

JULIANA ALMENARA ANDAKU

ANÁLISE JURÍDICA DA TEORIA DE ALF ROSS

MESTRADO EM DIREITO

PUC/SP
SÃO PAULO
2005

JULIANA ALMENARA ANDAKU

ANÁLISE JURÍDICA DA TEORIA DE ALF ROSS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, Área de Concentração em Filosofia do Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho.

PUC/SP
SÃO PAULO
2005

Aos meus pais, Oswaldo e Dolores, meu marido, Lorenzo, e meus irmãos, Fabio e Rafael, que sempre me apoiaram e incentivaram, e são responsáveis pelo meu sucesso.

AGRADECIMENTOS

Ao chegar ao fim de mais esta etapa da minha vida, gostaria de expressar os meus sinceros agradecimentos...

Primeiramente a Deus, pois sem Sua presença nada seria possível.

Ao meu Orientador, Professor Willis Santiago Guerra Filho, pela incansável paciência, pelos conselhos concedidos e por ter me acolhido como sua orientanda.

Ao meu querido amigo Alessandro Hirata, pela atenção, incentivo e ajuda, sem os quais não poderia ter concluído este trabalho. À Margareth e Frank Badino, pelo imenso trabalho despendido para conseguir os livros na Dinamarca.

Aos meus familiares, por terem sempre acreditado no meu sucesso e me apoiado em todos os momentos.

A todos os amigos, em especial Fabiana Helena, por terem me apoiado com amizade e companheirismo.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo apoio financeiro para a realização desta pesquisa.

RESUMO

O presente trabalho em filosofia do direito busca analisar o pensamento de Alf Ross (1899 – 1979), baseando-se na análise de algumas de suas obras, em especial os artigos compilados no livro em comemoração aos 100 anos de nascimento do autor, bem como a influência exercida por Hägerström, Lundstedt e Olivecrona em seu pensamento e buscando também enquadrar sua obra no contexto histórico em que viveu.

A idéia principal do trabalho é o estudo do próprio conceito de Direito, em alguns casos, da maneira como o Direito se manifesta e é estudado na obra de Alf Ross e como esse assunto é tratado nos diferentes livros e artigos lidos, analisando eventuais mudanças de posicionamento ou tratamento do tema no decorrer do tempo e quais as influências sofridas nestes períodos (doutrinárias, históricas ou pessoais).

No primeiro capítulo, analisa-se o período histórico em que Alf Ross viveu e as mudanças ocorridas na sua vida pessoal e profissional, para que se compreenda até que ponto seu pensamento foi influenciado por estes fatos. No segundo capítulo, volta-se às origens do pensamento de Alf Ross, com o estudo dos três juristas suecos que o precederam na corrente do Realismo Escandinavo, Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt e Karl Olivecrona. Já no terceiro capítulo, faz-se uma revisão bibliográfica das obras de Ross, com ênfase em suas obras originais em dinamarquês.

O objetivo desta pesquisa é realizar um estudo aprofundado dos trabalhos de Alf Ross, representados por seus livros e artigos, alguns inéditos no Brasil. A dissertação busca resgatar a essência do pensamento de Alf Ross, com a análise exaustiva de suas obras, além do estudo de suas influências doutrinárias e pessoais, para que seja possível traçar um panorama o mais amplo possível de seus trabalhos.

ABSTRACT

This paper analyzes Alf Ross's thought (1899 – 1979), based in some of his works, specially the articles published in the book celebrating the centenary of his birthday, as well as the influence he suffered from Hägerström, Lundstedt and Olivecrona, also trying to study his work in the historical period which he had lived.

The main idea of this paper is to study the law concept in Alf Ross's thought. In some cases, it will be the way law is expressed and studied in Alf Ross's works and how this subject is analyzed in his books and articles, trying to see if there were changes in the way he treated this subject in time and which were the influences he suffered this period (doctrinarian, historical or personal).

In the first chapter we analyze the historical period he has lived and the changes that happened in his personal and professional life, to understand the way his thought was influenced by these facts. In the second chapter, we turn back to the sources of Alf Ross's thought, studying the three Swedish jurists that preceded him in the Scandinavian Realism theory. In the third chapter, we make a bibliographic revision of Ross's works, emphasizing his works in Danish.

The objective of this research is to deep our knowledge of Alf Ross's works, presented in his books and articles, some of them unpublished in Brazil. This paper tries to recover the essence of Alf Ross's thought, analyzing thoroughly his works, as well as the doctrinarian and personal influences, to make possible to draw the largest prospect of his works.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	01
-----------------------	----

CAPÍTULO 1

Introdução.....	03
-----------------	----

CAPÍTULO 2

A Influência Histórica e Pessoal na Teoria de Alf Ross

2.1 A Dinamarca de 1899 a 1979.....	09
2.2 A Vida Pessoal e Profissional de Alf Ross.....	13

CAPÍTULO 3

A Influência Doutrinária da Escola de Uppsala na Teoria de Alf Ross

3.1 O Realismo Escandinavo.....	23
3.2 Axel Hägerström.....	24
3.3 Anders Vilhelm Lundstedt.....	41
3.4 Karl Olivecrona.....	51
3.5 A Influência Exercida sobre Alf Ross.....	64

CAPÍTULO 4

A Teoria Jurídica de Alf Ross

4.1 Primeira Fase (1925 – 1945).....	68
4.2 Segunda Fase (1946 – 1960).....	84
4.3 Terceira Fase (1961 – 1979).....	124

CAPÍTULO 5

Conclusão.....	155
----------------	-----

BIBLIOGRAFIA	159
---------------------------	-----

PREFÁCIO

Ao iniciar o mestrado em filosofia do direito, a única certeza que tinha era a de que iria escrever sobre Alf Ross, por ser ele dinamarquês e pela possibilidade de acesso aos seus livros no original, o que me possibilitaria uma imagem diversa da que outros pesquisadores tiveram sobre sua obra, além de poder ter acesso a livros, teses e artigos pouco divulgados deste autor, por não terem sido traduzidos para outras línguas.

Todavia, a verdade é que meu conhecimento sobre Alf Ross limitava-se a alguns textos lidos durante as aulas de Introdução ao Estudo do Direito, ainda no primeiro ano de graduação. Não sabia da imensa produção literária do autor, nem da necessidade de, para entendê-lo, estudar também a escola doutrinária de que fez parte e os autores que o precederam na corrente do Realismo Escandinavo.

Além disso, após a leitura de tantas obras, que no geral buscavam compreender o Direito em sua essência, tive receio de não ser capaz de filosofar. Afinal, o que seria o esperado de uma dissertação em filosofia do direito? Parecia-me necessário que revolucionasse o pensamento jurídico, o que seria impossível.

A solução veio através do conceito de Foucault sobre filosofia, dada na entrevista intitulada *“Qu’est-ce qu’un philosophe?”*. Segundo ele, partindo da leitura de Nietzsche, pode-se dizer que o filósofo é aquele que diagnostica o estado do pensamento, existindo, assim, dois tipos de filósofo: “aquele que abre novos caminhos para o pensamento (exemplifica citando Heidegger) e aquele que desempenha, de algum modo, o papel de arqueólogo, ao estudar o espaço no

qual se desenvolve o pensamento, bem como as condições de tal pensamento e seu modo de constituição”¹.

Assim, pode-se fazer filosofia sem “abrir novos caminhos para o pensamento”, somente entendendo o pensamento, fazendo o estudo do desenvolvimento, condições e modo de constituição deste pensamento. E é este o intuito do presente trabalho, estudar o pensamento de Alf Ross em todas estas dimensões, para melhor compreendê-lo e tentar adaptar suas idéias ao ordenamento jurídico brasileiro.

Como bem afirmou o próprio Alf Ross, na introdução de sua tese de doutorado:

*“Vi ser ikke Tingerne, saadan som de er, men saadan vi lærer at se dem. Filosofiens Kunst består i at glemme, hvad vi har lært.”*² (Nós não vemos as coisas como elas são, mas como nós aprendemos a vê-las. A arte da filosofia nos serve para esquecer o que aprendemos).

¹ Tradução de Marcio Alves Fonseca, *Michel Foucault e o direito*, p. 22, Max Limonad: São Paulo, 2002.

² Ross, Alf. *Virkelighed og gyldighed i retslæren*, Copenhagen: Levin & Munksgaard, 1934, p. 17.

CAPÍTULO 1

INTRODUÇÃO

Esta dissertação em filosofia do direito, orientada pelo professor Willis Santiago Guerra Filho, busca analisar o pensamento de Alf Ross (1899 – 1979), baseando-se na análise de algumas de suas obras, em especial os artigos compilados no livro em comemoração aos 100 anos de nascimento do autor, bem como a influência exercida por Hägerström, Lundstedt e Olivecrona em seu pensamento e buscando também enquadrar sua obra no contexto histórico em que viveu.

Em seus escritos, Alf Ross estabelece entre fato e norma uma linha de continuidade estrita, por entender que não há qualquer dualismo entre realidade e valor. Assim, somente admite regras de direito suscetíveis de verificação empírica, ou seja, que são estabelecidas em função de fatores observáveis, ou então, que possam ser reduzidas logicamente a enunciados normativos já comprovados. Nesse contexto, a regra jurídica é considerada vazia de conteúdo axiológico e sua validade repousa sobre um “juízo probabilístico” sobre sua futura aplicação pelos órgãos judiciários³.

O professor dinamarquês escreve que “Cada ordem fática possui a tendência de revelar sua correspondente causa natural e, com isso, a idéia de validade (‘o poder normativo fático’). Ou o contrário: cada idéia de validade possui a tendência de, por intermédio de sua causa fundamental, desenvolver-se em uma ordem fática”.⁴

³ Conforme Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, 20ª ed., p. 329/330, São Paulo: Saraiva, 2002.

⁴ “Enhver faktisk orden hartilbøjelighed til at fremkalde en tilsvarende umiddelbar motivationsindstilling og dermed en gyldighedsforestilling (‘det faktiske normative kraft’). Og omvendt: en hver

Podemos dividir o seu pensamento em três fases, que serão detalhadamente explicadas nesta dissertação. Primeiramente, podemos destacar suas obras iniciais, publicadas nas décadas de 1920 e 1945, como *Theorie der rechtsquellen (ein beitrage zur theorie des positiven rechts auf grundlage dogmenhistorischer unterzuchungen)*, de 1929, *Virkelighed og gyldighed i retslæren: en kritik af den teoretiske retsvidenskabs grundgreber*, de 1934, e *Bevisbyrdelæren i Støbeskeen?*, artigo em homenagem a Karl Olivecrona, de 1930. Nesta fase, ressalta-se a influência de seus mestres, Axel Hägerström e Hans Kelsen, como também de outros pensadores do Realismo Escandinavo, como Vilhelm Lundstedt e o próprio Olivecrona.

A segunda fase de Ross, iniciada após a Segunda Grande Guerra, é extremamente fértil, e tem como principal característica a aproximação com o Realismo Americano, tendo o autor buscado publicar suas obras em inglês e adaptado alguns de seus conceitos e exemplos para o direito anglo-saxão. São deste período suas obras mais conhecidas, como *Direito e justiça*, de 1953, *Towards a realistic jurisprudence – a criticism of the dualism in law*, de 1946, *Statsretlige studier*, de 1959, e *Hvorfor demokrati?*, de 1949. Esta abertura acaba por gerar o debate de suas obras por outros juristas, como a crítica de Hart, no artigo *Scandinavian realism*, de 1959, que levou Ross a reformular alguns de seus conceitos.

Na terceira e última fase, que se inicia a partir de 1960, Ross volta-se para os problemas políticos (ou do poder), o direito internacional e a solução prática dos litígios jurídicos. Esta mudança pode ser explicada pelo cargo de juiz do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que assume entre 1959 e 1971. Desta época, destacam-se suas obras *Directive and Norms*, de 1968, *Skyld, ansvar og straf*, de 1970, e *The United Nations: peace and progress*, de 1963, além de inúmeros

gyldighedsforestilling har tilbøjelighed til gennem den bagvedliggende motivationsindstilling at udvikle sig i en faktisk orden”. Om ret og retfærdighed, s. 71. København, 1953.

artigos publicados em jornais e revistas, ou seja, voltados para o público leigo, como *Kongens rolle efter valg*, *Blufærdighed og moralsk forargelse*, *Skal Danmark forbyde krigspropaganda?*, *Bag Nürnbergdommens kulisser* e *Korea, Vietnam og anti-amerikanismen*.

A idéia principal será o estudo do próprio conceito de Direito, em alguns casos, da maneira como o Direito se manifesta e é estudado na obra do professor dinamarquês e como esse assunto é tratado nos diferentes livros e artigos lidos, analisando se houve mudanças de posicionamento ou tratamento do tema no decorrer do tempo e quais as influências sofridas nestes períodos (doutrinárias, históricas ou pessoais).

No primeiro capítulo, iremos analisar no período histórico em que Alf Ross viveu e as mudanças ocorridas na sua vida pessoal e profissional, para compreendermos até que ponto seu pensamento foi influenciado por estes fatos. O foco principal será a Segunda Guerra Mundial e os quatro anos de ocupação alemã na Dinamarca, que levaram o autor a repensar várias figuras jurídicas e até mesmo o papel e o conceito do direito neste novo panorama mundial. Outro fato importante, já mencionado anteriormente, será a transformação provocada em seu pensamento após assumir o cargo de juiz do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, onde permaneceu por doze anos.

No segundo capítulo, voltaremos às origens do pensamento de Alf Ross, com o estudo dos três juristas suecos que o precederam na corrente do Realismo Escandinavo, Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt e Karl Olivecrona. Ao analisar algumas obras destes autores, procuramos encontrar as premissas para a doutrina desenvolvida por Ross, qual foi o seu ponto de partida, para podermos compreender todo o desenvolvimento jusfilosófico de sua obra.

Já no terceiro capítulo faremos uma revisão bibliográfica das obras estudadas de Ross, com ênfase no livro *Ret som teknik, kunst og vinding*, de 1999, em

comemoração ao centenário de seu nascimento e que traz uma coletânea de 29 artigos publicados pelo autor durante mais de 50 anos, alguns praticamente inéditos para a comunidade jurídica estrangeira, por se tratar de artigos de jornais e de revistas dinamarquesas.

Durante as três fases, iremos também ressaltar a influência dos autores do realismo escandinavo, já estudados, na doutrina desenvolvida por Ross, e se esta influência foi modificada nas suas obras posteriores. Além disso, buscaremos inserir os fatos históricos e os acontecimentos vividos pelo autor na sua obra, analisando se estes acontecimentos trouxeram modificações no seu pensamento.

Deste modo, o objetivo desta pesquisa é realizar um estudo aprofundado dos trabalhos de Alf Ross, representados por seus livros e artigos, alguns quase inéditos no Brasil. A utilização de comentaristas do autor será feita de modo secundário, somente levando em consideração referências precisas sobre alguns dos temas aqui tratados, na medida em que a proposta fundamental deste trabalho é uma discussão mais detida nos próprios textos e trabalhos de Ross.

Para que não haja divergências na nomenclatura dos institutos jurídicos analisados, iremos nos valer da tradução realizada por Edson Bini de *Direito e Justiça*, bem como dos vários conceitos de Ross trabalhados pioneiramente pelo professor Tércio Sampaio Ferraz Jr, em sua obra *Introdução ao Estudo do Direito*, cuja tradução de alguns termos não são literais, mas são os que melhor se adaptam à nossa língua, não levando a interpretações dúbias. Além disso, o fato de tais palavras já estarem consagradas em nosso meio jurídico facilitará a compreensão dos leitores.

Além disso, nos basearemos também nas obras do professor Ari Marcelo Sólón, que vem pesquisando continuamente o Realismo Escandinavo no Brasil, tendo sido o primeiro a tratar detalhadamente das obras de Hägerström, Lundstedt e Olivecrona. Buscaremos empregar a mesma tradução das obras destes juristas

suecos realizadas por Sólon, baseada principalmente em sua tese de livre-docência *O problema do dever jurídico à luz de uma teoria realista do direito*.

Sendo a filosofia uma tentativa de pensar diferentemente as coisas, a intenção do presente trabalho é propor, a partir dos trabalhos de Alf Ross, que possamos ver o direito por outros ângulos. Com isto, não se pretende realizar algo inédito, mas iremos considerar o nosso ponto de vista em relação às obras estudadas, muitas vezes em detrimento de outros, talvez mais utilizados e conhecidos.

Em todos os livros de Alf Ross pode-se notar seu intenso trabalho para expor as idéias dos outros juristas, seja para complementá-los ou rebatê-los. Alf Ross produziu diversas obras, por mais de 50 anos, tendo renovado continuamente seu pensamento e abordado os mais diversos campos do direito. Sendo assim, torna-se quase impossível a tarefa de analisar todas as suas obras, em todos os seus ângulos, ou de buscar realizar um retrato completo do autor.

Os conceitos de direito que serão estudados são apenas aqueles que podem ser encontrados nos diversos momentos das obras de Ross. Nosso estudo se limitará à identificação e à discussão destes conceitos tais como aparecem no pensamento do autor, procurando somente reconhecer estes conceitos presentes nos trabalhos do professor dinamarquês.

Ressalta-se que as traduções realizadas neste trabalho, principalmente dos textos em dinamarquês, são livres e, muitas vezes, tratam-se apenas de uma interpretação geral do texto pela autora, buscando transmitir da melhor maneira o pensamento de Ross. Para que não haja controvérsias, parte dos textos em dinamarquês será copiado em nota de rodapé, bem como todos os outros livros e textos terão a menção da página no qual aquelas referências podem ser encontradas. Para melhor compreensão, somente os títulos em dinamarquês serão traduzidos para o português. Nos demais casos, será colocado entre

parênteses a língua original em que o texto foi escrito, caso tenha sido analisada uma tradução.

Esta dissertação, assim, buscará resgatar a essência do pensamento de Alf Ross, com a análise exaustiva de suas obras, além do estudo de suas influências doutrinárias e pessoais, para que seja possível traçar um panorama o mais amplo possível de seus trabalhos e, apesar das limitações de tempo e da impossibilidade de acesso a todas as suas obras, também o mais completo possível.

CAPÍTULO 2

A INFLUÊNCIA HISTÓRICA E PESSOAL NA TEORIA DE ALF ROSS

Antes de iniciarmos a explicação sobre a teoria jurídica desenvolvida por Alf Ross, entendemos ser necessário compreender o contexto histórico em que viveu, bem como as mudanças e influências pessoais que o autor sofreu. Deste modo, iremos explicar, brevemente, a história da Dinamarca da segunda metade do século XIX até 1980. Além disso, também nos parece necessário expor a biografia de Ross, sua família e seus mestres, bem como quais as doutrinas jusfilosóficas existentes naquela época, para melhor entendermos contra e a favor de quais teorias Ross se manifesta em seus escritos.

2.1 A DINAMARCA DE 1899 A 1979

Para melhor compreendermos qual era o contexto histórico, no período em que nasceu Alf Ross, em 1899, precisamos iniciar nossa narrativa sobre alguns fatos importantes que ocorreram na Dinamarca na segunda metade do século XIX. Em 1849, a Dinamarca, após quase 200 (duzentos) anos de absolutismo, torna-se uma monarquia constitucional, com a promulgação da Constituição do Reino da Dinamarca em 5 de junho, e instituindo o cargo de primeiro ministro, chamado *konseilspræsident*.

Com a Constituição e a auto-proclamação do rei Frederik VII como rei constitucional, os ducados de Slesvig (ou Schleswig, em alemão) e Holstein se revoltaram, pois possuíam a maior parte da população alemã e queriam a incorporação dos ducados à Confederação Alemã. Com isto, iniciou-se a primeira guerra de Slesvig (1848 -1851), que terminou com a vitória da Dinamarca e, após grandes mediações com os ducados, a permanência de Slesvig-Holstein no

território dinamarquês. Todavia, não havia sido encontrada uma solução satisfatória para as principais questões que ocasionaram esta guerra.

Em 1863, o parlamento dinamarquês aprovou a Constituição de Novembro, separando Holstein e Lauenburg do reino, enquanto continuava incorporando Slesvig. Esta era uma clara infração aos acordos feitos sobre estes ducados, pois sempre houve a promessa de que os três territórios nunca seriam separados. Diante desta situação, o chanceler prussiano Otto von Bismarck declarou guerra à Dinamarca em nome da Confederação Alemã. O resultado desta segunda guerra de Slesvig foi a derrota humilhante da Dinamarca em 1864, que foi obrigada a ceder os três ducados à Alemanha. Com isto, o reino perdeu um terço de sua área total e de sua população, além do fato de que cerca de 200.000 (duzentos mil) dinamarqueses foram deixados ao sul da nova fronteira.

Com esta perda, a Dinamarca, que já havia possuído também a Suécia e a Noruega, adquiriu o menor tamanho de toda a sua história. Com esta idéia em mente, o trabalho da regeneração nacional começou com o lema “perdas externas devem ser compensadas por ganhos internos”. Com isto, desenvolveu-se um trabalho de cooperativa, com turnos em larga escala, para a agricultura e a pecuária, em pequenos sítios familiares. A industrialização do país também se acelerou, criando uma classe trabalhadora típica nas cidades. Em 1884, os primeiros Sociais Democratas foram eleitos para o parlamento dinamarquês, o *Folketing*. O número de assentos do partido somente aumentou a cada eleição.

É neste contexto histórico que Alf Ross nasce, em Nørrebro, cidade vizinha a Copenhague, em 1899.

Em 1901, o parlamentarismo é introduzido no país, tornando-se o primeiro ministro (*Statsminister*) o chefe de governo, com todos os poderes inerentes ao cargo, e restando ao rei somente a chefia do estado. Em 1905, o partido Social Liberal (Det Radikale Venstre) separou-se do partido Liberal, reunindo principalmente os

intelectuais urbanos e pequenos proprietários. Estabelece-se, assim, uma tendência partidária que domina a política dinamarquesa até 1973. Caracteriza-se pelo fato de nenhum partido conseguir alcançar a maioria por si só. Deste modo, o compromisso entre partidos torna-se uma condição básica da política dinamarquesa. A atitude de obter o consenso é ainda um dos elementos-chaves da cultura política na Dinamarca.

Em 1920, dois eventos políticos abalaram a Dinamarca. Em abril, o rei Christian X, em tentativa de retomar os poderes políticos da casa real, destituiu o parlamento legitimamente eleito, provocando uma enorme revolta popular, conhecida como Crise da Páscoa (*påskekrisis*), que acabou por reafirmar o poder do parlamento dinamarquês, composto pelos escolhidos do povo. Também neste ano, por um referendo popular, a porção norte do Slesvig retorna para a Dinamarca, enquanto sua porção sul e Holstein decidem permanecer alemães.

Buscando adotar uma política cautelosa de neutralidade, devido ao temor pela Alemanha após a derrota de 1864, a Dinamarca manteve-se neutra durante a Primeira Guerra Mundial e a indústria e o comércio dinamarqueses beneficiaram-se com as condições existentes no período de guerra. Na esperança de superar a tempestade, a mesma atitude foi tomada quando o tempo tornou a se fechar depois que Hitler assumiu o poder na Alemanha em 1933. Todavia, desta vez a neutralidade não funcionou e, em 9 de abril de 1940, as tropas alemãs “pacificamente” ocuparam a Dinamarca.

O governo Social Liberal e Social Democrata, liderado por Thorvald Stauning e pelo rei Christian X, decidiu desistir da luta e, relutantemente, iniciou a colaboração com o poder invasor, buscando, com isso, obter melhores condições de sobrevivência para a população. Entretanto, a resistência popular contra os invasores, apoiada pelos britânicos, aumentou a tal ponto que a política de colaboração ruiu em agosto de 1943. O governo renunciou e o parlamento cessou suas funções. A ficção da “ocupação pacífica” desmoronou e os últimos 18 meses

de guerra foram marcados por uma crescente resistência armada aos alemães e o aumento de suas represálias brutais. Ao final da guerra, o movimento de resistência contava com cerca de cinquenta mil membros.

Apesar de sua posição ambígua, a Dinamarca obteve, ao final da guerra, o reconhecimento como aliado, devido às atividades do movimento de resistência, e foi, por isso, convidada a ser um dos membros fundadores da Organização das Nações Unidas, em 1945. Juntamente com a Noruega, juntou-se a Organização do Atlântico Norte (OTAN) em 1949, abandonando, com isso, a política de neutralidade que foi um elemento central da política de segurança do país desde 1864.

O plano de assistência Marshal, de 1948, iniciou uma enorme modernização do setor primário dinamarquês, sendo que, a partir da segunda metade da década de 50, a industrialização progrediu enormemente. Em 1963, pela primeira vez, o valor das exportações industriais superou o da agricultura. Ao mesmo tempo, um programa de bem estar social foi implementado, baseado no princípio de que todos os cidadãos possuem direito a receber benefícios sociais pelo sistema legal. Criou-se, assim, o modelo de bem estar dinamarquês, caracterizado por uma grande rede de segurança social desenvolvida, em conjunto com uma pesada carga de tributos.

A economia dinamarquesa do pós-guerra tornou-se extremamente internacional. O país não participou das negociações que, em 1957-1959, levaram à criação da Comunidade Econômica Européia (CEE), mas, em 1960, passou a integrar a Associação Européia de Livre Mercado, conjuntamente com a Grã-Bretanha, que era o país com maiores relações comerciais com a Dinamarca.

A Dinamarca somente foi se unir à Comunidade Econômica Européia em 1973, novamente junto com a Grã-Bretanha. Desde então, o relacionamento com a Comunidade (a partir de 1993, União Européia) foi sempre um assunto doméstico

altamente explosivo, dividindo a população em dois lados quase do mesmo tamanho.

Deve-se ressaltar, ainda, que, as revoltas da juventude de 1968, que sacudiram a Europa, bem como o crescente sentimento contrário às altas tributações, levaram a mudanças bruscas nas eleições dinamarquesas de 1973. O tradicional apoio aos quatro partidos tradicionais caiu de 84% para somente 58% e um expressivo número de novos partidos de protesto – o Partido Progressista (*Fremskridtpartiet*), o Partido Central (*Centrum-Demokraterne*) e o Partido Popular Cristão (*Kristelig Folkeparti*) – entraram na cena parlamentar.

É neste período de mudança política e grande discussão sobre a participação da Dinamarca na Comunidade Econômica Européia que Alf Ross falece, em 17 de agosto de 1979.

2.2 A VIDA PESSOAL E PROFISSIONAL DE ALF ROSS

Alf Niels Christian Hansen-Ross nasceu em 10 de junho de 1899 e cresceu numa família de classe média tradicional em Nørrebro, Copenhague. Seu pai, Frederik Hansen-Ross, era procurador do Ministério das Finanças e, mais tarde, do Ministério dos Negócios. Sua mãe, Johanne, era dona de casa. Alf Ross teve duas irmãs, uma mais velha e outra mais nova, Irmã e Yrsa. Seu lar não era extremamente religioso, motivo pelo qual, talvez, Ross logo se interessou pela educação e pela ciência, e tornou-se, por si mesmo, ateu.

Seu interesse pelo direito e a ciência não se encontrava já definido quando ele, em 1917, prestou seus exames (*studentereksamen*) para a *Vesterborgerdyb Skole* em matemática e ciências naturais. Começou, assim, seus estudos pela escola politécnica. Mas, somente após um semestre, largou o curso e iniciou-se no que

seria sua carreira definitiva: o direito. O interesse pelas ciências naturais ou matérias técnicas nunca o abandonou, tendo influenciado-o na sua busca para entender a filosofia do direito, assunto sobre o qual debruçou-se com afincos mais tarde.

Em 1922, prestou o exame oficial para juristas e, no ano seguinte, casou-se com Else-Merete Helweg-Larsen, que, após o casamento, assumiu o sobrenome Ross. Else-Merete terminou seus estudos na universidade e trabalhou como professora de alemão e educação física. Ela era autenticamente engajada com os problemas sociais e, por isso, entrou para o Parlamento dinamarquês (*Folketing*), pelo partido Social Liberal (*Det Radikale Venstre*). O casal teve três filhos: Strange, Lone e Ulrik.

A inspiração para trabalhar com a filosofia do direito analítica abraçou Alf Ross quando, em viagem de estudo depois de seu exame e depois de ter trabalhado um ano como advogado, chegou em Viena, em 1924. Lá se tornou aluno do filósofo do direito Hans Kelsen (1881-1973). Viena era, no início da década de 20, a capital cultural e intelectual da Europa, e Kelsen pertencia à avantgarde intelectual. Para tudo, desde a arquitetura funcionalista até a filosofia crítica lógica, vigia a ordem *neue Sachlichkeit* como imperativo.

Aspirando a uma nova objetividade, Kelsen trabalhou o direito nestes moldes, chegando ao que ele chamaria de “direito puro”. Por trás deste direito puro estavam dois motivos básicos: o primeiro era separar a ciência da política, o segundo era transformar a ciência do direito em uma ciência da norma, para diferenciá-la tanto das ciências naturais como das ciências sociais.

Esta teoria teve grande influência para a filosofia de Ross. A ambição de Kelsen em separar a ciência da política – por ser considerada antimetafísica – foi amplamente adotada pelo professor dinamarquês, como demonstra sua própria

crítica sobre o direito natural, o qual foi desenvolvida em inúmeros livros e outros tantos artigos publicados

Já o entendimento de Kelsen da ciência do direito como ciência da norma foi afastado por Ross, pois entendia que o direito possui um caráter ambíguo, sendo produto do espírito e norma de um lado, mas também realidade social, por outro lado. Para diferenciar-se de Kelsen, escolheu Ross o caminho da realidade social, e não o da norma jurídica, como fundamento das fontes do direito (conforme demonstra em seu trabalho *Virkelighed og gyldighed i retslæren*), buscando acessar a ciência do direito por meio de um programa de unidade científica, tendo como ponto de partida os métodos das ciências naturais, neste caso inspirado pela filosofia de Uppsala e o empirismo lógico.

Hans Kelsen era, no período em que Alf Ross morou em Viena, um filósofo controverso, e seu pensamento foi considerado por muitos juristas da época como extremamente radical. Deste modo, a tese de Ross, que foi resultado de sua viagem ao exterior e de seu contato com Kelsen – *Retskildernes teori* – foi rejeitada quando a apresentou como requisito para obter o grau de doutor em Copenhague, em 1926.

Nesta rejeição, foi fundamental o papel de Frederik Vinding Kruse, professor com imensa autoridade no departamento jurídico da Universidade de Copenhague, com o qual Ross naturalmente já havia tido contato, tanto como estudante como em seus muitos trabalhos de orientação. Quando a tese de Alf Ross, de um modo drástico, afastou-se do estudo do direito natural preconizado por Vinding Kruses, um forte rivalidade entre os dois foi criada.

Como consequência da rejeição do seu trabalho em Copenhague, Ross viajou para Uppsala (Suécia) para obter lá a aprovação de sua tese de doutorado em filosofia lá. Em Uppsala, Axel Hägerström e Adolf Phalén estavam na ponta de

uma outro movimento filosófico radical daquele tempo, conhecido como a Escola de Uppsala ou Realismo Escandinavo.

Tão fértil quanto foram os estudos com Kelsen na definição da orientação filosófica de Alf Ross, foram as aulas de Hägerström em Uppsala para a elaboração de toda a doutrina filosófica do futuro professor dinamarquês. Suas idéias anti-metafísicas foram fortalecidas e com o livro *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, de 1933, dedicado a Hägerström, Ross formulou os fundamentos da filosofia moral que, mais tarde, permeou seus escritos de filosofia do direito.

Em 5 de setembro de 1934, Ross consegue seu título de doutorado pela Universidade de Copenhague, com o trabalho *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren*, orientado por Frantz Dahl. Em 1935, começa a trabalhar como docente, tornando-se professor de direito internacional (*Folkeret*), em 1938, e professor de introdução ao direito (*retslæren*), em 1950.

Alf Ross situava-se, naquele tempo, em uma terceira direção da filosofia analítica, o empirismo lógico. Esta influência chegava de uma literatura relativamente já ultrapassada e pode ser considerada uma expressão do desejo de Ross de trazer para a filosofia do direito os métodos de filosofia utilizados pelas ciências modernas. Seu mais conhecido trabalho (*Direito e Justiça* de 1953) traz uma tentativa clara de teoria sobre o direito relacionada com o empirismo lógico, conjuntamente com a ainda presente influência de Kelsen e Hägerström.

A teoria pura do direito de Kelsen, o realismo de Axel Hägerström e o empirismo lógico foram – apesar das inúmeras diferenças entre si – o essencial comum para as obras de Alf Ross, podendo-se dizer que formavam uma corrente de idéias comuns para Ross. Estas idéias podem ser consideradas filosofia, ou filosofia do direito, modernistas. Os autores por traz desta filosofia modernista traziam uma crítica à filosofia metafísica tradicional. Ao invés de especular sobre a realidade,

preferiam realizar uma análise lingüística como idéia fundamental, aproximando a filosofia das ciências empíricas modernas.

Como bem explica Alaôr Caffé Alves, *“Ross é animado por convicções epistemológicas de clara filiação neoempirista, consignando que o verdadeiro caminho científico para a análise e conhecimento do direito deve ser percorrido pela firme compreensão a respeito das classes de proposições válidas cientificamente. (...) O professor Ross, ao perfazer o caminho científico do direito, seguirá esse esquema proposicional de forma incondicional, pois somente assim a ciência do direito que mereça ser desse modo considerada, isto é, como verdadeira ciência, pode estabelecer com segurança qual é o direito de um determinado país com relação a certos problemas, de modo objetivo, com base em fatos observáveis e segundo o método de verificação empírica.”*⁵

A filosofia e a ciência foram colocadas juntas para alcançar um mesmo objetivo: pode-se ver a ciência exata como meio para o progresso e libertação da humanidade, tanto pelo controle da natureza como pelo combate à injustiça da ordem social. Deste modo pensava o modernismo – no qual o pensamento de Ross pode ser incluído entre 1930 e 1950 – como uma extensão do que é hoje chamado *o projeto moderno*. Para incluir o pensamento de Alf Ross como parte do *projeto moderno* é importante entender que ele rejeita o pensamento de um necessário progresso histórico (em contraste com outros filósofos deste pensamento, como Hegel, Marx e Comte). Ross insiste que o progresso seria possível, consubstanciado em uma gradual melhora da ordem já existente e guiado por uma ciência experimental empírica.

Pode-se dizer que esta forma contida do *projeto moderno* é um reflexo do estado do bem estar social escandinavo do pós-guerra. Entre o capitalismo liberal e o comunismo totalitário (ou fascismo), o estado do bem estar da social democracia representava uma alternativa – um capitalismo social reformado, com objetivos

⁵ Alves, Alaôr Caffé, *Apresentação à Edição Brasileira in Direito e Justiça*, Bauru: Edipro, 2003, p.10.

políticos de crescimento e riqueza. Alf Ross pode ser visto não simplesmente sob uma influência especial jurídica ou da filosofia do direito, mas também com uma base ideológica deste estado do bem estar da social democracia.

Entre outras obras, Ross formulou uma resposta para a forma escandinava de democracia parlamentarista no livro *Hvorfor Demokrati?* (Por que democracia?), de 1946. Sua teoria democrática pode ser analisada através de outro elemento central de sua teoria: a crítica ao direito natural. Ambos os elementos explicam sua visão sobre a divisão de poderes e sua influência na sociedade.⁶

A crítica de Ross ao direito natural (formulada como uma crítica ao conhecimento ético) ocorreu em um período na qual os problemas jurídicos eram considerados como inseridos na políticas democratizantes para o desenvolvimento do estado do bem estar. Tal desenvolvimento não se deu sem uma oposição considerável, ao menos do lado jurídico. Neste contexto, a crítica ao conhecimento ético pode ser compreendida como um instrumento de oposição a todas as opiniões de caráter político subjetivo, de um lado, e as doutrinas da ciência do direito da época (exemplificando com a posição de Frederik Vinding Kruse), por outro lado. A ciência do direito formulava o direito certo para o legislador, que era encontrado em sua própria natureza. Para Ross, isto era uma falsa ciência, pois confundia preferências políticas com verdadeira pesquisa.

Diante desse quadro, a crítica de Alf Ross ao direito natural encontra fundamentos e se torna interessante. Tal não se aplica hoje, quando a doutrina do direito natural entende que a ciência deve possuir um papel proeminente no desenvolvimento do direito. Esta perspectiva histórica é importante para compreendermos qual a resposta procurada por Ross quando iniciava o debate entre direito natural e direito positivo.

⁶ Blandhol, Sverre. *Forskeren og mennesket – set i eftertiden*, in *Ret som teknik kunst og videnskab*, Copenhagen: Jurist- og økonomforbundets forlag, 1999, p. 397.

Ao estudar a política do direito, Ross admite ser impossível uma pesquisa totalmente livre de valores. Mas deve-se notar que, ao fazer seus estudos sobre a política do direito, Ross não desejava diminuir a condição de pensador do jurista, as esclarecer que, como homem de ciência, o jurista deve adentrar também no campo da política. Ele não quis dizer que o jurista deve se manter apático e resignar-se com as relações de poder existentes na sociedade e não criticar as disposições previstas em lei. Apenas entende que, se o jurista busca lutar por objetivos políticos, deve descer do pedestal científico e abrir-se à idéia de que tais objetivos são interpretações subjetivas e próprias de cada um, e não uma ciência com valor de verdade única e autoridade.

Alf Ross defendia a autonomia do indivíduo, mas não possuía qualquer ilusão quanto à bondade e amor da humanidade. Em seu artigo *Credo*, pode-se notar a visão pessimista sobre a humanidade do autor. Conforme Ross, *“eu acredito somente no egoísmo infinito dos homens – não como algo bom ou ruim, mas como algo essencial, uma realidade escondida. O amor confunde os sentidos dos homens como um ideal etéreo que está tão longe da realidade que os homens devem estar cegos para acreditar no amor mais do que em um sonho. (...) Do mesmo modo, acredito no desejo de poder dos homens, e, por isso, acredito que o egoísmo é a maneira essencial de lutar pelo poder, de modo que parece possível se libertar, visando à superioridade e utilizando-a para comandar e decidir o próprio destino, bem como o de outros.”*⁷

Outro ponto que deve ser analisado, quando se fala na orientação política e ideológica de Alf Ross, é a importância exercida pelos Estados Unidos (visto por ele como um Estado livre, democrático e moderno). Assim como muitos outros em sua geração, incluindo o círculo de opiniões do movimento social democrata, Ross

⁷ ”Jeg tror på menneskets grænseløse egoisme – ikke just som noget stort og godt, men som noget væsentlig, en realitet bag fraserne. Kærlighed blandt mennesker hører til de luftige idealer der er så fjern fra al virkelighed, at man må være blind for at tro på den som mere end en ønskedrøm. (..) På samme måde tror jeg på, at egoismen i det væsentlig tager form af stræben efter magt, og det vil sige mulighed for at udfolde sig selv, vise sin overlegthed og bruge den til at herske og råde over egen og andres skæbne.” Ross, Alf. *Credo*, in *Ret som teknik kunst og videnskab*, Copenhagen: Jurist- og økonomforbundets forlag, 1999, p. 388.

possuía a crença que os Estados Unidos eram um importante fator nas relações mundiais. Apesar do aumento da opinião contrária aos Estados Unidos continuou firme com suas idéias, tendo sido fortemente influenciado pela ameaça da guerra fria. Por inúmeras razões, Ross era totalmente anticomunista. Por esta razão, aceitava a política exterior dos americanos e a guerra do Vietnã. Esta posição acabou gerando conflitos entre ele e alguns estudantes mais radicais, que passaram a vê-lo como “o defensor do modelo conservador em último grau.”⁸

É preciso lembrar que Alf Ross exerceu a função de juiz do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no período de 1959 a 1971. Foi eleito duas vezes para o cargo, sendo cada mandato de seis anos. Atuou em inúmeros julgamentos, como Becker contra Bélgica⁹, de 1962, Wilde, Ooms e Versyp contra Bélgica, de 1970¹⁰, e o caso “relativo a certos aspectos do regime lingüístico de ensino na Bélgica” contra Bélgica¹¹, de 1968.

Ross foi um homem para quem a vida muitas vezes poderia trazer crises existenciais e dúvidas fundamentais. Contudo, nunca buscou solucionar seus problemas de vida na religião ou em outra filosofia existencial, mas no que ele chamava de modo científico de vida. No artigo *Jurist som livsfilosofi* (Jurista como filosofia de vida), de 1956, ele define qual seria este estilo de vida, explicando que não possuía qualquer sentimento contra aqueles possuíam uma profunda e sincera religião ou filosofia de vida.

⁸”i enestående grad det konservative establishments talsmand” conforme Ole Krarup, *Fra gyldighed til virkelighed: om Alf Ross og Torstein Eckhoff*, disponível em <www.ole-krarup.dk/pages/ROSS.pdf>.

⁹ Raymond de Becker, jornalista belga, havia sido condenado à morte em 1946, por haver colaborado com os nazistas durante o período de 1940 a 1943. Em 1947, sua condenação foi transformada em prisão perpétua e, em 1950, por meio de graça do Rei, a pena foi diminuída para 17 anos. No caso, Becker alegou que tais penas, baseadas na lei penal belga, feririam os arts. 7 e 10 da Convenção Européia de Direitos Humanos. A Corte entendeu que não havia qualquer ofensa à Convenção.

¹⁰ Jacques de Wilde, Franz Ooms e Edgard Versyp foram condenados por vagabundagem, em situações distintas. Tal lei belga, que considerava como crime a vagabundagem, estaria em desacordo com os arts. 4, 5 e 8 da Convenção Européia de Direitos Humanos. O tribunal entendeu que não haveria violação à Convenção, mas que as partes prejudicadas poderiam requerer uma indenização perante o governo Belga.

¹¹ Neste processo, famílias residentes em cidades belgas francófonas requeriam a mudança de lei belga que as obrigava a terem aulas somente em flamengo/holandês. Tal disposição legal foi considerada violadora do art. 14 da Convenção Européia de Direitos Humanos.

Como afirma Ross, *“eu sei que combater este estilo de vida não significa depender de superficialidade e pobreza. Eu sei que é possível emancipar-se de um medo existencial de modo que não seja mais necessário lutar contra a necessidade de procurar soluções no pensamento metafísico. Isto é o que ocorre no modo de vida científico como tipo existência ou fase do caminho da vida. É deste modo que os homens saudáveis, maduros e crescidos adotam uma postura liberal e harmônica de existência, um estilo que não conhece conflito entre pensamento e intelecto, entre crença e verdade na realidade objetiva.”*¹²

Este ‘modo de vida científico como tipo existencial’ é o mais próximo de entender Ross que se pode chegar, segundo Sverre Blandhol. Diante dessas afirmações, pode-se entender seu modelo de ciência como um projeto existencial. Mas o que Ross gostaria, também em sua velhice, era se apegar fortemente aos comportamentos racionais para viver, de modo que a segurança exterior e a certeza racional cobrissem a dúvida insignificante e a incerteza interior. Talvez ele sentisse a presença, ainda que pequena, do inexplicável? Não é fácil responder, mas para explicá-lo Blandhol cita um exemplo, que lhe foi contado pelo professor Hans Gammeltoft-Hansen: uma noite após uma das inúmeras conferências que sempre dava, Ross queria voltar cedo para casa, porque deveria ver televisão. Esta resposta causou muita surpresa, porque Ross não era um homem que visse muita televisão. Ross explicou que gostaria de ver um programa da tv sueca, com uma jovem cantando músicas religiosas, e completou, para uma plateia completamente atônita: “Isto me traz um estranho sentimento de melancolia.”¹³

De um lado, podemos dizer que, para Alf Ross, o racionalismo era uma causa emocional. Sua contribuição científica ao debate sociológico foi profundo, não

¹²”Jeg ved, at modstykke til deres livsholdning ikke behøver at bero på overfladiskhed og fattigdom. Jeg ved, at det er muligt at frigøre sig fra den eksistentielle angst så det ikke længere bliver nødvendigt at kæmpe imod den ved at søge tilflugt i en metafysik tro. Det er det, der sker i den videnskabelige livsholdning som ’eksistentiel’ type eller stadium på livets vej. Det er det sunde, modne og voksne menneskes frigjorte og harmoniske holdning til tilværelsen, en holdning der ikke kender til nogen konflikt mellem tro og intellekt, mellem trosbehov og sandhedskravet om nådeløs saglighed.” Ross, Alf. *Jurist som livsfilosofi*, in *Ret som teknik kunst og videnskab*, Copenhagen: Jurist- og økonomforbundets forlag, 1999, p. 338.

¹³ Blandhol, Sverre. *Forskeren og mennesket – set i eftertiden*, in *Ret som teknik kunst og videnskab*, Copenhagen: Jurist- og økonomforbundets forlag, 1999, p. 405.

somente pela visão racional, mas também pela força de seu engajamento sentimental. Lutou contra os pensamentos diferentes ou contrários com fervor missionário. E descobrindo um raciocínio errado ou um fundamento incerto, rechaçava as teorias enfaticamente.

Alf Ross não foi somente um filósofo do direito que gostava do debate sociológico, ele era também um jurista completo. Ele sabia escrever sobre o direito de um modo vivo e pessoal. Atualmente suas idéias e opiniões geram muitas críticas. Todavia, deve-se sempre lembrar de seu desejo de explicar, analisar logicamente e criticar, que o transformou ainda hoje em um desafio, quando debatemos as questões jurídicas e sociológicas aos quais ele se debruçou. Para Sverre Blandhol, Ross pode ser considerado, com sua filosofia do direito modernista e sua ideologia baseada no estado do bem estar da social democracia, uma das pessoas mais importantes da história do pensamento escandinavo.¹⁴

¹⁴ Blandhol, Sverre. *Forskeren og mennesket – set i eftertiden*, in *Ret som teknik kunst og videnskab*, Copenhagen: Jurist- og økonomforbundets forlag, 1999, p. 407.

CAPÍTULO 3

A INFLUÊNCIA DOUTRINÁRIA DA ESCOLA DE UPPSALA NA TEORIA DE ALF ROSS

Para compreendermos melhor a obra de Alf Ross, é preciso analisá-la dentro da corrente doutrinária do Realismo Escandinavo. Para isso, primeiro precisamos explicar o que esta teoria propõe, e depois quais seus outros representantes e suas idéias principais, para avaliar a influência sofrida na obra posterior de Ross. Deste modo, conseguimos descobrir a base doutrinária e ideológica do autor dinamarquês, de onde partiu em seus estudos jurídicos, buscando entender até que ponto permaneceu fiel aos seus antecessores e o quanto de novo incluiu na Filosofia do direito com suas obras.

3.1 O REALISMO ESCANDINAVO

O *Realismo Escandinavo*, enquadrando-se entre as correntes do neo-empirismo jurídico, distingue-se de outras doutrinas por sua posição empiricista radical, que não se limita ao plano estritamente jurídico. Caracteriza-se por enfatizar a importância que o fato psicológico da “crença” assume no mecanismo da relação “jurídica” e na representação corrente desse mecanismo. Entre seus representantes, podemos citar Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona e Alf Ross. Essa corrente realista é muito variada quanto às linhas de conteúdo, mas pode-se divisar uma identidade básica no que respeita às preocupações antimetafísicas de seus autores.

Para Tarello¹⁵, a formação cultural e o pensamento jurídico de Ross diferenciam-se fortemente da formação e do pensamento dos outros autores supramencionados, havendo dúvida entre os doutrinadores se ele deve ser colocado na mesma corrente que os demais.

Surgiu no início do século XX, como um movimento crítico, de reação contra uma tradição filosófica jurídica estabelecida que gerava profundos efeitos antidemocráticos. Seus autores, no geral, buscavam criar mais espaço para políticas democráticas ao desenvolver doutrinas da filosofia do direito mais científicas. “Desmitificando” a lei, os realistas escandinavos buscavam acabar com qualquer traço remanescente da Velha Ordem, especialmente seus dois pilares, a aristocracia e a religião. Para isto, precisavam de uma crítica fundamentada e esmagadora sobre as características “metafísicas” do direito que os conservadores insistiam em chamar de “ciência jurídica”¹⁶.

3.2 AXEL HÄGERSTRÖM

Nascido em 1868, Hägerström foi professor assistente de filosofia na Universidade de Uppsala desde 1893 e professor titular desta cadeira de 1911 a 1933, quando se aposentou. Sua pesquisa abrange uma grande extensão de temas, desde epistemologia a direito romano, de filosofia grega antiga à teoria da relatividade de Einstein. Todavia, desde sua juventude, o tema central de seu interesse foram os problemas do conhecimento e o conceito de realidade¹⁷.

¹⁵ Tarello, Giovanni, *Realismo giuridico in Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, Torino: UTET, 1967, p. 932.

¹⁶ Alexander, Gregory S. *Comparing the two legal realisms – american and scandinavian*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. L, n.1.

¹⁷ Dados obtidos no prefácio escrito por Karl Olivecrona, organizador do livro *Inquiries into the nature of law and morals*, Uppsala: Almqvist & Wiksells Boktryckeri, 1953.

Preocupava-se com a constatação de que uma série de termos-chave, indispensáveis à descrição dos eventos jurídicos e à qualificação jurídica dos eventos (em particular, o termo *obligatio* e suas derivações), não possuía uma contrapartida real (não se referiam a um fato). Segundo ele, havia uma singularidade na linguagem jurídica e moral, explicada por uma crença mágica, na qual força e vínculos naturais poderiam ser criados mediante apropriadas fórmulas verbais. Concluiu, assim, que alguns termos jurídicos simbolizam algo “místico” ou “metafísico”.

Buscou demonstrar que noções comumente aceitas como parte essencial da estrutura do direito, incluindo a validade, são em parte compostas por crenças supersticiosas, mitos, ficções, mágica ou completa confusão. Deste modo, tais noções não são noções realmente “verdadeiras”, mas somente “acreditadas como verdadeiras” ou “implicitamente acreditadas como verdadeiras” (e disto deve o jurista ser consciente), do mesmo modo que o doutrinador pode constatar o fato, “real” e talvez “verdadeiro”, que um condicionamento particular induz a sociedade a comportar-se como se este vínculo metafísico fosse efetivo ou real (e isto deve ser considerado pelo jurista, porque se trata de um fato). Assim, o objeto da ciência jurídica são as condições de afirmação (no fato) da existência dos mencionados vínculos e ligações “metafísicas”¹⁸.

Analisando a verdade das idéias morais, Hägerström conclui que não ser possível uma ciência das obrigações, mas que somente a idéia das obrigações pode ser objeto de investigações científicas. Sua aproximação com o direito ocorre baseada nesta visão. Tradicionalmente, os problemas da filosofia do direito sempre foram os propósitos do direito, as causas de sua validade e força e os verdadeiros princípios de justiça. Para Hägerström, todas estas questões são ilusórias, pois cada declaração de motivos precisa ser valorada, bem como as idéias de justiça e

¹⁸ Tarello, Giovanni, *Realismo giuridico* in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, Torino: UTET, 1967, p. 932.

força da lei, não sendo possível responder a estas questões com bases científicas.¹⁹

Deste modo, o objeto da filosofia do direito é a análise dos conceitos legais realmente em uso, como os conceitos de direitos e obrigações, de Estado, a investigação das idéias sobre justiça e a finalidade do direito, bem como o estudo da real função de instituições legais, como a sanção. Com certeza, ao analisar a filosofia do direito como ciência não haverá grande diferença entre ela e a sociologia do direito. Mas enquanto a sociologia trabalha com campos de investigação, a filosofia do direito trata de análises psicológicas e conceituais.

Segundo Ari Marcelo Sólon, *“Hägerström concluía não poder existir nenhuma ciência dos deveres. Numa perspectiva realista, apenas idéias reais sobre deveres podem ser objeto de investigação científica. Examinando a ciência moral, o autor empirista adverte que, no conhecimento prático, tudo é metafísico, somente existindo palavras carentes de sentido (conquanto possam exprimir sentimentos). Assim, em oposição a Kant, a consciência moral não é passível de conhecimento. Por outro lado, o conteúdo da consciência moral apresenta-se na forma de sentimentos e impulsos que podem ser conhecidos.”*²⁰

Iniciando seu trabalho com uma análise histórica do direito, Hägerström aprofundou-se no pensamento jurídico grego e romano, levando-o a se deparar com a afinidade entre direito e a religião e as crenças mágicas. Na realidade, ele descobriu que antigos conceitos romanos, como o de *ius*, *dominium*, *possessio*, e outros, são conceitos mágicos. Por exemplo, *iustum* originalmente significa puro em sentido religioso, como em *iustum piunque bellum* = *purum piunque bellum*, ou seja, estando livre dos elementos capazes de chamar a ira dos deuses²¹.

¹⁹ Olivecrona, Karl, prefácio ao livro *Inquiries into the nature of law and morals*, Uppsala: Almqvist & Wiksells Boktryckeri, 1953, p. XI.

²⁰ Solon, Ari Marcelo, *O problema do dever jurídico à luz de uma teoria realista do direito*, Tese (livre-docência), São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000, p. 72.

²¹ Olivecrona, Karl, prefácio ao livro *Inquiries into the nature of law and morals* cit., p. XIII.

Hägerström interpretou os antigos atos jurídicos, como *mancipatio* e *stipulatio* como atos mágicos, pois a sua função era estabelecer, através de atos formais e palavras, o poder de uma pessoa em relação a coisas ou outras pessoas. O poder, assim, passava a existir por ter sido figurativamente representado ou por ter sido proclamada a sua existência. Neste sentido, os conceitos fundamentais do direito privado foram retirados de antigas crenças em poderes misteriosos que podem ser criados e controlados pelo emprego de gestos e palavras próprias. Isto também ocorre no direito público, como demonstrou Hägerström em outros artigos.

Contudo, os estudos do professor sueco sobre direito romano não tiveram grande recepção no mundo jurídico, apesar de sua exatidão no estudo do material e seu grande conhecimento do assunto. A principal razão desta rejeição pelos especialistas em direito romano foi o fato de sua tese principal parecer absurda. A afirmação de que o *ius civile* romano seria uma ordem de distribuição de poderes mágicos pareceu inconcebível, não podendo o direito ser explicado por este meio e, deste modo, a porta foi fechada desde o início.

A rejeição causada pela palavra “mágica” deu origem ao crescimento de muitos mau entendidos, escondendo-se suas reais intenções. Para entender Hägerström corretamente é necessário esclarecer o real significado desta palavra. Crenças mágicas devem ser entendidas como qualquer tipo de crença na possibilidade de produzir os efeitos desejados por outros meios que não aqueles originários de causas naturais. Um instante típico de magia é a produção de efeitos pela representação ou a proclamação de sua ocorrência em palavras formais. Um efeito natural seria a morte de um inimigo. Já um efeito sobrenatural (ou mágico) seria a investidura de uma pessoa com poderes ocultos como padre ou rei, ou a consagração de uma construção para o divino, deste modo tornando-a propriedade do próprio divino. Um traço comum dos atos mágicos é a formalidade que possuem: o ato deve ser realizado exatamente da maneira prevista para que produza seus efeitos. Deste modo, por exemplo, no direito romano, as palavras

formais proferidas pelo comprador, em conjunto com outros elementos da cerimônia, tinham o efeito de produzir o poder do *dominium*, sendo a propriedade da coisa transferida a ele, devido a este poder²².

Os escritos de Hägerström em filosofia do direito são estritamente científicos. Ele não discute qualquer problema de valoração, estando preocupado somente com as questões de fato. Não há, assim, em seus escritos, qualquer menção a princípios guiadores da legislação, da prática judicial ou da organização social. Seus trabalhos neste ramo concentraram-se na questão fundamental do que constitui o direito, mas ele nunca elaborou uma resposta totalmente completa a esta pergunta, suas opiniões a este respeito estão somente rabiscadas em alguns artigos.²³

Por sua posição, Hägerström não pode ser colocado em nenhuma categoria conhecida da filosofia ou da ciência do direito, sendo por isso considerado o fundador do Realismo Escandinavo. Seu criticismo é primeiramente direcionado para as afirmações que são mais ou menos comuns na teoria jurídica em geral. Na realidade, ele escava todas as fundações das ciências do direito tradicionais.

Seu criticismo pode sumariamente ser dividido em duas partes: crítica aos conceitos fundamentais do direito e crítica ao positivismo jurídico²⁴. Considerando os conceitos de direitos e deveres, que formam a base para todo o sistema de conceitos jurídicos, Hägerström entende que estes conceitos são metafísicos, não sendo possível identificar o que é chamado de direito ou de obrigação em nenhum fato concreto, mas que, todavia, é considerado existente. O direito é um poder, um dever é uma ligação. Para o autor, as noções legais fundamentais são noções de poderes e ligações imensuráveis, ou místicos.

²² Olivecrona, Karl, prefácio ao livro *Inquiries into the nature of law and morals* cit, p. XVII.

²³ Olivecrona, Karl, prefácio ao livro *Inquiries into the nature of law and morals* cit, p. XX.

²⁴ Olivecrona, Karl, prefácio ao livro *Inquiries into the nature of law and morals* cit., p. XXII.

Se os direitos e obrigações são entendidos como não existentes objetivamente, isto necessariamente leva a um conceito de direito metafísico, pois estes poderes e ligações não podem derivar de fatos reais. As noções de direitos e obrigações legais são explicadas por Hägerström no mesmo sentido do dever moral, ou seja, há um elemento emocional atrás dessas expressões que os levam a se apresentar como reais mas sendo somente idéias metafísicas de poderes e ligações sobrenaturais. Segundo o autor, estas crenças tiveram grande importância na formação das sociedades e no desenvolvimento inicial do direito. A distinção normal entre as idéias antigas e modernas não é exata, inclusive porque as idéias modernas ainda retêm elementos importantes do pensamento primitivo.

As idéias de Hägerström normalmente possuem um efeito assustador nos juristas, pois parecem afirmar que os direitos e obrigações legais não existem na realidade. Todavia, não seria possível imaginar o sistema jurídico sem os direitos e obrigações. Esta teoria, assim, modifica profundamente a visão geral de direito e sociedade e, por isso, deve ser amplamente discutida sem preconceitos.²⁵

A maioria dos escritos em filosofia do direito de Hägerström buscava criticar a “teoria da vontade” ou o que usualmente chamamos de positivismo jurídico. De acordo com este tipo de teoria, o direito realmente existe, consistindo em ordens e declarações de um poder superior, sendo o direito a representação da vontade deste poder. O positivismo, em todos os meios acadêmicos e principalmente naquela época (primeira metade do século XX), era considerado como a teoria científica do direito.

Para Hägerström, nenhuma destas teorias está de acordo com a realidade social, sendo incompatíveis com os fatos históricos. Analisada em comparação com a realidade empírica, o autor conclui que ela não se mantém consistente. Isto porque a teoria da vontade constantemente confunde entre o ser e o dever-ser, além de conter uma grande infiltração de idéias vindas do direito natural. Esta

²⁵ Olivecrona, Karl, prefácio ao livro *Inquiries into the nature of law and morals* cit, p. XIV.

confusão é até necessária de um ponto de vista prático, pois, deste modo, a ciência do direito, baseada no positivismo jurídico, cortaria suas relações com as noções de senso comum de justiça somente com a introdução das noções de direitos e obrigações e o conteúdo destes conceitos²⁶.

O livro ***Moralfilosofins grundläggning*** (*Fundamentos da filosofia moral*) é uma coletânea, organizada por Thomas Mautner, do discurso inaugural de Hägerström no início do curso de Filosofia Prática em 1911, bem como da compilação de suas anotações de aulas no segundo semestre deste mesmo ano, combinado com as notas de alguns de seus alunos desta mesma classe, sendo possível, todavia, diferenciar os textos originais do autor. O livro apresenta a diversidade existente de crenças morais, exemplificando através do conflito entre culturas, entre classes de uma sociedade e mesmo entre as tendências experimentadas por uma só pessoa. Procura-se um meio para resolver estes conflitos, e, na análise da filosofia tradicional, encontra-se o movimento naturalista (ou evolucionista) e o metafísico.

Para Hägerström, a pressuposição de que as crenças morais podem ser verdadeiras ou falsas deve ser questionada, pois talvez não há objetividade na moral. As idéias morais foram muito confundidas com outras noções, como se fossem derivadas do costume, de uma ordem divina ou de uma voz interior. Estas últimas podem ser verdadeira ou falsamente predicadas por uma ação. As idéias morais só possuem sentido de um ponto de vista prático, e os conceitos de objetividade, verdade ou falsidade, somente têm sentido de um ponto de vista teórico. A ilusão da objetividade é gerada pela associação e confusão normalmente existentes entre as idéias morais e alguma autoridade moral, como o costume, Deus ou a consciência²⁷.

²⁶ Olivecrona, Karl, prefácio ao livro *Inquiries into the nature of law and morals* cit., p. XXV.

²⁷ Hägerström, Axel, *Moralfilosofins grundläggning*, Uppsala: Almqvist & Wiksells Boktryckeri AB, 1987, p.35/37.

Várias objeções podem ser feitas. A primeira seria a possibilidade de determinar empiricamente se o valor existe, encontrando os valores que as pessoas têm. O problema é que somente se pode encontrar a existência da valoração e não dos valores. A segunda objeção seria a possibilidade de determinar empiricamente o significado dos fins perseguidos, o que não pode ocorrer porque as determinações sobre relações casuais não são julgamentos de valor. A terceira objeção é a de que o dualismo ente teoria e prática é um erro, não haveria teoria pura, no final, tudo seria prática. Só que esta visão é, em si mesma, auto-refutável.

É preciso descartar as ilusões de objetividade no campo da moral e determinar diretamente quais os ideais que nós apreciamos acima de todos os outros, abandonando uma visão que, em último caso, é servil, e aceitando a idéia de autonomia moral. Para a filosofia moral, isto significa a impossibilidade de estabelecer qualquer princípio ou julgamento moral como verdadeiro ou válido, este deve consistir em uma pesquisa sobre a moral, através de análises históricas, psicológicas, sociológicas e , especialmente, conceituais²⁸.

A visão proposta, certamente, não advoga ou faz apologia à imoralidade ou amoralidade. Ao contrário, ela busca fortalecer uma visão das relações humanas mais tolerante e sábia.

Para Hägerström, é o elemento religioso que é falso na moralidade, e não o elemento moral. Toda a moralidade comum é estritamente ligada com uma explícita moralidade religiosa. Analisando-se as teorias de filosofia moral, conclui-se que nenhuma delas é aceitável, pois todas trabalham com crenças falsas, influenciadas pelo pensamento moral do ordinário senso comum²⁹.

²⁸ Hägerström, Axel, *Moralfilosofins grundläggning* cit., p.48/50.

²⁹ Hägerström, Axel, *Moralfilosofins grundläggning* cit., p.56.

Segundo o autor sueco, na história da filosofia, podem-se destacar dois pontos de vista principais, o objetivo e o subjetivo. Na análise do primeiro, destacam-se três correntes: intelectualismo, voluntarismo e uma teoria intermediária.

O intelectualismo pode ser encontrado nas obras de Platão, Aristóteles, Spinoza, Leibniz e Hegel. Nesta teoria, a realidade última é tomada como fundamental e o bem maior é explicado nestes termos. A realidade última ordinária é concebida teleologicamente e o bem maior, a razão final, é a realidade absoluta ao redor do que a imperfeita realidade contingente está se movendo³⁰.

Hägerström introduz duas objeções a esta corrente. Uma concernente à natureza dos conceitos metafísicos da realidade, como ser não-contingente, *causa sui*. Isto porque estes conceitos são absurdos, apesar de não serem apenas confusões arbitrariamente inventadas, mas que se desenvolveram normalmente no senso comum ao redor do mundo. A outra objeção é em relação ao não resolvido dualismo entre o bem maior para nós e o bem maior objetivamente. Sempre é possível perguntar por que uma pessoa se interessa pela realização do absoluto. O oleiro pode ter uma finalidade com o vaso que ele faz, mas se duvida que o vaso será útil para aquela finalidade, o oleiro pode no final ficar sem respostas, a não ser uma avassaladora, não desejável³¹.

Já a teoria do voluntarismo, defendida por nomes como Windelbald, Rickert e Münsterberg, entende que as categorias pertencentes à vontade são consideradas fundamentais, e a realidade última é explicada nestes termos. O conceito de um objeto é, em última análise, de acordo com Münsterberg, o conceito de uma finalidade ou significado. O que é real é o que está de acordo com certos requisitos práticos, ou seja, requisitos impostos por certos valores últimos. O voluntarismo é normalmente associado a tendências irracionais, no sentido de que as leis da lógica são consideradas sem validade³².

³⁰ Hägerström, Axel, *Moralfilosofins grundläggning* cit., p.77.

³¹ Hägerström, Axel. *Moralfilosofins grundläggning* cit., p.118/119.

³² Hägerström, Axel. *Moralfilosofins grundläggning* cit., p.78/79.

A maior objeção a esta posição, encontrada nas críticas dos filósofos de valores neokantianos, é que ela fornece uma redefinição inaceitável de objetividade e verdade. Segundo a teoria, *p é verdadeiro* significa que *p tem valor para uma vontade universal* (ou uma vontade igualmente qualificada). Esta afirmação aplica-se para todas as proposições *p*, inclusive para a própria teoria voluntarista. Com isto, chega-se a um paradoxo insolúvel.

A teoria intermediária, que dá importância igual para a realidade última e o bem maior, pode ser encontrada em Kant. Hägerström abre uma detalhada discussão da obra kantiana para apontar aspectos instáveis de sua teoria. Segundo ele, surgem conseqüências estranhas, a princípio, ao considerar que a vontade em si mesma deva ser entendida como uma faculdade cognitiva³³.

A raiz do problema das várias teorias existentes nas duas correntes, subjetiva e objetiva, é que, na era moderna, duas concepções incompatíveis para o bem maior ganharam força. Uma afirma o absoluto, que existe objetivamente. A outra se baseia na autonomia individual, que afirma que o bem maior, a base da moralidade, pode ser algo existente objetivamente.

As teorias da corrente subjetiva distinguem valores dos fatos, o bem maior da realidade última. Neste caso, estão no caminho certo, segundo Hägerström. Mas todas possuem, como um fato histórico, a crença de que não há um bem maior objetivo. Com isto, caem na inconsistência. Pode-se verificar quatro variantes desta corrente, que são analisadas pelo autor com maior profundidade.

A primeira é o hedonismo, visão encontrada em Aristóteles e os epicuristas. Todos procuram a felicidade, sendo assim, a felicidade é o bem maior. Só que esta visão cria uma confusão entre duas relações diversas. Uma é a relação entre fins subordinados e últimos, que só possui sentido de um ponto de vista prático. Mas

³³ Hägerström, Axel. *Moralfilosofins grundläggning* cit. , p.80.

não é isso que ocorre com a outra relação, entre causas e efeitos. Há, assim, uma flutuação nesta teoria entre estas duas relações, ou seja, que todo valor é subjetivo e que alguns não o são³⁴.

O segundo tipo de teoria não considera o que as pessoas buscam, mas o que elas valoram. Citam-se autores como J. S. Mill, Spencer e Wundt, que buscam estabelecer empiricamente a que as pessoas dão mais valor. Mas o problema continua: como se pode determinar o verdadeiro valor, sem saber se uma certa finalidade é a correta a ser adotada ou somente acreditada como a correta a se fazer, ou seja, que deveria ser a adotada³⁵.

A terceira teoria introduz um senso moral. Seus representantes são Hartley, Hume e Smith. Neste caso, o problema seria como inferir de determinados fatos psicológicos, concernentes a esta aquisição do senso moral, as afirmações sobre o que deve ser o caso³⁶.

A última teoria é de Høffding, que afirma que valores e fins são em si mesmos subjetivos, sendo possível, todavia, uma análise objetiva destes elementos. A princípio, a disposição altruísta é objetivamente preferida à do egoísta, porque o altruísta é melhor informado. O egoísta se esquece do fato de que todos estão envolvidos e dependem das relações com os outros. O princípio geral sobre isto é que uma disposição associada a crenças verdadeiras é preferível a uma que não o seja³⁷.

O problema desta teoria é o mesmo das anteriores. Um é a afirmação de que as bases da moral e das crenças científicas são igualmente subjetivas (sentimentos e impressões sensoriais, respectivamente). No caso das crenças científicas, a objetividade só pode ser uma característica de certos estados subjetivos, e não há

³⁴ Hägerström, Axel. *Moralfilosofins grundläggning* cit., p.164/166.

³⁵ Hägerström, Axel. *Moralfilosofins grundläggning* cit., p.171.

³⁶ Hägerström, Axel. *Moralfilosofins grundläggning* cit., p.173.

³⁷ Hägerström, Axel. *Moralfilosofins grundläggning* cit., p.175.

nada que impeça a objetividade em outro caso análogo. O outro é a afirmação do senso comum de que os valores morais tem status objetivo, isto é, existem independentemente de nossas intenções subjetivas.

Na conclusão do trabalho, Hägerström desenvolve e crítica novamente estas teorias, levando-o ao argumento final. As teorias objetivas caem por duas razões principais: uma que os conceitos de realidade última e não-contingente são incoerentes e outra porque um valor objetivo, assim concebido, deixa de ser um valor para nós, do nosso ponto de vista.

A visão voluntarista tem ainda o problema que o bem maior é uma vontade, e não qualquer vontade, mas somente uma vontade cujo objeto é *eo ipso* bom, uma vontade especialmente qualificada. Todavia, neste caso, a vontade ou é o objeto de uma vontade especialmente qualificada, o que leva a uma regressão infinita, ou ela possui existência objetiva, independente, o que remete às teorias intelectualistas. As teorias subjetivas consideram que nada é em si mesmo bom, mas são inconsistentes porque também admitem o ponto de vista contrário.

Uma discussão especial é elaborada para tratar da validade ou falsidade dos julgamentos morais, de um ponto de vista teórico, o qual ainda pode ser considerado válido do lado prático. A discussão pressupõe que a verdade é uma propriedade de determinados estados subjetivos. Esta pressuposição pode ser formulada como: ser é ser percebido com suas necessidades interiores. Deste modo, algum tipo de anti-realismo, de subjetivismo epistemológico é pressuposto. De início, do mesmo modo que escolhemos determinadas percepções e crenças – estados subjetivos – e os colocamos em um *status* privilegiado por considerá-los verdadeiros, então nós podemos escolher determinados sentimentos, atitudes, desejos e também lhes dar este *status* privilegiado, considerando-os válidos³⁸.

³⁸ Hägerström, Axel. *Moralfilosofins grundläggning* cit., p.185/186.

Este modo de pensar é definitivamente rejeitado por Hägerström. As afirmações de verdade não são alegações sobre a propriedade de determinadas percepções, mas sobre o que é percebido. A questão: “a bola está rolando? É verdade que a bola está rolando?” é uma questão sobre o estado da bola, não sobre o estado de percepção de alguém³⁹.

Uma vez que a pressuposição subjetiva é descartada, o paralelo sugerido entre validade teórica e prática perde sua plausibilidade. Por outro lado, uma aproximação realista da verdade não é aplicável para afirmações nas quais os conceitos práticos são utilizados. Tal aproximação deve significar que um julgamento de valor depende para valer de algo que esteja objetivamente presente, acessível à nossa inteligência, independentemente de nossos interesses, atitudes, etc. Mas isto não faz nenhum sentido.

A conseqüência desta discussão é a conclusão de que toda a idéia de validade prática, ao contrário da teórica, é uma mistificação. Nenhuma investigação teórica pode determinar o que é o bem maior, ou se os julgamentos morais são verdadeiros ou válidos, ou o contrário. Isto também se aplica à filosofia moral, segundo Hägerström⁴⁰.

Não é possível, certamente, se concluir da leitura deste argumento que o egoísmo é aceito. Ou que há algo de errado ou inapropriado, de um ponto de vista científico ou teórico, em uma pessoa ter standards morais ou fazer julgamentos morais. Na verdade, há muitas coisas nas quais não se pode aplicar o rótulo de verdadeiro ou falso. Correr, por exemplo. É uma atividade: não é verdadeira ou falsa, certamente, mas não há nada impróprio, de um ponto de vista teórico, em ir correr. Ao mesmo tempo, correr não é, como tal, uma forma de investigação teórica.

³⁹ Hägerström, Axel. *Moralfilosofins grundläggning* cit., p.193.

⁴⁰ Hägerström, Axel. *Moralfilosofins grundläggning* cit., p.194.

É importante frisar, assim, que esta abordagem ampla da natureza não-objetiva da moral não é, para Hägerström, somente um modo de se tornar melhor informado. Ela deve ser vista como um importante passo para se adquirir autonomia moral⁴¹.

No capítulo introdutório de seu livro *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, volume I, de 1927, Hägerström analisa a dificuldade encontrada na literatura jurídica para definir conceitos de termos como direito de propriedade ou direito de pagamento, ainda que qualquer pessoa tenha noção do que estas expressões significam. Segundo o autor, isto ocorre porque todas as teorias do direito (ou pelo menos as mais conhecidas) partem de premissas erradas e confundem-se na própria conceituação de direito.

Entender que o direito é uma vontade do Estado acaba levando a um absurdo lógico, pois sendo o Estado uma mera criação do pensamento humano, não pode ter vontade própria e criar coisas por si mesmo. Por outro lado, mesmo que o direito fosse só indiretamente uma expressão da vontade estatal, criado por meio dos órgãos do Estado, que representariam esta vontade, ainda assim não se consegue comprovar esta teoria, pois, ao analisar os fatos, verifica-se que a vontade do Estado é uma mera ficção⁴².

Deste modo, o que acontece com a ciência do direito quando, ao buscar atender os requisitos da ciência moderna e tenta exibir os fatos aos quais corresponderiam as noções características de direitos e deveres legais, é a sua não comprovação. Por um lado, não se consegue descobrir nada que corresponda a estas noções do modo em que elas são verdadeiramente usadas. De outro lado, recorre-se a algo que somente aparentemente é objeto de experiência. Isto comprova que as noções em questão não podem ser reduzidas a algo existente na realidade e isto

⁴¹ Hägerström, Axel. *Moralfilosofins grundläggning* cit., p.196.

⁴² Hägerström, Axel. *Inquiries into the nature of law and morals*, Uppsala: Almqvist & Wiksells Boktryckeri AB, 1953, p.13.

ocorre porque, na análise dos fatos, estas noções tem suas raízes em idéias tradicionais de forças e ligações místicas ou mágicas⁴³.

Com base nestas idéias, Hägerström investiga a natureza destas noções no sistema jurídico ou na ciência do direito que é considerada a base fundamental da estrutura do direito moderno, o direito romano, por entender que nele pode-se encontrar os conceitos de direitos e deveres livres da confusão nas quais sempre estão colocados, pois os juristas sempre retiram dos fatos reais as idéias mágicas que são por eles utilizadas, por já estarem contaminados com a tendência geral de crítica da ciência moderna⁴⁴.

No artigo *Is positive law an expression of will? (Är gällande rätt uttryck av vilja?)*, publicado em 1916, Hägerström analisa as teorias da vontade (*will-theory*) e conclui que o entendimento de que o direito positivo é um sistema de imperativos ou declarações de intenção por parte de um poder legal gera um círculo vicioso. Se uma vontade geral é aceita, esta vontade deve ser entendida ou como a vontade de todos ou como uma vontade superindividual. Na primeira alternativa, a teoria fica em conflito com os fatos; na segunda, chega-se a absurdos lógicos.

Se a base da teoria é considerada como a vontade do mantenedor ou o mantenedor do poder de fato na sociedade, a dificuldade começa com o fato de que a própria lei é o início e o limite do poder *de facto*. Ainda por outra teoria, se considerarmos o poder, que realmente suporta o direito (a teoria da vontade), como ponto de partida, depara-se com a impossibilidade de atribuímos este poder a uma vontade real. E, com isso, exaure-se as possíveis formas da teoria, não podendo o direito ser considerado uma expressão de vontade⁴⁵.

⁴³ Hägerström, Axel. *Inquiries into the nature of law and morals* cit., p.15.

⁴⁴ Hägerström, Axel. *Inquiries into the nature of law and morals* cit., p.16.

⁴⁵ Hägerström, Axel. *Inquiries into the nature of law and morals* cit., p.55.

Para Ari Marcelo Sólon, “seu ponto de partida é o exame dos juízos de valor na filosofia moral. Para o filósofo escandinavo, o juízo de valor, que determina o valor como algo realmente válido, não pode ser verdadeiro ou falso pois não se refere a uma realidade objetiva. A consciência do valor, sustenta o autor, caracteriza-se pelo fato de que seu objeto depende somente de sentimentos subjetivos. Num escrito posterior ⁴⁶ as conclusões destas premissas são extraídas: o julgamento de valor é uma ilusão, pois o valor é apenas uma expressão de um sentimento, de um desejo e não de um pensamento.”⁴⁷

O artigo ***On fundamental problems of law*** (*En straffrättdlig principundersökning*), publicado na revista *Svensk Juristtidning*, em 1939, é este um dos últimos textos elaborados por Hägerström, no qual ele formula uma crítica às teorias imperativas. Não se pode negar, neste ponto concordando o autor sueco com esta doutrina, que as leis e outros regulamentos têm uma forma imperativa, sendo esta forma importante psicologicamente para a estabilidade da ordem jurídica.

Todavia, o que não pode ser sustentado, e isto de acordo com os fatos, é a afirmação de uma verdadeira vontade como comando de autoridade, que se expressa através de leis e regulamentos e, que quando estas ordens são desrespeitadas, reage por causa disso. Esta afirmação envolve também o absurdo da vontade pressuposta, que deve estar na base da ordem jurídica e ser considerada como um direito do soberano que, em última instância, é considerado como divino, e que, em pura vingança, daria a retribuição para a desobediência de suas leis, do mesmo modo como o bíblico Deus de Israel. Na base desta fundamentação existe uma transferência dos sentimentos sociais de vingança para o poder sobrenatural que seria derivado dos princípios de justiça, ainda que este poder, bem como a própria justiça, seja considerado o maior bem da comunidade⁴⁸.

⁴⁶ Conforme nota do texto de Sólon, trata-se do texto *Is positive law na expression of will?* acima referido.

⁴⁷ Solon, Ari Marcelo, *O problema do dever jurídico à luz de uma teoria realista do direito* cit., p. 72/73.

⁴⁸ Hägerström, Axel. *Inquiries into the nature of law and morals* cit., p.365.

A ciência do direito moderna não tem a menor noção do processo de desenvolvimento histórico que gerou estes absurdos. Complexos inconscientes de visões totalmente supersticiosas de tempos antigos escondem-se na irracionalidade de seus próprios pontos de partida e produzem uma intensa predisposição emocional com a qual é extremamente difícil de interagir⁴⁹.

Certamente a punição deve ser justa e a pessoa que é punida deve ter transgredido as determinações da ordem jurídica. Neste sentido, qualquer um se revolta com uma punição injusta, pois esta é considerada uma violação da justiça ideal que deve representar a ordem jurídica. É uma violação do direito da própria vítima que é punida⁵⁰.

Contudo, deve-se notar que tal sentimento é complexo. Por um lado, tem seu fundamento na idéia acima mencionada das condições para a justiça de uma punição. Por outro lado, também se baseia no sentimento de importância da manutenção das leis existentes e, especialmente, da lei penal, para a possibilidade de cooperação da sociedade para atingir os fins comuns que a ordem legal determina.

Assim como as leis penais são necessárias pra a segurança geral, elas acabam por confundir as pessoas, caso estas mesmas leis são arbitrariamente aplicadas. Com isto, gera-se incerteza geral, ao invés de segurança. É natural, assim, que um indivíduo que sofra punição não prevista na lei penal se torne objeto de simpatia, pois ele é uma vítima de um ato o qual é, em si mesmo, socialmente deplorável de acordo com as emoções sociais gerais. O sentimento de revolta em tais casos vai, com isso, sempre sobreviver, ainda que este sentimento originalmente criado pela superstição devesse perder seu poder sobre a mente dos homens⁵¹.

⁴⁹ Hägerström, Axel. *Inquiries into the nature of law and morals* cit., p.365.

⁵⁰ Hägerström, Axel. *Inquiries into the nature of law and morals* cit., p.366.

⁵¹ Hägerström, Axel. *Inquiries into the nature of law and morals*, cit., p.366.

Como bem resume Ari Marcelo Solon, “a crítica hägerströniana, tendo como alvo tanto jusnaturalistas como positivistas, pretende que toda a dogmática jurídica está permeada de direito natural. (...) Deve ser enfatizado, porém, que, na crítica à teoria imperativista, o autor não nega que o direito tenha forma imperativa, nem que isto seja importante psicologicamente para manter a estabilidade da ordem jurídica. O que é negado é a existência de uma vontade comandando, dotada de autoridade, que se expressa por leis e, quando comandos são violados, reage por esta razão. Em lugar da suposta vontade superior vários fatores sociais imponderáveis são identificados: instinto social, uma ética de legalidade e o medo de coação externa (aguçado em tempos antigos pela idéia de um direito divino). Seriam estes os fatores responsáveis pela manutenção da ordem jurídica e não um poder superior que comanda.”⁵²

4.3 ANDERS VILHELM LUNDSTEDT

Discípulo de Hägerström, foi professor catedrático de direito civil e romano na Universidade de Uppsala de 1914 até 1947, sendo também membro do corpo legislativo da Suécia, o *Riksdag*. Continuando o trabalho de seu mestre, a quem agradeceu por ter radicalmente modificado sua visão do direito, entendia que toda a ciência jurídica (positivista, normativista ou conceitualista) era não-científica.

Os principais objetos da sua crítica foram o dogma da completude do ordenamento jurídico e o dogma da possibilidade das sentenças de direito criadoras de direito novo. Afirmou, algumas vezes de modo contundente e agressivo, que as normas são “inexistentes” e que, valendo-se de fórmulas verbais pré-constituídas, na verdade, são os juízes que decidem, e, sob o ponto de vista preceptivo, devem decidir, baseados em regras gerais que eles mesmos

⁵² Solon, Ari Marcelo, *O problema do dever jurídico à luz de uma teoria realista do direito* cit., p. 85/86.

elaboraram, tendo em vista uma utilidade social, cuja determinação, de qualquer modo, resta arbitrária⁵³.

Para o doutrinador, aquilo que chamamos “direito válido” é somente uma posição de favor que um sujeito possui enquanto existe a máquina judiciária, e esta protege a sua posição. É inexato dizer que o Estado tutela o “direito”, o correto seria dizer que o que chamamos “direito válido” é somente a posição subjetiva que normalmente é protegida.

Para Ari Marcelo Sólon, *“o autor sueco procurava mostrar a própria não existência de normas jurídicas e, conseqüentemente, de todas as construções que implicam um ‘dever-ser’ como direitos e obrigações. Como para o mestre, o dever não passa de um sentimento, expressando algo subjetivo. Como a obrigação jurídica pressupõe que o dever não passa de um sentimento, expressando algo subjetivo. Como a obrigação jurídica pressupõe que o dever seja algo objetivo, ela é uma palavra sem sentido, uma impossibilidade lógica. Ademais, o discípulo, impulsionado pelas teses realistas, procurava denunciar as idéias metafísicas envolvidas nos conceitos de direito, ampliando ainda mais a lista dos ‘falsos conceitos’ para nela incluir o direito objetivo, o ilícito, a relação jurídica, a culpa, a responsabilidade, a justiça etc. Em suma, ‘all the conceptions og legal ideology are metaphysical’. A única realidade demonstrável subjacente às ‘falsas idéias’ consistiria no funcionamento efetivo de uma espécie de máquina jurídica. As concepções ideológico-jurídicas estabeleceriam como que uma superestrutura metafísica acima do funcionamento da ‘legal machinery’. A gênese deste mecanismo social consistiria num complexo de fatores sócio-psicológicos responsáveis pela aplicação efetiva de sanções tendo em vista os interesses sociais.”*⁵⁴

⁵³Tarello, Giovanni, *Realismo giuridico* in *Novissimo Digesto Italiano* cit., p. 932.

⁵⁴Solon, Ari Marcelo, *O problema do dever jurídico à luz de uma teoria realista do direito* cit., p. 88.

O livro *Legal thinking revised*, publicado em 1955, ano de sua morte, é considerado como seu testamento jurídico, no qual buscou levar suas idéias para os juristas de outros países, que pouco tiveram acesso às suas obras e cujas traduções, em inglês ou alemão, encontravam-se esgotadas.

Os trabalhos anteriores de Lundstedt foram muito debatidos por juristas, de vários países europeus. Tal feito foi considerado encorajador para o professor, pois demonstrou que seus estudos e suas novas idéias foram considerados merecedores de atenção e que, portanto, seu trabalho não foi em vão, pois levou a comunidade jurídica a discutir o próprio direito⁵⁵.

Devido à quase impossibilidade de acesso às suas obras em outra língua que não o sueco, Lundstedt preparou este livro, publicado originalmente em inglês, de modo a permitir um novo debate, mais aprofundado, de suas idéias. Por visar a este público, leigo em suas teorias, o professor buscou citar suas obras publicadas no exterior, bem como os comentários gerados sobre elas por juristas estrangeiros, em sua maioria, alemães e ingleses.

Lundstedt afirma que, em todas as suas obras, tentou ajudar a criar bases para um enfoque científico em matéria de direito, ou seja, fazer da ciência do direito realmente uma ciência. Isto porque a ciência do direito tradicional não pode ser considerada, na sua opinião, como tal, pois os juristas, em todos os tempos, falharam ao traçar uma imagem verdadeira do maquinário legal em ação⁵⁶.

No lugar do método de justiça das doutrinas legais tradicionais, que, para o autor, se mostra totalmente vazio após uma análise crítica, isto devido ao seu erro cardinal de confundir causa e efeito, Lundstedt propôs um enfoque do “mistério do direito”, baseado em fatos históricos, no criticismo lógico da ideologia jurídica e na

⁵⁵ Lundstedt, Vilhem. *Legal Thinking Revised* cit., p. 14.

⁵⁶ Lundstedt, Vilhem. *Legal Thinking Revised* cit., p. 9.

experiência psicológica. Segundo o autor, este é o único enfoque possível para enfrentar empiricamente as questões do direito.

Primeiramente, Lundstedt frisa a importância que os pensamentos de Hägerström sobre o direito tiveram no desenvolvimento das suas próprias idéias sobre direito e seu conceito de teoria do direito como ciência. Direito, nesta interpretação, é somente a vida dos seres humanos em grupos organizados e as condições que tornam pacífica a co-existência da massa de indivíduos nos grupos sociais e a cooperação entre eles para outros fins que não sua mera existência e propagação⁵⁷.

As pessoas são seres psicofísicos, equipados com as faculdades de raciocínio e ação, bem como repletos de uma maquiagem emocional e um aparato sensorial. A vida em grupo da nossa espécie somente se torna possível através do direito.

O direito, assim, deve ser considerado uma intrincada máquina que essencialmente continua a funcionar com a ajuda de poderes elétricos, mecânicos ou manuais, mas com sentidos que são dados por impulsos psicológicos que chegam de diversos meios da natureza do homem, seus sentidos, seus instintos e suas emoções. Estes impulsos psicológicos operam como a razão principal das ações humanas e suas ações possuem uma multidão de conseqüências psicológicas, bem como materiais.

Toda esta interação é, de um modo peculiar, sujeito ao controle que torna ao homem possível de conviver em sociedade, satisfazendo suas necessidades e vontades, seus interesses e desejos. Gradualmente, determinados valores sociais se cristalizam e, por etapas, determinam o aperfeiçoamento do maquinário. Em termos gerais, o controle mencionado consiste na legislação, na chamada administração da lei ou justiça, na execução dos julgamentos dos tribunais, na aplicação de outras medidas de coerção e, além disso, também em certas

⁵⁷ Lundstedt, Vilhem. *Legal Thinking Revised* cit., p. 7.

atividades administrativas por parte de pessoas eleitas ou apontadas para ocupar certas funções na sociedade⁵⁸.

Para tratar das questões sobre o objeto da ciência jurídica, Lundstedt procurou debater suas idéias com os representantes da doutrina tradicional. Seu interesse principal, como professor de direito civil, sempre foi o direito das obrigações, incluindo também o “*law of torts*” (responsabilidade civil), tendo também estudado os conceitos jurídicos tradicionais no campo dos direitos internacional e penal.

Segundo o professor, muitos escritores suecos refutaram suas teorias, nas mesmas linhas de pensamento que caracteriza a doutrina jurídica tradicional. Somente Karl Olivecrona pode ser considerado como autor com pensamento parecido, tendo publicado diversos artigos e tratados baseados nas teorias de Hägertröm e, talvez, também nos escritos de Lundstedt. Todavia, naquele ponto de desenvolvimento das teorias, o professor de Uppsala acreditava que as visões de Olivecrona diferiam da sua em muitos aspectos, ainda que sua crítica aos métodos de justiça continuasse próxima às idéias de Lundstedt⁵⁹.

Neste livro, o autor envereda-se no campo da responsabilidade civil, ou em inglês “*law of torts*”, que seria um direito das perdas e danos, segundo Lundstedt, significando o direito da responsabilidade aquiliana dos danos, e, conseqüentemente, do papel da culpa e das capacidades estritas. A “*law of torts*” inclui determinadas curiosidades históricas e tipicidades do direito anglo-saxão típico, o que não foi considerado no presente trabalho⁶⁰.

Lundstedt busca demonstrar que todas as concepções da ideologia jurídica são metafísicas. Todavia, não há razão para que alguns dos termos da teoria do direito tradicional não sejam usados como termos descritivos, significando certas

⁵⁸ Lundstedt, Vilhem. *Legal Thinking Revised* cit., p. 8.

⁵⁹ Lundstedt, Vilhem. *Legal Thinking Revised* cit., p. 10.

⁶⁰ Lundstedt, Vilhem. *Legal Thinking Revised* cit., p. 16.

realidades do modo em que são entendidas e, portanto, não havendo necessidade de análise destas realidades.

A utilização de conceitos da ideologia jurídica como ponto de partida ou pressuposição em argumentação científica, contudo, é simplesmente impossível. Como exemplo de falsas noções pode-se mencionar: direitos e deveres legais, obrigações, relações jurídicas, culpa, dolo, regras de direito, justiça (natural) e responsabilidade. As expressões justiça (natural), injustiça, injusto, legítimo, ônus legal, dolo e culpa, devem ser rejeitadas, na opinião do professor, e não serem utilizadas nem como termos descritivos de determinadas realidades. Neste ponto, o autor explica que expressões como “administração da justiça” (no sentido de legislação) podem ser utilizadas. Entretanto, para não haver erros de interpretação, somente será utilizado o termo direito⁶¹.

Responsabilidade, para Lundstedt, é considerado um bom termo descritivo, a ser utilizado no lugar de tediosas perífrases. No campo do direito civil, responsabilidade significa somente a condição das coisas nas quais o réu pode ser obrigado a pagar ressarcimento. A palavra proprietário também pode ser usada com um bom termo. Será utilizada como o nome para uma pessoa em determinada situação real. Já propriedade, como expressão comumente usada, envolve uma idéia metafísica completa. As expressões direitos, obrigações, deveres, relações, demandas e requisições jurídicos, propriamente ditos, não devem ser utilizados, nem como termos descritivos. Mas, mesmo o autor admite, que é impossível, na prática comum do direito, seja dentro ou fora dos tribunais, ou somente na teoria, erradicar tais termos.

Ainda sobre a terminologia utilizada por Lundstedt, chama-se a atenção para o fato de que termos como perigo, dano, injúria, perda, etc., e conseqüentemente

⁶¹ Lundstedt, Vilhem. *Legal Thinking Revised* cit., p. 16.

compensações, indenizações, crime, delito e punição, são usados algumas vezes de modo impreciso⁶².

A sociedade pressupõe a manutenção do que chamamos de direito ou direitos (se dividido em ramos). Assim, numa investigação sobre o direito, deve-se mencioná-los como existentes na sociedade. Só não se pode esquecer de que, em determinadas ocasiões, é importante considerar que, por exemplo, sem o que chamamos de direito penal, direito contratual ou responsabilidade civil, o que agora se entende por sociedade não poderia existir.

Lundstedt sempre procurou expressar sua visão do maquinário do direito em uma imagem que não pudesse ser má interpretada pelos leitores, todavia, tal busca não foi frutífera. Isto porque, apesar deste maquinário apresentar-se como um objeto útil à investigação de um especialista e passível de detalhada descrição, ele somente pode, em determinada extensão, ser uma imagem imprecisa que serve à elucidação do maquinário legal. O especialista, assim, deve tentar levantar o maquinário acima da sua cabeça e segurá-lo neste ponto, para que os olhos de sua percepção assim o vejam, durante algumas investigações básicas⁶³.

A essência do maquinário legal consiste em fatores vivos, sendo os seres humanos, com seus modelos de conduta e suas faculdades mentais, que constituem a força motriz, a direção, a engrenagem e outros equipamentos deste maquinário. No seu conteúdo, o direito consiste nestas ações que mutuamente influenciam e são influenciadas entre si, de acordo com o psíquico e o físico da natureza humana.

Os vários equipamentos que primeiro foram encontrados são, em si mesmo, “maquinários mortos”. Esta é a diferença do direito, o que torna tão difícil representar o maquinário legal em imagens análogas. Os “maquinários mortos”

⁶² Lundstedt, Vilhem. *Legal Thinking Revised* cit., p. 17

⁶³ Lundstedt, Vilhem. *Legal Thinking Revised* cit., p. 18

podem (e devem) ser examinados e descritos de uma posição separada do maquinário como tal. Em oposição a isto, temos as pessoas, em sua capacidade como autoridades do maquinário legal, que também devem contribuir para a investigação e descrição deste objeto, porque são parte do conteúdo do maquinário e constituem algo como um incentivo ou uma marcha deste engenho⁶⁴.

É importante para o especialista, até o ponto em que seja possível fazê-lo, que se imagine destacado do maquinário legal, ou mesmo da sociedade durante algumas investigações, assumindo, assim, o papel de um observador externo. Todavia, na medida em que tenta fazer isto, o especialista perde certas condições inerentes à sua própria vida e de outros seres humanos como membros da sociedade.

Lundstedt sempre apontou este problema: quando concebe sua própria visão do direito, os cientistas do direito normalmente perdem a consciência da sua própria condição ou pressuposições como seres humanos civilizados. É esta omissão que o autor considera ser o fator mais importante para os erros existentes nas teorias até dos mais modernos e famosos doutrinadores jurídicos. É esta omissão que traz todo o repúdio de Lundstedt para a ideologia jurídica e para o método de justiça.

O fato de valorar as atividades jurídicas por meio de várias outras ciências, além da do direito, não é fundada em nenhuma investigação em especial. Ela somente demonstra as verdadeiras condições óbvias para que se possa refletir sobre o direito. Entre estas ciências que estão em conexão com o direito está a história, que, todavia, foi excluída da pesquisa lundstedtiana, não por entender que o direito está livre de evoluir, mas porque uma tal apresentação, ainda que limitada pelos propósitos traçados para esta obra, levaria a um detalhamento e a uma pesquisa muito extensos⁶⁵.

⁶⁴ Lundstedt, Vilhem. *Legal Thinking Revised* cit., p. 18.

⁶⁵ Lundstedt, Vilhem. *Legal Thinking Revised* cit., p. 20.

A leitura deste livro força os leitores, a todo momento, a se livrar de suas ideologias jurídicas, que são a própria substância de todo conhecimento jurídico especializado, ou seja, todo seu equipamento profissional que lhe foi ensinado na faculdade de direito e que continua a ser renovado e seguido na prática jurídica. Deste modo, tentar examinar os fatos jurídicos cientificamente, buscando quebrar os trilhos no qual toda a ciência do direito é baseada, tentando, com isso, enxergar como as coisas são para o direito e não como elas deveriam ser. Esta é uma necessidade que, para a compreensão da teoria do autor, deve ser cumprida exatamente como tal, determina Lundstedt em seu livro.

O centro gravitacional da obra é a busca de Lundstedt em produzir um tipo de maquinário legal ou social, pois, como já definido anteriormente, o direito deve ser considerado uma intrincada máquina que essencialmente continua a funcionar com a ajuda de poderes elétricos, mecânicos ou manuais, mas com sentidos dados por impulsos psicológicos que chegam de diferentes meios da natureza do homem, como seus sentidos, seus instintos e suas emoções⁶⁶.

Os argumentos sobre determinadas máximas jurídicas de responsabilidade são do tipo subordinado, ao contrário da exposição sobre seu método de bem estar social, que necessariamente decorre de sua crítica à ideologia jurídica vigente. Estes argumentos formam apenas tentativas de aplicação do método desenvolvido pelo autor. Para Lundstedt, sua própria convicção sobre a plausibilidade de suas idéias sobre a visão geral do direito e sobre a adequação de seu método é diferentemente e mais profundamente fundada que a sua opinião de que estes resultados, aos quais se chegou através do método proposto, são os melhores ou os mais benéficos para a sociedade.

O autor sueco afirma que um homem sozinho não pode, com a ajuda de seus estudos e investigações e com a sua experiência, adquirir um panorama

⁶⁶ Lundstedt, Vilhem. *Legal Thinking Revised* cit., p. 21.

compreensivo de todos os fatores e elementos que devem ser levados em consideração, ou ser capaz de desenvolver máximas de responsabilidade aceitáveis para todo o extenso campo do direito de perdas e danos, o qual é o tema tratado nesta obra⁶⁷.

Deve-se levar em conta, portanto, que a capacidade didática em formar uma opinião não consegue ser homogênea em todas as diferentes questões. Esta capacidade varia de acordo com o tema tratado, ou seja, se ele é mais ou menos limitado no vasto campo de estudo do direito. Lundstedt somente exige, para encontrar as melhores máximas legais de acordo com seu método, é uma cooperação entre os homens de ciência jurídicas e aqueles da prática forense, bem como uma cooperação entre pessoas que se encontram nos limites destas categorias. Ou seja, em caso da necessidade, sempre se deve recorrer à consulta de um especialista que seja de fora do círculo de juristas e advogados, que é o que ocorre constantemente em seus estudos.

Lundstedt conclui afirmando que sua teoria pode contribuir bastante para a discussão e desenvolvimento do direito, ainda que em certos momentos ele se sinta inseguro sobre a sua insuficiente capacidade de controlar as múltiplas realidades sociais relevantes⁶⁸.

Não é esta a opinião do professor Sólon, em sua tese de livre docência, na qual entende que *“Lundstedt acusa a ciência do direito de fazer uma inversão ao tentar fundamentar as normas jurídicas como algo primário: na verdade, em primeiro lugar vêm os sentimentos irracionais de justiça que sofrem um processo de objetivação dando lugar à idéia de direitos e deveres independentes e não o contrário como pretende a ‘ciência do direito’.* Até este momento, como análise sociológica, as análises do autor suscitam um certo interesse, mesmo sem levar a

⁶⁷ Lundstedt, Vilhem. *Legal Thinking Revised* cit., p. 22.

⁶⁸ Lundstedt, Vilhem. *Legal Thinking Revised* cit., p. 22.

*sério sua postulação da inexistência das normas. O mesmo não se pode dizer em relação à contribuição positiva do jurista realista.*⁶⁹

4.4 KARL OLIVECRONA

Karl Olivecrona formou-se em direito em Uppsala, em 1920. Foi aluno de Vilhelm Lundstedt, cuja doutrina lhe influenciou, bem como o introduziu nas teorias de Axel Hägerström, tendo sido ele decisivo para a decisão de Olivecrona de estudar a filosofia do direito. Doutorou-se em 1928, com uma tese sobre o conceito da personalidade jurídica no direito romano e no direito moderno. Como na Suécia não havia a cadeira de filosofia do direito, Olivecrona atuou como professor adjunto de direito privado na Universidade de Uppsala e depois foi transferido para Lund como professor titular de direito processual. Foi, ainda que por pouco tempo, juiz do Tribunal de Apelações do sul da Suécia, tendo sido este cargo fundamental para os seus estudos jusfilosóficos, pois o colocou em íntimo contato com o direito positivo, levando-o à posição realista que assume para entender o conceito de direito e seus fundamentos⁷⁰.

A atitude de Olivecrona em relação às teorias filosóficas conhecidas, e mesmo em relação aos seus próprios mestres Lundstedt e Hägerström foi de negação e rebeldia. Para ele, todas as teorias possuíam um vazio impossível de ser preenchido, tanto na concepção pura do direito como em seus fundamentos essenciais. Buscou, deste modo, através de um sistema lógico com conteúdo sociológico, de direito positivo e filosófico, descartando de antemão todo elemento metafísico, formular uma teoria própria e singular do direito, apresentada em seu livro *Direito como fato (Law as a fact)*.

⁶⁹ Solon, Ari Marcelo, *O problema do dever jurídico à luz de uma teoria realista do direito* cit., p. 91.

⁷⁰ Funes, Gerónimo Cortés, apresentação ao livro *El derecho como hecho*, Buenos Aires: Roque Depalma, 1959, p. VII.

Olivecrona criou uma particular categoria de prescrições, nomeadas “imperativos independentes”, que são imperativos abstratos não pressupostos nas relações intersubjetivas entre o autor e o destinatário. As regras jurídicas gerais e abstratas sobre direitos e obrigações pertenceriam a esta categoria. Proposições particulares e concretas, expressas em determinado contexto, para pessoa certa e de modo particular, que se referem aos imperativos independentes, são proposições operativas, isto é, proposições pelas quais se realizam operações práticas, consistentes na atribuição de deveres, direitos ou posições (status). Por seu lado, estes direitos, deveres e posições apresentam-se (uma vez atribuídos pela proposição operativa) como realidade (seja simplesmente uma realidade “mágica”), sobre a qual se torna possível um discurso afirmativo, ou seja, sobre o qual se pode fazer afirmações verdadeiras ou falsas, verificáveis ou não. As regras jurídicas gerais e abstratas supramencionadas, base de toda teoria de Olivecrona, são as regras que tornam possíveis a convivência e com a qual se identifica o Estado⁷¹.

Entende que as regras jurídicas e abstratas, entendidas como “direito válido”, não asseguram o fato (por se tratar de imperativos), nem instituem um “dever ser” (visto que o “dever ser” não se encontra na natureza). Elas são geralmente consideradas fundamentos do dever, nos quais há sujeitos de fato, como é possível verificar com a utilização da psicologia social.

O livro ***Derecho como Hecho*** (*Law as a fact*), publicado em 1939, inicia-se explicando a suposta força obrigatória do direito, elemento presente em todas as definições do direito. Analisando-se esta força obrigatória do direito, chega-se à conclusão de que ele não é um fato, não existindo no mundo real, no tempo e no espaço. Na vida social real, que constitui a esfera onde o direito deveria existir, podemos observar uma multiplicidade de fatos que determinam as ações das pessoas, estando as normas jurídicas entre estes fatos. Mas seu resultado é sempre relativo e condicionado por outros elementos circunstanciais. A força

⁷¹ Tarello, Giovanni, *Realismo giuridico* in *Novissimo Digesto Italiano* cit., p. 932.

obrigatória do direito, em sentido absoluto, elimina qualquer possibilidade de encontrá-la na realidade social⁷².

Deste modo, ao entendermos o direito como possuindo força obrigatória, inevitavelmente o concebemos como estando acima dos fatos da vida, o que significa que o direito não pertence ao mundo do tempo e do espaço. Deveria possuir, assim, uma esfera própria de existência, fora do mundo real, o que é absurdo, pois o direito deve necessariamente relacionar-se com os fenômenos do mundo do tempo e do espaço, e isto não é possível sem que pertença a este mesmo mundo⁷³.

Neste livro, Olivecrona busca uma explicação coerente, sem contradições, dos fatos compreendidos na expressão “direito”. O estudo não se inicia com uma definição de direito, pois para que isto fosse possível, seria necessário um *petitio principii*. Antes de chegar a uma definição, os fatos devem ser analisados. O método utilizado neste livro consiste simplesmente em analisar aqueles fatos compreendidos na expressão “direito” (no caso, direito positivo). Não se faz uma afirmação inicial sobre sua natureza e a palavra “direito” é usada apenas para designar o objeto da investigação⁷⁴.

Analisando a natureza da norma jurídica, Olivecrona afirma que toda norma jurídica versa sobre o proceder das pessoas, sendo sua finalidade a de influir em suas ações, de uma maneira ou outra. O conteúdo das normas jurídicas pode ser definido como idéias de ações imaginárias a serem cumpridas por pessoas (por exemplo, os juízes) em situações imaginárias. A aplicação da lei consiste em utilizar estas ações imaginárias como modelos de conduta quando as situações correspondentes surgem na vida real. A única função da norma é contribuir para a

⁷² Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho*, Buenos Aires: Roque Depalma, 1959, p. 5.

⁷³ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho* cit., p. 6.

⁷⁴ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho* cit., p. 14.

descrição das situações nas quais as ações desejadas se produziriam e também para a descrição destas ações⁷⁵.

Uma ordem é um ato pelo qual uma pessoa pretende influir na vontade da outra, que pode ser apoiada ou fortalecida por uma promessa ou uma ameaça, mas estes são fatores secundários. Não pode ser considerada como uma manifestação de vontade. A norma jurídica não é uma ordem em sentido próprio, pois precisaria de uma pessoa que manda e outra que obedece. Ora, não se pode imaginar o Estado como um sujeito que manda e não pode o direito ser uma criação do Estado. As normas jurídicas podem ser consideradas como imperativos independentes, pois são declarações imperativas sobre ações, direitos ou obrigações, todos imaginários, não precisando se dirigir a uma pessoa específica e podendo ser expressas por uma oração que traz um juízo⁷⁶.

Como bem explica Ari Marcelo Sólon, *“a crítica do imperativismo foi a verdadeira obsessão do jurista sueco. ‘Law as a fact’, em duas edições, é o coroamento da crítica do realismo escandinavo ao voluntarismo jurídico, podendo ser esta obra lida como uma tentativa de elaborar uma teoria que fosse ao mesmo tempo realista (no sentido de ‘encaixar os fenômenos complexos cobertos pela palavra direito no mundo do espaço e do tempo’) e antivoluntarista do direito. Em lugar da inadequada visão da norma como ‘declaração da vontade’ ou comando, que implica sempre uma relação pessoal, Olivecrona sustenta serem as normas ‘imperativos independentes’, servindo como modo de expressão sugestivo para influenciar o comportamento das pessoas. Quanto à eficácia das normas na regulação das condutas, ela não depende da sua imposição por uma vontade poderosa. Explica-se, sim, pelos efeitos dos fatores psicológicos na mente dos recipientes que são sugestionados a responder às regras.”*⁷⁷

⁷⁵ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho* cit., p. 18/19.

⁷⁶ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho* cit., p. 29.

⁷⁷ Sólon, Ari Marcelo, *O problema do dever jurídico à luz de uma teoria realista do direito* cit., p. 94.

Uma norma somente existe como o conteúdo e uma noção de um ser humano. O direito de um país, assim, consiste em uma quantidade imensa de idéias relativas à conduta humana, acumuladas por séculos através de inúmeros colaboradores. Estas idéias foram expressas de forma imperativa, especialmente através da legislação formal, sendo reavivadas nas mentes humanas de vez em quando. Com este tipo de definição, não se consegue diferenciar as normas jurídicas das morais, pois, para Olivecrona, não há uma diferença fundamental entre elas. A norma moral não pode ser diferenciada da norma jurídica por seu caráter objetivo, pois esta distinção obedece a sentimentos, mas as teorias, erroneamente, entendem que ela esteja fundada em circunstâncias objetivas⁷⁸.

O direito pode ser criado pela legislação ordinária (formal) e pelos costumes. Já a Constituição possui como fontes principais da sua força os hábitos sociais e os instintos do povo. As forças sociais de uma comunidade devem estar unificadas na Constituição, sendo esta respeitada, no geral, e produzindo uma atitude comum de respeito para a autoridade legislativa. As Constituições estão mais sujeitas a interpretações variadas e arbitrárias do que as leis comuns, pois sua aplicação não é geralmente feita por juizes imparciais, mas por políticos, cujo único controle é a opinião pública, que sempre pode ser manipulada em determinada medida⁷⁹.

Analisando a teoria dos direitos, Olivecrona admite que a noção da idéia de direito é a idéia de poder. Este é um poder imaginário, que, todavia, gera um sentimento de poder, ou seja, um sentimento de atividade e de força. Este sentimento dá uma aparência de substância à idéia e, por isso, ajuda a conservar a ilusão de que exista um poder real. Concebe-se, assim, o direito como uma força imaginária, ou, mais precisamente, o fato de que o concebemos mentalmente é uma potestade ideal ou fictícia de controlar um objeto ou de exigir uma ação de outra pessoa⁸⁰.

⁷⁸ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho* cit., p. 32/33.

⁷⁹ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho* cit., p. 38.

⁸⁰ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho* cit., p. 70/71.

Para Olivecrona, ao reconhecer a natureza fictícia do poder chamado direito, compreende-se facilmente como o título legal, proveniente da lei, pode ser imaginado como constitutivo de um direito. Deste modo, aplica-se todo o conjunto de linguagem legal, que constantemente se refere a poderes imaginários e a sua contrapartida, qual seja, os vínculos imaginários chamados obrigações. Para alcançar seus fins, não importa que o direito e seu objeto sejam realidades, o que interessa é o funcionamento regular do maquinário legal⁸¹.

A essência da técnica do direito consiste em que, na imaginação, os direitos e obrigações estão ligados entre os fatos relevantes e a ação do juiz. A intenção do legislador é que certa ação por parte do juiz, isto é, certa decisão, seja a consequência dos fatos previstos. Mas a lei não afirma isto com tanta clareza e, por isso, entende-se que os fatos geram os direitos e obrigações. Com isto, se supõe que o juiz deve estabelecer se estes direitos e obrigações realmente existem em um caso concreto. Na realidade, o que o juiz faz quando decide o caso é reiterar as disposições pertinentes da lei civil, impondo um cânon concreto de conduta ao demandado e ordenando uma ação aos funcionários executores⁸².

Analisando a conexão entre direito e magia, o autor entende que foi preservada a estrutura mágica exterior da matéria jurídica, mas se perdeu a crença específica em forças sobrenaturais. Os direitos e obrigações nascem de contratos e outros atos, criando-se também conseqüentemente poderes e vínculos imaginários, mas não há a ocorrência efetiva de algo sobrenatural. Para Olivecrona, magia pura é a coroação do rei da Inglaterra, e em certa medida se crê nesta magia, ao menos com certo grau de convicção⁸³.

A idéia de direito está intimamente associada com a palavra. Da maneira como se emprega a palavra, ela significa um poder. Ter um direito é ser capaz de fazer algo ou de reclamar algo. Mas este poder é inapreensível, e, por isso, sua

⁸¹ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho* cit., p. 77/78.

⁸² Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho* cit., p. 84/85.

⁸³ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho* cit., p. 89.

natureza não pode ser descrita adequadamente sem o emprego da palavra direito. Esta palavra tem importância peculiar, pois se identifica com a coisa que se acredita significar, e, ainda mais, ocupa o seu lugar. Como a idéia do direito está tão estreitamente conectada à palavra, é necessário um esforço especial para separar a idéia da palavra e considerá-la criticamente. Esta separação é necessária para captarmos o significado da idéia, mas é difícil realizá-la exatamente porque um direito não é reconhecido como tal quando é descrito por outras palavras⁸⁴.

Para Ari Marcelo Solon, *“a filosofia da linguagem serviu sobretudo para refinar a noção da norma como imperativo independente. No novo livro, Olivecrona propõe, em linhas gerais, dois elementos para explicar a natureza da norma jurídica: um padrão de comportamento requerido como elemento **ideal** (ideatum) e a comunicação de um sentimento de compulsão em relação ao modelo de comportamento como elemento **formal** (imperatum). A expressão ‘imperativos independentes’ serve, portanto, para designar toda uma vasta categoria de signos lingüísticos que têm função diretiva. Sua força, principalmente no caso das normas jurídicas, não depende da vontade do emitente mas de uma postura preexistente de respeito a determinados procedimentos formais.”*⁸⁵

Conclui-se, assim, que se o direito não é obrigação no sentido tradicional, trata-se somente do efeito psicológico de alguns imperativos independentes, não existindo na realidade nem direitos nem obrigações, o que é considerado direito deve ser essencialmente força organizada⁸⁶.

O Estado moderno organizado possui o efetivo uso da força física. Ao analisar cientificamente o direito, deve-se distinguir cuidadosamente os diferentes elementos que integram as situações de fato. Por um lado, existe uma força organizada e as formalidades pelas quais ela se emprega. De outro lado, há

⁸⁴ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho* cit., p. 94.

⁸⁵ Solon, Ari Marcelo, *O problema do dever jurídico à luz de uma teoria realista do direito* cit., p. 97.

⁸⁶ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho* cit., p. 94.

reações a este uso da força nas mentes humanas e nas idéias tradicionais concernentes à sua natureza. Segundo o autor, deve-se, portanto, evitar o erro de aceitar o conceito tradicional do direito como representação dos fatos, porque, com isto, confunde-se a ideologia com realidade objetiva⁸⁷.

Como consequência da aplicação normal da força conforme ao direito, cria-se habitualmente (ainda que nem sempre) uma situação favorável para a pessoa a qual se atribui legalmente um direito. Em outras palavras: é um efeito do maquinário legal criar, na maior parte dos casos, na realidade objetiva, uma contrapartida ao poder imaginário. Mas isto é algo diverso da proteção real do poder, que não está incluído no direito e, portanto, não se pode dizer que a função da força é proteger os direitos existentes⁸⁸.

Para Olivecrona, não se pode diferenciar o direito em normas primárias e secundárias. As normas possuem como único efeito sua influência na mente das pessoas determinando-as a atuar de determinada maneira. As idéias de direitos e obrigações são utilizadas como meios de descrever as ações desejadas e também para atuar sobre os sentimentos dos indivíduos. Somente estas idéias são realidades e os poderes e vínculos chamados direitos e obrigações não têm existência objetiva. Não se pode, portanto, diferenciar cientificamente normas sobre a premissa de que algumas podem gerar por si mesmas poderes e vínculos e outras não⁸⁹.

O direito consiste principalmente em normas sobre a força. Há, assim, necessidade de uma força organizada, sendo a influência desta força primordialmente indireta. Examinando internamente o foro íntimo das pessoas, pode-se afirmar que é o temor ou medo o motivo pelo qual se obedece à lei. Todavia, pode haver situações em que ele não esteja presente na conduta legal das pessoas em geral, ocorrendo, assim, uma ausência relativa de temor em

⁸⁷ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho* cit., p. 98/99.

⁸⁸ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho* cit., p. 100.

⁸⁹ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho* cit., p. 103.

determinadas condições normais. Mas sua importância é grande, ainda que sua influência indireta possa escapar da observação superficial do direito⁹⁰.

O maquinário da força não afeta somente os que violam abertamente a lei, não sendo sua única função punir os culpados. A força também é necessária para moldar a moral dos cidadãos, pois esta é determinada primordialmente pelo fato de que as sanções são aplicadas regularmente na comunidade. Se estas sanções são eliminadas e o maquinário da força é abolido, a moral experimentaria uma mudança profunda e se adaptaria às novas circunstâncias nas quais o indivíduo não pode confiar em uma força organizada que o proteja⁹¹.

As idéias morais ocupam um lugar de destaque entre os motivos determinantes na criação de novas leis, mas existem outros motivos nesta determinação. Nunca a influência dos sentimentos morais foi determinante para criação de uma lei, quando estiveram em conflito com os interesses de quem está no poder. As idéias morais somente conseguiram resultados apreciáveis quando os idealistas puderam mobilizar ativamente as massas de forma que as classes dirigentes acharam aconselhável apaziguá-las com algumas concessões⁹².

A força organizada é monopolizada por uma organização, o Estado. Pelos fatos, percebe-se que existe uma vasta organização que adquiriu um monopólio da força dentro de certo território, um monopólio que não consiste em um direito exclusivo de utilizar a força, mas em uma capacidade efetiva para fazê-lo, capacidade esta que, em última análise, pertence aos integrantes da comunidade. A monopolização da força é absolutamente necessária para a vida civilizada. É uma condição vital para as atividades econômicas e culturais que tornam possível a existência de comunidades multitudinárias e que dá a essa existência sua forma peculiar. Em consequência, esse monopólio estabeleceu-se em todas as partes, de modo mais ou menos completo. A delimitação entre as diversas organizações

⁹⁰ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho* cit., p.113.

⁹¹ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho* cit., p. 124/125.

⁹² Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho* cit., p. 130.

chamadas Estados se realiza e se mantém também, principalmente, por meio da força⁹³.

Olivecrona afirma que a monopolização da força se realiza por meio das normas jurídicas. Os poderes dos membros da organização (o Estado) dependem da efetividade psicológica destas normas. Mas os mesmos meios também são empregados para conseguir a regulação da força, ou seja, para submetê-la a uma canalização efetiva e para orientá-la. A regulação da força se dá de forma mais completa na órbita reservada aos tribunais judiciais. O juiz disciplina o uso da força em matérias regidas pela legislação civil ou penal, mas a potestade de fazê-lo está restringida por limites estritos dados pelas normas jurídicas⁹⁴. Devido ao direito, o juiz tem o direito e a obrigação de atuar somente conforme os cânones que lhe são impostos pelas leis civis e penais, coordenadas pelas normas processuais. Se os imperativos do direito são psicologicamente efetivos, eles conferem ao juiz um poder real, mas um poder que somente pode ser usado se ele atua segundo o esquema apresentado pelas normas jurídicas⁹⁵.

O poder depende sempre de condições materiais e psicológicas, que são de natureza relativa e, conseqüentemente, transformam também o poder em relativo. Canalizar e regular a força não é somente o problema de limitar um poder que já é limitado por si mesmo. O problema é justamente constituir uma concentração de força com propósito limitado e subordinar seu uso a objetivos definidos. Isto pode ser conseguido porque as condições das quais depende a potestade de dirigir a força podem ser conscientemente ajustadas às necessidades a que responde, sendo o direito o principal meio para isto⁹⁶.

A idealização metafísica do direito é um fenômeno secundário, tendo sua origem na captação instintiva da necessidade de regular o uso da força. Portanto, a

⁹³ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho* cit., p. 137/138.

⁹⁴ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho* cit., p. 138.

⁹⁵ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho* cit., p. 140.

⁹⁶ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho* cit., p. 141.

consideração científica e consciente deste problema não pode destruir nem debilitar o respeito pelo direito. Ao contrário, um conceito realista dos fatos impõe que os motivos fundamentais atuem para que o direito seja mantido com mais liberdade, sem passar por um conjunto de idéias metafísicas e uma selva de palavras, nos quais sempre existe o perigo de se perder contato com a realidade⁹⁷.

Concluindo o livro, Olivecrona afirma que buscou provar que o fenômeno ao qual chamamos de direito é na realidade um sistema de normas relativas à força, utilizadas por membros de uma organização, a qual o Estado logrou conquistar um monopólio efetivo da força dentro de determinado território. Analisando o direito internacional, verifica-se a ausência de um monopólio da força, que se traduz em uma diversidade de idéias a respeito dos direitos e das obrigações. A falta de um poder central capaz de criar e sustentar idéias uniformes criou e desenvolveu uma infinidade de sistemas nos diversos países, baseados em seus diferentes interesses. Os pretendidos “direitos” são, assim, disfarces para esses interesses, que se apresentam como de caráter absoluto, fazendo-os aparecer como algo mais do que realmente são: meros desejos e exigências dos setores dirigentes dos países de que se trata. Com frequência, tais idéias são compartilhadas por grupos inteiros de países, mas quando isto ocorre os interesses de todos são também similares⁹⁸.

Como constatou Ari Marcelo Sólon, bem resumindo esta obra, “*é curioso que, transcorrido mais de uma década de convivência com o livro de Olivecrona, sua releitura nos tenha surpreendido ao deduzir como palavras chaves do **Direito como Fato** os termos **ideal, formal**. Nada de explicações naturalísticas do tipo do realismo jurídico norte-americano que reduzem o direito a fatos brutos. Também não vislumbramos na famosa teoria das ‘palavras ocas’, desenvolvida a partir da análise da unidade monetária, o ponto nevrálgico da obra. Na verdade, como era*

⁹⁷ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho* cit., p. 142.

⁹⁸ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho* cit., p. 158/159.

de se esperar de um grande processualista, a ênfase é colocada nos procedimentos formais de formação das normas, uma análise minuciosa, ainda que em termos psicológicos, das diversas fases da criação do direito, revelando uma hierarquia, desde a primeira constituição, passando pela preparação do texto da lei, até a decisão judicial.”⁹⁹

No artigo **O imperativo da lei** (*Der Imperativ des Gesetzes*), de 1942, Olivecrona busca analisar o momento imperativo da lei, sendo este trabalho considerado uma continuação de seu artigo *Lei e Estado* (*Gesetz und Staat*), de 1940. Inicia analisando a norma, que possui dois momentos: um modo de atuação imaginado e uma expressão imperativa associada àquele modo na consciência, sendo, portanto, um dever ou algo equivalente.

Individualizando o momento imperativo da lei, descobre-se que as proposições legislativas têm sempre um caráter imperativo, mas que também o ato legislativo, por meio do qual os imperativos se tornam psicologicamente eficazes, apresenta-se como um sinal imperativo. Nisto consiste o verdadeiro significado deste ato. O que impediu a ciência jurídica de colocar em evidência realista este significado é a limitação de sua concepção metafísica. Se for entendido que o ato legislativo atribui às normas uma força obrigatória, no sentido tradicional, o significado deste ato não pode ser explicado racionalmente.

Uma explicação se torna possível quando se entende que este problema é somente de iluminar uma relação psicológica. Trilhando este caminho, descobre-se que o problema do imperativo da lei constitui somente um aspecto mais amplo dos sinais imperativos em geral e de sua função na comunidade humana. Existe, sim, um enorme conjunto de problemas, mas estes problemas são, em princípio, solucionáveis¹⁰⁰.

⁹⁹ Solon, Ari Marcelo, *O problema do dever jurídico à luz de uma teoria realista do direito* cit., p. 97.

¹⁰⁰ Olivecrona, Karl, *El imperativo de la ley*, in *El derecho como hecho* cit., p. 196/197.

No artigo *On the problem of law and force in recent literature*, publicado em 1976, Olivecrona critica uma série de artigos de Norberto Bobbio denominados *Studi per una teoria generale del diritto*, em especial o que tratava da relação entre direito e força.

Segundo o autor sueco, ao ler este artigo de Bobbio fica-se com a impressão de que sua teoria, exposta em *Direito como fato*, teria sido inspirada nas idéias de Hans Kelsen sobre o assunto, principalmente tiradas de seu artigo *Allgemeine Staatslehre*. Esta idéia é falsa pois antes de 1939, ano em que foi publicada a obra de Olivecrona, Kelsen ainda não havia exposto qualquer teoria sobre o tema do direito e força e este artigo, citado por Bobbio, somente contém duas sentenças tratando deste assunto, não podendo ser consideradas como base de uma “nova” teoria, que o poderia ter inspirado¹⁰¹.

Esta confusão, segundo Olivecrona, pode ter surgido devido a uma nota de rodapé no livro *Direito e Justiça*, de Ross¹⁰², no qual ele admite ter assumido o entendimento de que “o direito é composto de regras que são garantidas pela força” devido a Hans Kelsen, citando também o artigo *Allgemeine Staatslehre*. Nesta mesma nota, ele também afirma que esta visão é compartilhada por Olivecrona em seu livro *Direito como fato*, sendo daí que Bobbio teria tirado a idéia de que também o autor sueco teria se inspirado em Kelsen ao tratar da relação entre direito e força¹⁰³.

Olivecrona sustenta que somente em seu livro *O que é justiça?*, de 1957, Kelsen adotou a idéia de que o direito é uma organização da força, sendo meio para que o uso da força se torne um monopólio da comunidade e, com isso, conseguindo

¹⁰¹ Olivecrona, Karl, *On the problem of law and force in recent literature*, Rivista della filosofia del diritto, v. LXV, n. 4, 1976, p. 550.

¹⁰² Encontrando-se na página 78 da tradução em português, nota n. 18 do capítulo II, e na página 53 da versão em inglês *On law and justice*.

¹⁰³ Olivecrona, Karl, *On the problem of law and force in recent literature* cit., p. 551.

pacificar esta comunidade¹⁰⁴. O autor afirma não saber se Kelsen havia lido sua obra antes de escrever esta passagem, apesar de acreditar que sim, pois eles já haviam se encontrado em 1933, em Uppsala, e Kelsen já havia lido os artigos de Hägerström publicados no livro *Inquiries into the nature of law and morals*. Todavia, para Olivecrona, o importante neste artigo era rebater as afirmações infundadas de Bobbio e mostrar a ordem cronológica correta dos fatos¹⁰⁵.

4.5 A INFLUÊNCIA EXERCIDA SOBRE ALF ROSS

Conforme pode ser notado pela a leitura das obras de Ross, que serão melhor detalhadas no próximo capítulo, e de seus precursores na corrente do Realismo Escandinavo, toda a base ideológica dos escritos do autor dinamarquês originou-se das leituras das idéias destes autores, em especial Hägerström, que pode ser considerado seu mestre, bem como também de Ludstedt e Olivecrona. Assim, foi Hägerström quem iniciou a corrente do Realismo Escandinavo, com suas idéias antimetafísicas, tendo influenciado decisivamente os outros três integrantes da corrente, tendo estes, todavia, seguidos por caminhos diferentes, ainda que paralelos, em suas idéias.

Assim, como Hägerström, Ross entende que a terminologia jurídica e as idéias que possuímos a respeito do direito apresentam uma semelhança estrutural com o pensamento mágico primitivo, no sentido de invocar potências sobrenaturais, que,

¹⁰⁴ “O direito é, para ser correto, um ordenamento para a promoção da paz, o qual proíbe o uso da força nas relações entre os membros de uma comunidade. Só que isto não extingue absolutamente o uso da força. Direito e força não devem ser entendidos como opostos. O direito é uma organização da força. Para a lei existem algumas condições para o uso da força entre os homens, autorizando o uso da força somente por alguns indivíduos e somente em algumas circunstâncias. A lei permite condutas s quais, em qualquer outra circunstância, seriam consideradas proibidas; ser legalmente proibidas significa ser a única condição para um ato coercitivo como sanção. O indivíduo que, autorizado pela ordem jurídica, aplica a medida coercitiva (a sanção), atua como agente desta ordem ou – o que significa o mesmo – como um órgão da comunidade instituída por esta ordem jurídica. Somente este indivíduo, somente o órgão da comunidade, está autorizado a usar a força. Deste modo, pode-se dizer que o direito torna o uso da força um monopólio da comunidade. E precisamente por fazer isso, o direito pacifica a comunidade.” Hans Kelsen, *O que é justiça?*, p. 21, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁰⁵ Olivecrona, Karl, *On the problem of law and force in recent literature* cit., p. 552.

por sua vez, são transformadas em efeitos fáticos. Seguindo as idéias do livro *Der Römische Obligationsbegriff*, Ross entende que esta semelhança está enraizada numa tradição que, ligada à linguagem e ao poder que esta tem sobre o pensamento, originou-se nos primórdios de nossa civilização.

Segundo Alaôr Caffé Alves, “*de Hägerström, fundador da escola de Uppsala, Ross herdou um conceito materialista da realidade e as tendências de crítica filosófica da linguagem, na esteira do movimento neoempirista que, antes da Segunda Grande Guerra, grassava na Europa, por influência do Círculo de Viena e da escola de Cambridge. (...) Ainda por influência do fundador da escola de Uppsala, Ross critica a noção kelseniana de validade jurídica e defenderá uma reconstrução realista desse e de outros conceitos do direito, objetivando um conhecimento empírico dos mesmos.*”¹⁰⁶

Sobre a obra de Lundstedt, Ross aceita sua teoria de que a única realidade demonstrável nas situações entendidas como de direito subjetivo consiste em uma simples função do mecanismo do direito. Deste modo, uma pessoa pode, sob determinadas condições e em conformidade com o direito vigente, instituir procedimentos e mobilizar os mecanismos do direito, de modo que o poder público seja exercido em seu próprio benefício. Contudo, discorda da posição radical assumida pelo autor sueco de que os direitos subjetivos não existem e que quem utiliza tal expressão está dizendo coisas sem sentido.

Já o realismo psicológico, defendido por Olivecrona, descobre a realidade do direito nos fatos psicológicos. Deste modo, uma norma é vigente se é aceita pela consciência jurídica popular. Em certa medida, para Alf Ross, o realismo ideológico se assemelha ao idealismo formal de Kelsen, pois em ambos a validade do direito é derivada dedutivamente da Constituição e da hipótese inicial. Todavia, enquanto Kelsen considera a ideologia constitucional como uma hipótese normativa autônoma em abstrato e dissociada da realidade social, Olivecrona

¹⁰⁶ Alves, Alaôr Caffé, *Apresentação à Edição Brasileira in Direito e Justiça*, Bauru: Edipro, 2003, p.09.

afirma que a ideologia é o conteúdo de concepções psicológicas reais que existem na mente dos seres humanos.

A crítica de Ross ao realismo psicológico deve-se ao fato desta teoria vincular o conceito de direito vigente à consciência jurídica individual, transformando o direito, assim, em um fenômeno individual, situando-o num plano idêntico ao da moral. Tal definição é inadmissível para o professor dinamarquês, pois pressupõe o ordenamento jurídico nacional, ao menos dentro de certos limites, como um fenômeno externo intersubjetivo.

Deste modo, pode-se afirmar que os três autores foram utilizados por Ross para a formulação de sua teoria, seja como fonte de inspiração ou de divergência. Lundstedt, Olivecrona e Ross são discípulos de Hägerström, tendo seguidos suas idéias iniciais de direito para formular suas próprias teorias. Lundstedt somente reexaminou a teoria hägerströniana, não acrescentando muito ao pensamento já elaborado, mas tornando-o muito mais claro e acessível, principalmente para os juristas. Já Olivecrona e Ross efetivamente desenvolveram idéias próprias, tendo, todavia, apesar de partir da mesma fonte, chegado a diferentes resultados. Além disso, Ross também partiu para outro tipo de análise do direito, além da visão realista seguida por todos, buscando desenvolver uma lógica deôntica e transformar o direito em algo acessível a toda população e de fácil compreensão e uso, para que não pudesse ser usado novamente como meio de dominação dos anseios da coletividade e atuando de modo contrário ao bem estar social, pois a vontade da população é (e sempre deveria ser) o objetivo último do direito.

É importante ressaltar que o professor Sólon situa a obra de Ross fora da escola de Uppsala. Os motivos para este enquadramento são o fato de Ross rejeitar em obras posteriores as premissas filosóficas de Hägerström que havia aceitado em seus primeiros escritos. A partir do momento em que descartou o psicologismo da Escola de Uppsala, Ross adota uma perspectiva normativa moderada. Segundo Sólon, *“ressalta-se que, mesmo do ponto de vista de uma ciência jurídica que se*

*pretende eminentemente empírica, uma verdadeira ciência social, Ross não reduz a norma meramente a um fenômeno lingüístico nem a um fato psicológico ou social.*¹⁰⁷

¹⁰⁷Solon, Ari Marcelo, *O problema do dever jurídico à luz de uma teoria realista do direito* cit., p. 118.

CAPÍTULO 4

A TEORIA JURÍDICA DE ALF ROSS

4.1 PRIMEIRA FASE (1925 – 1945)

Na primeira fase do pensamento de Alf Ross, pode-se destacar a influência exercida pelas idéias de Hägerstrom e Kelsen. Como bem definiu Alaôr Caffé Alves, *“Alf Ross recebe significativa influência do sueco Axel Hägerström (1868-1939), quem lhe fez ver o vazio das especulações metafísicas no campo do direito e da moral, bem como de Hans Kelsen (1881-1973), a quem agradece por tê-lo iniciado na filosofia do direito”*¹⁰⁸.

No texto *Bevisbyrdelæren i Støbeskeen? (A teoria do ônus da prova como ato de criação?)*, publicado em 1930, no livro em homenagem a Karl Olivecrona, Ross analisa os trabalhos anteriores do professor sueco e chega à conclusão que, para Olivecrona, só existe poder sobre uma pessoa em razão do contexto histórico, compreendendo-se o direito como um processo anterior cuja extensão provém de uma ordem ideal. Acredita, assim, que a existência efetiva dos direitos está ligada a um direito (ordenamento) ideal, em razão da qual os homens vêm toda a finalidade da ordem jurídica em si mesmos e em cada decisão que concretiza a justiça e que, portanto, gera um extraordinário efeito social, sendo regras de direito que preservam a efetividade, e que geralmente são comandos de ação. As regras talvez, nesta interpretação, dêem uma chance para cada um, que podem ‘decidir’¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Alves, Alaôr Caffé in *Apresentação à Edição Brasileira* do livro *Direito e Justiça*, Bauru: Edipro, 2003. p. 09.

¹⁰⁹ *”Imidlertid mener Olivecrona, at dette er et ganske irrationelt Syn, der kun har Magt over Sindene paa Grund af dets historiske Sammenhæng med den omtalte Opfattelse af Retten som en før Processen givne Størrelse af ideelle Rettigheder, fører let til, at man ser hele Retsordenens Endemaal i den i den enkelt Afgørelse opnaaede konkrete Retfærdighed eller Billighed og derved overser de overordentlig vidtrækkende*

Ross não concorda com esta visão e entende que Olivecrona exagerou na sua crítica. Isto porque o professor sueco acredita firmemente que a teoria do direito, cujo objetivo das regras sobre prova é realizar o direito material, traz consigo, ao final, um entendimento metafísico da natureza do direito. Pensando deste modo, Ross afirma que Olivecrona errou totalmente ao combater esta concepção metafísica e deste modo rejeitar completamente tal pensamento. Isto porque com o método correto, escolhido previamente, pode-se separar as concepções metafísicas das idéias reais, ou ainda interpretar de maneira real as concepções metafísicas¹¹⁰.

O livro de Olivecrona, para Alf Ross, deve ser respeitado como uma revolução na teoria do direito. Baseadas nas leis de psicologia natural, as gerações mais antigas verão com ceticismo esta pesquisa sobre os fundamentos construtivos do direito, realizada no trabalho de Olivecrona. Mas muitos sugerem que se trata de um desenvolvimento, com a abertura de portas para as novas gerações. Nesta grande caminho do direito, Ross acredita que não se pode fechar os olhos para a novidade, que traz uma nova solução dos problemas, tanto internamente como no exterior. Não se deve dispensar todo este trabalho seriamente realizado como confusão 'lógica'. "*La vérité est en marche*"¹¹¹.

sociale Virkninger, som Retsreglen, om den afretholdes effektivt, afstedkommer som generelt handlingsbestemmende. Reglen motiverer maaske Titusinde Tilfælde for hvert et, den 'afgør'". Ross, Alf. *Bevisbyrden i Støbeskeen?*, in *Ret som teknik kunst og videnskab*, Copenhagen: Jurist- økonomforbundets forlag, 1999, p. 280 e 284.

¹¹⁰ "*Vi forstår nu ogsaa Grunden til, at Olivecrona er gaaet for vidt i sin Kritik. Den er af metodisk Art. Olivecrona har rigtigt indset, at Teorien om, at Bevisbyrdereglen Formaal er at realisere den materielle Ret, bunder i en metafysisk Opfattelse af Rettens Væsen. Han har saa troet, at det blot galdt om at overvinde den metafysisk Forestilling og dermed forkaste selve Tanken; medens den rigtige Metode, som nævnt tidligere, maa gaa ud paa at udskille den bag den metafysisk Forestilling liggende reale Tanke, eller at tyde den metafysisk Forestilling realt.*" Ross, Alf. *Bevisbyrden i Støbeskeen?* cit., p. 293.

¹¹¹ "*Olivecronas Bog virker i en vis Henseende som et Symptom. Ifølge naturlige psykologiske Love vil den ældre Generation gerne se med Skepsis paa saadanne Undersøgelser over den juridiske Betragtningens Forudsætninger, som kommer til Orde i Olivecronas Afhandling. Men meget tyder paa, at en Udvikling staar for Døren med den unge Generation. I Længden vil man ikke kunne lukke øjnene for den Opmark, der finder Sted i Problembehandlingen baade herhjemme og i Udlandet. Man kan ikke affærdige alle disse alvorlige Bestræbelser som 'logiske' Forvildelser. La vérité est en marche.*" Ross, Alf. *Bevisbyrden i Støbeskeen?* cit., p. 294.

Em sua tese de doutorado, *Virkelighed og gyldighed i retslaeren: em kritik af den teoretiske retsvidenskabs grundgreber* (Realidade e validade: uma crítica do fundamento das teorias do direito), de 1934, Ross afirma que, segundo o pensamento da época, a filosofia, para ser considerada como ciência, deve possuir um conteúdo de ciência. Segundo o autor, seguindo esta idéia, o pensamento filosófico, perdido em total desordem, parecia seguir um inevitável percurso para o colapso, seguindo idéias metafísicas. Isto, para ele, soou como um alerta, pois não se poderia mais aceitar tal pensamento “científico”¹¹².

Para Ross, o objeto da ciência deve considerar-se filosoficamente, se busca realmente sopesar suas próprias intenções. É entendimento corrente que o estudo de qualquer material disponível deve ter seu valor encontrado em conjunto, não podendo ser tratado como um assunto “teórico” puro, sem qualquer contato com os problemas práticos da vida. Nada pode ser mais facilmente compreendido do que esta afirmação. Deste modo, pode-se realmente acreditar que uma ciência como o direito, que diretamente se ocupa dos mais importantes aspectos da sociedade, pode continuar perdida em seus próprios conceitos fundamentais e no seu próprio método científico?¹¹³

A pesquisa realizada nesta tese de doutorado trata somente dos conceitos teóricos fundamentais da ciência do direito. Deste modo são formulados conceitos, cujas bases podem ser encontradas em qualquer preceito teórico-científico, sendo somente conceitos de ordenamentos jurídicos positivos vigentes e nenhum outro. Estas podem ser consideradas as fontes conceituais utilizadas (ou o método

¹¹² “Filosofien maa, om den vil gælde som Videnskab, besinde sig fagvidenskabeligt. I en Tid som denne, hvor den filosofisk Tænkning, betrængt af ydre og indre Nød, og af det Kaos, der synes at blive den uundgaaelige Følge af det vindeskabelige Verdensbilledes Sammenbrud, viser Tendens til at søge Tilflugt i metafysiske Luftslotte østen for Sol og vesten for Maane, har denne Devise, forekommer det mig, mere end nogensinden Gyldighed som Udtryk for Krav om Besindighed, saglig udholdenhed og Kontinuitet i den videnskabelig Tænkning.” Ross, Alf. *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren*, Copenhagen: Levin & Munksgaard, 1934, p. 11.

¹¹³ “Fagvidenskabens maa, om den vil fuldbyrde sine egne Intentioner, besinde sig filosofisk” (p. 11) “Det er udbredt Mening, at Studier af den her foreliggende Art, om de overhovedet har nogen Værdi, ihvertfald er et rent ‘teoretisk’ Anliggende uden Berøring med Livets praktiske Problemer. Intet kan være mere kortsynet er beskæftiget med vore vigtigste Socialanliggender, ustraffet er i Vildrede med sine egne Fundamentalbegreber og med sin egen videnskabelige Metode?” Ross, Alf. *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* cit., p. 14.

jurídico aplicado). Segundo Ross, nesta tese, não se buscou chegar a conceitos próprios e independentes, mas somente são demonstrados aspectos diversos dos mesmos conceitos fundamentais¹¹⁴.

Analisando-se as teorias jurídicas tradicionais, através do pensamento metódico de análise da matéria teórica do direito, aprendido com Hans Kelsen, Ross afirma que o direito é concebido como um fenômeno observável no mundo dos fatos e com regras vinculantes no mundo da moral e dos valores, sendo, assim, ao mesmo tempo, físico e metafísico, real e ideal, algo que existe e algo que é válido, um fenômeno e uma proposição. Deste modo, há uma antinomia entre realidade e validade, que não consegue ser solucionada¹¹⁵.

Na primeira parte do estudo, buscando acabar com as antinomias presentes nas teorias tradicionais, Ross entende que a expressão validade não é algo objetivo ou conceitual, mas somente uma palavra utilizada como termo comum para algumas expressões pelas quais determinadas experiências subjetivas de impulso são racionalizadas. Deste modo, não há conceito de validade algum, mas somente uma conceituação racional de experiências de validade, ou seja, de determinadas experiências providas de peculiares ilusões de objetividade. Adotando-se um ponto de vista realista, pode-se acabar com o dualismo realidade / validade mostrando que ambos os termos, se corretamente interpretados, não são expressões opostas e irreconciliáveis, mas simbolizam, na verdade, diferentes elementos do fenômeno jurídico¹¹⁶.

¹¹⁴ "Undersøgelsen angaar endvidere kun den teoretiske Retsvidenskabs Grundbegreber. Hermed menes de Begreber, der forudsætningsvis rummes i ehvert teoretisk-retvidenskabeligt Udsagn. Egentlig er dette blot Begrebet om en positiv gældende Retsorden og ikke andet. Det kan dog være hensigtsmæssigt heraf at udspalte Begreberne Retskilde (og juridisk Metode), subjektiv Ret og retstridighed til selvstændig behandling, naar det blot bemærkes, at der her ikke er Tale om selvstændige, af hinanden uafhængige Begreber, men kun om forskellige Aspekter af et og samme Grundbegreb." Ross, Alf. *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* cit., p. 23.

¹¹⁵ "Det er, efter jeg først af Kelsen havde lært metodisk Tænkning i retsteoretisk Materier, stedse mere blevet mit Indtryk, at al nyere Retsteoir Kræftskade er en fundamental Dualism (...) mellem Virkelighed og Gyldighed i Retten, der igen udvirker sig i Række Antinomier i Retslæren." Ross, Alf. *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* cit., p. 17

¹¹⁶ "Hvorefter Virkelighed og Gyldighed ikke er logisk sideordnede Kategorier eller Tænkformer. 'Gyldighed' er overhovedet intet objektivt eller tænkeligt, men blot et Ord som Fællesbetegnelse for saadane Udtryk,

Analisando o direito pelo ponto de vista histórico, Ross pretende mostrar neste trabalho que o conceito tradicional de direito possui uma natureza mágica. As pessoas modernas (bem como os juristas) conscientemente possuem idéias sobrenaturais sobre o direito, ou seja, no fundo crêem em mágica. Os conceitos jurídicos fundamentais não são elementares, mas sim conceitos complexos, formados pela junção, através de determinadas relações, de alguns conceitos elementares¹¹⁷.

Os conceitos, assim, tendo perdido seu conteúdo original, sobrevivem com a estrutura arcaica adquirida, a qual é inadequada para o modo de vida moderno, e, portanto, aparecem nas doutrinas modernas como uma relíquia fossilizada de um período obscura de nossa pré-história jurídica. Toda a consciência moderna é permeada de elementos arcaicos, depositados, pode-se dizer, em camadas geológicas, nos quais podem ser encontradas, lado a lado com elementos que destacam o poder de superação do ser humano. Todavia, estas formas arcaicas não aparecem como regras diretamente destacáveis, devendo ser primeiramente extraídas e retiradas das pressuposições que as escondem¹¹⁸.

Deste modo, pode-se observar que a estrutura do direito emerge de um processo de racionalização cujo conteúdo irracional (mágico e místico), em geral, é a mesma experiência moral-legal com a qual o jurista (e qualquer pessoa) experimenta nos acontecimentos de todos os dias. Há uma íntima associação

hvormed man rationaliserer visse subjektive Oplevelser af Impuls. Udsagn om pratisk Gyldighed, d.v.s. om Værdi eller Pligt, savner derfor enhver Mening eller Genstand, men besidder dog efter deres faktisk Eksistens Symbolværdi som tegn for visse psykofysisk Fænomener.” Ross, Alf. *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* cit., p. 18.

¹¹⁷ *”Alligevel er det Spørgsmaal, at den moderne Psyke, omend forudsætningsvis, skulde kunne rumme Forstillinger af mystik-magisk Natur, der dog paa den mest eklatante Maade maa staa i Modstrid paa Naturen og dens Kræfter, det moderne Menneske er vundet frem til.*” Ross, Alf. *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* cit., p. 20.

¹¹⁸ *”Den hele moderne Psyke er gennemvævet med arkaiske Bestanddele, og, om jeg saa maa sige, geologisk lejret, saaledes at man Side om Side med Elementer, der er det lysende Tegn paa Menneskeandens sejrende Kraft, træffer Former, der aabner Perspektiv ned til Menneskehedens mørkeste Forhistorie. Blot er disse arkaiske Former som Regel ikke umiddelbart synlige, men maa af Fagmanden edvukles og drages frem af Forudsætninger, hvori de gemmes.*” Ross, Alf. *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* cit., p. 20/21.

entre o conceito de direito psicológico e o histórico e isto explica como as idéias mágicas, irreais em si mesmas, mas após serem racionalizadas, adquirem uma certa conexão indireta funcional com determinadas realidades jurídicas, isto é, com experiências legais racionalizadas¹¹⁹.

Analisando-se os conceitos fundamentais do direito, não se consegue entendê-los somente se buscarmos sua validade científica, pois como objetos de uma análise direta, as concepções mágicas acabam por prevalecer e imediatamente caracterizar todo o pensamento jurídico. O fato é que as teorias tradicionais do direito estão presas em um mundo racional quimérico, cujo cerne são os dualismos e as antinomias¹²⁰.

Todas as teorias do direito ainda existentes fundam-se, de modo geral, em três elementos: a realidade, mas precisamente definida como um elemento atual de poder (a obrigatoriedade do direito); a validade e a interdependência lógica destes elementos. Alf Ross propõe a hipótese de que estes três elementos da teoria jurídica correspondem e simbolizam os seguintes três fatores da realidade psicofísica do direito: uma atitude comportamental parcial, mas precisamente determinada como um impulso de medo do poder; uma atitude comportamental imparcial que possui o símbolo da validade; e uma relação atual e indutiva entre estes dois fatores de tal modo que a existência de um costuma causar e estabilizar a existência do outro, e vice-versa¹²¹.

As autoridades que tornam efetivo o direito não possuem poderes sobrenaturais. Apesar disso, o direito é um elemento real de poder com enorme importância. A habilidade das autoridades para exercer a poder (a obrigatoriedade do direito) é

¹¹⁹ "Dernæst maa det antages, at det magisk-mystisk Forestillinger, der i sin Tid gav Retsbegrebet dets Struktur, ingenlunde er rent tilfældige nale Substans i Hovedsagen er de selvsamme moralsk-retlige Oplevelser vi selv oplever den Dag i Dag." Ross, Alf. *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* cit., p. 21.

¹²⁰ "Thi i samme øjeblik de juridiske Grundbegreber ikke blot fungerer i fagvidenskabelige Ræsonnementer, men gøres til Genstand for en direkte Analyse, er Faren for, at de magiske Forestillinger skal trænge sig frem og umiddelbart præge Tænkningen, meget større." Ross, Alf. *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* cit., p. 22.

¹²¹ Ross, Alf. *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* cit., p. 92.

devido ao fato que eles são aceitos como autoridades, ou seja, que eles possuem competência legal para estabelecer o direito e exercitar a força¹²².

A ordem obrigatória das coisas gradativamente estabelece-se como válida ou legítima. Na maioria das vezes, o cidadão obedece a lei não por medo da punição (comportamento parcial), mas simplesmente porque 'a lei é a lei e deve ser obedecida', uma atitude comportamental geral de obediência e respeito pelo modo 'real' como as coisas se desenvolveram (comportamento imparcial)¹²³.

Para definir o fenômeno legal, deve-se sintetizar as definições abstratas, e analisar a real interação existente entre coerção e validade. Encontra-se, neste caso, quatro fatores: um sistema compulsório real, uma atitude comportamental interessada (medo do exercício da coerção), uma atitude comportamental desinteressada (idéias de validade de uma natureza jurídica específica induzida pelo sugestivo poder social do costume) e o estabelecimento de normas de autoridade (condicionadas pelo poder da idéia de validade para criar competências), que interage em um círculo contínuo, assim demonstrado.¹²⁴

sistema compulsório → atitude comportamental interessada → crença na autoridade (atitude comportamental desinteressada) → autoridade estabelece normas válidas → sistema compulsório

Nota-se, principalmente nesta tese, a forte presença do conceito materialista de realidade, herdado de Hägerström, bem como a idéia de que os valores são subjetivos, sendo meras expressões de sentimentos e desejos, não estando

¹²² "Det retshaandhævende Myndigheder besidder ingen overjordisk Mag., Alligevel er Retten en real Magtfaktor af allerstørste Betydning.. Men Myndighedernes Evne til at udøve real Tvang beror, som vi har set, netop paa, at de anses for Myndigheder eller Autoriter, eller ad de besidder Kompetence til Retsfastsættelse og Tvangsudøvelse." Ross, Alf. *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* cit., p. 93.

¹²³ Ross, Alf. *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* cit., p. 94.

¹²⁴ "Naar jeg nu paa dette Grundlag skrider til en endelig Definition af det retlige Fænomen, bestaar Opgaven blot i at syntetisere de to opstillede, foreløbige, abstrakte Definitioner under Hensyntagen til den mellem Tvangen og Gyldigheden bestaaende reale Vekselvirkning. Vi faar da følgende fire faktor: 1) faktisk Tvangsorden; 2) interesseret Adfærdsindstilling (Frygt og Tvangsudøvelse); 3) uinteresseret Adfærdstilling (Gyldighedsforestillinger af specifik relig Natur fremkaldt ved Sædvanens social-suggestive Kraft); og 4) autoritative Fastsættelser af 'Normer' (betinget af Gyldighedsforestillinger kompetendeskabende Kraft)." Ross, Alf. *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* cit., p. 100.

vinculados às propriedades reais dos objetos. Assim, não se pode classificá-los como verdadeiros ou falsos. Baseado ainda nas idéias do autor sueco, Ross formula uma reconstrução realista do conceito de validade, bem como de outros conceitos do direito, buscando alcançar um conhecimento empírico destes temas.

Já com o aprofundamento de seus estudos, alguns conceitos adotados inicialmente são reformulados e outras idéias são incorporadas.

Em *Imperativi e logica* (*Imperatives and Logic*), publicado primeiramente em 1941 e reeditado, com revisões, em 1944, Alf Ross busca determinar se as normas jurídicas, sendo enunciados não descritivos (pois exprimem uma ordem), podem também estar sujeitas a uma análise lógica.

A lógica pode ser definida como um sistema dedutivo, cujas variáveis podem ser interpretadas como símbolos propositivos suscetíveis de possuírem os valores de verdade (verdadeiro ou falso) de modo a satisfazer o axioma lógico. No momento em que estes últimos podem ser reduzidos a tautologias da forma “ou neva, ou não neva”, por exemplo, os valores de verdade são objetivos, ou interobjetivos. Os valores de verdade se aplicam às proposições independentemente do indivíduo que a pronuncia. A tautologia exprime simplesmente o fato que é impossível que esteja nevando para mim, mas não para você¹²⁵.

Sendo possível interpretar as variáveis do sistema jurídico em um sistema de valores lógicos análogos, no qual os valores verdadeiro e falso são substituídos por válido e inválido, estes possuem o mesmo caráter objetivo que ocorre na tautologia. Isto significa que a validade de um imperativo refere-se a um fato objetivo de tipo particular, diferente de um fato real, e baseado em que a seguinte tautologia é convincente: “ou deve-se amar ao seu próximo, ou não se deve amá-

¹²⁵ Ross, Alf. *Imperativi e logica*, in *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna: Il Mulino, 1982, p.74/75.

lo.” Seguindo tal interpretação, pode-se analisar tal lógica por três caminhos, segundo Alf Ross.¹²⁶

Em um primeiro pensamento, se é possível atribuir validade ou invalidade objetiva ao imperativo, ou a um dado conjunto de imperativos, então é possível interpretar o sistema lógico dedutivo como aplicável a tais imperativos. Devemos falar em validade e invalidade, ao invés de verdadeiro ou falso, porque o procedimento de verificação não pode ser aplicado aos imperativos. Deste modo, deve haver um procedimento diverso, um procedimento de legitimação, para a determinação objetiva da validade ou invalidade do imperativo. Todavia, não se conseguiu jamais encontrar um procedimento de legitimação irrefutável que garantisse a validade de um imperativo. Não se pode, assim, falar em validade objetiva¹²⁷.

Numa segunda versão, atribui-se ao imperativo os valores lógicos de ‘satisfação’ e ‘não-satisfação’, ou seja, um imperativo é satisfeito, se o seu enunciado, que descreve o conteúdo da sua ordem, é verdade; ou o imperativo é insatisfeito, se o enunciado indicativo correspondente é falso. Neste caso, é óbvio a existência de um paralelismo entre os valores de satisfação do enunciado imperativo e os valores de verdade do enunciado indicativo. Com isto, o problema não é verdadeiramente resolvido, mas somente escondido em um círculo vicioso. Por esta interpretação, o imperativo possui uma função supérflua, pois sua validade significa simplesmente que seu enunciado indicativo é verdadeiro¹²⁸.

Pela terceira solução apresentada, é possível uma interpretação lógica no caso em que ao imperativo são atribuídos os valores lógicos ‘válido’ e ‘não-válido’, de modo que para que um imperativo seja reconhecido como válido existiria em uma determinada pessoa um estado psicológico a definir, e seria não válido se tal estado não existisse. Pode-se considerar a possibilidade de que um estado de comando esteja presente em determinada pessoa (a fonte da norma, o criador do

¹²⁶ Ross, Alf. *Imperativi e logica* cit., p.80.

¹²⁷ Ross, Alf. *Imperativi e logica* cit., p.80/82.

¹²⁸ Ross, Alf. *Imperativi e logica* cit., p.83/85.

imperativo) ou a possibilidade de que um estado de aceitação correspondente ao imperativo esteja presente em outra pessoa (que obedece ao imperativo).

Deste modo, a não existência do correspondente fenômeno psicológico significa simplesmente que o imperativo correspondente, ou seja, o imperativo com um conteúdo de ordem idêntico não é válido, e, por consequência, não é válido o imperativo cujo conteúdo obrigatório seja negativo. Portanto, deve-se observar que a negação se refere à validade do imperativo, isto é, a algo próprio do elemento imperativo, e não ao conteúdo da obrigação.

Tal interpretação lógica não pode ser intuitivamente plausível, pois afirma que se trata somente da negação. Mas também outras funções lógicas referem-se a uma conexão entre imperativos, e não a uma conexão entre seus conteúdos de demanda. Esta lógica, portanto, conduz a uma combinação de imperativos com conteúdos de demanda combinados. Contudo, na vida real, as deduções imperativas são principalmente as que exprimem uma conexão entre conteúdos de demanda¹²⁹.

Ross conclui que os imperativos podem ser parte constitutiva de uma genuína dedução lógica. Trata-se de uma simples 'tradução' da dedução lógica, utilizada pelos enunciados indicativos, pelos fatos psicológicos que definem a validade de um imperativo. Neste caso, a dedução não possui as características específicas das deduções práticas. Em alguns casos, os imperativos podem ser parte constitutiva de deduções pseudo-lógicas, nos quais a dedução assume a característica de uma dedução prática específica, mas que, na realidade, é somente pseudo-lógica. Se a premissa afirmada tacitamente é incluída, a dedução torna-se efetivamente lógica, mas perde o seu caráter especificamente prático.

Pensa-se, normalmente, que o juiz tem a obrigação de fazer deduções lógicas. Todavia, o único dever do juiz (supondo que ele conheça o direito) é formular a

¹²⁹ Ross, Alf. *Imperativi e logica* cit., p.85/87.

segunda premissa, isto é, estabelecer que, baseado nos fatos que lhe foram apresentados no processo, tal coisa constitui um contrato, ou um terreno. Esta formulação da premissa menor não exprime um reconhecimento teórico da verdade, mas uma decisão formulada com base no uso da linguagem, em concessão a uma série de considerações teleológicas práticas¹³⁰.

No artigo ***Sulla natura logica delle proposizioni valutative*** (*On the logical nature of prepositions of value*), publicado em 1945, Alf Ross tenta explicar as proposições que tratam de deveres e valores, analisando-as através das questões que diferenciam a filosofia da escola de Uppsala e as correntes conservadoras do empirismo lógico e a filosofia de Cambridge.

As linhas principais da filosofia de Uppsala, afirma Ross, foram traçadas por Axel Hägerström. A sua tese principal é que as preposições valorativas não possuem características lógicas, ou seja, as asserções lingüísticas do tipo 'isto é bom', 'isto é belo' ou 'esta ação é necessária', não exprimem assunto ou opinião sobre qualquer coisa, não podem, assim, serem nem falsas nem verdadeiras e, por isso, são de natureza não-lógica. Esta tese está ligada a uma teoria psicológica que analisa o nível de consciência no qual têm origem estas expressões. O objeto de tal teoria consiste particularmente em explicar a ilusão de objetividade que impele as mentes comuns a pensarem em atribuir às expressões semelhantes um fundamento objetivo¹³¹.

Já o empirismo lógico, que deu contribuição relevante à análise epistemológica das ciências naturais, não dedicou grande atenção aos problemas da filosofia dos valores. Isto explica, para Ross, a existência, nesta teoria, de uma escola conservadora que segue a doutrina dos valores da filosofia tradicional, ligando-se à teoria objetivista de Max Scheler. As experiências dos valores têm o caráter de reações emotivas, sustentando, deste modo, que uma constituição objetiva dos

¹³⁰ Ross, Alf. *Imperativi e logica* cit., p.95/96.

¹³¹ Ross, Alf. *Sulla natura logica delle proposizioni valutative*, in *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna: Il Mulino, 1982, p.99.

valores não está excluída em princípio, mas é irrealizável na prática devido à diferença de graus existente entre a invariabilidade intersubjetiva das qualidades sensíveis e a qualidade das valores¹³².

Pela escola de Cambridge, os valores são uma percepção intuitiva *a priori* daquilo que é, por si mesmo, bom ou justo. As qualidades ‘bom’ ou ‘justo’ são qualidades indefiníveis, assim como a qualidade ‘amarelo’. O simples conhecimento do que possui esta qualidade não é suscetível de prova, mas é um fato racionalmente indiscutível no qual se pode realmente acreditar e sobre o qual confia-se com a crença que temos na razão.

Passando para os problemas a respeito do dever e da experiência do dever, considerando os valores e os deveres os dois conceitos fundamentais para o conhecimento prático ou normativo, Ross analisa as teorias sobre as proposições valorativas, isto é, que afirmam valores ou deveres¹³³.

A teoria apriorística é refutada porque ao abandonarmos o caráter sintético das preposições lógico-matemáticas, cai também a aparente sustentação que ela dá à teoria de que é possível um conhecimento racional imediato produzido pela constituição metafísica da razão humana. As proposições valorativas não podem ser válidas *a priori* pois, sendo proposições sintéticas gerais, têm implicações verificáveis. A verdade de um julgamento não comporta que ele seja auto-evidente, assim como o fato de que ele seja auto-evidente não admite que seja verdadeiro.

Segundo Ross, uma filosofia moral intuicionista tende a se transformar em uma dogmatização do preconceito. A absoluta falta de uma harmonia intersubjetiva e a impossibilidade de assegurar um controle intersubjetivo mostram que o intuicionismo não tem e não pode ter traços de ciência¹³⁴.

¹³² Ross, Alf. *Sulla natura lógica delle proposizioni valutative* cit., p. 100/102.

¹³³ Ross, Alf. *Sulla natura lógica delle proposizioni valutative* cit., p. 102.

¹³⁴ Ross, Alf. *Sulla natura lógica delle proposizioni valutative* cit., p. 103/109.

A teoria empirística da percepção objetiva dos valores também não se sustenta pois se existe realmente um mundo de valores objetivos, acessível através de uma experiência de valores, não se pode acreditar que depois de dois mil anos ainda não tenhamos conseguido avançar um passo sequer. Claro que isto não é uma prova decisiva, como admite Alf Ross, devendo a pesquisa sobre o assunto continuar para explicar o *status* das proposições valorativas e da experiência dos valores¹³⁵.

Também a teoria dos sentimentos (ou emoções) de Hägerström não constitui um argumento decisivo a favor da natureza não-lógica das proposições valorativas. Isto porque a teoria hägerströmiana é “psicologista” e é baseada em generalizações indevidas. Para esta teoria, a consciência dos valores e dos deveres exprime uma certa experiência emotiva. Sendo assim, as proposições valorativas não podem ser julgadas no caso em que sua qualidade emotiva seja determinada como um componente da realidade, com o qual Ross concorda. Todavia, como a teoria de Hägerström é baseada na tese de que a menção à realidade ou à objetividade de um conteúdo da consciência é algo que é dado, ou não, diretamente pela mesma qualidade experimentada e que pode ser acertado analisando a consciência. Do ponto de vista de uma análise lógica da constituição do conhecimento, a realidade não é algo diretamente experimentado, mas é o resultado, ou melhor o resíduo, de um processo progressivo de aprendizado, no curso do qual sempre um maior número de elementos são eliminados como subjetivos, por serem incapazes de superar o teste de intersubjetividade¹³⁶.

A interiorização das emoções no ego não é um fenômeno originário. Todos são empurrados a procurar a razão lógica que induz a consciência, capaz de reflexões do adulto a condenar como ilegítimo o realismo infantil. Concluindo, Ross afirma que as maiores objeções contra quem sustenta a possibilidade de usar a teoria

¹³⁵ Ross, Alf. *Sulla natura lógica delle proposizioni valutative* cit., p. 109/111.

¹³⁶ Ross, Alf. *Sulla natura lógica delle proposizioni valutative* cit., p. 111/113.

hägerströminiana da emoção como argumento em favor do caráter não lógico do juízo de valores, é que esta teoria é “psicologística”. Além disso, baseia-se em uma generalização indevida, pois a análise de Hägerström é baseada em determinados casos típicos (como o exemplo do sentimento de gostar) no qual a emoção é claramente pertencente ao ego mesmo como algo subjetivo. Assim, o autor sueco introduz de modo disfarçado um criticismo lógico na descrição psicológica, sustentando que a objetivação da qualidade emotiva é ilegítima em qualquer caso, deixando mais claro que o problema não pode ser confrontado se não é formulado como uma *quaestio juris*¹³⁷.

Neste ponto, Ross concentra sua análise na teoria objetivista moderada, segundo a qual entre observação e valoração não há qualquer diferença de princípio, mas somente uma relevante diferença de grau. Segundo esta teoria, os valores são constituídos por experiências de valoração próprios, do mesmo modo como os objetos físicos são constituídos de experiências sensoriais. De acordo com esta concessão, a intenção do sentimento nos confrontos dos valores é tão espontânea e direta quanto aquela da idéia nos confrontos de seu objeto real. As emoções são uma função cognoscitiva, assim como o senso, e diferem deste somente em relação ao seu objeto específico. Somente as condições individuais parecem jogar um papel particularmente importante e por esta razão os valores devem ser considerados puramente subjetivos, em grande medida¹³⁸.

A primeira objeção de Ross a esta teoria é a confusão que ela faz entre verificação, que constitui a objetividade e uma espécie de plebiscito. Deste modo, os valores não pertencem à esfera das qualidades objetivas. A segunda objeção provém do fato de que, nesta mistura na qual as proposições valorativas funcionam como sintoma ou sinal de uma determinada atitude, ela possui natureza não-lógica.¹³⁹

¹³⁷ Ross, Alf. *Sulla natura lógica delle proposizioni valutative* cit., p. 114/115.

¹³⁸ Ross, Alf. *Sulla natura lógica delle proposizioni valutative* cit., p. 115/116.

¹³⁹ Ross, Alf. *Sulla natura lógica delle proposizioni valutative* cit., p. 117/128.

Segundo o autor dinamarquês, pela credibilidade da análise lógica dos valores não é relevante estabelecer se a ilusão da objetividade pode ser explicada de um ponto de vista psicológico. Na linha dos princípios, a diferença decisiva entre experiência e valorações consiste no fato de que, enquanto as percepções sensoriais constituem logicamente a coisa (mas não são por ela causadas), a atitude valorativa é um efeito comportamental produzido pela coisa (mas que não a constitui)¹⁴⁰.

Diante disso, o investigador deve perceber que as coisas e suas relações causais são um mundo e que os dados imediatos pelos quais as coisas, em si próprias, são logicamente constituídas são um outro mundo. Assim, a linguagem (no caso, a linguagem construtiva) na qual são descritas as coisas e as suas relações deve ser totalmente distintas da linguagem (a linguagem dos dados) na qual são discutidos e descritos os dados imediatos. Quando isso ocorre, cai a razão de considerar experiência e valoração paralelamente, e a sua diferença de princípios torna-se evidente. A valoração não contém qualquer determinação da coisa, não a constitui, mas exprime uma reação comportamental do organismo causada pela coisa em conjugação com certos fatores predispostos (educação, ambiente, etc.). A coisa e a reação valorativa estão, assim, no mesmo plano lógico. Os valores se situam entre o mundo no qual as coisas existem e interagem com ele, mas no qual não existem os fenômenos de consciência. Entre estas coisas é compreendido o organismo (o nosso corpo). A atitude valorativa é uma reação comportamental deste organismo.

Conclui, assim, que a atitude valorativa é logicamente constituída de certas experiências, mas que estas se referem somente ao organismo mesmo e às suas reações. Esta é razão porque estas reações são chamadas de emoções¹⁴¹.

¹⁴⁰ Ross, Alf. *Sulla natura lógica delle proposizioni valutative* cit., p. 134.

¹⁴¹ Ross, Alf. *Sulla natura lógica delle proposizioni valutative* cit., p. 134/135.

No texto *Hvorfor jeg stemmer på Socialdemokratiet* (Porque eu voto na social democracia), publicado no jornal *SocialDemokraten*, em 25 de outubro de 1945, Alf Ross analisa a sociedade dinamarquesa após o fim da Segunda Guerra e a grande crise econômica que o país atravessava, trazendo problemas de depressão econômica e uma grande massa de desempregados¹⁴².

Conforme o autor, todo o mundo, ao final da guerra, encontrava-se em uma situação de ruína. Os soldados, que lutaram e confiaram no governo, não podiam voltar para a casa e encontrar, em seus países, somente o desemprego e a pobreza. Todas as classes trabalhadoras exigiam uma reforma social verdadeira. Muitos viam na Rússia uma solução. Ainda que os comunistas tivessem implantado em seu regime um pouco de democracia, Ross afirmava que não se poderia (ou deveria) acreditar em tudo que eles diziam. A insatisfação que também existia nesta forma de governo acabava por nos atestar que somente a democracia política seria capaz de levar um Estado a uma democracia econômica e social¹⁴³.

Ross acredita que o partido social-democrata dinamarquês, que se apóia em idéias democráticas, preparou um programa de governo forte e bem construído, que não se prende à ortodoxia marxista, mas que, em contato com a mais nova ciência econômica, criou um caminho que visa implementar três grandes objetivos: ocupação total da população, desenvolvimento do padrão de vida com melhor distribuição de renda entre a população e maior efetividade e democracia nos negócios¹⁴⁴.

¹⁴² Ross, Alf. *Hvorfor jeg stemmer på socialdemokratiet*, Copenhagen: 1999, p. 339/340.

¹⁴³ “Hele Verden befinder sig efter denne Krig i en vældig Brydningstilstand. Soldaterne, de har kæmpet og lidt, vil ikke finde sig i at vende tilbage til Arbejdsløshed og Fattigdom. Fra de arbejdende Klasser over hele Jorden vil lyde Kravet om en virkelig social Reform. Mange ser hen til Rusland som Forbillede. Selv om Kommunisterne nu overalt optræder i smukke demokratiske Klæder, vil det være blaaøjet at tage alt, hvad der siges, for gangbar Mønt. Hvis ikke Utilfredsheden skal afreageres i voldsomme Former, er det absolut nødvendigt, at det dokumenteres, at det politiske Demokrati er i Stand til at udvikle sig ogsaa til et økonomisk og social Demokrati.”, Ross, Alf. *Hvorfor jeg stemmer på socialdemokratiet* cit., p. 345.

¹⁴⁴ “I saa Henseende er det af stor Betydning, at det danske socialdemokratiske Parti, der staar fast om Demokratiets Ideer, har opstillet et stort og konstruktivt Program, der uden at være bundet af forældet marxistisk Ortodoksi, men i god Kontakt med den nyere økonomiske Vindenskab, viser Vej fremad mod de tre store Maal: Fuld Beskæftigelse, Højnelse af Levestandarden under mere livelig Fordeling og større

Este programa de governo não é um programa de classes distintas. É somente um programa para qualquer um que tenha necessidade de uma sociedade decente e racional, e que, ao mesmo tempo, entenda que o caminho a ser percorrido deve também levar à preservação dos ideais democráticos e da paz social. Segundo Ross, não há outro caminho que leve a este progresso, não havendo outra forma de estabilizar as relações e movimentos sociais dentro da balança¹⁴⁵. Por estes motivos, seu voto é para a social democracia.¹⁴⁶

4.2 SEGUNDA FASE (1945 – 1960)

Com seu livro *Towards a Realistic Jurisprudence – a Criticism of the dualism in law*, baseado no seu trabalho anterior *Virkelighed og Gyldighed i Retslaeren* e publicado em inglês em 1946, Alf Ross busca restabelecer o relacionamento entre as correntes jusfilosóficas escandinavas e anglo-americanas, interrompidas em decorrência da Segunda Guerra Mundial. Para Ross, a luta travada durante esta tragédia exige mais do que nunca que se continue a reflexão sobre os problemas fundamentais do direito.

Ambas as correntes apresentam semelhanças, podendo ser definidas como realistas, pois consideram o direito como um jogo entre fatos sociais – um

Effektivitet og mere Demokrati i Erhverslivet.”, Ross, Alf. *Hvorfor jeg stemmer på socialdemokratiet* cit., p. 345.

¹⁴⁵ “Dette Program er ikke et udpræget Klasseprogram. Det er et Program for enhver der har trang til et fornuftigere og anstændigere Samfund, og som samtidig ser en afgørende Værdi i, at vi kan forsætte Vejen fremad under Bevarelse af Demokratiets Idealer og den sociale Fred. Der findes ingen anden Vej til at bevare det bestaaende end fremskridtets. Der findes ingen anden Form for Stabilitet i sociale Forhold end Bevægelsens indre Balance. Derfor stemmer jeg paa Socialdemokratiet.” Ross, Alf. *Hvorfor jeg stemmer på socialdemokratiet* cit., p. 346.

¹⁴⁶ Em 18 de novembro de 1966, Alf Ross escreve um artigo para o jornal Politiken, afirmando que sua simpatia para com o Partido Social Democrata havia terminado após o governo do ministro da economia Ivar Nørgaard e da liderança do partido por Aksel Larsen, que expressaram, em diversos momentos, pontos de vista que se distanciam muito do que Ross entende por social democracia e como um político deve se conduzir. Por isso, afirma que, se, em 1945, ele havia escrito o artigo “*Hvorfor jeg stemmer på Socialdemokratiet*”, agora afirmava no jornal porque não continua mais os apoiando.

determinado comportamento humano, conectado por idéias e atitudes – e estudam o direito como um ramo da psicologia social. Deste modo, opõem-se à visão continental tradicional do direito que interpreta o fenômeno jurídico como um sistema de normas vinculantes, cuja validade deriva de determinados princípios de justiça definidos *a priori*.¹⁴⁷

Buscando acabar com algumas antinomias presentes em teorias jurídicas correntes, Ross busca eliminar o dualismo entre realidade e validade no direito. Seguindo as idéias fundamentais da filosofia elaborada por Hägerström, o autor interpreta as idéias de uma validade superempírica como a racionalização de certas experiências emocionais, conseguindo, deste modo, incluí-las no mundo dos fatos¹⁴⁸.

Segundo as teorias jurídicas tradicionais, o direito é concebido como um fenômeno observável no mundo dos fatos e como regras vinculantes no mundo da moral e dos valores, sendo, assim, ao mesmo tempo, físico e metafísico, real e ideal, algo que existe e algo que é válido, um fenômeno e uma proposição. Deste modo, há uma antinomia entre realidade e validade, que não consegue ser solucionada.

Ross entende que a expressão validade não é algo objetivo ou conceitual, mas somente uma palavra utilizada como termo comum para algumas expressões pelas quais determinadas experiências subjetivas de impulso são racionalizadas. Deste modo, não há conceito de validade algum, mas somente uma conceituação racional de experiências de validade, ou seja, de determinadas experiências providas de peculiares ilusões de objetividade. Adotando-se um ponto de vista realista, pode-se acabar com o dualismo realidade / validade mostrando que ambos os termos, se corretamente interpretados, não são expressões opostas e

¹⁴⁷ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence*. Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1989, p. 09.

¹⁴⁸ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 10. Como se pode notar, Ross traz os mesmos conceitos publicados em *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren*, analisado anteriormente neste trabalho (p.69/74).

irreconciliáveis, mas simbolizam, na verdade, diferentes elementos do fenômeno jurídico¹⁴⁹.

Analisando o direito pelo ponto de vista histórico, nota-se que o conceito tradicional de direito possui uma natureza mágica. As pessoas modernas conscientemente cogitam idéias supersticiosas sobre o direito. Os conceitos jurídicos fundamentais não são elementares, mas conceitos compostos ou complexos, formados pela junção, através de determinadas relações, de alguns conceitos elementares¹⁵⁰.

Os conceitos, assim, tendo perdido seu conteúdo original, sobrevivem com a estrutura adquirida, a qual é inadequada para a atualidade, e, portanto, aparece nas doutrinas modernas como uma relíquia fossilizada de uma mentalidade obscura de eras primitivas. Toda a consciência moderna é permeada destes elementos arcaicos, depositados, pode-se dizer, em estratos geológicos, nos quais pode se encontrar, lado a lado com os símbolos gloriosos do poder vitorioso do espírito humano, também formas que mostram o pré-histórico lado escuro da humanidade. Todavia, estas formas arcaicas não aparecem como regras diretamente destacáveis, devendo ser primeiramente extraídas e retiradas das pressuposições que as envolvem¹⁵¹.

Deste modo, pode-se observar que o direito emerge de um processo de racionalização cujo conteúdo irracional, em geral, é a mesma experiência moral-legal com a qual o jurista se depara todos os dias. Há uma íntima associação entre o conceito de direito psicológico e o histórico e isto explica como as idéias mágicas, irreais em si mesmas, após racionalizadas adquirem uma certa conexão indireta funcional com determinadas realidades jurídicas, isto é, com experiências legais racionalizadas¹⁵².

¹⁴⁹ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 11/13.

¹⁵⁰ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 14/15.

¹⁵¹ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 15.

¹⁵² Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 16.

Para Ross, as teoria do direito tradicionais ficaram presas no quimérico mundo das idéias da racionalização, criando assim terreno para a proliferação de dualismos e de antinomias que esta ciência do direito não consegue resolver. Neste livro, através da visão realista do direito, o autor busca definir os conceitos fundamentais do direito, restringindo-se aos conceitos de um sistema de direito positivo já existente¹⁵³.

Primeiramente, Ross afirma que tanto a validade como a realidade não pode ser retirada do conceito de direito. Contudo, a validade (valor ou dever) não é algo objetivo ou concebível de algum modo, não possui sentido, é uma mera palavra. Analisada do ângulo da consciência, não há qualquer noção de validade, mas somente expressões conceituais racionalizadas de determinadas experiências subjetivas ou meros impulsos.

A noção de validade, para a consciência, significa determinadas atitudes comportamentais peculiares. São estas experiências subjetivas que a mente organiza e racionaliza como ilusão natural, formando uma idéia de validade como algo objetivamente dado. Porém, mesmo se estas noções de validade não possuam qualquer sentido ou substância, elas ainda contem um valor simbólico como símbolo de atitudes comportamentais reais¹⁵⁴.

Todas as teorias do direito ainda existentes fundam-se, de modo geral, em três elementos: a realidade, mas precisamente definida como um elemento atual de poder (a obrigatoriedade do direito); a validade e a interdependência lógica destes elementos. Alf Ross propõe a hipótese de que estes três elementos da teoria jurídica correspondem e simbolizam os seguintes três fatores da realidade psicofísica do direito: uma atitude comportamental parcial, mas precisamente determinada como um impulso de medo do poder; uma atitude comportamental

¹⁵³ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 17/18.

¹⁵⁴ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 19/20.

imparcial que possui o selo da validade; e uma relação atual e indutiva entre estes dois fatores de tal modo que a existência de um costuma causar e estabilizar a existência do outro, e vice-versa¹⁵⁵.

As autoridades que tornam efetivo o direito não possuem poderes sobrenaturais. Apesar disso, o direito é um elemento real de poder com enorme importância. A habilidade das autoridades para exercer a poder (a obrigatoriedade do direito) é devido ao fato que eles são aceitos como autoridades, ou seja, que eles possuem competência legal para estabelecer o direito e exercitar a força¹⁵⁶.

A ordem obrigatória das coisas gradativamente estabelece-se como válido ou legítimo. Na maioria das vezes, o cidadão obedece a lei não por medo da punição (comportamento parcial), mas simplesmente porque 'a lei é a lei e deve ser obedecida', uma atitude comportamental geral de obediência e respeito pelo modo 'real' como as coisas se desenvolveram (comportamento imparcial)¹⁵⁷.

Quando o atual sistema de poder se estabelece como válido, a legitimidade reage ao poder, servindo para deixá-lo estável, não somente no sentido de reforçá-lo, mas também limitando-o, escondendo-o, e cobrindo-o com a idéia de validade e ideologia para isso criada. Deste modo, o que era originalmente uma forma de expressão arbitrária e caprichosa de poder primitivo agora se torna um legítimo procedimento de uma constituição válida. Este é o estado atual das coisas que fundamentam o sistema e é racionalizado pela teoria, tão logicamente absurdo como parece, sendo aceito por Ihering, Jellinek e muitos outros, que o poder do Estado é limitado e obrigado pelo direito positivo (ou constitucional) gerado pelo próprio Estado.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 76/79.

¹⁵⁶ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 80.

¹⁵⁷ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 81/82.

¹⁵⁸ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 82/83.

Para Ross, o fenômeno moral pode ser definido de modo mais preciso como as atitudes comportamentais de caráter desinteressado (bem como suas manifestações externas) inculcadas no indivíduo pelo seu crescimento e estabilizadas pelo hábito. Ainda que essas atitudes, geradas por influências comuns de um certo meio ambiente, serão em termos gerais as mesmas para diversas pessoas, há ainda a possibilidade de divergências individuais e, especialmente, de desenvolvimento individual a partir das bases elementares dadas¹⁵⁹.

A consciência moral possui um duplo sentido imediato, ou seja, ela é imediatamente relacionada a certos tipos de comportamento e é também concebida pelo indivíduo como um conhecimento imediato de determinado estado das coisas. Com a consciência jurídica positiva, o caso é diferente, pois ela é mediata em ambos os sentidos. No primeiro caso, no senso de que não se aplica imediatamente a certos tipos de comportamento, mas somente a um poder que determina tal ato como válido. Em segundo lugar, no sentido de que esta consciência tem a sua gênese em um sistema compulsório, que de fato está escondido, não podendo se desenvolver em uma convicção ou consciência individual. Assim, a consciência jurídica é em parte formal e em parte insitucional ou dependente. Pode-se conceber a possibilidade de um sistema existente perder sua validade para certas pessoas, sendo considerado somente como violência organizada, mas é inconcebível que uma consciência individual variada da lei possa ser colocada no lugar da consciência jurídica¹⁶⁰.

Para definir provisoriamente o fenômeno legal, deve-se sintetizar as definições abstratas dadas anteriormente, e analisando a real interação existente entre coerção e validade. Encontra-se, neste caso, quatro fatores: um sistema compulsório real, uma atitude comportamental interessada (medo do exercício da coerção), uma atitude comportamental desinteressada (idéias de validade de uma

¹⁵⁹ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 84/87.

¹⁶⁰ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 87/88.

natureza jurídica específica induzida pelo sugestivo poder social do costume) e o estabelecimento de normas de autoridade (condicionadas pelo poder da idéia de validade para criar competências), que interage em um círculo contínuo, assim demonstrado:¹⁶¹

sistema compulsório → atitude comportamental interessada → crença na autoridade (atitude comportamental desinteressada) → autoridade estabelece normas válidas → sistema compulsório

Toda ordem social expressa uma coerência de significados e motivos entre um número de atos humanos. O sistema legal é uma ordem social caracterizada pelo fato de estar fundada em atitudes comportamentais peculiares, que são ao mesmo tempo expressões de impulsos interessados e desinteressados, e que tiveram seu surgimento, desenvolvimento e estabilização através de uma interação indutiva entre dois fatores, o medo da coerção e a crença na validade da autoridade. Isto implica, por um lado, que todo sistema legal deve ter como elemento central um procedimento organizado, um procedimento para o exercício válido da coerção física. Por outro lado, também implica que todo sistema legal deve conter um importante elemento central de autoridade ou competência para poder estabelecer regras de uso da força física que sejam válidas.

Baseado nestas premissas, Alf Ross propõe entender o fenômeno legal como as atitudes comportamentais peculiares, no sentido indicado, fundamentando o sistema legal descrito e as suas manifestações racionalizadas¹⁶².

Enquanto as experiências de validade são racionalizadas e interpretadas objetivamente em termos de uma normatividade específica e objetiva ou de uma validade no sentido de uma província de conhecimentos coordenados com a realidade, a consequência será considerar o direito pertencente tanto ao mundo da realidade como ao mundo da validade. Este dualismo na natureza do direito

¹⁶¹ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 88/89.

¹⁶² Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 89/90.

somente pode ser interpretado se considerarmos a validade inerente à própria realidade, o que, devido a categórica diferença entre realidade e validade, deve significar que o direito é uma revelação de uma idéia ou força metafísica no mundo da realidade física. De acordo com a usual concepção dualista o direito é uma norma, uma validade, ainda que do tipo empírico. A dialética pode ser expressa assim: a validade do direito é a formalização e a empirização do material original e das idéias racionais de validade¹⁶³.

Estas antinomias são simplesmente a expressão feita de forma lógica da interação real entre coerção e validade. Pela visão tradicional, o direito é a intenção imaginada ou desejada em certos atos, e neste sentido é ideal, não real. É, assim, ideologia e não realidade, É este conteúdo ideológico das normas historicamente existentes que constitui o material da ciência jurídica dogmática¹⁶⁴.

Não é possível traçar uma distinção entre normas de competência, como a expressão imediata de certas predisposições nas atitudes, e as normas compulsórias estabelecidas pela autoridade competente. Para esta competência, outra norma de autoridade pode ser aplicada e assim conseqüentemente. Deste modo, um engenhoso sistema irá se formar, mas em última instância ele deve sempre chegar a uma competência que não foi constituída por uma autoridade, mas é a expressão imediata da predisposição na atitude¹⁶⁵.

Para Alf Ross, o direito é constituído parcialmente por normas, mas não no sentido tradicional de significados ou declarações sobre validades normativas, mas exclusivamente como um elemento integrante do fenômeno jurídico, isto é, como fatos psico-físicos, expressões que parcialmente refletem e parcialmente criam novamente as atitudes comportamentais reais. São considerados meramente como links de fato com a verdadeira corrente de funções das expressões

¹⁶³ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 90/93.

¹⁶⁴ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 93.

¹⁶⁵ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 95.

normativas, não do modo compreendido pelo dogmatismo jurídico, qual seja, como um sistema independente de proposições normativas¹⁶⁶.

Não há dúvida que o direito positivo consiste em declarações com sentido linguístico. Mas nem todas as declarações que tem sentido linguístico são também proposições com sentido lógico, ou seja, declarações com significado lógico. Para melhor entendimento do assunto, Ross explica alguns pontos diferenciais entre as declarações consideradas como expressão e as proposições (com significado referente a algo):

1. Uma expressão é algo real, um fato, um evento. Um significado é algo ideal, pelo qual indica que o significado pode ser entendido sem que esteja relacionado com o evento real em que a declaração ocorre;
2. o termo “expressão de” significa uma conexão casual entre a declaração enquanto fenômeno psico-físico e outros fenômenos deste tipo. Já o termo “significado refere-se à” indica uma mera relação ideal entre um símbolo e os objetos simbolizados;
3. Os predicados verdadeiro e falso podem ser usados somente nas declarações como proposição ou com significado, não nas declarações como fato. Decidir qual dos predicados deve ser empregado no caso somente pode ser feito pela conjunto de circunstâncias referidas na declaração. Por outro lado, a circunstância psicológica, se naquele período ou em outro há mais ou menos pessoas que mantém ou não mantém a proposição, não possui qualquer relevância para a questão;
4. Abstração da experiência real na qual a declaração ocorre somente é possível quando a declaração pode ser considerada como uma proposição com sentido lógico. Por outro lado, se a declaração é considerada ou pode ser considerada como um fenômeno psico-físico, um evento, torna-se impossível qualquer tentativa de desconsiderar estes fenômenos.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 97.

¹⁶⁷ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 97/100.

Em uma visão linguística, as regras legais aparecem como declarações no sentido indicativo sobre direitos e deveres. Para entender se uma declaração de direitos é considerada como válida, reforçando o direito positivo (ou se é somente uma mera declaração de direitos imaginária, ou arbitrária), deve-se analisar se a proposição foi realmente estabelecida como direito positivo, ou seja, se a declaração verdadeiramente ocorreu numa certa conexão psico-social, se é um elemento pertencente ao sistema. Isto deveria provar, conseqüentemente, que as tão chamadas proposições legais não são na realidade proposições, mas somente podem ser consideradas na sua real existência como declarações que dão expressão a determinados fenômenos psico-físicos. A maior consequência desta afirmação é que a idéia de que a jurisprudência, assim como a matemática, pode consistir em uma consideração objetiva do sentido das “proposições” jurídicas, desligadas dos atos psico-físicos que constroem este significado, é impossível. Jurisprudência (como ciência do direito) não pode ser, como dogmatismo ou conhecimento normativo, ser confrontada com a teoria social como um conhecimento da realidade¹⁶⁸.

Com esta reconstrução do conceito de direito válido, pode-se afirmar que o direito é um fato, um fenômeno, e não ideal, racional, conhecimento, proposição, ou seja, não é um sistema lógico. Kelsen buscou defender a idéia de uma lógica natural imanente ao direito em sua doutrina da origem do direito pela norma fundamental, e seu desenvolvimento sistemático em uma estrutura graduada. Esta é uma idealização falaciosa, revelada pelo fato de que é impossível, se a realidade jurídica é levada em consideração, completar com sucesso a construção da unidade sistemática do direito pela norma fundamental, sem se deparar com tautologias vazias. De acordo com esta visão, a própria proposição jurídica científica é uma declaração sobre a validade jurídica, uma proposição normativa, um dogma¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 101.

¹⁶⁹ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 102.

Ross busca demonstrar, com a desconstrução das teorias dogmáticas do direito, que a ciência da moralidade não pode ser considerada como uma lição, mas como uma doutrina, analisando os fenômenos morais e também as racionalizações contidas nas proposições. A ciência do direito, assim, não é dogmatismo, mas a doutrina do fenômeno jurídico¹⁷⁰.

O conceito de direito como proposição com significado coerente, destacado do fenômeno social, deve necessariamente levar para a questão que para o dogmatismo jurídico o direito deve ser somente a própria proposição jurídica, não a sua finalidade social. Isto significa que a teoria pura do direito é baseada na crença que é possível apresentar as proposições jurídicas sistematicamente de acordo somente com seu sentido lógico e coerência. Isto é uma falácia, afirma o autor dinamarquês.

Considerando o direito como fenômeno jurídico, as proposições jurídicas não possuem, como racionalizações, qualquer sentido lógico mas somente podem ser vistas como elementos reais, compostos por expressão de determinadas atitudes comportamentais, que são parte de uma realidade social compreensiva. Deste modo, a conexão entre as expressões racionalizadas não pode ser puramente lógica, mas deve ser teleológica. Uma reprodução sistemática do direito, considerado como proposição, pode ter seu significado determinado independentemente das condições sociais que o criaram, e as causas sociais que o moldaram são uma ficção. O dogmatismo é somente possível como um elemento integral em uma teoria social¹⁷¹.

A justificativa moral para um determinado comportamento se expressa de uma maneira quase inevitável em uma consciência ilusória da validade prática, um dever ou valor concebido como um sujeito do conhecimento coordenado com a realidade. Nesta ilusão prática da objetividade, a objetivação fictícia de uma

¹⁷⁰ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 103/104.

¹⁷¹ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 105.

experiência interior se restringe às livres inclinações da ação, o que também é transferido para a experiência da restrição legal¹⁷².

Desde os tempos mais remotos, têm-se entendido a natureza do direito como uma sistema de coerção. Todavia, o elemento da coerção não pode ser necessariamente um elemento do conceito de direito, no sentido de que toda regra jurídica deve ser sancionada por uma outra norma que decreta a coerção. Isto porque cairíamos em um regresso infinito. As regras imediatas do direito podem ser sancionadas por regras decretando coerção, estas podem novamente ser sancionadas, e assim continuamente. Todavia, deve haver um limite, ou seja, algumas regras que não são decretadas por compulsão, mas que possuem seu poder de atuação pela sua própria autoridade ou da crença na sua validade. Isto vale para todas as regras que buscam estabelecer uma competência legal.

É um fato que a coerção não pode ser uma parte necessária do conceito de direito, no sentido de que toda regra jurídica têm que ser sancionada por coerção. Por outro lado, há necessariamente uma relação entre direito e coerção. A crença legal na validade, o sentimento de legalidade, difere da livre crença moral na validade principalmente por seu caráter institucional, qual seja, por ter desenvolvido uma interação com o sistema de compulsão. Assim como a compulsão legal não pode ser imaginada, exceto em conexão com a crença de validade, a crença na validade adquire seu caráter jurídico específico através de uma relação com o sistema de coerção. Estas partes mutuamente determinam a natureza de cada uma em sua interação, ou ainda, são apenas aspectos abstratos do fenômeno jurídico completo. Coerção, portanto, assim como a validade, é uma parte integrante necessária do direito, ou seja, é parte da natureza do direito¹⁷³.

Ao investigar a relação entre direito e moralidade, descobre-se que a diferença fundamental entre estas duas figuras encontra-se na sua gênese. As atitudes

¹⁷² Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 108.

¹⁷³ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 108/112.

morais são atitudes comportamentais que possuem o selo desinteressado da validade, inspirado no indivíduo, por sugestão, enquanto está crescendo e fixado por hábito. Elas desenvolvem através do contato desorganizado, informal, irrefletido com o jovem indivíduo e reagindo com um certo ambiente moral, e carrega as impressões de expectativas, desejos, idéias e preconceitos prevalecentes neste ambiente. Deste modo, elas mudam de extensão devido às circunstâncias pessoais e o meio (família, situação de vida, raça, classe, nacionalidade, etc.).

As noções de moral são experimentadas como uma convicção racionalizada de um alto caráter pessoal. Toda racionalização das atitudes morais é reinterpretada. Devido a esta racionalização, as atitudes morais aparecem para os indivíduos imediatamente como determinações racionais do que é moralmente certo, e o impulso espontâneo que governa esta atitude do indivíduo assume a característica de uma consciência interior imediata do moralmente certo. A consciência, assim, se torna a única e suprema corte em questões morais. Por isso é que a moralidade, apesar de sua origem social, aparece para o indivíduo como uma experiência interior do modo mais pessoal¹⁷⁴.

Alf Ross entende que a validade moral é dada imediatamente pela própria natureza da consciência e o conhecimento moral é do tipo puramente analítico ou *a priori*. A moralidade, cuja validade deriva imediatamente da consciência interior, é autônoma, não obedece qualquer decisão de autoridade externa. Ela não reconhece qualquer ordem, a não ser da razão pura, e nenhum outro tribunal, que não a consciência. Além disso, a moral é autocrática, isto é, só reconhece como poder executivo seu próprio ideal de validade.

Já as atitudes jurídicas possuem outra origem. Elas são elementos integrantes de uma instituição social, que mantém na realidade o sistema de coerção. Possuem natureza coletiva, relacionando-se com a organização externa e os intercursos

¹⁷⁴ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 112/113.

sociais, ou seja, com o Estado como instituição social. As atitudes jurídicas também são racionalizadas para tornarem-se noções de validade. A lei é considerada como obrigatória ou válida em um senso similar ao da moral. Só que esta validade não é individual, não é de um tipo interno ou pessoal, mas associado com instituições. As noções legais de validade dependem de uma experiência ou autoridade externa, a organização social existente. Além disso, a validade legal é associada com determinadas formas de declaração do que é legalmente válido.

O conhecimento legal é, ao mesmo tempo, empírico e *a priori*. O direito é uma realidade cujas partes da esfera são formadas pela validade e, de modo converso, a validade se revela no domínio da realidade. O direito é um fato empírico e também uma ramificação do que é válido *a priori*, a idéia de moralidade. O direito é a posituação da idéia de justiça. O direito é heterônomo (reconhece uma autoridade legislativa externa e decisões de julgamentos) e heterocrática (reconhece um poder executivo externo). A função ou razão do direito, isto é, o efeito associado com qualquer sistema legal, é exclusivamente a criação da paz. Neste sentido, o direito é um fim em si mesmo. Mas, além disso, o direito é somente o meio ou a técnica para a realização das idéias ou interesses materiais integrados desta forma com o direito. Estas razões materiais, caso expressem impulsos interessados ou desinteressados, referem-se à economia ou a moral. Ross conclui, deste modo, que o direito é a forma pela qual fatores, interesses ou idéias conflitantes de economia e moral são integradas e atualizadas. O direito, assim, é sempre um tipo de compromisso ou ajuste¹⁷⁵.

Já a justiça seria, ao mesmo tempo, algo que caracteriza qualquer direito positivo como tal, sendo também um ajuste qualificado. A idéia de justiça não deve ter qualquer importância para a determinação do conceito de direito positivo. Todavia, deve-se manter uma conexão entre direito positivo e justiça, no sentido de que o direito positivo é sempre um esforço para atualizar a justiça¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 114/115.

¹⁷⁶ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 117.

Enquanto a moral é experimentada em casos concretos e individualmente, o direito é um sistema social que implica necessariamente em um conflito interindividual estabelecido. O direito, assim, ao contrário da moral, necessita de um poder judiciário. Em suas formas mais desenvolvidas, o direito, como organização social implica a fixação de regras gerais para a administração da justiça, como, por exemplo, o poder legislativo¹⁷⁷.

Apesar de todas as diferenças, direito e moral não são absolutamente distintas. O comportamento legal específico não pode, na realidade, ser separado num sistema compacto formalmente delimitado das atitudes morais. Estas são fatores integrados no curso social da ação, o qual é chamado de prática jurídica¹⁷⁸.

Simplificando, pode-se traçar uma distinção, baseado nas duas formas de positivismo (fundação e aplicação), entre três tipos de fenômenos de validade:

Tipo A (moral alta e pessoal): não positiva em ambos os sentidos = não-convencional e não-executável = autônoma e autocrática = experimentada pessoalmente como validade interna e pura.

Tipo B (moral convencional, regras de vida tradicionais, usos e costumes, normas linguísticas, *mœurs*) = positiva na fundação, mas não na aplicação = convencional mas não-executável = heterônoma mas autocrática = experimentada como validade externa.

Tipo C (direito) = positivo em ambos os aspectos = convencional e executivo = heterônomo e heterocrático = experimentado como uma combinação de validade externa e coerção.

As leis da moral são imperativas, já as leis do direito são imperativo-atributivas¹⁷⁹.

Ao tratar da estrutura dos direitos, Ross afirma que a internalização das noções primitivas é o resultado de um processo de racionalização, e isto explica como os

¹⁷⁷ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 118.

¹⁷⁸ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 121.

¹⁷⁹ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 123/124.

conceitos tradicionais, em si mesmo irreais, podem ser reinterpretados em grande escala como reais. De acordo com a teoria do direito romano-natural, o conceito de direitos aparece com a seguinte estrutura: implica, em primeiro lugar, um sujeito humano como a fonte original das forças metafísicas; depois, há um objeto, sobre o qual se exerce controle; há um conteúdo que define a extensão deste controle; e, finalmente, há uma proteção processual, que não é necessária para a existência ideal do direito *per se* mas deve existir para que o direito realmente se realize em relação às outras pessoas no mundo físico¹⁸⁰.

Há uma antiga discussão sobre a existência ou não de uma conexão natural entre uma certa determinação do conteúdo do direito e sua proteção em um sentido dinâmico. Este é o núcleo da teoria que distingue direitos *in rem* e direitos *in personam*. Ela é baseada na crença que a bipartição dos direitos de acordo com seu conteúdo o que corresponde à bipartição da natureza da proteção dinâmica devida a eles. Chega-se, deste modo, a outra conclusão, de que esta afirmação é falsa. Pois se admitimos a bipartição dos direitos de acordo com seu conteúdo (a, b) e toma-se como certa uma determinada relação entre conteúdo e sua proteção dinâmica, esta relação deve necessariamente se manifestar em uma tripartição de princípios de proteção, correspondentes aos três possíveis tipos de conflito que existem (a – a, b – b, a – b). Não se pode imaginar esta tripartição, por isso, a proteção não existe devido ao direito como tal, mas somente devido ao direito como um dos elementos do conflito, sobre o qual as regras de proteção são diretamente dadas¹⁸¹.

A distinção entre direitos reais e pessoais, para Alf Ross, pode ser considerada parcialmente de acordo com as implicações teóricas devido ao conceito de direito, em parte devido à importância da realidade funcional do direito positivo. No direito romano, a distinção era baseada em um conceito jurídico homogêneo, no

¹⁸⁰ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 203.

¹⁸¹ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 209/210.

sentido de uma dominação direta (mística) sobre o objeto, mas desde o início existia um desvio interior do ponto de vista realista¹⁸².

Analisando os conceitos originais dos direitos reais, pode-se vislumbrar os seguintes elementos: o sujeito do direito é a pessoa que exerce o controle, o objeto é aquele sobre o qual se exerce o controle, a natureza do direito consiste na dominação invisível, com característica legal específica, que o sujeito exerce sobre o objeto, o exercício do direito torna esta dominação invisível visível, primeiro através do controle econômico da coisa e, secundariamente, pela demanda contra um terceiro que também quer exercer controle sobre a coisa, sendo, portanto, a proteção através da ação somente um efeito secundário do direito¹⁸³.

Já na análise do conceito de direitos pessoais, encontram-se os seguintes elementos: um sujeito ativo, o credor; um sujeito passivo, o devedor; a natureza do direito, que consiste numa obrigação espiritual-moral do devedor de pagar o que deve e uma exigência correspondente do credor; o exercício do direito, na qual estas relações espiritual-morais aparecem, através de uma ação do credor para exigir o cumprimento da obrigação pelo devedor; e, portanto, há a identificação do conteúdo legal do direito com sua proteção judicial¹⁸⁴.

Para buscar harmonizar esta distinção entre direitos reais e pessoais, existem três teorias principais: na escola tradicional, tentou-se demonstrar que os direitos reais, bem como os pessoais, consistem num controle ou dominação sobre um objeto, somente com características diferentes; em outra teoria, buscou-se reconstruir os direitos reais no modelo dos direitos pessoais, neste caso, os direitos reais seriam uma obrigação negativa universal, que podem ser demandados contra todos, de modo absoluto. Na terceira teoria, busca-se reconciliar as duas opiniões acima, entendendo que os direitos de propriedade tem um aspecto interno e outro

¹⁸² Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 255.

¹⁸³ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 256/257.

¹⁸⁴ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 257/258.

externo. O aspecto interno é o reconhecimento pelo direito do controle e o aspecto externo é a proteção, a obrigação dos outros de não se interpor neste controle¹⁸⁵.

Segundo o autor, o direito possui uma validade espiritual-normativa criada entre os homens por comandos de autoridade, ou seja, a validade é mantida por um sistema correspondente de coerção e que cria obrigações, tem servido para ambos os tipos de direitos. A noção mágico-mística dos direitos como dominação direta, invisível, mas, ao mesmo tempo, real sobre um objeto é a base histórica para a distinção entre direitos reais e pessoais, que continua sendo utilizada até os dias de hoje e influenciando a filosofia jurídica, a ciência do direito e a prática legal¹⁸⁶.

Para se dar alguma direção para esta distinção, deve-se compreender a natureza dos direitos como uma relação direta com a coisa, independentemente das circunstâncias econômicas reais e do maquinário legal em funcionamento (proteção processual). Um direito real é o poder místico sobre uma coisa, um direito pessoal é somente a idéia moral de demanda sobre outra pessoa. Para que tais direitos realmente existam só importam determinadas palavras ou ritos, a declaração de transferência, ou a transferência da posse (tudo de acordo com princípios mágicos)¹⁸⁷.

Esta teoria da natureza mística dos direitos serve para mostrar que, em matéria de proteção de direitos, é possível haver dois tipos de proteção ao direito, a proteção estática (processual) e a proteção dinâmica (a proteção do comprador em relação ao vendedor e a terceiros, isto é, a dinâmica dos direitos). A distinção fundamental entre os dois tipos de direitos caracterizados como direitos reais e direitos pessoais segue o caminho válido geral de caráter dinâmico do direito em relação com uma determinada economia monetária bem desenvolvida. Por outro lado, a relevância desta distinção para a proteção, que é expressa nos princípios de

¹⁸⁵ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 259/262.

¹⁸⁶ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 265/267.

¹⁸⁷ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 269.

proteção estabelecidos, parece não demonstrar qualquer tipo de necessidade. Mas é um fato que estes princípios, em sua maior parte, são as regras seguidas pelas modernas constituições e esta aceitação geral parece mostrar que há uma certa harmonia interna entre estes princípios e a estrutura econômica das sociedades modernas¹⁸⁸.

Em ***Por que Democracia?*** (*Hvorfor demokrati?*), publicado em 1946 na Dinamarca e tendo sido traduzido para o inglês e publicado em 1952, nota-se a preocupação de Alf Ross em reforçar as idéias e os valores democráticos após as consequências trágicas do regime nazista na Alemanha e no mundo¹⁸⁹. Para tentar evitar que tais fatos se repitam, Ross irá estudar a democracia, seu significado, seus problemas e seus valores, para reforçar estes conceitos na comunidade jurídica mundial e para que sempre saibamos se nossas atitudes estão realmente nos levando para a democracia ou para a ditadura.

A derrota militar do fascismo não significa de modo algum que seu espírito esteja morto, preocupa-se o autor dinamarquês. A rédeas de sua evolução, que são anteriores à guerra, oscilam livremente no ar. Precisamos tomar estas rédeas e avançar por nossos próprios meios. Para podermos assumir uma atitude responsável e firme, primeiramente é preciso conhecer quais são as alternativas que se apresentam e em que implica a nossa escolha. É preciso saber o conceito de democracia, em quais idéias está embasada, quais são as forças e fatores que atuam a favor e contra seu desenvolvimento, e se as formas democráticas tradicionais precisam ser adaptadas aos novos tempos. Como bem afirma o autor, “*não podemos nos livrar da responsabilidade que cada um possui frente ao que o*

¹⁸⁸ Ross, Alf. *Towards a realistic jurisprudence* cit., p. 289/290.

¹⁸⁹ “*La redacción del mismo fue el resultado de las impresiones que me produjo la ocupación alemana de Dinamarca. Fue la demostración práctica de los métodos dictatoriales efectuada por ese ‘Herrenvolk’ lo que me llevó a recordar el significado y valor de la democracia.*” In *¿Por que Democracia?*, p. 11, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

*futuro pode nos trazer. Somos as forças e as peças do jogo. Temos que saber o que fazer e assumir a responsabilidade por isto.*¹⁹⁰

A democracia é um governo popular, isto é, o poder político é exercido pelo povo. Para analisar o alcance de uma democracia, precisamos analisar se seu fator democrático, ou seja, a influência popular no exercício da autoridade pública com relação à intensidade (dimensão do grupo de pessoas que têm direito a participar nas votações e eleições), à efetividade (o grau em que o povo pode afirmar sua opinião) e a latitude (a medida em que a influência e o controle populares são estendidos, abarcando as mais variadas ramificações do governo)¹⁹¹.

A democracia, portanto, pode ser mais ou menos ‘popular’ (de acordo com sua intensidade) e mais ou menos um ‘governo’ efetivo (dependendo de sua efetividade e latitude). O tipo ideal é a forma de governo com um máximo de intensidade, efetividade e latitude nos métodos parlamentares. Nestes três aspectos, este tipo tende a ser uma democracia moderada, nominal e parcial¹⁹².

A democracia é essencialmente uma forma de organização política, um método político. A palavra ‘democracia’ indica um procedimento seguido no desenvolvimento e exercício do poder político e que regula a vida social dentro da estrutura do Estado. O poder político funda-se em uma base ideológica, a idéia do direito, e não na força como a autocracia. Além disso, a democracia também se baseia na idéia de liberdade política ou autonomia, pois a norma que obriga o indivíduo é criada por ele mesmo, há, assim um autogoverno do povo¹⁹³.

Na relação da democracia com as múltiplas idéias de liberdade, Ross afirma que ela dá ao homem um máximo de liberdade frente ao domínio dos outros: liberdade

¹⁹⁰ “no podemos liberarnos de la responsabilidad que a cada uno incumbe frente a lo que el futuro puede acarrear. Somos de consuno las fuerzas y las piezas del juego. Tenemos que saber qué hacer y asumir la responsabilidad por ello.” Ross, Alf. *¿Por que Democracia?* Cit, p. 17.

¹⁹¹ Ross, Alf. *¿Por que Democracia?* cit., p. 87 e 95/96.

¹⁹² Ross, Alf. *¿Por que Democracia?* cit., p. 96.

¹⁹³ Ross, Alf. *¿Por que Democracia?* cit., p. 97 e 104.

contra a opressão intelectual, especialmente liberdade de expressão política e liberdade contra o medo, ou seja, liberdade pessoal, segurança pública¹⁹⁴. Quanto às demais liberdades, a democracia não está necessariamente ligada a estas idéias. Não precisa necessariamente adotar um sistema de livre empresa, nem garante liberdade contra todas as necessidades. Este último é um objetivo perseguido pelo socialismo, sistema adotado pela Dinamarca, mas não da democracia enquanto tal¹⁹⁵.

A democracia, para Alf Ross, é um valor humano, a base de uma cultura que devemos preservar a continuar. Ela pode sobreviver e orientar a sociedade ainda que durante um período de conflitos sociais, desde que a vontade de sustentar os valores da liberdade permaneça viva e o desenvolvimento ocorra gradualmente. É preciso trabalhar constantemente pela integração das concepções de direito e de justiça dos diversos grupos sociais. Se, ao contrário, uma pequena minoria pretende realizar uma revolução completa, a democracia estará perdida, pois, ou os opositores reagirão, e somente eles poderão impor uma ditadura, ou os adversários se submeterão a esta revolução sem um consentimento e uma lealdade íntimos, como se fossem uma minoria oprimida. Neste caso, a unidade da nação e a solidariedade democrática também serão perdidas e serão substituídas pela ditadura, no caso a ditadura da maioria¹⁹⁶.

Durante as duas guerras mundiais, a democracia desapareceu em um grande número de países. Com exceção da Espanha, tal fato ocorreu sem resistência ou lutas consideráveis. Para o autor, parecia que a força da democracia havia se partido por dentro. Na realidade, as instituições democráticas tinham cessado de funcionar depois que Hitler ocupou todo o tabuleiro¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Ross, Alf. *¿Por que Democracia?* cit., p. 104,108,128,130.

¹⁹⁵ Ross, Alf. *¿Por que Democracia?* cit., p. 139/141

¹⁹⁶ Ross, Alf. *¿Por que Democracia?* cit., p. 197/199.

¹⁹⁷ Ross, Alf. *¿Por que Democracia?* cit., p. 228.

Muitas pessoas inclinam-se a atribuir esta queda ao fato de que a democracia, em seu idealismo exagerado, foi auto-limitada pelos seus próprios princípios de liberdade, tolerância e humanidade, inclusive com relação aos seus opositores, que não respeitavam estas idéias, mas que meramente as usavam como meios de luta contra a própria democracia e, portanto, também contra estas mesmas idéias. Ao colocar o aparato democrático generosamente a disposição daqueles partidos cujo único objetivo era a destruição do próprio aparato, a democracia cavou o seu fim. Firmando-se nas idéias de liberalismo e pacifismo, em um mundo de violência e opressão, a democracia preparou sua própria queda¹⁹⁸.

Diante deste quadro, a democracia precisa aprender a se autodefender. Contra as opiniões de qualquer tipo, a única arma a ser utilizada é o poder da palavra. A liberdade de expressão sem limitações deve ser um princípio democrático sagrado, pois as proibições e a força são inúteis neste caso e, em última análise, vão contra a própria democracia. Mas a força deve ser confrontada com outra força. Assim, se um partido, que, em seu programa, pretende realizar uma revolução violenta, é tolerado, é necessário que o sistema atue efetivamente contra todas as tentativas de desorganizar a vida democrática da comunidade e de sabotar as suas instituições. Também a propaganda contrária deve ser atacada e, finalmente, as funções do Estado devem ser confiadas, na medida do possível, somente a pessoas que não são inimigas do Estado ao qual foram convocadas para servir¹⁹⁹.

Ross entendia, portanto, que o futuro da democracia era o grande problema a ser resolvido após o fim da Segunda Grande Guerra. Isto porque a democracia, como técnica político-jurídica, não é suficiente, devendo adaptar-se as mudanças das condições sociais. Assim, conseguirá conservar sua força interna na liberdade e na fé das massas, sendo necessário que demonstre a sua vitalidade conduzindo a

¹⁹⁸ Ross, Alf. *¿Por que Democracia?* cit., p. 229.

¹⁹⁹ Ross, Alf. *¿Por que Democracia?* cit., p. 239.

sociedade no terreno econômico e social, bem como trazendo maior felicidade e produzindo uma vida mais plena de liberdade e igualdade²⁰⁰.

Os ideais elevados da democracia devem manter-se vivos, e, além disso, a todo tempo, devem ser efetivamente introduzidos como um sistema jurídico. Isto porque a vigência real destes ideais atua favoravelmente na mentalidade do povo. Sendo realmente efetivada como ordem social, as idéias democráticas ganham nova força, firmeza e qualidade de conceitos jurídicos. A melhor educação se encontra na própria vida democrática e em suas instituições democráticas. Somente vivendo em uma democracia alguém pode se tornar plenamente um bom democrata²⁰¹.

A luta pela democracia deve ser feita, simultaneamente, no terreno da moral, no campo do direito e na esfera econômica. Estes três campos estão intimamente relacionados. O combate se realiza todos os dias e em todas as frentes. E para que a democracia realmente prevaleça, é importante que haja consciência de que todos somos igualmente responsáveis pelos seus resultados. Isto porque *“não é somente a nossa liberdade que está em jogo, mas também o sonho de uma sociedade mais feliz e mais justa.”*²⁰²

Em **Tû-tû**, artigo inicialmente publicado em 1951, Ross descreve o uso pela tribo Noît-kif, habitantes das Ilhas Tedgipo²⁰³, do termo tû-tû para designar o estado em que a pessoa ficaria depois de cometer certos tipos de infração, sendo este estado considerado uma espécie de força perigosa que recai sobre o culpado e que ameaça toda tribo, sendo necessária, assim, uma cerimônia especial para purificar esta pessoa.

²⁰⁰ Ross, Alf. *¿Por que Democracia?* cit., p. 245.

²⁰¹ Ross, Alf. *¿Por que Democracia?* cit., p. 244.

²⁰² *“No es sólo nuestra libertad la que está en disputa, sino también el sueño de una sociedad más feliz y más justa.”* In *¿Por que Democracia?* cit., p. 246.

²⁰³ No texto em português de *Tû-tû*, foram utilizados os termos tribo Asat-naf e ilhas Oasuli. No presente trabalho, foi dada preferência à nomenclatura do original em dinamarquês, p. 261-279 in *Ret som teknik, kunst og videnskab*, Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.

Utilizando esta expressão *tû-tû*, Ross faz uma analogia com algumas expressões de direito subjetivo utilizadas na linguagem jurídica, exemplificando com crédito, propriedade, território, status, demonstrando como estes termos são manipulados de forma técnica no discurso do direito, sendo, todavia, palavras sem referência semântica.

Seguindo este raciocínio, admite que a terminologia jurídica e as idéias que possuímos a respeito do direito apresentam uma semelhança estrutural com o pensamento mágico primitivo, no sentido de invocar potências sobrenaturais, que, por sua vez, são transformadas em efeitos fáticos. Embasado nos argumentos de Axel Hägerström em *Der Römische Obligationsbegriff*, Ross afirma que não se pode *“destacar a possibilidade de que tal semelhança esteja enraizada numa tradição que, ligada à linguagem e ao poder que esta tem sobre o pensamento, constitui um velho legado da infância de nossa civilização”*²⁰⁴.

Analisa também a obra de Lundstedt, aceitando sua teoria de que a única realidade demonstrável nas situações conhecidas como de direito subjetivo consiste em função do mecanismo do direito. Deste modo, uma pessoa pode, sob determinadas condições e em conformidade com o direito vigente, instituir procedimentos e mobilizar os mecanismos do direito, de modo que o poder público seja exercido em seu próprio benefício. Contudo, discorda da posição radical assumida pelo autor sueco de que os direitos subjetivos não existem e que quem utiliza tal expressão *“está dizendo tolices acerca de algo que não existe”*²⁰⁵.

Segundo Ross, *“‘propriedade’, ‘crédito’ e outras palavras, quando são usadas na linguagem jurídica, têm a mesma função da palavra ‘tû-tû’; são palavras sem significado, sem referência semântica alguma, e só servem como uma técnica de apresentação. (...)o conceito de direito subjetivo é um instrumento para a técnica*

²⁰⁴ In *Tû-tû*, p. 32-33, tradução de Edson Bini, São Paulo: Quartier Latin, 2004.

²⁰⁵ In *Tû-tû* cit., p.29-30, nota n. 4.

de apresentação que serve exclusivamente a fins sistemáticos, e que em si não significa nem mais nem menos que 'tû-tû'. ²⁰⁶

No texto ***Videnskab og politik i juridisk doktrin*** (*Ciência e política na doutrina jurídica*), publicado em 1952, Ross considera que, para a ciência do direito, o direito vigente busca uma legislação que se encontra na realidade do acontecimento social. Com isto, os princípios são indeterminados e não se tornam facilmente legíveis. Cada legislação é conjuntamente um fator real, que pode influenciar os acontecimentos ou até mesmo um ato político. A ciência do direito deve, com isso, não separar os princípios da política do direito²⁰⁷.

Interpretar-se esta afirmação como um salva-vidas metodológico pode levar a uma total incompreensão, que legitima qualquer mistura entre ciência e política, especialmente se ousar entender a interpretação das 'circunstâncias naturais' para o direito vigente como uma regra, isto é, como algo que hipnotiza o tribunal a segui-la. Primeiramente, um bom método jurídico nunca é demais, pois leva a uma interpretação distinta como conselho subjetivo ou alegação objetiva. O que todos os juristas já compreenderam e manifestaram é que sua interpretação não pode fornecer tamanha certeza ao direito vigente, como a que se pode afirmar com relação à regra, já que o grau de certeza pode ser tão pequeno, que se torna absolutamente natural falar do direito vigente como um conselho, ou um objetivo para os juízes.

A conclusão é que os juristas, neste ponto, não podem enganar-se a si mesmos ou aos outros com uma noção errada, estando somente preocupados com a busca deste grau de certeza. Deve-se levar em consideração que o valor da ciência pedagógica encontra-se na idéia de que o 'direito vigente' serve para

²⁰⁶ In *Tû-tû* cit., p.42 e 54.

²⁰⁷ "Retsvidenskabelige påstande om gældende er der efter deres realindhold forudsigtelse af fremtidige sociale hændelser. Sådanne er principielt indeterminerende og lader sig ikke entydigt forudsige. Enhver forudsigtelse er tillige en realfaktor, der kan påvirke forløbet og for så vidt en politisk akt. Retvidenskab lader sig derfor principielt ikke adskille fra retspolitik." Ross, Alf. *Videnskab og politik i juridisk doktrin*, in *Ret som teknik, kunst og videnskab*, Copenhagen: Jurist- og økonomforbundets forlag, 1999, p. 300.

trazer uma escala escorregadia de probabilidade que conscientize e também enfatize esta necessidade da sociedade, com cuidado e honestidade neste ponto²⁰⁸.

Em ***Direito e Justiça*** (*Om ret og retfaerdighed*), de 1953, Ross afirma que o problema da natureza do direito é o problema de como interpretar o conceito de direito vigente como uma parte constitutiva integrante de toda proposição do estudo doutrinário do direito ou da ciência do direito. O objeto da filosofia do direito não é o direito, nem qualquer parte deste, mas a ciência do direito. A filosofia do direito, assim, estaria acima da ciência do direito, olhando-a “de cima”.

No livro, o autor busca realizar uma análise jusfilosófica (pois a expressão filosofia do direito sugere um domínio de investigação sistematicamente restrito), dirigindo sua atenção para a ciência do direito e para a sociologia do direito, no caso restringindo-se aos problemas da política judiciária²⁰⁹.

O ordenamento jurídico nacional é um corpo integrado de regras que determina as condições sob as quais a força física será exercida contra uma pessoa. Deste modo, estabelece um aparato de autoridades públicas, como os tribunais e os órgãos executivos, cuja função consiste em ordenar e levar a cabo o exercício da força em casos específicos. Em resumo: o ordenamento jurídico nacional é

²⁰⁸ “Det ville dog vare en alvorlif misforståelse at tolke denne indsigt som en metodologisk sovepude, der legitimerer enhver sammenblanding af videnskab og politik, især den, der består i, at man frækt udgiver vurderende fortolkning ud fra ‘forholdets natur’ for gældende ret på linie med loven, for derved at hypnotisere domstolene til at følge sig. Afgørende for god juridisk metode er ikke så meget, om man lader fortolkning fremtræde som subjektive råd eller som objektive påstande. Derimod at juristen handler med fuld forståelse og tilkendegivelse af, at hans tolkninger ikke kan udgives for gældend ret med sammen sikkerhed som når det drejer sig om velfæstnede regler, ja at sikkerhedsgraden i mange tilfælde kan være så lille, at det vil være naturligere ganske at lade talen om gældende ret falde og simpelthen tale om råd og forslag til dommerne. Afgørende er, at juristen ikke på dette punkt søger at narre sig selv eller andre ved at tilsløre forskelle med hensyn til sikkerhedsgraden. Der er ofte syndet herimod, og den pædagogisk videnskabelige værdi af veludviklet lære om begrebet ‘gældende ret’ ligger i at bringe den glidende skala af sandsynighed til bevidsthed og derved indskærpe kravet om påpasselighed og redelighed på dette punkt.”, Ross, Alf. *Videnskab og politik i juridisk doktrin* cit., p. 301.

²⁰⁹ Ross, Alf. *Direito e justiça*. Bauru: Edipro, 2003, págs. 49/51.

conjunto de regras para o estabelecimento e funcionamento do aparato da força do Estado²¹⁰.

Seguindo o ponto de vista realista adotado por Ross, o direito e o poder não são visto como opostos. Considerando o poder social como a possibilidade de dirigir as ações de outros seres humanos, o direito é visto como instrumento de poder, sendo uma relação de poder aquela entre os que decidem o que será direito e os que estão submetidos a esse direito. O poder, então, é algo que funciona por meio do direito. O poder político é o poder exercido mediante a técnica do direito ou mediante o aparato do Estado, que é um aparato para o exercício da força. Mas a função deste aparato está condicionada por fatores ideológicos, a consciência jurídica formal. Deste modo, todo poder político é competência jurídica²¹¹.

A diferença entre direito e moral pode ser notada pelos seus efeitos na vida social. O direito é um fenômeno social, uma ordem integrada comum que busca o monopólio da força. Deste modo, é sempre uma ordem para a criação de uma comunidade que busca a manutenção da paz. Todo ordenamento jurídico, qualquer que seja seu conteúdo, é produtor da paz, ainda que não passe da paz da prisão. Já a moral é um fenômeno individual, podendo unir ou separar as pessoas. Como resume o autor, *“idéias morais conflitantes, por certo, podem constituir uma fonte de discórdia do tipo mais profundo, mais perigoso e menos confortável”*.²¹²

Ao analisar o livro *Teoria Pura do Direito*, Ross critica a posição de Kelsen de afirmar que o critério do direito positivo é a efetividade e que a hipótese inicial apenas cumpre a função de outorgar validade ao direito, sendo esta exigida pela interpretação metafísica da consciência jurídica, embora ninguém saiba no que consiste tal validade. Deste modo, Kelsen, desde o início da *Teoria Pura do Direito*, ao fazer a validade de uma norma derivar da validade de outra, impediu

²¹⁰ Ross, Alf. *Direito e justiça* cit., p. 58.

²¹¹ Ross, Alf. *Direito e justiça* cit., p. 84.

²¹² Ross, Alf. *Direito e justiça* cit., p. 90.

sua teoria de trabalhar com a relação entre o conteúdo ideal normativo e a realidade social, relação esta que, para Ross, é o cerne do problema da vigência do direito²¹³.

Para Tércio Ferraz, *“levanta-se contra Kelsen a objeção de excesso de formalismo. Ross acusa-o de reduzir a validade de uma categoria formal do pensamento. Para encontrar a validade das normas, diz ele, é preciso recorrer a uma hierarquia de normas, o que conduz Kelsen a uma norma básica – ‘grundnorm’ – acima da própria constituição, cuja única função é outorgar-lhe validade, validando, assim, todo o conjunto. A norma básica ou norma fundamental é mera hipótese (do pensamento dogmático), desprovida de qualquer conteúdo ético ou empírico. Uma norma é válida no interior de um ordenamento válido, cuja validade repousa no postulado de que esta ordem possui validade. A explicação é idealista e formal: o ordenamento é válido porque teoricamente o postulamos como válido!”*²¹⁴

Já as teorias realistas do direito interpretam a vigência do direito em termos de efetividade social das normas jurídicas. O realismo psicológico, defendido por Olivecrona, descobre a realidade do direito nos fatos psicológicos. Deste modo, uma norma é vigente se é aceita pela consciência jurídica popular. Em certa medida, o realismo ideológico se assemelha ao idealismo formal de Kelsen, pois em ambos a validade do direito é derivada dedutivamente da Constituição e da hipótese inicial. Todavia, enquanto Kelsen considera a ideologia constitucional como uma hipótese normativa autônoma em abstrato e dissociada da realidade social, Olivecrona afirma que a ideologia é o conteúdo de concepções psicológicas reais que existem na mente dos seres humanos²¹⁵.

²¹³ Ross, Alf. *Direito e justiça* cit., p. 92/94.

²¹⁴ Ferraz Jr., Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1997, p. 181/182.

²¹⁵ Ross, Alf. *Direito e justiça* cit., p. 98.

A crítica de Ross ao realismo psicológico deve-se ao fato de vincular o conceito de direito vigente à consciência jurídica individual, transformando o direito, assim, em um fenômeno individual, encontrando-se este num plano idêntico ao da moral. Tal definição é inadmissível, pois é preciso pressupor o ordenamento jurídico nacional, ao menos dentro de certos limites, como um fenômeno externo intersubjetivo.

O realismo comportamentista entende que o direito encontra-se nas ações dos tribunais. Por este ramo, uma norma é vigente se houver fundamentos suficientes para se supor que será aceita pelos tribunais como base para suas decisões. Deste modo, o direito é vigente porque é aplicado pelos tribunais. Contudo, a interpretação puramente comportamental do conceito de vigência não é suficiente, pois é impossível prever a conduta do juiz por meio de uma observação puramente externa do costume²¹⁶.

Para Ross, portanto, só é possível formular uma interpretação da vigência do direito por meio de uma síntese do realismo psicológico e do realismo comportamental. Em resumo, a opinião do autor *“é comportamentista na medida em que visa a descobrir consistência e previsibilidade no comportamento verbal externamente observado do juiz; é psicológica na medida em que a aludida consistência constitui um todo coerente de significado e motivação, somente possível com base na hipótese de que em sua vida espiritual o juiz é governado e motivado por uma ideologia normativa cujo conteúdo nós conhecemos”*²¹⁷.

Analisando a teoria das fontes do direito, Ross explica as três teorias com maior relevância na época. No continente europeu, havia o predomínio da doutrina positivista, segundo a qual em toda comunidade existe uma vontade soberana, que é a fonte suprema de toda a validade jurídica. A expressão desta vontade, o direito legislado, é a fonte suprema. Ao seu lado, só o costume também é admitido

²¹⁶ Ross, Alf. *Direito e justiça* cit., p. 99.

²¹⁷ Ross, Alf. *Direito e justiça* cit., p. 100.

como fonte, pois é reconhecido como tal pelo legislador. Já a teoria jusnaturalista entendia que a fonte de validade do direito é a idéia de direito ou a idéia de justiça, como princípio racional *a priori*. O direito legislado, neste caso, somente possui força obrigatória na medida em que é uma realização, ou uma tentativa de realização, da idéia do direito. Para a terceira corrente, a escola romântica ou histórica do direito, a fonte fundamental da força do direito provém da consciência jurídica popular revelada na história e na vida de uma nação. O costume, como espelho do espírito popular, é fonte suprema do direito para esta teoria, sendo a legislação somente uma tentativa de conceitualizar a consciência jurídica do espírito do povo²¹⁸.

No capítulo IV, Ross analisa a doutrina da interpretação do direito, que tradicionalmente se subdivide entre as teorias subjetiva e objetiva. De acordo com a primeira, a finalidade da interpretação é descobrir a vontade do legislador. Segundo a teoria objetiva, a lei é considerada como uma manifestação objetiva da mente que, uma vez formulada, possui existência própria e deve ser compreendida unicamente com base naquilo que ela contém. Deste modo, as palavras e não a vontade que está por trás dela constitui o juridicamente obrigatório, sendo este o objeto de toda a interpretação. Esta distinção, segundo Alf Ross, é falsa, pois refere-se, na verdade, aos elementos de interpretação que são levados em consideração, ou seja, distinguindo-se as teorias pela importância que cada uma atribui à história da sanção da lei. Esse problema não pode ser resolvido com base em idéias metafísicas que discutem se a força obrigatória do direito emana da vontade ou da palavra. É possível analisar as vantagens de um ou outro ordenamento, mas, levando-se em conta um sistema jurídico vigente, é questão fática saber se os tribunais seguem um estilo de interpretação subjetiva ou objetiva²¹⁹.

²¹⁸ Ross, Alf. *Direito e justiça* cit., p. 132/134.

²¹⁹ Ross, Alf. *Direito e justiça* cit., p. 187.

No estudo das relações jurídicas, normalmente sua análise consiste numa mera subdivisão dos conceitos correlativos de dever e direito. Esta análise, segundo nosso autor, é insatisfatória, por três motivos. Em primeiro lugar, porque não se percebe que o tema da análise é, na realidade, a linguagem do direito, sendo as diferentes modalidades simples veículos lingüísticos para expressar as diretivas contidas nas regras jurídicas. Em segundo lugar, a divisão direito / dever é demasiadamente superficial, pois o termo direito (em sentido subjetivo) abrange conceitos heterogêneos como faculdade, liberdade, poder e imunidade, não se distinguindo entre dever e as outras modalidades passivas. Por último, é um erro entender o direito como correlato de um dever, visto que o direito é um conceito sistemático no qual estão unidas muitas regras jurídicas, abarcando a idéia de uma coleção de efeitos jurídicos, cada um dos quais pode ser expresso nas modalidades comuns. Deste modo, as modalidades jurídicas devem ser interpretadas segundo a sua função, sempre tendo em mente a idéia de que, na realidade, elas são apenas ferramentas da linguagem do direito²²⁰.

No capítulo VI, Ross afirma que o conceito de direito subjetivo não corresponde, em absoluto, a uma realidade que apareça entre os fatos condicionantes e as conseqüências jurídicas, não possuindo qualquer valor a discussão se o direito subjetivo, em sua essência, é interesse, vontade ou uma terceira modalidade. Por trás das diversas idéias de uma essência substancial, ocultam-se diferentes pontos na situação típica de direito subjetivo, como a vantagem factual determinada pela restrição da liberdade alheia, o poder de instaurar processos e a competência da alienação. Assim, as dificuldades de cada teoria nascem do fato de que as funções, que estão integradas nas situações típicas, surgem fragmentadas entre sujeitos diferentes nas situações atípicas²²¹.

Como bem explica Tércio Ferraz, ao analisar o uso dogmático da expressão direito subjetivo, *“Ross assinala que sua função primeira é a de um instrumento*

²²⁰ Ross, Alf. *Direito e justiça* cit., p. 200/201.

²²¹ Neste capítulo, Ross analisa as teorias sobre direito subjetivo de Lundstedt, Duguit, Demogue, Nékám, Bekker, Ihering e Windscheid. *Direito e justiça* cit., p. 221/223.

*teórico que permite apresentar situações reguladas por normas de uma forma operacional. Assim, quando dissemos que um indivíduo tem legitimamente o direito sobre uma propriedade significamos que há um fato condicionante de uma série de conseqüências, tudo regulado na forma de normas: assim possuir como algo seu uma casa significa que a situação está regulada por normas que protegem o uso e o gozo do objeto, que obrigam ao pagamento de tributos, que autorizam o recurso aos tribunais em caso de turbação, que exigem registro em órgãos públicos etc. Quando este indivíduo vende sua propriedade e transfere seu direito, todas aquelas normas passam a incidir sobre a situação e um outro indivíduo. Assim, a expressão 'transferir o direito de propriedade' funciona como uma espécie de abreviatura teórica que evita o trabalho insano de descrever todas as normas incidentes sobre a situação.*²²²

Na divisão fundamental do direito, o principal esteio da classificação sistemática jurídica é a distinção entre direito público e direito privado, ainda que exista grande divergência sobre a maneira de realizar a divisão e sobre sua importância. Há duas teorias principais que tratam deste tema, a teoria dos interesses e a teoria dos sujeitos. Segundo a primeira, a diferença maior entre o direito privado e o público tem sua raiz no propósito das normas jurídicas, isto é, nos interesses humanos que elas visam proteger. Contudo, não é possível dividir o direito em duas partes segundo os seus propósitos, porque eles não são opostos coordenados ao direito, mas somente duas maneiras de olhar a mesma coisa. Todo direito possui interesse público, mas considerado do ponto de vista das conseqüências jurídicas específicas, cada parte do direito se ocupa somente de interesses individuais. Já a teoria dos sujeitos entende que o direito público e o direito privado distinguem-se pelos sujeitos das relações jurídicas (público ou privado). Esta idéia, entretanto, de que o direito público se refere às relações jurídicas entre as autoridades públicas e os cidadãos, é insustentável, pois não distingue, por exemplo, o direito penal da responsabilidade por atos ilícitos civis,

²²² Ferraz Jr., Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 151.

não enquadra as regras da legislatura, as leis processuais sobre a prova e o peso desta, entre outros casos²²³.

O capítulo IX trata dos fatos operativos, ou seja, os fatos relevantes pra a decisão judicial. O direito pode fazer com que quase todas as circunstâncias imagináveis sejam fatos operativos, sempre que possam ser descritos em linguagem cotidiana. Ross entende que alguns fatos operativos são descritos como condições (estado de coisas) que incluem qualidades de pessoas ou de coisas, enquanto outros fatos operativos são descritos como acontecimentos, isto é, como mudanças numa condição existente. Alguns fatos operativos são meramente fatuais, como o nascimento ou a morte, outros fatos estão juridicamente condicionados, o que significa que são definidos em relação ao direito. No âmbito dos atos jurídicos que consistem em ocorrências, é importante distinguir entre eventos e atos, pois somente os atos suscitam os problemas relativos à capacidade mental, como culpa e outras circunstâncias psicológicas que condicionam a consequência jurídica. Dentro da categoria dos atos, pode-se encontrar *“ações fatuais e atos jurídicos. Estes, também denominados disposições, consistem em comunicações lingüísticas cujo efeito jurídico está determinado pelo conteúdo da própria comunicação e que são, por isso, instrumentos adequados à atividade humana consciente dirigida para a criação do novo direito.”*²²⁴

Ao buscar definir o conceito de justiça, Ross afirma que as palavras justo e injusto têm sentido quando empregadas para caracterizar a decisão tomada por um juiz, ou por qualquer outra pessoa que deve aplicar um determinado conjunto de regras. Dizer que a decisão é justa significa que ela foi elaborada de um maneira regular, isto é, em conformidade com a regra ou sistema de regras vigentes. Neste sentido, qualquer conduta pode ser considerada reta se estiver em harmonia com regras pressupostas, jurídicas ou morais. Contudo, empregadas para caracterizar uma regra geral ou um ordenamento, as palavras justo e injusto carecem de

²²³ Ross, Alf. *Direito e justiça* cit., p. 249/251.

²²⁴ Ross, Alf. *Direito e justiça* cit., p. 256.

significado. A justiça não é uma orientação para o legislador, já que, na verdade, é impossível extrair da idéia formal de igualdade qualquer tipo de exigência relativa ao conteúdo da regra ou do ordenamento jurídico. Empregadas neste sentido, as palavras não têm qualquer significado descritivo. Segundo Ross, uma pessoa que sustenta que certa regra ou conjunto de regras é injusto não indica nenhuma qualidade discernível das regras, não apresenta nenhuma razão para sua atitude. Há simplesmente a manifestação de uma expressão emocional, pois a afirmação “sou contra essa regra porque ela é injusta” somente quer dizer que “esta regra é injusta porque sou contra ela”²²⁵.

Analisando o papel da ciência e da política na teoria geral do direito, Ross conclui que a teoria política tem sido analisada somente à luz do absolutismo filosófico e do racionalismo. A ação política é considerada um problema relacionado com a discussão política, isto é, busca-se encontrar uma maneira de determinar, em relação aos princípios racionais, qual é a ação correta. O absolutismo e o racionalismo caracterizaram a teoria e a prática, os filósofos e os políticos, juristas e leigos. Deste modo, as ideologias políticas têm sido proclamadas e aceitas como verdades racionais, e a argumentação da política jurídica assumiu a forma de deduções, que partem das verdades eternas da justiça e do direito natural. A teoria política, assim, continua sob uma roupagem metafísica. Mesmo as tentativas de fundamentar a discussão política em uma base científica, não obtiveram suporte metodológico numa teoria básica da natureza da argumentação prática, de sua função e de sua mecânica. Ross argumenta que a discussão política deve basear-se no ponto de vista fundamental de que ela não se dá no plano da lógica e, portanto, não se busca provar verdades. Deve-se analisá-la no plano psicológico-tecnológico²²⁶.

A política jurídica abrange, na prática, quatro elementos, segundo Alf Ross: os problemas especificamente técnico-jurídicos de natureza sociológico-jurídica

²²⁵ Ross, Alf. *Direito e justiça* cit., p. 314/321.

²²⁶ Ross, Alf. *Direito e justiça* cit., p. 374.

(política jurídica em sentido próprio); os outros problemas políticos estreitamente ligados àqueles na prática, que, por sua índole, pertencem ao campo profissional de outros especialistas; a atividade de pesar considerações e decidir como árbitro dos especialistas; e a formulação lingüística da decisão, numa linguagem jurídica aceitável e que se harmoniza com as normas existentes. A política jurídica serve de guia para o legislador, mas também para as autoridades que administram o direito, em particular, os juízes. A interpretação doutrinária, baseando-se nas premissas de atitude adotadas pelo nosso autor, é uma asserção teórico-jurídica sobre a maneira como os tribunais terão de reagir com toda probabilidade, ou um conselho jurídico-político que indica ao juiz como ele deve reagir²²⁷.

A primeira tarefa da política jurídica é a enunciação de premissas, ou seja, estudar os objetivos e atitudes que, de fato, predominam nos grupos sociais influentes e determinantes para os órgãos legislativos. Deve-se analisar as diversas ideologias e plataformas políticas, bem como os interesses dos diversos grupos sociais, buscando as premissas em nível mais elevado, na tradição cultural, no corpo de idéias compartilhadas relativamente permanentes. O problema da política jurídica é um problema de ajuste, pois ela aponta para uma mudança nas condições existentes, mas nunca para uma reformulação radical do direito. O espírito com que se deve empreender esta investigação é decisivo. O investigador precisa ser consciente de que suas diretivas político-jurídicas devem estar necessariamente baseadas em fatos e em atitudes pressupostas, devendo as premissas emocionais ser eleitas de forma objetiva e nunca como expressão de seu próprio credo ou vontade²²⁸.

A segunda tarefa da política jurídica é a formulação de conclusões. Assim, após a investigação político-jurídica, pode-se descrever os fatos sociais e definir as correlações sociais causais, que são operativas em relação às premissas, podendo o investigador formular conclusões sob a forma de diretivas ao legislador

²²⁷ Ross, Alf. *Direito e justiça* cit., p. 379/380.

²²⁸ Ross, Alf. *Direito e justiça* cit., p. 382/384.

ou ao juiz. Estas diretivas práticas significam, em princípio, uma indicação sobre a maneira na qual se supõe que o legislador ou o juiz atuará com base em suas atitudes, supondo-se que aceite as crenças operativas colocadas diante dele. Neste caso, deve-se lembrar de incluir também o efeito produzido pelos argumentos formulados, que podem alterar algumas das atitudes prévias do legislador que eram condicionadas por crenças insustentáveis²²⁹.

Ao concluir o seu livro, Ross argumenta que a consciência jurídica deve desempenhar um papel decisivo quando as considerações práticas estão ausentes. Os argumentos práticos podem faltar, seja porque o ordenamento jurídico é indiferente às considerações práticas determinadas pelo interesse, seja porque o atual conhecimento das relações sociais não permite formar opiniões bem fundadas a respeito das conseqüências sociais das possíveis soluções, não sendo possível, por isso, realizar uma escolha racionalmente justificada entre essas soluções. Nestes casos, a consciência jurídica deve assumir o papel diretor, guiando as escolhas por meio da tradição jurídica e cultural existente na sociedade²³⁰.

"A tarefa da política jurídica nesses campos consiste em lograr um suave ajuste do direito às condições técnicas e ideológicas modificadas, com a consciência jurídica como estrela polar. É mister preservar a continuidade da tradição jurídica e tentar, ao mesmo tempo, satisfazer novas aspirações. É claro, a configuração mais detalhada da consciência jurídica em regras de direito manejáveis tem que atender a considerações técnicas fundadas em conhecimento sociológicos ou em cálculos. O respeito à tradição e à consciência jurídica explicam porque o ponto de vista dos advogados é profissionalmente conservador. Este ponto de vista se justificava particularmente outrora, já que considerações ideológicas, fundadas no direito natural ou em conceitos históricos, reinavam de forma quase suprema. O papel do jurista como homem político jurídico é atuar, na medida do possível,

²²⁹ Ross, Alf. *Direito e justiça* cit., p. 385/386.

²³⁰ Ross, Alf. *Direito e justiça* cit., p. 426.

*como um técnico racional; neste papel ele não é nem conservador, nem progressista. Como outros técnicos, simplesmente coloca seu conhecimento e habilidade à disposição de outros, em seu caso aqueles que seguram as rédeas do poder político.*²³¹

No artigo ***Ret som teknik, kunst og videnskab*** (*Direito como técnica, arte e ciência*), publicado em 1956, Alf Ross afirma que o direito é uma técnica social e uma forma de vida cultural. O fato jurídico é como uma atmosfera, na qual nós vivemos e onde estamos imersos, e sob a qual nós rapidamente perdemos a razão. A primeira função do direito na sociedade seria a de controlar o comportamento dos homens, de modo a que eles não se tornem monstros. Uma regra pode ser considerada como válida porque é ou será utilizada pelos tribunais. Dizer que uma regra vale implica simplesmente na afirmação de que ela tem efetividade social, ou seja, que realmente está presente no maquinário do direito²³².

O livro ***Statsretlige studier*** (*Estudos de direito constitucional*), de 1959, no qual Ross reúne artigos já publicados sobre o tema e complementa com novos textos, é o resultado das dúvidas que assolavam o autor sobre os princípios e a evolução histórica das idéias constitucionais.

O ensaio inicia-se com a definição dos conceitos de Estado e órgãos do Estado para o direito constitucional²³³. A palavra Estado é usada em contexto extremamente diversos, tanto no uso comum, como em diferentes ciências particulares, como a teoria jurídica, a sociologia, a ciência política, a história, etc. Além disso, dentro de cada ciência podem ser encontrados sentidos diversos para

²³¹ In *Direito e Justiça* cit., p. 429-430.

²³² "retten faktisk er ligesom en atmosfære, vi lever og ånder i, og udden hvilken vi hurtigt ville gå til grunde" (p.156), "retten primære funktion: at forme menneskers adfærd efter sit mønster" (p. 157), "en regel er gældende ret, fordi den anvendes (vil blive anvendt) af domstolene" (p. 159), "at en regel gælder, betyder simpelthen at den har social affektivitet, at den faktisk opretholdes i retmaskineriet" (p. 160). Ross, Alf. *Ret som teknik kunst og videnskab*, in *Ret som teknik kunst og videnskab*, Copenhagen: Jurist- og økonomforbundets forlag, 1999.

²³³ Om begreberne 'stat' og 'statsorgan i statsforfatningsretten', p. 7-21, in *Statsretlige studier*, Copenhagen: Nyt Nordisk Forlag – Arnold Busck, 2. ed., 1977

o uso da mesma palavra. Deste modo, para um estudioso da teoria jurídica é necessário averiguar se os diferentes conceitos de Estado utilizados possuem um núcleo comum.

No direito internacional, é fundamental a definição do conceito de Estado, pois suas regras referem-se precisamente aos Estados, regulando as relações entre eles, sendo por isso indispensável saber o que é que se entende por Estado no direito internacional. Já no direito constitucional, a palavra Estado encontra-se somente implícito neste ramo do direito, sendo necessário para defini-la o uso de outros campos jurídicos.

Ross afirma que o direito constitucional trata das relações jurídicas e das funções dos órgãos supremos do Estado. Estes seriam, na constituição dinamarquesa, o Parlamento, o Rei, os ministros e os tribunais. O uso comum do termo órgãos de Estado traz a idéia de que o indivíduo ou o grupo é um instrumento do Estado, ou seja, seus atos, que na verdade são realizados por indivíduos definidos, não são considerados como atos da pessoa física em questão, mas deste sujeito chamado Estado.

Todo ato jurídico é o exercício de um poder outorgado ao autor por meio de uma regra de competência. Tais regras determinam as condições em que o pronunciamento deve ser feito para chegar a produzir as conseqüências jurídicas desejadas. Quando satisfeitos os requisitos da competência (pessoal, formal e material²³⁴), o ato é válido. Deste modo, pode-se dizer que toda norma de competência investe a pessoa competente do poder de criar as conseqüências jurídicas desejadas.

Existem regras de competência que criam o poder de potestade chamado de autonomia privada. Sua função é a de facultar ao indivíduo que comine suas

²³⁴ Competência pessoal se refere ao sujeito atuante (que produz o ato jurídico), competência formal trata do procedimento e outras condições referentes à gênese do ato, e competência material define o conteúdo do ato.

relações jurídicas de acordo com seus interesses pessoais, dentro dos limites impostos pela ordem jurídica. Já as regras criadas pela autoridade pública não são outorgadas à pessoa competente para que as use livremente. Seu exercício é um dever, ou seja, um cargo público no sentido mais amplo do termo, e quando utilizado existe o dever de usar o poder de maneira imparcial e para promover certos fins sociais.

Para Alf Ross, a função social deste poder público é a de servir os interesses da comunidade, o que se chama bem comum. A autoridade pública jamais é parte de um direito, não podendo transferi-lo. Apesar disso, o exercício deste poder pode ser delegado a outras pessoas, permanecendo intacto o próprio poder do titular. A competência, assim, pode ser caracterizada como qualificada, heterônoma, de interesse público e intransferível²³⁵.

Há um elemento de misticismo nesta concepção, pois a autoridade pública é simplesmente uma função da ordem jurídica e isto vale também, da mesma forma, para a autonomia privada. Ela não surge da vitalidade do indivíduo, assim como a autoridade pública não é criada por uma fonte de energia que se encontra no Estado. Sem dúvida, há uma realidade por trás destas expressões e é esta realidade que dá origem ao peculiar caráter jurídico da autoridade pública, podendo ser resumida da seguinte maneira:

1. a autoridade não é conferida ao indivíduo na sua qualidade de indivíduo privado, mas na qualidade de titular atual de certo cargo;
2. a autoridade, de acordo com seu conteúdo, inclui o poder de dar ordem aos outros;

²³⁵ *"Magtens sociale funktion er at tjene fælleskabets interesser, hvad der kaldes 'almenvellet'. Offentlig myndighed indgår aldrig som bestanddel af en rettighed og er derfor aldrig afhængelig. Der kan højst være tale om at dens udøvelse overlades til andre uden at dette bringer indehaverens kompetence til ophør (delegation). Den kompetence, der her er tale om, kan altså karakteriseres ved ordene: kvalificeret, heteronom, pligtbundet, almeninteresset og uafhængelig".* Ross, Alf. *Om begreberne 'stat' og 'statsorgan i statsforfatningsretten* cit., p 12.

3. a autoridade não é exercida livremente no interesse próprio do titular, mas trata-se de um cargo que implica deveres para a promoção dos interesses da comunidade;
4. o titular da autoridade não pode despojar-se deste poder, transferindo-a. Seu exercício somente pode ser delegado momentaneamente para outras pessoas;
5. toda autoridade é parte de uma unidade sistemática de autoridades.²³⁶

Os atos de fato são atribuídos ao Estado quando são manifestações de um privilégio para levar a cabo atos de força física. O recurso da força é também um dever, um cargo público. O uso da força deve servir à manutenção do direito e da ordem, já que se trata de um poder executivo, para o cumprimento de atos judiciais e administrativos, ou de um poder preventivo, para a manutenção da paz e da ordem.

Já quando se fala de outros atos atribuídos ao Estado devido ao uso de fundos públicos em sua execução, na realidade trata-se de atos jurídicos subjacentes realizados pela utilização do erário público. Neste sentido, o erário público é um sujeito econômico como qualquer outro, principalmente se comparado às pessoas coletivas, como a sociedade anônima. Estes atos de disposição que utilizam fundos do Estado, são atos de direito privado que comprometem o erário público e, por isso, são atribuídos ao Estado. Mas não é a realização do trabalho considerada como ato de Estado, e sim os atos de disposição do erário público, que normalmente somente são realizados pelas pessoas consideradas órgãos do Estado, como o Parlamento, os ministros e o Rei.

²³⁶ 1. Myndigheden tilkommer ikke indehaveren i hans egenkskab af individ, men i hans kapacitet som den øjeblikkelige indehaver af et vist 'embede';
 2. Myndigheden går eftersit indhold ud på at 'befale' over andre;
 3. Myndigheden udøvelse sker ikke frit i indehaverens egen interesse, men er et pligtbundet 'embede' som en social funktion til varetagelse af fælleskabets interesser;
 4. Myndigheden kan ikke afhændes ved overdragelse. Der kan højst være tale om, at dens udøvelse indtil videre overlades til en anden (delegation); og
 5. Myndigheden er et led af en systematisk enhed af myndigheder.”
 In *Om begreberne 'stat' og 'statsorgan i statsforfatningsretten* cit., p. 13.

Segundo o autor, ainda que possamos definir o conceito de atos de Estado e órgãos de Estado, não é possível determinar o significado do termo Estado. A palavra Estado não pode ser retirada das orações em que aparece como sujeito, pois somente aparece em enunciados nos quais estão as condições que o sustentam ou as circunstâncias que devem estar presentes para ser possível sustentar que o enunciado é verdadeiro. A palavra Estado, assim, não pode ser substituída por outras palavras, de maneira que designe certa substância, atividade, sucessão ou qualquer outra coisa que “seja” o Estado. O conceito de Estado, se é que se pode falar em algum sentido de conceito, só pode ser definido por implicação.

À palavra Estado são associadas várias idéias não realistas (metafísicas) relativas a uma força, energia, ou atividade invisível, concebidas analogicamente com a atuação do homem como sujeito. Não se pode saber se a estrutura gramatical é o produto de concepções metafísicas ou o contrário. Provavelmente deve ter havido um influência recíproca.

Assim, para Ross, o importante é que a teoria científica se mantenha livre de todas as concepções substancialmente metafísicas de Estado, que somente servem para conduzir a erros e problemas fictícios. A pergunta se o Estado é uma realidade (organismo), uma ficção ou uma soma de processos psicológicos é também um problema fictício, pela menos em relação ao uso de Estado considerado neste texto. O estado não “é” nada, porque não é correto formular enunciados com a estrutura “o Estado é...”²³⁷.

²³⁷ “Hvorledes det end forholder sig hermed, afgørende er at man i den videnskabelige teoriholder sig sti ren for alle substantielt-metafysiske forestillinger om ‘staten’ der kun er egnet til at føre til vildfarelser og skinproblemer. Det meget drøftede problem om, hvorledes det er muligt for staten at forpligte sig selv, er et eksempel herpå. Også spørgsmålet om staten er en realitet (organisme), en fiktion, eller en sum af psykologiske processer, er et skinproblem – i hvert fald i relation til den her drøftede sprogbrug. Staten ‘er’ ingenting, fordi sætninger af strukturen ‘staten er...’ ikke lader sig opstille.” Ross, Alf. *Om begreberne ‘stat’ og ‘statsorgan i statsforfatningsretten* cit., p. 19.

4.3 TERCEIRA FASE (1960-1979)

Em *El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural* (Validity and the conflict between legal positivism and natural law), publicado em 1961, Ross busca novamente explicar o conceito de direito válido em sua teoria, respondendo às críticas feitas por Hart em seu artigo *Scandinavian Realism*. Para tanto, analisa o conceito de validade para Hart e compara com sua própria teoria, concluindo que a discordância ocorre mais por um problema de má interpretação, surgido por problemas de tradução da palavra válido do dinamarquês para o inglês.

Segundo Ross, afirmar que uma regra jurídica é válida é dizer que o Judiciário, sob certas condições específicas a utiliza ou, pelo menos, a considera como importante para o fundamento das suas decisões e que isto ocorre porque os juízes possuem uma experiência emocional de “estar obrigado” a estas leis. Uma lei válida, portanto, é uma hipótese verificável sobre o comportamento judicial futuro e o seu sentimento de motivação. Também o jurista ao descrever o “direito válido”, não se limita a repetir as expressões, em termos de modalidade jurídica ou de “conceitos dogmáticos”, já enunciados pelo juiz, mas procede, também mediante o emprego de “conceitos dogmáticos” diversos daqueles empregados pelo juiz, indicando qual deve ser o regime jurídico do comportamento humano individual.

Aponta, ainda, que o termo validade pode ser usado de três diferentes maneiras²³⁸:

1. para indicar se um ato jurídico, como um contrato, um testamento, uma ordem administrativa, criou ou não os efeitos jurídicos desejados. Esta função é interna, de modo que afirmar que um ato é válido é afirmar algo segundo um sistema de normas existentes;

²³⁸ Ross, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*, 2ª. ed., p. 26, México: Distribuciones Fontamara, 1993.

2. usado pela Teoria Geral do Direito, indica a existência de uma norma ou de um sistema de normas. Esta função é externa, pois afirmar que uma regra, ou um sistema de regras, existe, é afirmar algo sobre a regra ou o sistema. O enunciado não é mais um juízo jurídico (como no primeiro caso), e sim uma asserção fática que se refere a um conjunto de feitos sociais.²³⁹

3. para a ética e o direito natural, significa uma qualidade apriorística, especificamente moral, chamada também de força obrigatória do direito, que enseja uma obrigação moral correspondente.

Para Ross, sem o problema da tradução, sua teoria está em perfeita concordância com as idéias de Hart. Isto porque o autor inglês também afasta a idéia kelseniana de que a existência de um sistema jurídico tem sua validade determinada por uma norma fundamental, que obriga os indivíduos a obedecer ao direito. É, assim, incorreto afirmar que é uma regra que determina a obediência a outra regra.

Hart sustenta, em seu artigo *Scandinavian Realism*, que ao afirmar que um sistema jurídico existe estamos, na realidade, nos referindo a uma quantidade de atos sociais heterogêneos e esta afirmação pode ser provada pela efetiva prática da sociedade, isto é, pela maneira como os tribunais identificam o que deve ser considerado direito e pela aceitação geral ou concordância a respeito dessa identificação. Esta posição, conclui Alf Ross, ressalta a similitude de suas posições a respeito da validade do ordenamento jurídico²⁴⁰.

O texto ***Kongens rolle efter valg*** (*O papel do rei após a eleição*), publicado em 25 de setembro de 1964 no jornal *Politikens*, discute qual o papel que o rei deve ter após uma crise eleitoral, como a que ocorreu nas eleições dinamarquesas de maio

²³⁹ Neste ponto, Ross explica que a língua dinamarquesa possui duas palavras *gyldig* e *gældende* que são traduzidas para outras línguas, como inglês ou português, como validade, mas possuem significados diversos. Um ato é *gyldig* ou *ugyldig* (válido ou inválido), mas o direito com vigência efetiva é denominado *gældende ret*, não existindo uma palavra de negação para este termo (como inválido). Ross, Alf. *El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural*, in *El concepto de validez y otros ensaios*. Ciudad de México: Fontamara, p. 23

²⁴⁰ Ross, Alf. *El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural* cit., p. 27.

de 1957, no qual não se foi possível escolher o nome do Primeiro Ministro, tendo-se o chamado “reinado trino”, como foi chamado este período, no qual o governo foi dividido entre H. C. Hansen, Jørgen Jørgenses e Viggo Starcke.²⁴¹

Segundo Ross, o entendimento tradicional entende que o papel do rei é totalmente passivo. Seu único papel de relevo, previsto em lei, dentro do parlamento, é o de nomear o primeiro ministro, dentro das regras da casa. Antes que isto ocorra, são necessárias negociações políticas, para que, após os parlamentares já terem chegado a uma decisão, informarem o rei sobre ela. Até que esta informação esteja disponibilizada, não possui o rei qualquer coisa a fazer.²⁴²

No caso da crise gerada pela modificações partidárias da eleição de 1957, era necessária uma negociação mútua entre os partidos. O trabalho do rei é solitário, somente podendo se manifestar no tempo correto, qual seja, após receber todas as informações necessárias dos representantes do partido, e poder apontar o futuro primeiro ministro. Até que isto ocorra, ele somente pode requerer aos partidos que a cada votação e a cada julgamento continuem as negociações para resolver a situação.²⁴³

No livro ***The United Nations – Peace and progress***, de 1965, Alf Ross buscou realizar um visão realista do pensamento político no direito internacional, de modo a cristalizar a convicção de que a paz entre as nações pode ser alcançada se o direito ocupar o lugar da crença e da violência. O autor lembrou-se de que, durante o período em que escreveu este livro, a China comunista entrou na lista

²⁴¹ Ross, Alf. “Kongens rolle efter valg” in *Ret som teknik kunst og videnskab*, Copenhagen: Jurist- og økonomforbundets forlag, 1999, p. 38.

²⁴² “Den traditionelle opfattelse går ud på, at kongens rolle er rent passiv. Hans eneste grundlovsbestemte opgave er at udpege statsministeren. Hertil kræves fornøden information. Det må være politikernes sag at forhandle og før eller senere finde en løsning og informere kongen herom. Indtil sådan information forligger, har kongen ingen rolle at udføre.” Ross, Alf. “Kongens rolle efter valg” in *Ret som teknik kunst og videnskab* cit., p. 41.

²⁴³ “I tilfælde af regeringskrise bør partierne selv skøtte deres indbyrdes forhandlinger. Kongens opgave er alene, når tiden er moden- og det vil sige, når han har modtaget de fornødne informationer fra partiernes repræsentanter – at udpege den kommende statsminister. Indtil da bør han ikke gøre andet end at opfordre partierne til på egen hånd og efter eget skøn at fortsætte forhandlingerne for at afklare situationen.” Ross, Alf. “Kongens rolle efter valg” in *Ret som teknik kunst og videnskab* cit., p. 43.

dos países detentores de armas nucleares. E, sendo um pequeno país, não há nada que a Dinamarca poderia fazer a não ser esperar que o Estados Unidos assumisse sua responsabilidade para com a paz mundial²⁴⁴.

Obter um entendimento realista das dificuldades e limites da Organização das Nações Unidas (ONU) seria a base necessária para alcançar os objetivos da organização, não os deixando se tornar somente miragens. Muitos afirmavam que a ONU é e deveria ser a ligação entre as políticas estrangeiras dos países e que seu objetivo deveria ser o fortalecimento da organização. Para realizar um balanço do trabalho da ONU, segundo Ross, era necessário avaliar todo o seu extenso campo de atividades: a preservação da paz, o controle de armas, o trabalho de bem estar e o fim dos sistemas coloniais.²⁴⁵

Para Ross, a ONU falhou em suas tentativas de preservar a paz. O problema seria a falta de força da organização, sendo melhor, para resolver este tipo de problema, que o Conselho de Segurança possa assumir todas as suas funções, como determinadas na Carta de Constituição da ONU, buscando a cooperação entre os “Grandes Poderes”²⁴⁶. Alguns autores, todavia, continuavam insistindo em um entusiasmo irreal sobre o direito e a democracia, baseados em uma falta de compreensão sobre a natureza destes elementos, bem como das condições que governam sua existência. Assim, acreditavam que o futuro estaria em uma Assembléia Geral democrática, com autoridade legislativa, e em uma Corte de Justiça que possuísse jurisdição obrigatória sobre todas as disputas entre Estados. Para Ross, nada mais utópico.²⁴⁷

Também o trabalho da ONU na esfera do desarmamento ou mesmo do controle de armas somente foram considerado negativo. Isto ocorreu porque os Estados Unidos e a União Soviética lutavam pela primazia no mundo, não aceitando

²⁴⁴ Ross, Alf. *United Nations Peace and Progress*, Nova Iorque: The Bedminster Press, 1966, p.VII.

²⁴⁵ Ross, Alf. *United Nations Peace and Progress* cit., p.395.

²⁴⁶ Deve-se lembrar que o livro foi escrito durante a guerra fria, estando o autor se referindo aos Estados Unidos e à União Soviética.

²⁴⁷ Ross, Alf. *United Nations Peace and Progress* cit., p.402/403.

qualquer proposta de desarmamento, com medo de, com isso, tornar-se inferior ao seu oponente. Deste modo, a Assembléia Geral continuava a debater idéias e planos de desarmamento que não possuíam qualquer conexão com a realidade.

Sobre o trabalho de bem estar, poderia-se afirmar que obteve resultados positivos, principalmente por servir como modo de conscientização para a solidariedade e entendimento internacional. Todavia, o trabalho da Comissão de Direito foi uma decepção, pois somente tratou de assuntos que já eram impossíveis desde o início, como a tentativa de criminalizar atos de agressão como uma ofensa à paz e segurança da humanidade. Isto porque, para Ross, ainda não era tempo de se pensar em uma lei internacional positivada²⁴⁸.

Quanto ao objetivo de liberdade colonial, não havia projetos futuros a serem discutidos, pois o sistema colonial logo seria algo do passado, e o cuidado com o bem estar e libertação dos povos sem auto-governo logo iria desaparecer do programa da ONU. Para o autor, a organização falhou em seu verdadeiro objetivo, que seria assegurar que o processo de libertação fosse realizado com os menores custos e com as mínimas perdas possíveis²⁴⁹.

Alf Ross acreditava que a Assembléia Geral da ONU já havia alcançado seu máximo e estava caminhando para uma crise de confiança. Além disso, o uso político das funções do Secretário geral levou a inúmeras críticas, e trouxe a idéia de que o confronto de poderes ocorrido durante a guerra do Congo voltaria a ocorrer. Deste modo, a projeção de iniciativa política e liderança por parte da Organização das Nações Unidas não era muito brilhante, na conclusão do professor dinamarquês, a não ser que os poderes concordem a restaurar as funções do Conselho de Segurança conforme previstas na Carta de São Francisco²⁵⁰.

²⁴⁸ Ross, Alf. *United Nations Peace and Progress* cit., p.405.

²⁴⁹ Ross, Alf. *United Nations Peace and Progress* cit., p.406/407.

²⁵⁰ Ross, Alf. *United Nations Peace and Progress* cit., p.408.

No artigo ***Korea, Vietnam og anti-amerikanismen*** (Coréia, Vietnã e anti-americanismo), publicado em 16 de novembro de 1966 no jornal *Politiken*, Alf Ross defende a guerra do Vietnã, a época constestada em todo o mundo. Para ele, o problema se encontrava no fato dos vietnamitas terem realizado uma votação, na qual teriam optado pelo comunismo. Todavia, para o autor, todos os princípios e escopos democráticos foram ignorados naquela eleição.

Os vietnamitas do sul não poderiam, naquela ocasião, terem votado em qualquer outra opção que não aquela imposta pelos comunistas. Assim, a eleição não poderia ser considerada válida, ainda que tenha sido considerada correta pelo controle internacional. Houve pressão dos detentores do poder, e um voto contrário, naquela ocasião, seria um suicídio político para os sul-vietnamitas. Os comunistas teriam assassinato seus oponentes.²⁵¹

Diante dessa situação, Ross entende que a Dinamarca deveria mudar sua opinião em relação ao problema do Vietnã. A política americana somente visa manter os valores de nossa sociedade, podendo-se facilmente encontrar seus erros, pois sempre se baseia no medo de uma nova guerra mundial e no comportamento intervencionista dos Estados Unidos com relação aos outros Estados do mundo, exceto a Europa. Mas, para o autor dinamarquês, não há qualquer motivo para indignação moral. Os americanos não estão buscando conquistas imperialistas, mas lutam para defender os valores que também são os nossos contra o perigo que também nos ameaça.²⁵²

Em ***Directives and Norms*** (1968), escrito e publicado em inglês, Ross aprofunda seus trabalhos de lógica deôntica, de modo a revelar o direito como um fenômeno

²⁵¹Ross, Alf. "Korea, Vietnam og anti-amerikanismen" in *Ret som teknik kunst og videnskab*, Copenhagen: Jurist- og økonomforbundets forlag, 1999, p. 144.

²⁵²"Jeg tror det er på tide at opinionen i Danmark besinder sig på Vietnam-problemet. Den amerikanske politik kan vurderes efter dens hensigtsmæssighed, og man kan muligvis finde den forfejlet, fordi den måske ikke lader sig teknisk gennemføre uden risiko for storkrig og med betænkelig afsvækkelse af Amerikas engagementer andetsteds i verden, især i Europa. Men det er intet grundlag for moralsk forargelse. Amerikanerne er ikke ude på imperialistisk erobring, men kæmper for at forsvare værdier der også er vore mod en fare der også truer os." Ross, Alf. "Korea, Vietnam og anti-amerikanismen" in *Ret som teknik kunst og videnskab* cit., p. 145.

linguístico, e as normas jurídicas como proposições correspondentes a determinados fatos sociais.

Tradicionalmente, afirma Alf Ross, distingue-se entre discursos teóricos e práticos. Todavia, não há definição sobre o sujeito desta distinção e qual a sua base. O discurso é um fenômeno linguístico concreto. Assim, o ato da fala consiste em uma sequência fonética com estrutura sintática correta e significado semântico, bem como com função pragmática. Os discursos indicativo e diretivo são distintos. Este livro, assim, busca explicar os conceitos de diretiva e norma através desta distinção, ao mesmo tempo em que ajuda a construir a lógica deôntica²⁵³.

No discurso indicativo, a frase é uma figura linguística que expressa a idéia ou descreve um tópico. A sentença, neste tipo de discurso, é uma figura linguística expressando uma proposição (uma indicação), que é a idéia do conteúdo concebido como real. Aceitar ou rejeitar a proposição como verdadeira ou falsa é um ato soliloquístico com função adjudicativa. Afirmar uma proposição é um ato de comunicação com uma função informativa, devido às normas básicas de comunicação. Já “colocar” uma proposição é um ato discursivo que possui a função de fábula. Este termo “colocar” ocorre quando a proposição é usada pragmaticamente, não dependendo do fato de ser verdadeira ou falsa, mas somente se possui significado. Este tipo de proposição também pode ser chamada de ficção, ou hipótese. Este discurso de fábula inclui todo tipo de ficção – romances, poemas, performances dramáticas, recitais, canções, anedotas – bem como as hipóteses técnicas e científicas²⁵⁴.

No discurso diretivo, a sentença é uma forma linguística que expressa uma diretiva, ou seja, uma ação-idéia concebida como padrão de comportamento. A classe de diretivas chamada pessoal inclui a subclasse das diretivas de interesse do emitente, que inclui os comandos sancionatórios, os comandos de autoridade e

²⁵³ Ross, Alf. *Directives and norms*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1968, p. 1, 3 e 7.

²⁵⁴ Ross, Alf. *Directives and Norms* cit., p. 9, 12, 19, 29.

os pedidos de simpatia condicionada. Diretivas pessoais que são do interesse do receptor incluem avisos, recomendações, advertências e direções de uso. Já as diretivas pessoais que são desinteressadas são chamadas de exortações ou avisos. As diretivas que são impessoais e heterônomas são chamadas semi-ordens. Neste tipo, incluem-se as regras legais e as regras convencionais (moral, cortesia e decência), bem como as regras de jogos e os acordos similares criados por acordo. Diretivas impessoais e autônomas compreendem os princípios e juízos da moralidade pessoal²⁵⁵.

Já a aceitação é um ato soliloquio cuja função é adjudicativa. Isto ocorre somente em relação às diretivas autônomas da moral. De acordo com a visão não cognitiva, a aceitação é constitutiva. O não-cognicismo é uma posição dentro da filosofia moral que acredita que sua aceitação é constituída da validade das diretivas morais, e não declaratórias²⁵⁶.

As diretivas são normalmente usadas na comunicação como aviso de suas funções diretivas, isto é, informa, sob certas circunstâncias, que é mais ou menos provável que elas irão influenciar o comportamento do receptor de acordo com a ação-ideia presente na diretiva. Um uso falso das diretivas ocorre somente em três casos: por diversão, em jogos infantis de fantasia e em performances dramáticas²⁵⁷.

Segundo o autor, a diferença fundamental entre os discursos indicativo e diretivo encontra-se no nível semântico. Estas condições distintivas correspondem a diferenças pragmáticas de função e estão relacionadas a diferenças padrões no nível gramatical. Todavia, esta distinção não é exaustiva. Muitas palavras podem ter tanto sentido descritivo como emotivo, podendo duas palavras ser usadas para

²⁵⁵ Ross, Alf. *Directives and Norms* cit., p. 34, 38, 44, 47, 57.

²⁵⁶ Ross, Alf. *Directives and Norms* cit., p. 61, 66 e 67.

²⁵⁷ Ross, Alf. *Directives and Norms* cit., p. 68.

descrever a mesma coisa, mas com diferentes pesos emocionais (como líder – ditador, impor autoridade – oprimir)²⁵⁸.

Do ponto de vista de uma ciência social, a norma deve ser definida tanto como um fenômeno linguístico (o significado contido em uma diretiva) como também como fato social. Para que o conceito de norma seja útil e produtivo para a teoria jurídica e o estudo da moral positiva, esta definição deve atender certas condições, quais sejam, as normas devem estar intrinsecamente conectadas com as diretivas e a explicação dada por este conceito deve tornar possível a afirmação de que certas normas realmente existem. A norma, assim, pode ser definida como uma diretiva a qual corresponde determinados fatos sociais²⁵⁹.

Legislação, para Ross, pode ser entendida como o estabelecimento e a promulgação de diretivas por agências consideradas competentes para isto por regras pré-existentes. Regras de competência definem quais são as condições necessárias para as criações de novas normas legais. Costumes são considerados legais e constituem assim direito costumeiro se há autoridade judiciária estabelecida para executar sanções no caso de violação das diretivas estabelecidas pelo costume. Caso contrário, costumes são somente convenções²⁶⁰.

No discurso jurídico diretivo, ou seja, no discurso no qual as regras e as decisões jurídicas estão expressas, oposto ao discurso indicativo sobre regras jurídicas e diretivas, os termos válido e validade são usados para indicar se alguns atos jurídicos, como um contrato ou um testamento, têm seus pretendidos efeitos legais. As condições pelas quais um ato jurídico produz seus efeitos legais começam nas regras jurídicas, como a regra de um contrato é considerada inválida se foi feita com fraude. Regras sobre validade ou invalidade de um ato jurídico são aplicadas para aquelas regras que estão em uso em determinado

²⁵⁸ Ross, Alf. *Directives and Norms* cit., p. 69, 74/75.

²⁵⁹ Ross, Alf. *Directives and Norms* cit., p. 78/79 e 82.

²⁶⁰ Ross, Alf. *Directives and Norms* cit., p. 96/97.

caso específico. Dizer que um testamento é inválido é afirmar que ele não consegue gerar seus efeitos usuais como testamento, por causa de alguns de seus aspectos. Esta é uma decisão que somente o tribunal é competente para fazer. Se outra pessoa que não o tribunal (ou juiz competente), como um advogado, afirma a invalidade de um testamento, o que está sendo feito é prever, pelo seu conhecimento, o que o tribunal iria decidir neste caso ou expressar uma exortação de que o testamento deve ser considerado inválido pela lei vigente. O primeiro caso ocorre quando um advogado aconselha seu cliente, o segundo quando apresenta o caso no tribunal²⁶¹.

Analisando-se os elementos da norma e, classificando-a de acordo com seu sujeito, pode-se distinguir as normas entre individuais e universais. Uma norma é individual se o seu sujeito é determinado como uma classe fechada, ou pelo uso de nomes próprios ou pela descrição combinada com uma indicação de tempo. Já em relação às situações determinadas pela norma, pode-se encontrar normas ocasionais (que contem uma especificação individual de quando devem ser aplicadas, as ocasiões definidas que são regidas por elas e após as quais perdem sua força) ou regras²⁶².

Quando a regra atua em situações definidas como classes abertas, sendo, portanto, genéricas, são classificadas como hipotéticas. Já as regras que podem ser aplicadas em qualquer situação ou circunstância, sendo universal, são classificadas como categoriais. De acordo com o tema determinado pela norma, esta pode ser considerada rigorosa ou discricionária. Isto depende de quão definitivo os métodos serão usados e se as consequências permitidas estão prescritas, ou explícitas ou implícitas. Em outras palavras, a distinção entre determinações individuais ou genéricas do tema são bem vagas e relativas. Deste modo, de acordo com a precisão com que o tema é determinado, a norma é considerada mais ou menos rigorosa ou discricionária²⁶³.

²⁶¹ Ross, Alf. *Directives and Norms* cit., p. 104/105.

²⁶² Ross, Alf. *Directives and Norms* cit., p. 106 e 110..

²⁶³ Ross, Alf. *Directives and Norms* cit., p. 111/113.

Ross busca criar um quadro de normas, no qual existem comandos e proibições. Uma norma que transforma em dever comportar-se de acordo com a determinação positiva do tema (o ato C) é chamada de comando (realizar C). E a norma que determina ser obrigatório comportar-se de acordo com a determinação negativa do tema (não-C, a omissão de C) é uma proibição (contra a realização de C). Deste modo, pode-se afirmar que um comando para realizar determinado ato é o mesmo que a proibição da omissão deste ato, e vice-versa²⁶⁴.

Numa linguagem formalizada, o operador diretivo é expresso pela palavra obrigação. Na linguagem jurídica, um número de outras expressões modais derivativas são utilizadas. Elaborando um quadro de modais, para as normas de conduta e as normas de competência, chega-se às seguintes correlações²⁶⁵:

Modais das normas de conduta

- (1) Obrigação A – B (Comportamento C) = Demanda B – A (C)
- (2) Permissão A – B (Não-C) = Não-demanda B – A (C)
- (3) Demanda A – B (C) = Obrigação B – A (C)
- (4) Não-demanda A – B (C) = Permissão B – A (Não-C)

Modais das normas de competência

- (5) Sujeição A – B (Poder F) = Competência B – A (F)
- (6) Imunidade A – B (F) = Incapacidade B – A (F)
- (7) Competência A – B (F) = Sujeição B – A (F)
- (8) Incapacidade A – B (F) = Imunidade B – A (F)

É preciso considerar, afirma o autor, que o quadro de modais não é idêntico à terminologia do real discurso jurídico. Apesar dos modais estabelecidos serem ambíguos, pois expressões como “ter o direito de” ou “ter a capacidade de” pode designar tanto uma permissão como uma competência. Além disso, um número

²⁶⁴ Ross, Alf. *Directives and Norms* cit., p. 115/116.

²⁶⁵ Ross, Alf. *Directives and Norms* cit., p. 117 e 119.

diferente de termos pode designar o mesmo modal, como por exemplo o modal obrigatório, que em linguagem jurídica pode ser expresso como “dever”, “estar incumbido de”, “é necessário que”, entre outros termos. Mas o quadro apresentado não é de modo algum arbitrário, podendo ser entendido como uma estilização do uso corrente e ele esclarece o fato que em linguagem jurídica trabalha-se sempre com termos que estão sempre mutuamente ligados por negações e correlações²⁶⁶.

Deve-se notar que, na lógica deôntica, trabalha-se sempre com os discursos diretivos, que são aqueles pelos quais as normas se expressam ou são formuladas, sendo exortações diretas para um sujeito-norma. Os modais legais também podem ser interpretados de modo a serem utilizados, em alguma parte, também nos discursos normativos não-jurídicos²⁶⁷. A lógica deôntica pode ser formulada, ainda que as normas (ou diretivas) não possuam valores de verdade. No caso, analisa-se o discurso pela ótica da validade ou invalidade, chegando-se, assim, aos quadros de valores, tautologias e axiomas. A validade não pode ser considerada como igual ao valor verdade, mas é derivada do mesmo conceito de aceitação, comum a ambas as ramificações da lógica. Concluindo, Ross entende que a lógica deôntica trata principalmente das expressões de obrigação (diretivas). Mas também traz consequências para as expressões de força, encontradas nas normas de competência²⁶⁸.

Comentando e criticando o conceito de norma de Alf Ross, Tércio Ferraz afirma que *“para Ross, a norma é um ‘diretivo’ que se encontra em relação de correspondência com certos fatos sociais. Pra designar esta relação de correspondência, utiliza-se ele do termo ‘validade’. ‘Validade’ distingue-se da mera ‘regularidade’ do comportamento referido, isto é, norma ‘válida’ não é, necessariamente, aquela que é ‘regularmente’ obedecida, mas a que é obedecida com consciência de seguir uma regra e da obrigação de fazê-lo assim. Ross fala,*

²⁶⁶ Ross, Alf. *Directives and Norms* cit., p. 124/125.

²⁶⁷ Ross, Alf. *Directives and Norms* cit., p. 135.

²⁶⁸ Ross, Alf. *Directives and Norms* cit., p. 177/182.

nesse sentido, em 'experiência de validade'. Esta 'experiência' qualifica peculiarmente a norma, podendo haver casos em que diretivos são obedecidos – por medo de sanção, por oportunismo – sem que se os considere normas 'válidas'. Não se trata, pois, de uma relação entre a norma e a realidade jurídica, mas da relação entre a norma e o aparelho sancionador: normas são regras sobre o uso da sanção, donde a norma 'válida' ser aquela que prevê a atividade da maquinaria jurídica”.²⁶⁹

“Poder-se-ia discutir”, continua o professor Ferraz Jr., “nesse passo, se a concepção de Ross não seria antes pragmática. O próprio Ross fala em análise pragmática, embora reconheça que a diferença fundamental entre discurso 'indicativo' e 'diretivo' (no qual inclui as normas) se encontra no nível semântico, ou seja, no 'conteúdo' do discurso que, se 'indicativo', é 'tema concebido como real', se 'diretivo' é 'idéia-ação'. Podemos deixar de lado este problema. O importante, parece-nos, é que a concepção de Ross apresenta, como a de Kelsen, limitações. O próprio Kelsen nota que a validade em Ross é conceito de pouca utilidade para o jurista, pois admite graus –normas podem ser mais ou menos válidas – o que para o sociólogo do direito é útil, mas para o jurista o impede de agir com segurança, no sentido de dizer se há ou não direito. Na verdade, Ross procura dotar o seu conceito de validade de certa precisão, na medida em que incorpora à previsão do comportamento do tribunal o efeito psicológico das normas, evitando assim os casos de falta de motivação. A restrição, contudo, não é suficiente para excluir os casos de mero oportunismo e medo de sanção ou de simples hábito. Além disso, Ross não pode excluir, ao contrário acaba admitindo a relação sintática entre normas derivadas e normas constitucionais, sem que fique claro como isto afeta a questão da validade, ainda que, de algum modo, esta afecção exista.”²⁷⁰

²⁶⁹ Ferraz Jr., Tércio Sampaio, *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 99/100.

²⁷⁰ Ferraz Jr., Tércio Sampaio, *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 100.

Em ***Le finzioni giuridiche*** (*Retlige fiktioner*), de 1968, Ross argumenta que a formação do direito com a ajuda da ficção é um fenômeno que se encontra regularmente em um certo estágio da evolução histórica. Seguindo o pensamento de Henry Sumner em *Ancient Law*, o direito primitivo se desenvolve espontaneamente, passando por três estágios²⁷¹.

No primeiro estágio, as leis são consideradas comandos de inspiração divina, que se manifestam nas decisões do rei enquanto juiz. Segue-se o período no qual o direito, compreendido como mera história de decisões individuais, cristaliza-se em um complexo de costumes arcaicos, mas em condições tais que o conhecimento do direito torna-se prerrogativa exclusiva de uma oligarquia jurídica. No terceiro período, o monopólio oligárquico é rompido por meio do direito escrito em um código de leis, que depois é publicado. Neste ponto, a evolução espontânea do direito termina e somente em algumas sociedades torna-se um processo de criação consciente, por meio do qual o direito é deliberadamente adaptado às mutáveis condições sociais.

A função da ficção, neste caso, consiste em dissimular a criação do direito e satisfazer, assim, a exigência de mudança sem ofender o tradicional respeito de inspiração religiosa pela imutabilidade e pela origem divina do direito. Para entender a ficção jurídica, devemos entendê-la não como ficção literária, científica ou de cortesia, mas como ficção mítica²⁷².

Os mitos, que contam a criação do mundo, a vida dos deuses, os destinos de uma nação, são histórias que sobrevivem, ainda quando não são mais consideradas como verdades ao pé da letra, porque possuem uma função independente do seu valor de verdade. Estes não podem mais ser verificados, mas só apresentados.

²⁷¹ Ross, Alf. *Le finzioni giuridiche*, in *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bolonha: Mulino, 1982, p. 177/178.

²⁷² Ross, Alf. *Le finzioni giuridiche* cit., p. 178.

Seu significado repousa no simbólico, nos ideais e valores que estes mitos honram e glorificam²⁷³.

Na evolução da aceitação completa à interpretação simbólica, pode-se vislumbrar todas as gradações intermediárias. Para Ross, a ficção jurídica teórica pode ser considerada analogicamente como a ficção mítica, pois nela encontramos uma manifestação de ideais, que exaltam a independência das leis de todos os caprichos humanos, e a glorificação da imagem do direito como ordem eterna e imutável de origem divina, na qual a autoridade judiciária vem investida de uma sacralidade que esconde sua individualidade e o papel de juiz, minimizando, deste modo, sua responsabilidade, pois quem julga é a lei²⁷⁴.

Assim como muitas ficções de cortesia, a ficção jurídica exprime-se principalmente através de significativos comportamentos simulados. O juiz, enquanto tal, não tem qualquer possibilidade de se exprimir verbalmente sobre o conteúdo implícito de suas próprias ações. Todavia, quando exerce o seu dever, ele finge, na sua própria ação, mesmo naquelas verbais, que não faz outra coisa que não encontrar a lei justa, e anunciar, como um oráculo, a solução que jaz escondida na própria lei²⁷⁵.

Este é o mito, e estes são os ritos nos quais ele se expressa. A ficção vincula o juiz com a autoridade da tradição e reforça a fé na sua ética profissional, pois a justiça encontra-se livre de qualquer capricho subjetivo. Se o juiz crê ingenuamente no mito (como o fundamentalista religioso acredita na estória da criação bíblica), ou se, com uma disposição mais crítica, entende o direito como mito e símbolo, isto não tem qualquer importância. A função do mito é independente do seu valor de verdade. Talvez os próprios juízes nem sempre se dão conta de como o compreendem²⁷⁶.

²⁷³ Ross, Alf. *Le finzioni giuridiche* cit., p. 192.

²⁷⁴ Ross, Alf. *Le finzioni giuridiche* cit., p. 193.

²⁷⁵ Ross, Alf. *Le finzioni giuridiche* cit., p. 194.

²⁷⁶ Ross, Alf. *Le finzioni giuridiche* cit., p. 194.

No artigo ***Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional*** (*On self-reference and a difficult puzzle of constitutional law*), publicado em 1969, Alf Ross debate o problema trazido pela idéia de uma constituição que contém regras para sua própria reforma, sendo estas regras consideradas parte da mesma constituição e que, portanto, estão sujeitas ao procedimento de reforma que elas próprias estabelecem.

Em uma ordem jurídica, a maioria das regras que a constituem são estabelecidas mediante um ato de criação ou sanção, ou seja, mediante uma decisão humana, conforme outras regras jurídicas, chamadas 'regras de competência'. Uma regra de competência prescreve as condições necessárias e suficientes segundo as quais um ato de criação é válido, tendo, portanto, força de lei²⁷⁷.

Pode-se dizer, com isso, que a regra de competência constitui uma autoridade. Mas esta norma, que constitui uma autoridade, pode ela mesma ser criada por outra autoridade. Assim, uma autoridade pode ser constituída por outra. Como a validade jurídica da primeira deriva da segunda, é natural considerar a autoridade que constitui a outra como uma autoridade de nível superior. Desta maneira, surge um complicado sistema de autoridades de distintos níveis²⁷⁸.

Ao considerarmos como alternativa exclusiva considerar a norma básica (aquela que determina como a constituição pode ser modificada) como direito criado ou não, ou seja, se pode ou não ser reformada por um procedimento jurídico definido pelas regras de competência, devemos admitir que nenhuma das respostas possíveis é aceitável. Para encontrar uma solução para este problema, é necessário aplicar a questão geral das questões auto-referentes ao paradoxo constitucional²⁷⁹.

²⁷⁷ Ross, Alf. *Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional*, in *El concepto de validez y otros ensayos*, 3ª. Ed., Cidade do México: Fontamara, 1997, p. 43.

²⁷⁸ Ross, Alf. *Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional* cit., p. 44.

²⁷⁹ Ross, Alf. *Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional* cit., p. 49/50.

Alf Ross analisa a teoria dos tipos de Russel, que se baseia na idéia de que alguns paradoxos resultam de um determinado tipo de círculo vicioso. Tais círculos viciosos surgem da suposição de que um conjunto de objetos pode conter partes que somente são definidas mediante a análise do conjunto como um todo. Para evitar as denominadas ‘totalidades ilegítimas que geram os paradoxos, Russel criou o ‘princípio do círculo vicioso’: “qualquer coisa que implique o todo de um conjunto não deve ser objeto deste conjunto”²⁸⁰. Aplicando este princípio às proposições, exclui-se auto-referência ou reflexividade como ilegítimas²⁸¹.

Presume-se, ao analisar as orações auto-referentes, de que há uma falha na sua construção. Normalmente, consideramos a auto-referência como a referência de uma oração a si mesma. O vício da auto-referência ocorre quando tenta-se expressar em uma oração um significado que se refira ou a oração mesma como construção gramatical, ou ao ato lingüístico enquanto seqüência de sons. Nestes casos, a oração não possui significado algum, pois não se pode encontrar defeito algum neste tipo de construção (auto-referencia genuína)²⁸².

Ros acredita que o paradoxo constitucional surge porque se mostra impossível encontrar uma resposta aceitável para a questão sobre a criação e a reforma da norma básica de um sistema jurídico. Isto porque ou o artigo que prescreve a reforma pode ser modificado através deste mesmo procedimento por ele previsto, o que é logicamente absurdo pois implica auto-referencia genuína ou implica a suposição de uma dedução lógica na qual a conclusão é contrária a uma das premissas, ou o artigo não pode ser reformado mediante um procedimento jurídico, mas somente como resultado do fato sócio-psicológico de que a

²⁸⁰ Citação feita por Alf Ross do livro *Principia mathematica*, Bertrand Russel e Alfred North Whitehead, p. 37, 2ª. ed., 1960, vol. I.

²⁸¹ Ross, Alf. *Sobre la auto-referencia y um difícil problema de derecho constitucional* cit., p. 45.

²⁸² Ross, Alf. *Sobre la auto-referencia y um difícil problema de derecho constitucional* cit., p. 54/58.

sociedade de fato aceita outra norma básica como pedra angular de sua ordem jurídica, o que também contraria fatos óbvios²⁸³.

Qualquer solução para este paradoxo deve partir do princípio de que a validade de uma norma N não pode ser derivada da validade de qualquer norma incompatível com N. Assim, a norma básica de um sistema de direito deve ser imodificável mediante um procedimento jurídico. Se a norma básica de um sistema é modificada de fato, esta mudança não pode derivar de nenhuma regra de competência de dentro do sistema²⁸⁴.

Seguindo este pensamento, Ross soluciona o paradoxo constitucional ao admitir a existência de uma norma básica, que é aceita incondicionalmente, como fundamento último da validade de uma ordem jurídica que contenha regras para a reforma da constituição, tal como o art. 88 da Constituição dinamarquesa. A norma básica, neste caso, seria aproximadamente assim:

N₀: obedece a autoridade instituída pelo artigo 88 até que esta autoridade designe um sucessor. Neste caso, obedece esta autoridade até que ele mesma designe um sucessor, e assim indefinidamente.

Não interessa que esta norma se refira a uma autoridade criada pelo art. 88, ainda que anteriormente tenha considerado este artigo como termos de regras de reforma. As regras de reforma definem um procedimento para a criação do direito, e este é o mesmo que estabelecer uma autoridade, ou seja, o que se cria por este procedimento (ou esta autoridade) é considerado direito constitucional válido²⁸⁵.

Se a norma N₀ é aceita como norma básica do sistema, pode-se entender uma reforma do art. 88, de acordo com o procedimento prescrito por este artigo, como uma criação jurídica que não é válida em virtude do que determina o art. 88, mas sim devido à norma básica N₀, que continua sendo a base imodificável do sistema.

²⁸³ Ross, Alf. *Sobre la auto-referencia y um difícil problema de derecho constitucional* cit., p. 63/66.

²⁸⁴ Ross, Alf. *Sobre la auto-referencia y um difícil problema de derecho constitucional* cit., p. 67/68.

²⁸⁵ Ross, Alf. *Sobre la auto-referencia y um difícil problema de derecho constitucional* cit., p. 70.

Sobre esta hipótese, a interpretação das regras de reforma não contém qualquer reflexividade e a derivação do art. 88' a partir do art. 88 não implica em qualquer contradição. Com isto, podemos expressar sem contradições ou absurdos lógicos as idéias que realmente governam a conduta dos homens, sendo esta a capacidade que, ao mesmo tempo, legitima a afirmação de que esta norma é realmente a norma básica do sistema jurídico dinamarquês²⁸⁶.

O texto ***Esistenza e validità di una norma*** (*Existence and validity of a norm*) é a resposta de Alf Ross às críticas de Iredell Jenkins e Frederik Olafson sobre seu livro *Directives and Norms*, publicado em *The philosophy forum*, em 1970. Para ele, o erro destes autores ocorreu porque concentraram sua atenção somente em um capítulo do livro, dando a impressão ao leitor de que a obra de Ross seja um ensaio de filosofia moral, o que não é. Este tema é abordado superficialmente no livro, sendo necessário sua complementação pela leitura de outros dois livros e um artigo, publicados anteriormente²⁸⁷.

A crítica de Jenkins, segundo Ross, lhe atribui opiniões que ele não pode reconhecer como dele, pois afirma que sua posição aceita a teoria imperativística do direito, podendo sua doutrina ser classificada como positivismo jurídico, sustentando uma semelhança com John Austin. Ora, a essência da teoria imperativística de Austin é que a norma jurídica são comandos coercitivos, isto é, comandos sancionatórios que permitem o uso da força em caso de desobediência. Esta idéia do direito como comandos sancionatórios de uma força que se encontra dentro do próprio direito é absolutamente incompatível com os pontos cardeais da doutrina de Ross²⁸⁸.

Jenkins também afirma que a teoria rossiana é uma clara aceitação dos dogmas do positivismo lógico. Isto não ocorre porque, ainda que o livro aceite que qualquer

²⁸⁶ Ross, Alf. *Sobre la auto-referencia y um difícil problema de derecho constitucional* cit., p. 71.

²⁸⁷ Ross, Alf. *Esistenza e validità di una norma*, in *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bolonha: Mulino, 1982, p. 195/196.

²⁸⁸ Ross, Alf. *Esistenza e validità di una norma* cit., p. 196.

conexão entre as condições às quais um argumento pode ser considerado real e as condições através das quais uma proposição correspondente pode ser considerada verdadeira e também que há uma conexão entre as condições de verdade e os vários procedimentos de verificação, Ross explicitamente sustentou a possibilidade de procedimentos de verificação diversos daqueles presentes nas considerações do Círculo de Viena, não aceitando a tese segundo a qual as proposições não-verificáveis são privadas de significado²⁸⁹.

Já a crítica de Olafson levantou para Ross uma questão relevante que deve ser esclarecida, eliminando-se alguns equívocos de compreensão: como é possível estabelecer se nos sentimos subjetivamente, ou se estamos realmente, submetidos a uma obrigação?²⁹⁰

É evidente que se pode dizer de um indivíduo que ele é sujeito de uma obrigação jurídica, por exemplo, da obrigação de pagar os impostos, independentemente do fato de que ele se sinta ou não vinculado a tal obrigação. Para que notemos isto, não é necessária nenhuma noção de validade. Isto ocorre simplesmente devido ao fato de que o ordenamento jurídico *existe*. Uma obrigação jurídica designa uma certa situação jurídica na qual o indivíduo, se não se comporta de determinado modo, é sujeito de determinadas reações do ordenamento jurídico. É verdade que na maioria das vezes nos sentimos também moralmente vinculados a nos conformar com as obrigações jurídicas, mas isto não é relevante para o conceito de obrigação jurídica²⁹¹.

Analogamente, podemos dizer que uma pessoa é efetivamente sujeita a uma obrigação moral ou convencional se nos referimos a existência de uma moral ou de um costume positivo, aceito pela maior parte dos membros de uma determinada comunidade. Neste sentido, podemos dizer, por exemplo que uma pessoa na Dinamarca, assim como nos Estados Unidos, é submetida à obrigação

²⁸⁹ Ross, Alf. *Esistenza e validità di una norma* cit., p. 197.

²⁹⁰ Ross, Alf. *Esistenza e validità di una norma* cit., p. 198.

²⁹¹ Ross, Alf. *Esistenza e validità di una norma* cit., p. 199/200.

moral de cuidar dos filhos ou à obrigação costumeira de responder com cortesia a uma pergunta educada²⁹².

Segundo Alf Ross, as leis de um país são observadas porque existe uma norma geralmente aceita entre seus cidadãos de que se deve obedecer a lei. Nenhuma ordem jurídica pode ser fundada sem um hábito mental deste tipo, aceito naturalmente pelos cidadãos, que consideram que o ordenamento está em vigor. Ross define esta atitude e a sua função como 'consciência jurídica formal ou institucional'. Esta atitude, todavia, não é incondicional. O respeito formal à ordem e à lei pode entrar em conflito com uma valoração moral espontânea do conteúdo do ordenamento jurídico e do tipo de comportamento que este impõe aos indivíduos, isto é, com a consciência jurídica material. Naturalmente, há um limite para a possibilidade de divergência entre as duas formas de consciência jurídica. Quando tal limite é superado, a fidelidade ao Estado e à lei é substituída por uma consciência revolucionária. Neste último caso, o ordenamento existente transforma-se em um regime baseado na força bruta, ao qual se obedece somente por medo²⁹³.

Ross conclui, assim, que se pode falar de qualquer sujeito de uma obrigação real independentemente do fato dele se sentir ou não se sentir vinculado a ela. Isto é possível porque a realidade ou existência de uma obrigação deriva da existência de uma norma, existência que provém de um estado empírico de coisas sociais que não tem nada a ver com a validade da norma entendida como força vinculante específica a ela inerente. A realidade de uma obrigação enquanto tal, ao contrário, pode ser afirmada exclusivamente nos termos de um cognitivismo moral, posição esta rejeitada pelo autor²⁹⁴.

No livro ***On Guilt, Responsibility and Punishment***, de 1970, Alf Ross analisa a natureza da culpa, responsabilidade e punição, afirmando que os três conceitos

²⁹² Ross, Alf. *Esistenza e validità di una norma* cit., p. 200.

²⁹³ Ross, Alf. *Esistenza e validità di una norma* cit., p. 202.

²⁹⁴ Ross, Alf. *Esistenza e validità di una norma* cit., p. 203.

são comuns ao direito e à moral, pois funcionam do mesmo modo tanto no discurso jurídico como no moral: a culpa determina a responsabilidade, e a responsabilidade determina a punição. Contudo, as condições sob as quais a pessoa se torna culpada são diferentes, caso se trate de culpa legal ou moral, bem como varia o modo em que a responsabilidade ocorre e também a reação penal. Todavia, estas diferenças não exigem uma distinção profunda entre direito e moral no exame do significado e da função destes três conceitos. Ao contrário, os problemas encontrados por cada ramo (direito ou moral) se tornam mais claro quando são comparados e estudados à luz do outro.

A ciência do direito, sob a influência da teoria formal e autoritária das decisões legais, desenvolveu uma ótima teoria de diferenciação das condições sob as quais a culpa e a responsabilidade se manifestam, uma teoria que não possui qualquer correspondência com a moral, mas com a qual poderia aprender, afirma o autor. A teoria jurídica da culpa nada mais é do que as tradicionais idéias morais adaptadas para as necessidades especiais das instituições do direito. E, segundo Ross, somente trazendo a tona estas bases clandestinas das idéias morais, sobre as quais se apóia a teoria jurídica da culpa e da responsabilidade, que se torna possível entender racionalmente e desenvolver suas questões.²⁹⁵

A culpa não é algo que possa ser expresso materialmente. Somente se consegue explicar o que significa, por exemplo, pelo uso de frases como: a cometer o homicídio, este homem incorreu em culpa. Se um particular sistema de normas existe ou é vigente em uma sociedade, seus comandos são, de fato, obedecidos por uma grande parte de seus membros, e que os membros daquela sociedade obedecem aos comandos porque se sentem obrigados a fazê-lo.²⁹⁶

Deve-se entender, assim, que o significado da expressão “incorrer em culpa” depende de uma ofensa. Isto significa que a pessoa culpada colocou-se em uma

²⁹⁵ Ross, Alf. *On guilt, responsibility and punishment*, Los Angeles : University of California Press, 1975, p. V.

²⁹⁶ Ross, Alf. *On guilt, responsibility and punishment* cit., p. 5.

situação na qual, devido ao sistema normativo que ela violou, deve se submeter a alguma forma de reprovação ao alguma reação mais tangível. Ele deve isto à sociedade e, especialmente, à parte que foi ofendida, devendo se submeter a sua vontade, tornando-se um meio de livrá-los de sua raiva.²⁹⁷

Para Ross, possuir responsabilidade ou ser responsável por algo, em alguns casos, significa ser a pessoa que pode ser corretamente trazida para prestar contas por algo.²⁹⁸ Ser responsável também pode ser entendido como ser a pessoa que pode ser corretamente condenada por isto. Deste modo, conclui o autor, responsabilidade é um conceito “tû-tû”.²⁹⁹

Já a punição pode ser definida por meio de quatro componentes. Punição é a resposta social que: ocorre quando há violação de uma regra legal, é imposta e realizada por uma pessoa autorizada pelo sistema legal ao qual a regra violada pertence, envolve sofrimento ou pelo menos outras conseqüências consideradas desagradáveis, e expressão desaprovação pelo violador.³⁰⁰

Ao tratar da “campanha contra a punição”, que era muito defendida pela escola de criminologia positivista, Ross entende que não é possível aceitá-la pois entendem que a desaprovação moral, e conseqüentemente, a punição, que seria mera expressão dessa desaprovação, seriam incompatíveis com o pensamento científico de bases determinísticas. Além disso, entendem que a desaprovação moral e a punição são irrelevantes, tendo em vista que o objetivo do sistema penal é a prevenção, sendo este um erro que surge da confusa visão conceitual de que prevenção e retribuição expressariam objetivos alternativos para a punição, além de entenderem ser impossível formular e aplicar critérios de responsabilidade, um

²⁹⁷ Ross, Alf. *On guilt, responsibility and punishment* cit., p. 6.

²⁹⁸ Ross, Alf. *On guilt, responsibility and punishment* cit., p. 16.

²⁹⁹ Ross, Alf. *On guilt, responsibility and punishment* cit., p. 20.

³⁰⁰ Ross, Alf. *On guilt, responsibility and punishment* cit., p. 39.

erro decorrente da demanda exagerada no conhecimento exigido para realizar julgamentos morais e legais.³⁰¹

Analisando o conceito geral aceito de que uma pessoa somente pode ter responsabilidade moral se poderia ter agido de outro modo, Ross entende que este argumento pode ser incompatível, pois precisa ser analisado deste maneira: (1) é condição para a responsabilidade moral que o agente poderia ter agido de outra forma, (2) o determinismo afirma que ninguém poderia, em qualquer caso, ter agido de outro modo do que ele de fato procedeu, (3) em conclusão: ninguém pode nunca ser considerado moralmente responsável.³⁰²

Um dos fatores de erro, segundo Alf Ross, é que estamos submetidos, por preconceito, à idéia de que culpa e responsabilidade pressupõem um livre arbítrio (*"free will"*). Se isto fosse verdade, é compreensível a inclusão da idéia de que o agente poderia ter agido de outra forma. Este preconceito é inspirado em conceitos religiosos que ainda, consciente ou subconscientemente, influenciam nosso pensamento atual. Trata-se da antiga idéia de que o pecado é uma desobediência a Deus, a revolta da vontade contra a ordem do universo. Esta idéia considera que a vontade desobediente é independente de Deus, que nos deu o livre arbítrio. Pode-se, também, entender que, ao contrário de Deus, o que existe é uma ordem universal, que possui leis universais. Se o indivíduo está subordinado a esta ordem, não é mais do que uma marionete do destino, sendo um ser completamente sem independência e responsabilidade.³⁰³

Para Ross, esta é somente uma prova de linguagem metafórica usada pelo direito, mostrando que a tradição cristã continua a desempenhar um papel importante no pensamento filosófico, mesmo para aqueles que não são cristãos. Segundo o

³⁰¹ Ross, Alf. *On guilt, responsibility and punishment* cit., p. 98.

³⁰² Ross, Alf. *On guilt, responsibility and punishment* cit., p. 175.

³⁰³ Ross, Alf. *On guilt, responsibility and punishment* cit., p. 178.

autor, isto não é indesejável, somente deve ser considerado no estudo do direito.³⁰⁴

Em ***A Dinamarca deve proibir a propaganda de guerra?*** (*Skal Danmark forbyde krigspropaganda?*), artigo publicado em 11 de junho de 1971, no jornal *Berlingske Aftenavis Weekend*, Alf Ross busca explicar para o público leigo as implicações iminentes à ratificação completa, pelo país, da Convenção de Direitos Humanos das Nações Unidas, em especial o seu artigo 20, inciso 1º, que determina que toda propaganda de guerra deve ser proibida por lei.

Segundo Ross, deve-se buscar enxergar o que se esconde por trás deste tipo de regra. É lógico que todas as pessoas que se consideram pacifistas e que respeitam a humanidade são contra a guerra e, conseqüentemente, também contra a propaganda bélica. Todavia, não há razão para crer que uma resolução ou convenção geral das Nações Unidas seja a expressão da opinião mundial e que, por isso, a Dinamarca deva aceitar tais determinações. Por mais simpáticas que tais regras possam parecer, mesmo a Convenção de Direitos Humanos é regida por uma só ideologia política em seu conteúdo.³⁰⁵

A própria convenção das Nações Unidas afirma que todos os povos livres podem dispor de seus recursos e riquezas naturais, sem que, por este motivo, sofra qualquer intervenção das obrigações impostas pela economia internacional, que é baseada nos princípios da vantagem mútua e do direito dos povos.

Segundo Alf Ross, “deixe este pequeno incidente da proibição da propaganda de guerra servir como advertência e aprender com ele. Não nos deixemos levar e aceitemos sem questionar as resoluções e convenções gerais das Nações Unidas.

³⁰⁴ Ross, Alf. *On guilt, responsibility and punishment* cit., p. 179.

³⁰⁵ “Det er derfor ingen grund til at tage generalforsamlingsresolutioner og –konventioner for ophøjder udtryk for en verdensopinion som også Danmark må acceptere. Selv i de ophøjede menneskerettighedskonventioner skinner ensidig politisk ideologi igennem”, Ross, Alf. *Skal Danmark forbydes krigspropaganda?* in *Ret som teknik, kunst og videnskab*, Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999, p. 100.

Analisemos estes textos e não nos esqueçamos que, muitas vezes, eles escondem propaganda e ideologias anti-esquerdistas. Tornou-se importante, agora nestes últimos anos, mostrar instintos e idéias nobres, que podem nos levar a uma propaganda enganosa e um uso político cínico destes ideais. Palavras são tão fascinantes. Quem não é contra a propaganda bélica? É muito fácil ser iludido. O difícil é descobrir a farsa, que esconde o verdadeiro sentido das palavras.”³⁰⁶

No ensaio ***Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas***³⁰⁷ (*The rise and fall of the doctrine of performatives in contemporary philosophy in Scandinavian*), publicado em 1972, Ross aborda a teoria criada por J. L. Austin, a partir do fim da década de trinta.

Austin parte seus estudos da descoberta de um tipo de expressões, como uma aposta, uma promessa, um juramento, que, do ponto de vista gramatical, apresentam-se como enunciados em indicativo, mas cuja função lógica é diversa daquela dos enunciados descritivos regulares. Para Austin, estas expressões, denominadas realizativas, consistem na realização de uma ação distinta da mera descrição de algo e, conseqüentemente, não podem ser qualificadas como verdadeiras ou falsas, mas como “feliz ou infeliz”. Já os enunciados regulares consistem meramente na descrição ou informação de algo, podendo ser qualificados como verdadeiros ou falsos³⁰⁸.

³⁰⁶ “Lad denne lille sag om krigspropagandaorbudet være os en advarsel og lære. Lad os ikke rende over ende af resolutioner og konventioner vedtaget af Forenede Nationers generalforsamling. Lad os se dem an og ikke glemme, at de ofte er udtryk for en ensidig anti-vestlig ideologi og propaganda. Sagen er vel til syvende og sidste den, at visse noble instinkter og idealer i os selv kan gøre os til bytte for en svingagtig propaganda og kynisk politisk udnyttelse heraf. Ord er så betagende. Hvem er ikke mod krigspropaganda? Det er så let at blive betaget. Det er vanskeligere at gennemskue den humbug, der skjuler ordenes virkelige mening.”, Ross, Alf. *Skal Danmark forbydes krigspropaganda?* cit., p. 101/102.

³⁰⁷ “Realizativas” é um neologismo formado a partir do verbo realizar. É a tradução do termo em inglês “performative”, também um neologismo formado do verbo “to perform” (realizar). Austin contrapõe as expressões realizativas às expressões “constatives”, palavra traduzida por “constativas”, outro neologismo. A terminologia utilizada segue a tradução feita por Genaro R.Carrió e Eduardo Rabossi para o livro de Austin *How to do things with words*.

³⁰⁸ Ross, Alf. *Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas*, in *El concepto de validez y otros ensayos*, 3ª. Ed., Cidade do México: Fontamara, 1997, p. 94/95.

Ao elaborar esta doutrina, Austin descobre que a distinção entre a dimensão verdadeiro-falso e a dimensão feliz-infeliz não é tão clara e precisa como supunha. De um lado, o êxito de uma expressão realizativa depende, em alguma medida, do cumprimento de algumas condições fáticas, o que equivale à verdade de certos enunciados. Por outro lado, também os enunciados podem ser vazios, além de falsos. Isto leva Austin a se questionar se realmente existe uma diferença tão grande entre as expressões realizativas e constatativas como havia suposto em sua hipótese e se há alguma forma precisa de distingui-las, mais precisamente se há algum critério gramatical ou lexicográfico para distinguir as expressões realizativas³⁰⁹.

Em seus trabalhos posteriores, Austin não consegue achar este critério, concluindo que *“enunciar algo é realizar um ato, tal como o é dar uma ordem ou formular uma advertência; e vemos, de outro lado, que quando damos uma ordem ou um conselho, ou formulamos uma advertência, surge o problema de saber de que maneira isto está relacionado com os fatos, questão que talvez não é tão diferente do tipo de questão que se apresenta quando analisamos de que maneira um enunciado está relacionado com os fatos. Deste modo, isto parece significar que, em sua forma original, a nossa distinção entre os realizativos e os enunciados se enfraquece consideravelmente e, na realidade, cai.”*³¹⁰

Segundo Ross, existem dois tipos fundamentais de linguagem: a linguagem indicativa e a linguagem diretiva. Na linguagem indicativa, a locução expressa uma proposição, isto é, a idéia de um argumento concebido como realidade. Já no discurso diretivo o enunciado exprime uma diretiva, ou seja, uma idéia de ação concebida como modelo de conduta. Cada um destes instrumentos pode ser usado para uma série de funções diferentes, e cada função pode ser subdividida em várias classes. O uso normal de uma diretiva na comunicação é fazê-la desempenhar uma das funções pertencentes à vasta gama de funções diretivas,

³⁰⁹ Ross, Alf. *Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas* cit., p. 96/98.

³¹⁰ Citando J. L. Austin, in *Performative Utterances*, p. 238, artigo publicado em *Philosophical Papers*, Oxford: Clarendon Press, 1961.

como, por exemplo, convite, pedido, sugestão, súplica, conselho, advertência, recomendação, instrução de uso, exortação, regra jurídica ou convencional, regra de jogo, princípio ou juízo moral³¹¹.

Deste modo, a peculiaridade lógica das expressões do tipo diretivo (ou realizativas, para Austin) consiste no uso de um peculiar recurso lingüístico para indicar a função de uma locução. Este recurso é um verbo que indica a função do ato lingüístico. A peculiaridade, assim, não deve ser buscada no significado ou função da expressão, mas exclusivamente no recurso lingüístico usado para indicar sua função³¹².

Quase todos os atos lingüísticos podem ser realizados com ou sem frases explícitas indicadoras da sua função. O uso de tais frases é especialmente necessário cada vez que a situação e o contexto não esclarecem suficientemente a intenção do sujeito. Do contrário, se a intenção está suficientemente clara, parece redundante usar frases explícitas indicadoras de função. É isto que ocorre nos enunciados constatativos, que indicam explicitamente que sua função é puramente informativa. Deste modo, Austin acabou caindo em uma falácia na doutrina dos realizativos, porque comparou coisas que não estão em um mesmo nível. A comparação deveria ter sido feita entre duas locuções explicitamente formuladas ou entre locuções que não contenham locuções explicitamente frases indicadoras de função³¹³.

A maioria das expressões realizativas de Austin trata de atos normativos (jurídicos ou convencionais), conclui Alf Ross. Os atos jurídicos, para produzir efeitos, dependem de uma ordem jurídica enquanto instituição social que funciona através de um maquinário jurídica, que compreende órgãos legislativos, administrativos e judiciários. Esta ordem autoriza a pessoa competente, ou o conjunto de pessoas competentes, a liberar com suas palavras as forças que movimentam a máquina

³¹¹ Ross, Alf. *Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas* cit., p. 103/104.

³¹² Ross, Alf. *Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas* cit., p. 108.

³¹³ Ross, Alf. *Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas* cit., p. 109/110.

jurídica, a realização de um ato jurídico, assim, parece algo mágico: as palavras criam os efeitos que nomeiam. Já os atos convencionais compreendem as expressões que são operativas de acordo com a intenção do autor e das palavras utilizadas, mas cuja força deriva de ordens normativas de diferentes tipos, como a moral convencional ou as regras de um jogo³¹⁴.

Em resumo, as peculiaridades lógicas do tipo de expressão que Austin nomeou como realizativas são, do ponto de vista lingüístico, caracterizadas pela existência de frases indicadoras de função e, do ponto de vista funcional, a maioria delas é operativa³¹⁵.

No artigo ***Bag Nürnbergdommens kulisser*** (*Sobre a farsa do tribunal de Nuremberg*), publicado no *Weekendavisen* de 14 de outubro de 1977, Ross analisou o julgamento dos líderes nazistas realizado por um tribunal composto por dois juízes de cada país vencedor (Estados Unidos, Inglaterra, União Soviética e França). Foram julgadas 22 pessoas, representantes do partido nazista ou da administração, diplomatas, generais e almirantes.³¹⁶

Para Alf Ross, o tribunal de Nuremberg somente mostrou a impossibilidade de misturar poder político e justiça. Estes duas forças não se misturam, sendo como água e óleo. O resultado do julgamento está à disposição de todos, para que analisemos seu fracasso. Tratou-se de uma ditadura dos vencedores, que se impuseram aos inimigos de guerra sob a máscara de um julgamento justo e imparcial. E, para Ross, este julgamento não trouxe de verdade nenhum efeito prático útil para deter o comportamento agressivo dos Estados que iniciam as guerras. O autor se pergunta: por acaso este julgamento impediu ou impedirá

³¹⁴ Ross, Alf. *Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas* cit., p. 114.

³¹⁵ Conforme classificação de Alf Ross em seu livro *Direito e Justiça*, capítulo 9.

³¹⁶ Ross, Alf. “Bag Nürnbergdommens kulisser” in *Ret som teknik kunst og videnskab*, Copenhagen: Jurist- og økonomforbundets forlag, 1999, p. 128.

Nasser ou outros líderes de países árabes de atacar o estado de Israel, por medo de serem também julgados?³¹⁷

Segundo Alf Ross, a única resposta possível é que a paz não pode ser garantida, de um modo correto, em uma sociedade internacional na qual o poder não é monopolizado.³¹⁸

³¹⁷ "Nürnbergdommen illustrerer hvor umuligt det er at mikse magtpolitik og retfærdighed. De skyr hinanden som olie og vand. Resultatet står på forhånd fast. Det er sejrherrens diktat sin overvundne fjende maskeret som upartisk, retfærdig domfældelse. Og mon der er nogen der virkelig tror at dommen ihvertfald har den praktiske nyttevirkning afskrække aggressive statsmænd fra at begynde krig? Har den forhindret Nasser og andre arabiske statsledere i højlydt at forkynde deres vilje til at udradere den israelske stat, og i at gøre en række forsøg herpå?" Ross, Alf. "Bag Nürnbergdommens kulisser" in *Ret som teknik kunst og videnskab* cit., p. 133.

³¹⁸ "Freden kan ikke sikres ad rettens vej i et samfund som det internationale hvor volden ikke er monopoliseret." Ross, Alf. "Bag Nürnbergdommens kulisser" in *Ret som teknik kunst og videnskab* cit., p. 134.

CAPÍTULO 5

CONCLUSÃO

Ao analisarmos a teoria elaborada pelo jurista dinamarquês Alf Ross, notamos que seus extensos estudos buscaram definir o conceito e o modo pelo qual opera o direito, abarcando, neste estudo, praticamente todos os institutos jurídicos, por entender o autor ser necessária a compreensão de todos os elementos que compõem o direito, para somente assim iniciar sua análise.

Nos primeiros capítulos, abordamos as influências históricas, pessoais e doutrinárias que influenciaram Alf Ross, sendo extremamente visível em sua obra o fato de ser originário de um pequeno país europeu, que adotou um modelo político liberal, com ideologia social-democrata, como se pode notar em textos como *Hvorfor jeg stemmer på Socialdemokratiet e Kongens rolle efter valg*.

Também marcante é a influência da invasão alemã na Dinamarca durante a Segunda Grande Guerra, bem como a maneira como Hitler ascendeu ao poder utilizando-se dos meios democráticos. Esta preocupação de Ross está expressa em seu livro *¿Por que Democracia?*. Além disso, todo o contexto mundial do pós-guerra foi uma preocupação constante para o autor, porque via todas estas mudanças como forças que também modificavam o direito e, portanto, deveriam ser estudadas como tal. Ross analisa, assim, o julgamento de Nuremberg (*Bag Nürnberg kulisser*), a Organização das Nações Unidas (*United nations: peace and progress*), bem como a própria Convenção Internacional dos Direitos do Homem (*Skal Danmark forbyde krigspropaganda?*).

Ressalta-se, também, a influência dos Estados Unidos, dentro do período de Guerra Fria, no pensamento do autor, que considerava o país como modelo a ser seguido. Neste ponto, chegou a adotar posições contrárias ao pensamento geral

da época, como no texto *Korea, Vietnan og antiamerikanismen*, no qual defende a guerra do Vietnã.

Além disso, também analisamos a influência dos autores da corrente do Realismo Escandinavo ou Escola de Uppsala na doutrina de Alf Ross, tendo em vista que a maioria dos doutrinadores o inclui como adepto desta teoria. Para melhor entendimento, explicamos o pensamento de Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt e Karl Olivecrona, para ser possível traçar os pontos de proximidade e distanciamento entre estes autores e Alf Ross. Neste estudo, foi possível notar a influência de Hägerström, que fez com que o professor dinamarquês adotasse um conceito materialista de realidade, bem como a crença na origem mágica ou divina do direito. Além disso, as obras de Lundstedt e Olivecrona foram motivo de vários estudos de Ross, que aceitou algumas de suas idéias, buscando melhor desenvolvê-las, e rejeitou outras, que foram objeto de crítica em seus escritos, como ocorre em *Tu-tû, Bevisbyrdelæren i Støbeskeen?* e *Direito e Justiça*.

Para melhor compreender o direito, Ross trilhou diferentes caminhos, em todos buscando chegar a uma definição mais precisa do que seria o direito, seus institutos, seu modo operativo, sua relação com a moral e a política. Acreditava ser importante que os juristas tivessem conhecimento da ferramenta com que trabalhavam, para que não se limitassem a idéias metafísicas ou, como bem definiu Ross, palavras “tû-tû”, tornando-se uma mera peça deste aparato, ao invés de conseguir manejá-lo adequadamente.

Os livros e artigos de Ross explicados nesta dissertação nos mostram que o autor analisou o direito de três modos. No primeiro, seus estudos tentaram conceituar o direito ou o fenômeno jurídico, bem como seus institutos mais importantes, como direito subjetivo, responsabilidade, validade, vigência, culpa, entre outros. Esta preocupação pode ser vista em livros como *Towards a realistic jurisprudence*, *Direito e Justiça*, *Om Guilt, Reponsability and Punishment*, *El concepto de validez*

y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural, Ret som teknik kunst og videnskab e Tu-tû.

Numa segunda aproximação, ao interpretar o direito como um fenômeno jurídico, entendeu ser necessária a formulação de uma lógica própria para o direito, qual seja, a lógica deôntica, que considera as normas como diretivas a qual correspondem determinados fatos sociais. Através desta análise lógica, as diretivas seriam analisadas como válidas ou inválidas, podendo-se estabelecer quadros de modais, para as normas de conduta e as normas de competência, com suas respectivas correlações (obrigação-permissão, sujeição-competência, entre outros). Tal estudo foi realizado em *Directive and Norms, Imperativi e Logica e Sulla natura logica delle proposizione valutative*.

Em uma terceira análise, o direito aparece como um fato social e mundial, necessitando para sua compreensão da análise de institutos da moral e da política, dentro de um contexto histórico. O pensamento de Ross, neste caso, pode ser classificado como modernista, considerando a ciência como meio adequado para estudar o direito, em oposição às idéias de direito natural vigentes no início do século XX. Este enquadramento foi realizado nas mais diversas obras, como por exemplo na análise de Estado em *Stasretlige studier* ou da política em *Videnskab og politik i juridisk doktrin*.

A teoria de Alf Ross pode ser considerada, em alguns pontos, já ultrapassada, visto que é limitada a um período histórico e a uma formação específica. Todavia, seus inúmeros textos trazem novas formas de estudar, conceber e mesmo perceber o direito. Muitas das análises feitas pelo autor continuam extremamente intrigantes, contestadoras, com reflexões profundas sobre inúmeros institutos do direito, seus fundamentos, seus conceitos, motivo pelo qual merece da doutrina uma melhor abordagem e compreensão.

Como foi afirmado no prefácio desta obra, a filosofia do direito tem como objeto “pensar o direito”. Em todas as obras estudadas, percebe-se o intuito de Alf Ross em realizar este pensamento, podendo ser encontrado em sua teoria mais de um modo de estudo do direito, visto que entendia o próprio fato de ser jurista como um estilo de vida, como explicou no artigo *Jurist som livsfilosofi*.

Deste modo, pode-se concluir que a teoria de Ross tem muito a acrescentar à filosofia do direito, talvez exatamente por nos levar a perceber o que possui de ultrapassado e o que possui de atual, ajudando-nos a “pensar o direito” de modo mais refinado.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDER, Gregory S. Comparing the two legal realisms – american and scandinavian, **The American Journal of Comparative Law**. v. L, n. 1, p.131-134, 2002.
- BLANDHOL, Sverre. Forskeren og mennesket – set i eftertiden. In: FOIGHIEL, I. et al. (Org.) **Ret som teknik, kunst og videnskab – og andre essays**. Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.
- BOBBIO, Norberto. Ancora su diritto e forza – replica al prof. Olivecrona, **Rivista della filosofia del diritto**. v. LXVI, n. 1, p.414-416, 1977.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora UNB, 1997.
- FEBBRAJO, Alberto. Una critica realistica del diritto. In ROSS, Alf, **Critica del diritto e analisi del linguaggio**. Bolonha: Mulino, 1982.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1997.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- GUASTINI, Riccardo. Problemi d'analisi del linguaggio normativo. In ROSS, Alf. **Critica del diritto e analisi del linguaggio**. Bolonha: Mulino, 1982.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Política do Direito**. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2000.
- HÄGERSTRÖM, Axel. **Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung I**. Uppsala: Almqvist & Wiksells Boktryckeri AB, 1927.
- HÄGERSTRÖM, Axel. Is positive law an expression of will? In_____. **Inquiries into the nature of law and morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells Boktryckeri AB, 1953.

HÄGERSTRÖM, Axel. On fundamental problems of law. In _____. **Inquiries into the nature of law and morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells Boktryckeri AB, 1953.

HÄGERSTRÖM, Axel. On the question of the notion of law. In _____. **Inquiries into the nature of law and morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells Boktryckeri AB, 1953.

HÄGERSTRÖM, Axel. The conception of a declaration of intention in the sphere of private law. In _____. **Inquiries into the nature of law and morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells Boktryckeri AB, 1953.

HÄGERSTRÖM, Axel. **Moralfilosofins grundläggning**. Uppsala: Almqvist & Wiksells Boktryckeri AB, 1987.

HART, H. L. A. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1983.

KRARUP, Ole. **Fra gyldighed til virkelighed: om Alf Ross og Torstein Eckhoff**, disponível em <<http://www.ole-krarup.dk/pages/ROSS.pdf>>. Acesso em: 26 de ago. 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUNDSTEDT, Anders Vilhelm. **Die unwissenschaftlichkeit der rechtswissenschaft**. Berlin-Leipzig: Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte G. m. b. H, 1936.

LUNDSTEDT, Anders Vilhelm. **Legal thinking revised**. Uppsala: Almqvist & Wiksells Boktryckeri AB, 1956.

OLIVECRONA, Karl. **El derecho como hecho**. Bueno Aires: Roque Depalma, 1959.

OLIVECRONA, Karl. El imperativo de la ley. In _____. **El derecho como hecho**. Bueno Aires: Roque Depalma, 1959.

OLIVECRONA, Karl. **Law as a fact**. 2. ed., Londres: Stevens, 1971.

OLIVECRONA, Karl. On the problem of law and force in recent literature, **Rivista della filosofia del diritto**. v. LXV, n. 4, p.548-552, 1976.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20.ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSS, Alf. **Theorie der Rechtsquellen.** Leipzig-Wien: Franz Deutique Verlagsgesellschaft, 1929.

ROSS, Alf. **Kritik der Sogennanten Praktischen Erkenntnis.** Leipzig: Felix Meiner, 1933.

ROSS, Alf. **Virkelighed og gyldighed i retslæren – en kritik af den teoretiske retsvidenskabs grundbegreber.** Copenhagen: Levin & Munksgaard, 1934.

ROSS, Alf. **Om ret og retfærdighed.** Copenhagen: Levin & Munksgaard, 1953.

ROSS, Alf. **Direito e justiça.** Bauru: Edipro, 2003.

ROSS, Alf. **The united nations: peace and progress.** Nova Iorque: Bedminster Press, 1966.

ROSS, Alf. **Directives and norms.** Londres: Routledge & Kegan Paul, 1969.

ROSS, Alf. **Skyld, ansvar og straf.** Copenhagen: Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, 1970.

ROSS, Alf. **On guilt, responsibility and punishment.** Los Angeles: University of California Press, 1975.

ROSS, Alf. Kan domstolenes kompetence til at prøve loves grundlovmæssighed berøves dem ved lov? In _____. **Statsretlige studier.** Copenhagen: Nyt Nordisk Forlag – Arnold Busck, 1977.

ROSS, Alf. Med hvilken hjemmel udstedes anordninger? In _____. **Statsretlige studier.** Copenhagen: Nyt Nordisk Forlag – Arnold Busck, 1977.

ROSS, Alf. Om begreberne stat og statsorgan i statsforfatningsretten. In _____. **Statsretlige studier.** Copenhagen: Nyt Nordisk Forlag – Arnold Busck, 1977.

ROSS, Alf. Om såkaldt delegation og lovgivningsmagt. In _____. **Statsretlige studier.** Copenhagen: Nyt Nordisk Forlag – Arnold Busck, 1977.

ROSS, Alf. Om statsmagterne og deres organisatoriske fordeling. In _____. **Statsretlige studier.** Copenhagen: Nyt Nordisk Forlag – Arnold Busck, 1977.

ROSS, Alf. Esistenza e validità di una norma. In _____. **Critica del diritto e analisi del linguaggio.** Bologna: Mulino, 1982.

ROSS, Alf. Imperativi e logica. In _____. **Critica del diritto e analisi del linguaggio.** Bologna: Mulino, 1982.

ROSS, Alf. Le finzioni giuridiche. In_____. **Critica del diritto e analisi del linguaggio**. Bolonha: Mulino, 1982.

ROSS, Alf. Sul ragionamento morale (una critica a Richard M. Hare). In_____. **Critica del diritto e analisi del linguaggio**. Bolonha: Mulino, 1982.

ROSS, Alf. Sulla natura logica delle proposizioni valutative. In_____. **Critica del diritto e analisi del linguaggio**. Bolonha: Mulino, 1982.

ROSS, Alf. **Towards a realistic jurisprudence (a criticism of the dualism in law)**. Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1989.

ROSS, Alf. **¿Por que democracia?** Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ROSS, Alf. El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. In_____. **El concepto de validez y otros ensayos**. 2. ed., México: Distribuciones Fontamara, 1993.

ROSS, Alf. Grandeza y decadencia de la expresiones realizativas. In_____. **El concepto de validez y otros ensayos**. 2. ed., México: Distribuciones Fontamara, 1993.

ROSS, Alf. Nota al libro de Kelsen ¿Qué es la justicia? In_____. **El concepto de validez y otros ensayos**. 2. ed., México: Distribuciones Fontamara, 1993.

ROSS, Alf. Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional. In_____. **El concepto de validez y otros ensayos**. 2. ed., México: Distribuciones Fontamara, 1993.

ROSS, Alf. Bevisbyrdelæren i Støbeskeen? In: Ugeskrift for Retsvæsen, 1930. In: FOIGHIEL, I. et al. (Org.) **Ret som teknik, kunst og videnskab – og andre essays**. Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.

ROSS, Alf. Credo. In: Weekendavisen, 21 jun. 1974. In: FOIGHIEL, I. et al. (Org.) **Ret som teknik, kunst og videnskab – og andre essays**. Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.

ROSS, Alf. Erkendelse, vurdering og valg. In: Nordisk Sommeruniversitet, 1959. In: FOIGHIEL, I. et al. (Org.) **Ret som teknik, kunst og videnskab – og andre essays**. Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.

ROSS, Alf. Frihed – også fo frihedens fjender? In: Kristeligt Dagblad, 14 jul. 1962. In: FOIGHIEL, I. et al. (Org.) **Ret som teknik, kunst og videnskab – og andre essays**. Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.

- ROSS, Alf. Hvad er demokrati? In: Nordisk demokrati, Westerann, 1949. In: FOIGHIEL, I. et al. (Org.) **Ret som teknik, kunst og videnskab – og andre essays**. Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.
- ROSS, Alf. Hvorfor jeg stemmer på socialdemokratiet. In: SocialDemokraten, 25 out. 1945. In: FOIGHIEL, I. et al. (Org.) **Ret som teknik, kunst og videnskab – og andre essays**. Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.
- ROSS, Alf. Islands foragt for retten. In: Weekendavisen, 06 out. 1972. In: FOIGHIEL, I. et al. (Org.) **Ret som teknik, kunst og videnskab – og andre essays**. Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.
- ROSS, Alf. Jurist som livsfilosof. In: Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1956. In: FOIGHIEL, I. et al. (Org.) **Ret som teknik, kunst og videnskab – og andre essays**. Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.
- ROSS, Alf. Kongens rolle efter valg. In: Politiken, 25 set. 1964. In: FOIGHIEL, I. et al. (Org.) **Ret som teknik, kunst og videnskab – og andre essays**. Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.
- ROSS, Alf. Korea, Vietnam og anti-amerikanismen. In: Politiken, 16 nov. 1966. In: FOIGHIEL, I. et al. (Org.) **Ret som teknik, kunst og videnskab – og andre essays**. Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.
- ROSS, Alf. Mit livstestamente. In: Berlingske Tidende, 14 mai. 1978. In: FOIGHIEL, I. et al. (Org.) **Ret som teknik, kunst og videnskab – og andre essays**. Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.
- ROSS, Alf. Naturret contra retspositivisme. In: Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1963. In: FOIGHIEL, I. et al. (Org.) **Ret som teknik, kunst og videnskab – og andre essays**. Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.
- ROSS, Alf. Ret som teknik, kunst og videnskab. In: Indledning til retsstudiet, Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, 1956. In: FOIGHIEL, I. et al. (Org.) **Ret som teknik, kunst og videnskab – og andre essays**. Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.
- ROSS, Alf. Skal Danmark forbydes krigspropaganda? In: Berlingske Aftenavis Weekend, 11 jun. 1971. In: FOIGHIEL, I. et al. (Org.) **Ret som teknik, kunst og videnskab – og andre essays**. Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.
- ROSS, Alf. Tû-tû. In: Festskrift til Henry Ussing, Nyt Nordisk Forlag, 1951. In: FOIGHIEL, I. et al. (Org.) **Ret som teknik, kunst og videnskab – og andre essays**. Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.
- ROSS, Alf. **Tû-tû**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ROSS, Alf. Videnskab og politik i juridisk doktrin. In: Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1952. In: FOIGHEL, I. et al. (Org.) **Ret som teknik, kunst og videnskab – og andre essays**. Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.

SOLON, Ari Marcelo. **O problema do dever jurídico à luz de uma teoria realista do direito**. 2000. 184p. Tese (livre-docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2000.

SOLON, Ari Marcelo. **Dever jurídico e teoria realista do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

TARELLO, Giovanni. Realismo giuridico. In: AZARA, A.; EULA, E. **Novissimo Digesto Italiano**. vol. XIV, p.923-933. Torino: UTET, 1967.