

Direito e Justiça

Alf Ross

1ª Edição 2000

Supervisão Editorial: *Jair Lot Vieira*

Coordenador Editorial: *Vinicius Lot Vieira*

Editor: *Alexandre Rudyard Benevides*

Projeto Gráfico e Capa: *Maria do Carmo Fortuna*

Tradução e Notas: *Edson Bini*

Revisão Técnica: *Prof. Alysson Leandro Mascaro*

Revisão: *Edson Bini e Ricardo Virando*

Nº de Catálogo: 1268

Dados de Catalogação na Fonte (CIP) Internacional (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Ross, Alf

Direito e Justiça / Alf Ross – tradução Edson Bini -
revisão técnica Alysson Leandro Mascaro - Bauru, SP :
EDIPRO, 2000.

Título original: On law and justice.

Bibliografia.

ISBN 85-7283-262-9

1. Direito - Filosofia. 2. Justiça I. Título

99-4402

CDU-340.11

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito e justiça : Filosofia : 340.11



EDIPRO - Edições Profissionais Ltda.

Rua Conde de São Joaquim, 332 - Liberdade

CEP 01320-010 - São Paulo - SP

Fone (011) 3107-4788 - FAX (011) 3107-0061

E-mail: edipro@uol.com.br

Atendemos pelo Reembolso Postal

Índice

<i>Apresentação à Edição Brasileira</i> _____	9
<i>Nota do Tradutor</i> _____	15
<i>Nota à Tradução em Língua Portuguesa</i> _____	17
<i>Prefácio à Edição Inglesa</i> _____	19
<i>Prefácio à Edição Espanhola</i> _____	21
 <i>Capítulo I</i>	
<i>Problemas da Filosofia do Direito</i>	
§ 1. Terminologia e Tradição _____	23
1.1. O Problema do Conceito ou Natureza do Direito _____	24
1.2. O Problema do Propósito ou Idéia do Direito _____	25
1.3. O Problema da Interação do Direito e a Sociedade _____	26
§ 2. A Natureza do Direito _____	28
§ 3. Análise Preliminar do Conceito de "Direito Vigente" _____	34
§ 4. Os Ramos do Estudo do Direito _____	42
4.1. Ciência do Direito _____	45
4.2. Sociologia do Direito _____	46
§ 5. Em lugar de "Filosofia do Direito", "Problemas Jusfilosóficos" _____	48
§ 6. Discussão _____	51
 <i>Capítulo II</i>	
<i>O Conceito de "Direito Vigente"</i>	
§ 7. O Conteúdo do Ordenamento Jurídico _____	53
§ 8. A Vigência do Ordenamento Jurídico _____	59
§ 9. Verificação de Proposições Jurídicas Concernentes a Normas de Conduta _____	63
§ 10. Verificação de Proposições Jurídicas Concernentes a Normas de Competência _____	76
§ 11. Direito - Força - Validade _____	77
§ 12. Direito, Moral e outros Fenômenos Normativos _____	84
§ 13. Discussão: Idealismo e Realismo na Teoria Jurídica _____	91
§ 14. Discussão: Realismo Psicológico, Realismo Comportamentista e sua Síntese _____	97

A interpretação também é possível, mesmo na ausência de qualquer efeito de anulabilidade, se as normas de competência têm como efeito a responsabilidade. Isto significa que os tribunais - talvez um tribunal especial - devem ordenar sanções contra o responsável pelo excesso de competência. É o caso que ocorre quando um procedimento especial de *impeachment* é instituído visando a conferir efetividade à responsabilidade de um ministro por violação de regras constitucionais.

Se, entretanto, uma norma de competência não tem um ou outro desses efeitos, sua interpretação como norma de conduta indiretamente formulada dirigida aos tribunais não é possível. Tal pode ser o caso de umas poucas regras constitucionais, por exemplo, a regra da Constituição dinamarquesa, a qual exige que toda lei seja lida três vezes no Parlamento. Isto acarreta a consequência de que tais regras não podem ser consideradas como direito vigente no sentido que definimos aqui, porque de modo algum podem elas ser interpretadas como detentoras de diretivas aos tribunais para o exercício da força. Se, contudo, tais regras imperfeitas são comumente consideradas como integrantes do ordenamento jurídico, é porque possuem a mesma força moral-ideológica das regras do direito vigente (parágrafo 11). A questão é puramente terminológica e de pouca monta.

§ 11. DIREITO - FORÇA - VALIDADE

O precedente se baseia no entendimento de que um ordenamento jurídico nacional é um corpo de regras concernentes ao exercício da força física. Segundo um ponto de vista largamente difundido, a relação entre o direito e a força é definida de outra maneira: o direito, nesse ponto de vista, é constituído por regras que são respaldadas pela força.

Essa posição está fundada na consideração daquelas normas que no parágrafo 7 são chamadas de normas de conduta derivadas e em sentido figurado, tais como, por exemplo, a seção 62 do *Negotiable Instruments Act* entendido segundo seu conteúdo direto como uma diretiva ao aceitante de uma letra de câmbio. Com referência a elas, pode-se razoavelmente dizer que são respaldadas pela força: se o aceitante não pagar no dia do vencimento da letra, incorrerá no risco de juízo, sentença e execução.

E, no entanto, essa interpretação das normas do direito é inadmissível, já que se apóia em pressuposições falsas e conduz a conclusões inaceitáveis.

Apóia-se na pressuposição de que a diretiva da seção 62 dirigida ao aceitante da letra de câmbio é uma coisa, e a diretiva ao juiz para que respalde essa regra pela força, é uma segunda coisa independente. Entretanto, o que temos aqui não são duas normas distintas, mas sim dois aspectos da mesma norma. É dirigida ao juiz e condiciona a aplicação da compulsoriedade à conduta do aceitante, o que dá origem a um efeito reflexo: cria um motivo para que o aceitante da letra evite uma conduta que desencadeará o uso da força. Em outras palavras, cria um motivo para que o aceitante pague.

A interpretação segundo a qual o direito é constituído por regras respaldadas pela força é inadmissível por outra razão: resultaria na exclusão, do domínio do direito, de partes essenciais que estão indissolúvelmente conectadas às normas de conduta em sentido figurado, as quais têm o respaldo da força.

Em primeiro lugar, tal interpretação excluiria todas as normas de competência, visto não serem estas respaldadas pela força. Com base no ponto de vista que estamos criticando, sempre constituiu um problema saber como ser capaz de reconhecer como direito grandes áreas do direito constitucional e administrativo que são compostas de normas dessa espécie. Razões de coerência lógica nos obrigam a negar que tais áreas do direito possuam caráter jurídico, o que é disparatado, não tanto porque contradiz concepções correntes, mas porque tais normas - na qualidade de normas de conduta indiretamente formuladas - se acham numa coesão inseparável de significado com as normas de conduta diretas.

Em segundo lugar, essa interpretação alijaria as próprias normas que respaldam a aplicação do direito, nomeadamente, as normas secundárias que garantem as normas primárias de conduta. Não é possível evitar esta conclusão frisando que essas normas secundárias são elas mesmas respaldadas pela força mediante um conjunto de normas terciárias. Na maior parte dos casos, não haverá uma realidade social que corresponda a essa interpretação; ademais, ela meramente posterga o problema, já que não podemos seguir *ad infinitum* dispondo norma atrás de norma.

É forçoso, portanto, que insistamos que a relação das normas jurídicas com a força consiste no fato de que se referem à aplicação da força, e não que são respaldadas pela força.¹⁸

18. No que tange a este ponto de vista, estou em débito com Hans Kelsen. Ver, por exemplo, seu *Allgemeine Staatslehre* (1925), 17. Ponto de vista idêntico também é sustentado por Karl Olivecrona em *The Law as Fact* (1939), 134 e segs.

Intimamente ligada a esse problema está a questão sociológico-jurídica dos motivos que levam os seres humanos a agir de uma maneira lícita. Este problema escapa ao propósito deste livro, porém o abordaremos sumariamente aqui.

Como será sugerido de modo mais minucioso na seqüência (parágrafos 84 e 85), os motivos humanos podem ser divididos em dois grupos principais: 1. impulsos fundados em necessidades, nascidos a partir de um certo mecanismo biológico e experimentados como "interesses", e 2. impulsos inculcados no indivíduo pelo meio social e experimentados como um imperativo categórico que o "obriga" sem referência aos seus "interesses", ou mesmo em conflito direto com estes. Os motivos do segundo grupo são, por isso, facilmente interpretados em termos metafísicos como uma revelação na consciência de uma "validade" superior, que como "dever" se contrapõe à "natureza sensual humana" e aos interesses que surgem a partir desta. Ora, que papel desempenham essas experiências de motivos na vida jurídica da comunidade?

No que diz respeito às normas jurídicas em sentido próprio, isto é, as normas dirigidas ao juiz e que funcionam como padrões para sua decisão, é mister que definitivamente se tenha como pacífico que o juiz é motivado, primeira e principalmente, por impulsos desinteressados, pelo puro sentimento do dever, e não pelo temor das sanções legais ou por quaisquer outros interesses. As sanções legais que atingem a um juiz em função da forma como executa suas tarefas somente são possíveis em casos de desvios judiciais extremos (suborno e similares) e dificilmente têm um papel efetivo na prática. O motivo que leva os juízes a respeitar as normas não se encontra, portanto, na justiça retributiva. No que toca aos juízes dos tribunais superiores, o interesse em granjear ou preservar certa reputação profissional e fazer carreira pode desempenhar um papel, mas raramente o decisivo. Se os tribunais forem considerados coletivamente, encabeçados pela Corte Suprema, não haverá apelação possível contra as decisões que, de fato, adotem. A meu ver, é mister ter como ponto pacífico acima de qualquer dúvida (embora eu admita que é difícil suprir uma prova meticulosa disto) que jamais seria possível edificar um ordenamento jurídico eficaz se não existisse no seio da magistratura um sentimento vivo e desinteressado de respeito e obediência pela ideologia jurídica em vigor. É mister supor que as normas jurídicas em sentido próprio são observadas tão "voluntariamente" como as normas do xadrez.

A questão é mais complicada se voltarmos nossa atenção para as normas de conduta em sentido figurado, ou seja, aquelas que podem ser derivadas das normas de conduta propriamente ditas, por exemplo, a seção 62 do *Uniform Negotiable Instruments Act* segundo seu conteúdo direto. A consciência de que o comportamento contrário a essas normas de conduta traz consigo o risco de juízo, sentença e execução, indiscutivelmente gera um forte motivo para agir de uma maneira lícita. Isto é claramente confirmado pelo aumento dos crimes em circunstâncias excepcionais, quando a polícia e os tribunais não funcionam normalmente.¹⁹ Mas esta não é a razão única. A maioria das pessoas obedecem ao direito não só por receio da polícia e das sanções sociais extrajurídicas (perda da reputação, da confiança, etc), mas também por acato desinteressado ao direito. O cidadão comum, também, é animado - num maior ou menor grau - por uma atitude de acato ao direito, à luz do qual os governantes aparecem como "poderes legítimos" ou "autoridades", as exigências do direito como credoras de acato e a força que é exercida em nome do direito não é considerada como mera violência, mas sim justificada na qualidade do que respalda o direito. Quando as regras do direito estão bem estabelecidas, essa atitude se torna automática, de sorte que nenhum impulso surge no sentido de contrariar o direito. É presumível que apenas algumas poucas pessoas tiveram alguma vez que reprimir o desejo de cometer um assassinato.²⁰

Esse componente de motivação desinteressada, de cunho ideológico, é com freqüência descrito como consciência moral produzida pela tradicional observância do ordenamento jurídico. A ambigüidade do termo "moral" (parágrafo 12) pode gerar mal-entendidos. É verdade que a atitude que consideramos pode ser genuinamente reprovadora do ato ilícito, porém isso não é essencial. Comumente, essa atitude encerra mais caráter formal: é dirigida às instituições e importa o reconhecimento de sua "validade" como tais, independentemente do fato das exigências nas quais se manifestam poderem ser aprovadas como "moralmente certas" ou "justas". O direito é o direito, e tem que ser observado - dizem as pessoas - e aplicam esta máxima mesmo aos casos nos quais as exigências do direito estão em conflito com idéias de justiça aceitas. Para distinguir esta atitude da genuína atitude

19. Assim aconteceu na Dinamarca durante os sete meses da ocupação alemã.

20. Para uma discussão minuciosa da função motivadora ideológica do direito, ver Olivecrona, *op. cit.*, 150 e segs.

"moral", a expressão *consciência jurídica "formal" ou "institucional"* será aqui empregada para as primeiras, enquanto as últimas serão chamadas de *consciência jurídica "material" ou "moral"*.

Naturalmente, há um limite para o hiato possível entre as duas atitudes de consciência jurídica. Quando este limite é alcançado, o respeito dirigido ao governo e ao direito é substituído por uma consciência revolucionária. Um cálculo estratégico das possibilidades de êxito determinará que essa consciência rebelde force a coisa e atinja o conflito franco. Se o tempo para a revolução não estiver, contudo, ainda maduro, a tarefa tática será solapar a ordem social existente mediante obstrução e propaganda.

Aqueles que estão submetidos a um regime efetivo de força nem sempre o experimentam como válido. Nos casos em que um regime efetivo existente não recebe aprovação ideológica na consciência jurídica formal dos governados (submetidos), sendo sim obedecido unicamente por temor, estes não o experimentam como um "ordenamento jurídico", mas sim como um ditado de força ou violência. O governante não é, então, "autoridade" ou "poder legítimo", e sim um perpetrador de violência, um tirano, um ditador. Isto se aplica, por exemplo, à população de um país ocupado e à sua atitude ante o regime de força que é sustentado unicamente pelo poderio militar, ou às minorias permanentes (nacionais, religiosas, raciais) hostis à maioria governante.²¹

Essas reações emocionais são as experiências que dão à palavra *law* (e ainda mais ao alemão *Recht* e ao francês *droit*) o matiz emocional que faz da mesma um "título de honra" (parágrafo 7); e elas são a fonte da noção metafísica de "validade" como uma qualidade moral-espiritual atribuída a um "ordenamento jurídico" em contraposição a um "regime de violência". De um ponto de vista "cognoscitivo-descriptivo", e este tem que ser o ponto de vista da filosofia do direito como uma atividade teórica, é impossível, todavia, distinguir entre um "ordenamento jurídico" e um "regime de violência", porque a qualidade de validade que se prestaria para caracterizar o direito não é uma qualidade objetiva do ordenamento ele mesmo, mas apenas uma expressão da maneira na qual o ordenamento é experimentado

21. A respeito das minorias permanentes, ver Alf Ross, *Why Democracy?* (1952), pp. 191-192.

por um indivíduo. O mesmo ordenamento, portanto, pode ser para uma pessoa um "ordenamento jurídico" e para outra, um "regime de violência". Seria possível, por certo, limitar o conceito de direito por meio de uma caracterização psicológica social objetiva, de tal modo que só chamaríamos um ordenamento de "jurídico" se recebesse aprovação ideológica da maioria das pessoas submetidas a ele. Entretanto, não vejo nenhuma vantagem nisto, sendo, na verdade, uma desvantagem ligar o conceito a um critério difícil de ser manejado na prática. Ademais, recebendo ou não aprovação, o ordenamento é um fato que requer descrição e que pode ser descrito exatamente da mesma maneira que é descrito um "ordenamento jurídico", isto é, como normas concernentes ao exercício da força. Como assinalamos no parágrafo 7, uma tal terminologia descritiva é destituída de quaisquer conseqüências morais.

Temor e respeito, os dois motivos que caracterizam a experiência do direito, estão reciprocamente relacionados.²²

A força exercida pela polícia e as autoridades executivas não se baseia exclusivamente em fatores físicos, tais como de homens à sua disposição, seu treino e armamento, mas também em fatores ideológicos. Conspirassem em conjunto todo os cidadãos particulares e seriam indubitavelmente mais fortes do que a polícia. Mas isto não acontece. O cidadão acatador da lei respeita a polícia. O poder da polícia baseia-se, majoritariamente, nesse respeito em conjunção com o sentimento que a própria polícia tem de que está exercendo a sua autoridade "em nome da lei". Para generalizar, pode-se dizer que os meios físicos de compulsão têm sempre que ser operados por seres humanos. O controle dos meios de compulsão depende, portanto, do poder ou domínio de que são detentores os seres humanos que operam esses meios. Este domínio, por sua vez, pode estar parcialmente - mas nunca inteiramente - baseado na força. Em última instância, devem existir normas para o exercício da força que não são, elas mesmas, respaldadas pela força, mas que são acatadas em virtude de um respeito isento de temor. Um homem forte mediante a força física por si só pode lograr o domínio sobre uns poucos outros seres humanos. Em sociedades de qualquer tamanho que pressuponha um aparato organizado do poder operado por outros seres humanos, isso

22. Esta idéia é desenvolvida mais minuciosamente em meu livro *Towards a Realistic Jurisprudence* (1946), cap. IV, 3.

não é possível. Nenhum Hitler pode aterrorizar uma população sem que, ao menos no âmbito do grupo que maneja o aparato da força, haja uma obediência em alguma medida voluntária. Em última análise, todo poder tem uma base ideológica.²³

O poder compulsivo do direito é, deste modo, uma função de sua "validade". Inversamente, esta última é também uma função da força efetivamente exercida. Posto que a obediência é fortalecida pelo costume, toda ordem mantida de fato, incluso aquela que se apóia principalmente na mera força, tende a se transformar numa ordem ideologicamente aprovada. Este é o fenômeno que foi descrito pelo filósofo do direito alemão Georg Jellinek como "a força normativa do realmente existente." Todo poder soberano *de jure* tem como antecessor um poder soberano *de facto*. "O tempo que a tudo dá remédio", como diz o brocardo popular, também cumpre sua obra nesta esfera.

O temor e o respeito, por um lado, a força e a "validade", por outro, se condicionam reciprocamente, e isto vale tanto para uma análise estática da vida jurídica num determinado momento quanto para uma descrição histórica evolucionista. Nenhum dos dois fatores precede ao outro.

Estas observações pretendem arrojara nova luz ao velho problema da relação entre o direito e o poder, que tem dado lugar a muitíssimas especulações metafísicas. Segundo o ponto de vista metafísico tradicional, o direito e o poder estão diametralmente em oposição. O direito é o idealmente válido, um sistema de normas obrigatórias e a soberania é a capacidade de criar direito e obrigar aos outros. O poder é um fato social, o domínio sobre seres humanos, a capacidade para motivá-los a agirem de acordo com a vontade daquele que exerce o poder. Nesta base é possível fiar uma dialética interminável acerca da relação entre o direito e o poder. Para sua realização, o direito necessita o poder "por trás" de si. Porém, como pode isto ocorrer sem que o direito capitule ante o poder? Como é possível que o poder crie direito? Rende-se este à espada?

23. No mesmo sentido, R. M. MacIver em *The Web of Government* (1947), 16: "A força não pode, por si só, manter um grupo unido. Um grupo pode dominar pela força o resto da comunidade, mas o grupo inicial, já submetido ao governo antes que este pudesse dominar, não está aglutinado pela força. Os conquistadores podem impor sua vontade por meio da força sobre os conquistados, mas os conquistadores foram eles próprios primeiramente unidos por algo distinto da força... Em todo governo constituído algum tipo de autoridade se acha por trás da força."

Um ponto de vista realista não vê o direito e o poder como opostos. Se por poder social entendemos a possibilidade de dirigir as ações de outros seres humanos, então o direito é um instrumento de poder, e a relação entre os que decidem o que há de ser o direito e os que estão submetidos a esse direito é uma relação de poder. O poder não é alguma coisa que se posta "por trás" do direito, mas sim alguma coisa que funciona por meio do direito. O problema que em termos metafísicos é formulado como uma questão sobre as relações externas entre o direito e o poder, é, na realidade, uma questão tocante à relação entre o temor e o respeito como motivos que integram as relações de poder político-jurídicas - em suma, a questão que acabou de ser discutida.

De acordo com os recursos e a técnica empregados no exercício do poder é possível distinguir diversas formas típicas do poder, a título de exemplos: o poder da violência, o poder econômico, o poder espiritual e o poder da personalidade.²⁴ O poder político ou poder do Estado é o poder exercido mediante a técnica do direito ou, em outras palavras, mediante o aparato do Estado, que é um aparato para o exercício da força. Mas a função desse aparato está, como vimos, condicionada por fatores ideológicos, a consciência jurídica formal. O poder daqueles que controlam o aparato do Estado está subordinado ao fato de que eles ocupam as posições-chaves que, de acordo com a Constituição, outorgam a competência jurídica para exercer esse poder. Todo poder político é competência jurídica. Não existe um poder "nu", independente do direito e de sua base.

Não é necessário, decerto, que o fundamento ideológico de um regime político compreenda a totalidade da população de governados. Na nossa geração a experiência demonstrou tragicamente que é possível para um grupo relativamente pequeno, animado por uma consciência revolucionária, apoderar-se do aparato existente do Estado, mudar o seu pessoal e exercer um domínio que a maior parte da população tem como um regime de violência e terror.

§ 12. DIREITO, MORAL E OUTROS FENÔMENOS NORMATIVOS

No parágrafo 7 asseveramos que se o problema é considerado cientificamente, quer dizer, se a palavra "direito" é libertada de sua

24. Ver Bertrand Russell, *Power* (1938).