das conexões sociais relevantes ao atingir daqueles fins. Por esta razão, tem-se exigido da ciência do direito, em especial modernamente, que dirija sua atenção para as realidades da vida social. Isto demonstra, ademais, que a fronteira entre a ciência do direito e a sociologia do direito não é nítida, residindo sim numa relativa diferença de abordagem e interesse.

32. Esta expressão é aqui empregada visando a abarcar também os estudos psicológicos e históricos do direito em ação.

A sociologia do direito, por sua vez, dirige sua atenção para o direito concreto em ação, para o comportamento jurídico e as idéias jurídicas que operam nesse comportamento, e não pode ser separada da ciência do direito, tanto quanto esta não pode ser separada dela, a sociologia do direito. Os fenômenos sociais que constituem o objeto da sociologia do direito não adquirem seu caráter jurídico específico enquanto não são postos em relação com as normas do direito vigente.

A sociologia do direito como ramo científico é, todavia, tão nova e pouco desenvolvida que é difícil assinalar quais os problemas que lhe concernem. Falando em termos gerais, procura ela descobrir correlações invariáveis no direito em ação, enfocando o problema sob o ângulo da psicologia, da história e da sociologia geral. As normas jurídicas só podem indicar uma estrutura na qual se desenvolve o direito em ação, influenciado também pelos costumes, fatos econômicos e ideológicos, fins sociais e percepções extraídas da teoria social.

Quando se trata do direito em ação na vida real, é possível que um conjunto de normas jurídicas, por exemplo o que contém normas que regulam o divórcio, seja desenvolvido das maneiras mais variadas (talvez fosse mais adequado dizer que poder-se-ia "jogar" com essas normas de maneiras diferentes). Quem conheça somente as normas pouco conhece da realidade social correspondente. Na prática quais bases para o divórcio são invocadas nos diversos setores da sociedade? Que possibilidades existem de escapar às leis mediante o forjar de provas e que costumes têm sido desenvolvidos em conexão com isso? Com que favorecimento ou desfavorecimento os tribunais consideram as várias bases para o divórcio, particularmente quando apreciam a prova? Questões desta natureza, tocantes à viva e concreta realidade jurídica social são consideradas e tratadas na sociologia do direito.

Um campo de investigação que tem particular interesse para o estudo da sociologia do direito é a interação entre direito e sociedade. O que produz o respeito pelo direito, o qual permite ao legislador guiar a vida da comunidade? Que outros fatores entram em jogo e estabelecem um limite para o poder do legislador? Quais reações é possível presumir que serão provocadas pela aprovação

de uma determinada lei? E, inversamente, quais forças sociais determinam o conteúdo e o desenvolvimento de um ordenamento jurídico? Que papel desempenham aqui as circunstâncias econômicas e as posturas ético-jurídicas dominantes? É o desenvolvimento do direito o produto de forças cegas ou desempenham o planejamento e o discernimento racional um papel nesse desenvolvimento?

Os dois ramos principais do estudo do direito - a ciência do direito e a sociologia do direito - podem ser subdivididos: a primeira em *ciência do direito no sentido mais estrito, história do direito e direito comparado*; a segunda em *sociologia fundamental do direito e sociologia do direito aplicada*.

#### 4.1. Ciência do Direito

**A)** A ciência do direito no sentido mais estrito ocupa-se de um sistema de direito definido numa sociedade definida, por exemplo, o direito de Illinois vigente na atualidade. Tradicionalmente é, por sua vez, subdividida em muitos ramos de estudo, como será mostrado no capítulo VIII.

**B)** A história do direito descreve um direito vigente no passado e trata de seu desenvolvimento histórico. Difere da ciência do direito presente por dois modos adicionais.

*1º)* O momento presente é mais do que um mero ponto temporal disposto ao lado de todos os outros pontos no tempo. Distingue-se de todos os outros pelo fato de ser o ponto no tempo no qual o curso da realidade chegou e está na iminência de adentrar o futuro. O direito é apreendido nesta progressão. Qualquer exposição do direito vigente confinada a uma determinada data é um instante ( *snapshot* ) que captou um corte transversal dessa corrente. Mas um corte transversal do "agora" é caracterizado pelas questões que estão abertas ao futuro. A questão de determinar qual é o direito de hoje (o que veremos logo na sequência no parágrafo 9) envolve sempre a questão de saber o que ocorrerá amanhã. Um fator codeterminante para este cálculo de predição é o que ocorreu ontem. O direito vigente jamais é um fato histórico, mas sim um cálculo com o olhar no futuro. Isto confere às proposições do estudo do direito de hoje um elemento fundamental de incerteza e resulta, na medida em que a certeza do

cálculo diminui, numa fusão peculiar dos problemas do direito vigente com os problemas político-jurídicos<sup>33</sup> relativamente à criação do direito novo (parágrafo 9). A história do direito não apresenta características semelhantes. Aquelas problemas, que vistos com os olhos do passado estavam abertos, se acham hoje fechados. A história do direito, portanto, se ocupa exclusivamente com os fatos.

2º) Se, por um lado, a história do direito carece de contato com a política jurídica, por outro mantém contato mais estreito com a sociologia do direito.<sup>34</sup> Não só objetiva apresentar o direito num determinado momento como também descrever e explicar seu desenvolvimento. Estuda o desenvolvimento do direito em relação ao desenvolvimento de outros fenômenos sociais.

3º) O direito comparado, como a história do direito, tem também um raio de ação mais amplo, não se limitando a apresentar o direito vigente em diferentes países. Pode ter seja caráter contemporâneo, seja caráter histórico. Pertence à primeira categoria quando investiga os efeitos sociais de diversos ordenamentos jurídicos, sendo neste caso um instrumento de política jurídica. Pertence à segunda categoria quando investiga as circunstâncias sociais capazes de explicar porque o direito se desenvolveu segundo diferentes linhas em diferentes sociedades. Ambos os tipos de direito comparado apresentam marcantes elementos sociológicos, visto incorporarem no estudo a relação entre o direito e a sociedade.

É evidente que a sociologia desempenha um papel tão importante tanto na história do direito quanto na ciência comparada do direito a ponto de tornar quase uma questão de preferência pessoal classificar essas duas subdivisões como parte da ciência do direito ou da sociologia do direito.

## 4.2. Sociologia do Direito

A) A sociologia fundamental do direito admite várias divisões: uma parte geral e muitos ramos especializados.

33. O significado desta expressão é explicado na sequência.

34. A aparente falta de clareza que parece resultar do fato de se sustentar, como se sustenta mais adiante, que a política jurídica é sociologia do direito aplicada, desvanece quando se acrescenta que a sociologia que interessa ao político jurídico, e assim ao professor de direito, se ocupa dos problemas dos efeitos sociais do direito, enquanto a sociologia que interessa ao historiador do direito se ocupa dos fatores sociais que exercem influência sobre a evolução do direito.

1º) A parte geral se ocupa das características gerais do direito em ação, sua estrutura e dinâmica sem referência a qualquer ramo particular do direito. A investigação pode ser dirigida *seja* a um certo tipo de comunidade - por exemplo, a moderna comunidade democrática - com vista ao estudo dos traços típicos da estrutura e função do direito em ação nesse meio, em particular a mecânica da motivação jurídica e a interação entre o direito e outras forças sociais (sociologia estática do direito), *seja* ao desenvolvimento histórico com vista à descoberta dos princípios gerais que regem as relações entre o direito e o desenvolvimento da comunidade (sociologia dinâmica do direito).

2º) Os vários ramos especializados correspondem às esferas especiais do direito. A criminologia, a qual estuda o comportamento criminoso associado aos fatores individuais e sociais que o condicionam, corresponde ao direito penal; a ciência política, a qual estuda a vida política, particularmente as ideologias e instituições políticas, corresponde ao direito constitucional; as relações internacionais correspondem ao direito internacional e a ciência da administração ao direito administrativo. Até os dias de hoje nenhum outro ramo especial da sociologia do direito apareceu, mas se afiguraria inteiramente possível imaginar outros correspondentes ao direito que regulamenta a propriedade,<sup>35</sup> o direito das pessoas, o direito da família, etc.

B) A sociologia do direito aplicada, como as ciências naturais aplicadas, cobre um campo de estudo selecionado e organizado em conformidade com os problemas práticos. A ciência da agricultura, por exemplo, se ocupa das circunstâncias e problemas práticos que são relevantes à exploração do campo. Identicamente, a sociologia do direito aplicada se ocupa de fatos e relações que têm importância em referência aos problemas práticos da legislação. Ao se preparar uma certa reforma legislativa, a sociologia do direito aplicada descreve as condições predominantes na sociedade e analisa as mudanças que a nova legislação pode produzir. O resultado de tais estudos constitui valiosa orientação para o legislador ou para a pessoa que lida com os problemas do ponto de vista do legislador. Os estudos de sociologia do direito não ocorrem muito amíúde de maneira independente, mas como parte do trabalho oficial de reforma legislativa (relatórios de comissões e documentos análogos).

35. Ver, por exemplo, Karl Renner, *The Institutions of Private Law and their Social Functions* (1949).

Mesmo quando o conhecimento sociológico jurídico dos efeitos das medidas legislativas sobre a sociedade é valioso para o legislador (o informando acerca das conseqüências da escolha entre várias alternativas), sua decisão depende também de seus objetivos imediatos e de que o legislador reconhece como padrões para a vida social e a atividade criadora de direito dele. O mesmo é verdadeiro também em relação ao juiz na medida em que direito novo é criado através da prática dos tribunais. A expressão "política jurídica" é introduzida para designar a atividade criadora de direito do legislador ou do juiz e a discussão racional dessa atividade. Seria supérfluo salientar que a política jurídica nada tem a ver com a política no sentido ordinário desta palavra.

A questão que se apresenta agora é saber até onde e de que maneira os problemas de política jurídica podem ser discutidos e solucionados racionalmente. Há uma ciência da política jurídica (uma ciência do direito *de lege ferenda et de sententia ferenda*) capaz de postular uma verdadeira filosofia dos valores que devem presidir a legislação? A aspiração da filosofia do direito natural é, com efeito, estabelecer tal "ciência do direito como deve ser". A segunda metade deste livro (capítulos X a XVIII) responde essa pergunta na forma negativa. Não há nenhuma ciência específica da política jurídica ou do direito natural. Na medida em que a política jurídica é determinada por um conhecimento racional, é ela sociologia do direito aplicada. De resto, é baseada em valorações que se encontram fora do âmbito do conhecimento racional (parágrafos 73 e 79).

## § 5. EM LUGAR DE "FILOSOFIA DO DIREITO", "PROBLEMAS JUSFILOSÓFICOS"

No parágrafo 1 descrevemos os três enfoques tradicionais da filosofia do direito (analítico, ético e histórico-sociológico), mas deixamos em aberto o problema de como deve ser definido esse ramo do estudo do direito. Dissemos que esse problema só pode ser solucionado com base num exame geral das diversas abordagens mediante as quais poderia tentar-se um estudo do direito. Esse exame acabou de ser realizado no parágrafo precedente. O resultado, entretanto, parece ser negativo na medida em que nenhum dos ramos do estudo do direito ali mencionados parece possuir aquele caráter filosófico

que o autorizaria a receber o nome de "filosofia do direito" (no sentido mais amplo) ou *jurisprudence* nos países de língua inglesa.

É verdade que o que se denomina "*jurisprudence* histórico-sociológica" se enquadra na sociologia do direito tal como definida no parágrafo 4. Mas esse ramo (a sociologia do direito), quando desenvolvido como uma ciência empírica, carrega tão claramente a marca de uma ciência especializada entre outras, que seria injustificável elevá-lo sob o nome de *jurisprudence* ao nível de um estudo filosófico.

A denominada "filosofia do direito natural" ou "filosofia jurnaturalista" não consta no exame do parágrafo 4, o que se deve ao fato de que - o que será ventilado nos capítulos XI a XIII - o que atende por essa designação não passa de especulação metafísica sem justificação científica.

Dos ramos tradicionais da filosofia do direito, portanto, resta apenas o ramo analítico. Este ramo do estudo do direito parece realmente possuir um caráter verdadeiramente filosófico e merecer o nome de "filosofia do direito" ou *jurisprudence*. Mas este tampouco figura entre as diferentes abordagens esboçadas no parágrafo 4. Como explicá-lo?

Para suprir essa explicação é necessário formular algumas considerações gerais acerca da relação entre a filosofia e as ciências. A moderna filosofia baseada numa perspectiva empírica, a que subcrevo, adota o ponto de vista geral segundo o qual a filosofia carece de objeto específico seja coordenado àquele das várias ciências, seja distinto dele. Filosofia não é dedução a partir de princípios de razão por meio de que se nos revela uma realidade superior àquele dos sentidos. Tampouco é a filosofia uma extensão das ciências destinada a descobrir os componentes extremos da realidade. Não é, de modo algum, teoria, mas sim método, e este método é análise lógica. A filosofia é a lógica da ciência e seu objeto é a linguagem da ciência.

Disso se infere que a filosofia do direito não possui objeto específico coordenado ao objeto da "ciência do direito" - *o estudo do direito* - ou distinto desse objeto, nas suas várias ramificações. A relação da filosofia do direito com a ciência do direito é reflexa; a filosofia do direito volta sua atenção para o aparato lógico da ciência do direito, em particular para o aparato dos conceitos, visando a torná-lo objeto de uma análise lógica mais minuciosa do que aquela que lhe é dedicada pelos vários estudos jurídicos especializados. O filósofo do

direito investiga problemas que com frequência constituem premissas tidas como pacíficas pelo jurista. Seu objeto é, predominantemente, os conceitos fundamentais de alcance geral tais como, por exemplo, o conceito de direito vigente, que, por essa razão, não é designado como tarefa particular a quaisquer dos muitos especialistas dentro do amplo domínio do direito.

O objeto da filosofia do direito não é o direito, nem qualquer parte ou aspecto deste, mas sim a ciência do direito. A filosofia do direito se acha, por assim dizer, um andar acima da ciência do direito e a olha "de cima".<sup>36</sup>

Os limites entre a ciência do direito e a filosofia do direito não são rígidos. A análise lógica realmente ocorre também latamente no âmbito do estudo tradicional do direito. Inexistem critérios internos que determinem onde finda a ciência do direito e começa a filosofia do direito. Pode-se apresentar uma delimitação do domínio desta última considerando-se o que a primeira obtém. Esta circunstância explica de que forma a corrente filosofia do direito (*jurisprudence*) inglesa abraça uma série de conceitos e problemas, tais como, por exemplo, *dolus*, *dolus eventualis*, *culpa*, intenção, o propósito da punição e as teorias penal, da propriedade, da posse, do contrato, da prova, do ônus da prova, etc, conceitos e problemas que na tradição norte-americana e na da Europa continental formam ordinariamente parte das diversas disciplinas jurídicas. Encontra-se a explicação no escasso desenvolvimento na doutrina inglesa de qualquer análise e elaboração de conceitos jurídicos. Por conseguinte, na Inglaterra a filosofia do direito (já chamada de *jurisprudence*) chegou a ser o sítio onde quase todas as investigações fundamentais se reúnem. Em outros sistemas, não seria razoável atribuir um domínio tão amplo à filosofia do direito, pois seria conduziria a repetições. Portanto, só incluírei em minha exposição sobre a filosofia do direito os problemas que não são examinados na literatura jurídica corrente, ou que o são de forma insatisfatória.

Este fator relativo explica também porque não é conveniente falar de "filosofia do direito", já que esta expressão sugere um domínio de investigação sistematicamente restrito. Daí minha preferência pela expressão

"problemas jusfilosóficos". Os interesses de cada estudioso, em parte, e em parte o desenvolvimento dos estudos jurídicos num dado tempo determinarão quais problemas serão submetidos à análise filosófica.

A análise jusfilosófica pode dirigir sua atenção a ambos os ramos do estudo do direito: a ciência do direito e a sociologia do direito. Como, contudo, o aparato lógico da sociologia do direito é, principalmente, idêntico ao empregado em outras sociologias (e na história), pareceria razoável circunscrever os problemas especificamente jusfilosóficos à consideração da ciência do direito. Esta conclusão, inclusive, é apoiada por fundamentos pedagógicos, já que uma análise filosófica da sociologia do direito careceria de valor como parte da educação jurídica tradicional. Dentro da sociologia do direito, todavia, a sociologia do direito aplicada detém uma posição especial devido à sua estreita ligação com a política jurídica (parágrafo 4 *in fine*). A discussão dos problemas de política jurídica desempenha um papel importante e crescente nos trabalhos dos autores da área e no ensino das faculdades de direito. Por esta razão, a análise lógica será também dirigida ao pensamento político-jurídico e à sociologia aplicada como parte dele.

Em consonância com isso, a exposição que se segue se enquadrará em duas seções principais: problemas jusfilosóficos na sua relação com a ciência do direito (capítulos II a IX) e problemas jusfilosóficos na sua relação com a política jurídica (capítulos X a XVIII).

## § 6. DISCUSSÃO

Penso que a relação entre minha interpretação da natureza e tarefa da filosofia do direito por um lado, e os pontos de vista tradicionais, por outro, ficou suficientemente clara mediante o exposto nos parágrafos anteriores. Diante disto, limitar-me-ei aqui a traçar algumas observações suplementares.

Se descartei a filosofia do direito natural como falta de justificação científica, não faço, decerto, objeções aos estudos histórico-sociológicos desde que efetuados de acordo com princípios empíricos e não sejam especulação metafísica disfarçada. A interpretação histórico-sociológica da filosofia do direito foi rejeitada com o fundamento sistemático de que os estudos desse tipo possuem todos os traços

36. As proposições contidas nesta parte do texto concernentes à filosofia do direito situam-se num nível ainda mais alto. A proposição contida na primeira frase desta nota, referente às proposições que concernem à filosofia do direito, situa-se, por sua vez, num nível mais alto ainda, de sorte que poderíamos seguir *ad infinitum*. A idéia, por vezes sustentada, de que a série pode ser concluída por uma proposição que se refere a si mesma, é insustentável.



característicos de uma ciência especializada e, portanto, não devem ser mesclados ao enfoque analítico e considerados pertinentes à filosofia do direito. Isto, entretanto, não significa negar a importância das investigações sociológicas para a filosofia do direito concebida como análise de conceitos jurídicos. Estas são importantes e é impossível que sejam se se presume, como eu o faço, que todas as proposições acerca do direito se referem, em última análise, a uma realidade social. O fundamento da filosofia do direito tem que ser uma perspectiva sociológica.

Julius Stone oferece uma definição eclética da tarefa da filosofia do direito, a qual inclui problemas lógico-analíticos, problemas éticos e problemas sociológicos.<sup>37</sup> Seu princípio norteador é que a filosofia do direito estuda o direito à luz da lógica, da ética e da sociologia. O princípio em si não é claro e se traduz num agregado de materiais heterogêneos sem coesão orgânica. Stone escreveu um livro colossal despendendo tremenda laboriosidade e prodigiosa erudição, porém não produziu nenhuma teoria coerente.

## Capítulo II

### O conceito de "Direito Vigente"

#### § 7. O CONTEÚDO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

No capítulo anterior, tomando como base uma análise do jogo de xadrez e suas regras, formulei uma hipótese de trabalho segundo a qual tem que ser possível definir e explicar o conceito de "direito vigente" em princípio da mesma forma que o conceito de "norma vigente do xadrez". A tarefa a ser empreendida agora é tentar desenvolver essa hipótese transformando-a numa teoria da significação da expressão "direito vigente".

A hipótese de trabalho infere que as normas jurídicas, como as normas do xadrez, servem como um esquema interpretativo para um conjunto correspondente de atos sociais, o direito em ação, de tal modo que se torna possível compreender essas ações como um todo coerente de significado e motivação e predizê-las dentro de certos limites. Esta capacidade do sistema se funda no fato de que as normas são efetivamente acatadas porque sentidas como socialmente obrigatórias.

A elaboração dessa hipótese requer a resposta a duas questões:

1ª) Como o corpo individual de normas identificado como um ordenamento jurídico nacional se distingue do ponto de vista de seu conteúdo de outros corpos individuais de normas, tais como as normas do xadrez, do *bridge* ou da cortesia?

37. *The Province and Functions of Law* (1946), cap. I, parágrafos 11 a 13. Definições ecléticas semelhantes podem ser encontradas nas obras de muitos autores ingleses e norte-americanos, tais como Vinogradoff, Pound, Keeton, Kocourek, Hohfeld, Wignmore, Timasheff, às vezes como em Stone, camufladas por um esquema de classificação pretensamente racional. Ver Stone, *op. cit.*, cap. I, parágrafos 8 e 9; Josef L. Kunz, "Zur Problematik der Rechtsphilosophie um die Mitte des zwanzigsten Jahrhunderts," *Osterr. Z. f. öf. R.*, n. s. IV (1951), 1 *et seq.*, afirma que todas as três tendências são ramos de igual *status* da mesma ciência, filosofia do direito ou *jurisprudence*.