

MATHEUS DE BARROS

**As contribuições do realismo jurídico escandinavo para a teoria do
direito contemporânea: um lugar para a máquina social**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Ari Marcelo Solon

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo

2019

MATHEUS DE BARROS

**As contribuições do realismo jurídico escandinavo para a teoria do direito
contemporânea: um lugar para a máquina social**

Versão corrigida

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de mestre em direito.

Área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito.

Orientador: Prof. Associado Dr. Ari Marcelo Solon

**Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito**

**São Paulo
2019**

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

de Barros, Matheus

As contribuições do realismo jurídico escandinavo para a teoria do direito contemporânea: um lugar para a máquina social ; Matheus de Barros ; orientador Ari Marcelo Solon -- São Paulo, 2019.

209 f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019.

1. realismo jurídico escandinavo. 2. Uppsala. 3. ciência do direito. 4. positivismo. 5. máquina social. I. Solon, Ari Marcelo, orient. II. Título.

À minha família, que me forneceu todo o apoio e toda a compreensão de que eu precisava para escrever este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Nos últimos três anos, eu pude descobrir que a minha vocação profissional reside na pesquisa e, quem sabe um dia, na docência. Uso o termo “vocação” no sentido de entusiasmo com o aprendizado para a construção de uma carreira, entusiasmo esse que só surgiu e foi cultivado graças a todo o apoio que sempre recebi da minha família, a quem agradeço por estes meus primeiros passos.

Agradeço ao professor Ari Marcelo Solon, que me aceitou como orientando no mestrado no final de 2016 e, com isso, concedeu-me a oportunidade de escrever um trabalho sobre o realismo jurídico escandinavo sob a orientação de um dos maiores conhecedores do tema no país.

Agradeço aos professores Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa e Rafael Mafei Rabelo Queiroz, que, juntamente com o meu orientador, foram determinantes para colocar o meu projeto de pesquisa “nos trilhos”, graças às suas recomendações no exame de qualificação.

Eu também dedico meus agradecimentos às professoras Marta Rodriguez de Assis Machado e Maíra Rocha Machado, com quem tenho aprendido os significados de pesquisar e ensinar o direito. Este trabalho foi produzido no contexto desse aprendizado.

Agradeço à minha namorada Valquíria Valio Simionato, que com muita paciência e atenção escutou minhas divagações sobre a teoria e a filosofia do direito. Nossas conversas e as suas leituras críticas constituíram contribuições inestimáveis para a redação desta dissertação.

Durante os três anos do mestrado, contei também com a atenção de vários amigos e amigas, que, direta ou indiretamente, ajudaram-me a levar adiante o mestrado, fosse por meio de discussões sobre o meu tema de pesquisa ou de conversas sobre qualquer outro assunto do mundo.

*Não basta abrir a janela
Para ver os campos e o rio.
Não é bastante não ser cego
Para ver as árvores e as flores.
É preciso também não ter filosofia nenhuma.
Com filosofia não há árvores: há ideias apenas.
Há só cada um de nós, como uma cave.
Há só uma janela fechada, e todo o mundo lá fora;
E um sonho do que se poderia ver se a janela se abrisse,
Que nunca é o que se vê quando se abre a janela.*

Alberto Caeiro (Fernando Pessoa), *Poemas Inconjuntos*

*Não, nossa ciência não é uma ilusão. Ilusão seria imaginar
que aquilo que a ciência não nos pode dar, podemos
conseguir em outro lugar.*

Sigmund Freud (1978 [1927], p. 128)

RESUMO

BARROS, Matheus de. **As contribuições do realismo jurídico escandinavo para a teoria do Direito contemporânea**: um lugar para a máquina social. 2019. 209f. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019.

O realismo escandinavo é uma corrente teórica desenvolvida no século XX. A sua ideia basilar é a de que o direito é um fenômeno psicossocial (a “máquina social”) apto a ser observado e explicado sem a utilização de pressupostos metafísicos (jusnaturalistas, idealistas) – trata-se, nesse sentido, de uma escola alinhada com as pretensões positivistas de consolidação de uma ciência sobre o direito. Este trabalho é um esforço para a compreensão das ideias dos pensadores responsáveis pelo realismo escandinavo: Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona e Alf Ross. Para tanto, um capítulo foi dedicado a cada um desses autores, de modo a possibilitar a apresentação dos papéis que eles tiveram na formação do movimento realista. O objetivo deste estudo é fornecer bases para possíveis respostas à questão “qual a contribuição do realismo escandinavo para o debate contemporâneo sobre teoria do direito?”. Na parte final do trabalho, propõe-se que o realismo escandinavo seja compreendido como uma ponte entre a teoria jurídica e as ciências sociais.

Palavras-chave: realismo jurídico escandinavo; Uppsala; ciência do direito; positivismo; máquina social.

ABSTRACT

BARROS, Matheus de. **The contribution from the Scandinavian Legal Realism to the contemporary legal theory: a place for the social machine.** 2019. 209p. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2019.

Scandinavian Legal Realism is a theoretical school developed during the 20th century. Its basic idea is that law is a psychosocial phenomenon (the “social machine”) which can be observed and explained without metaphysical premises (natural law premises) – in this sense, it is a school of legal thought aligned with the positivist pretension of consolidating a legal science. This work is an effort to comprehend the ideas of those thinkers who were responsible for the Scandinavian Realism: Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona e Alf Ross. A chapter was destined to each of the authors, in a way that makes it possible to present the roles they had in the formation of the realist movement. The objective of this dissertation is to provide the basis for potential answers to the question “which are the possible contributions that the Scandinavian Legal Realism can offer to the contemporary theoretical legal debate?”. In the final part of this work, it is suggested that Scandinavian Legal Realism can be comprehended as a bridge between legal theory and social sciences.

Keywords: Scandinavian Legal Realism; Uppsala; legal science; positivism; social machine.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: Um esforço para a compreensão de ideias..... 13

CAPÍTULO I: O pensamento de Axel Hägerström e um lugar para a psicologia nos estudos teóricos sobre o direito..... 18

1. Algumas notas biográficas sobre Axel Hägerström 18
2. Ceticismo: o niilismo axiológico e a teoria do erro (da falsidade) em Axel Hägerström..... 20
3. A rejeição às teorias voluntaristas 24
4. Direitos subjetivos e deveres, segundo Hägerström 29
5. A máquina social 36
6. As contribuições de Hägerström para a teoria do direito contemporânea: um lugar para a psicologia nos estudos teóricos sobre o direito 40

CAPÍTULO II: O pensamento de Vilhelm Lundstedt: entre o realismo e o utilitarismo? 46

1. Algumas notas biográficas sobre Vilhelm Lundstedt 46
2. Lundstedt, o realista utilitarista? 47
 - 2.1. O bem-estar social: o indício de um estranho no ninho realista? 48
 - 2.1.1 O papel do legislador segundo Lundstedt 54
 - 2.1.1.1. Juízes como (quase) legisladores 56
 - 2.1.2 O papel do teórico (do cientista) do direito segundo Lundstedt..... 59
 - 2.1.2.1. A ameaça fantasma: superstições jurídicas no âmbito internacional 61
 - 2.2 A ciência jurídica: apontamentos sobre o direito penal e o direito civil na visão de Lundstedt..... 64
 - 2.2.1 A esfera penal na teoria de Lundstedt 64
 - 2.2.2 A esfera civil na teoria de Lundstedt 68
3. As contribuições de Lundstedt para a teoria do direito contemporânea: afinal, Lundstedt era um realista utilitarista? 72

CAPÍTULO III: O pensamento de Karl Olivecrona: fatos, linguagem, imperatividade e direito 81

1. Algumas notas biográficas sobre Karl Olivecrona 81

2. Olivecrona, herdeiro de Hägerström e de Lundstedt: a continuação da missão contra o jusnaturalismo	82
3. A linguagem e a força: as inovações da teoria de Olivecrona	87
3.1. O lugar da linguagem na realidade psicossocial: Cérbero, direitos e deveres...	88
3.2. Coerção livre de ilusão? Os imperativos independentes e imperativos performativos.....	92
3.2.1. Os sinais do direito e do poder: o procedimento legislativo e a Constituição na teoria de Olivecrona	97
3.2.1.1.O Judiciário como Legislativo?.....	101
4. Correto, porém não verdadeiro: breves observações sobre afirmações concernentes aos direitos e deveres	104
5. Uma máquina forte: coação, coerção e direito	106
5.1. A relação entre a moralidade e o direito.....	110
5.2. “O direito consiste principalmente em regras sobre força”: coação, coerção e as regras jurídicas.....	114
5.3. Uma máquina das nações? O direito internacional aos olhos de Olivecrona..	116
5.4. A força na segunda edição de <i>Law as Fact</i>	117
6. As contribuições de Olivecrona para a teoria do direito contemporânea: uma máquina forte no horizonte de estudos teóricos e sociológicos	118

CAPÍTULO IV: O pensamento de Alf Ross: o realista com um conceito de validade

1. Algumas notas biográficas sobre Alf Ross	124
2. A primeira etapa do pensamento rossiano: o jovem Ross sob influência kelseniana.....	127
2.2. As fontes do direito segundo o jovem Ross	134
3. A segunda etapa do pensamento de Alf Ross: a elaboração de uma teoria da validade realista.....	137
3.1. A coerção e a coação, as experiências de validade e a relação simbiótica.....	139
3.1.1. A moralidade e o Judiciário na teoria rossiana.....	143
3.2. Três observações sobre a teoria das fontes e a obrigatoriedade do direito na segunda fase do pensamento rossiano	146
3.2.1. Semelhanças e diferenças entre o realismo rossiano e o realismo estadunidense	146
3.2.2. O amadurecimento da apresentação do “método lógico-transcendental”	148
3.2.3. Esclarecimentos sobre a validade jurídica e a validade moral	148

3.3.	O saldo da segunda fase da teoria rossiana	152
4.	A terceira etapa do pensamento de Alf Ross: validade, vigência, predição e <i>Tû-Tû</i> 154	
4.1.	Acenos ao Círculo de Viena e ao realismo americano, mas de mão dada com a Escola de Uppsala.....	154
4.2.	Validade, vigência e predição.....	160
4.2.1.	Validade: consciência jurídica material, consciência jurídica formal e força .	160
4.2.1.1.	Weber e o realismo escandinavo: uma possibilidade de combinação de lentes teóricas.....	164
4.2.2.	Vigência e predição	166
4.2.2.1.	Vigência do direito: “mais do mesmo” disfarçado?	169
4.3.	Termos <i>tû-tû</i> : vazio semântico e discurso jurídico.....	174
5.	Algumas considerações sobre Alf Ross e a sua incursão nos âmbitos da filosofia da linguagem e da lógica deôntica	178
6.	As contribuições de Ross para a teoria do direito contemporânea: o outro lado da validade e os usos de termos <i>tû-tû</i>	179

CONSIDERAÇÕES FINAIS: Um lugar para a máquina social do direito 184

1.	As imagens das máquinas sociais com base nos pensamentos dos quatro realistas ..	184
2.	A oposição ao jusnaturalismo: uma simplificação teórica?.....	188
3.	O direito desencantado.....	189
4.	As ideologias dos realistas: contradição e/ou condição humana?	193
5.	Realismo jurídico escandinavo: um exagero epistemológico?	196
6.	Um lugar para a máquina social do direito: a ponte entre teoria jurídica e ciências sociais.....	199

REFERÊNCIAS.....201

INTRODUÇÃO: Um esforço para a compreensão de ideias

Já nas cadeiras das faculdades de direito, aprendemos sobre a oposição entre jusnaturalistas e positivistas e sobre como essa divergência histórica assumiu diferentes nomes e nuances no decorrer dos anos. Este trabalho trata dessa antiga arena de embate entre ideias, sendo o resultado de estudos sobre o realismo jurídico escandinavo, que também pode ser denominado Escola de Uppsala. Como será mostrado nas linhas e páginas que se seguem, os escritos de Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona e Alf Ross formaram um movimento teórico alinhado com a missão positivista de desmistificação do direito. Esta dissertação se propõe a reconstruir as propostas que formaram esse movimento e, para tanto, é necessário começar por uma apresentação sobre o que se entende, de modo geral, por jusnaturalismo e positivismo jurídico.

O jusnaturalismo pode ser caracterizado como um discurso sobre critérios metafísicos que confeririam validade ao direito. No decorrer dos séculos, diferentes critérios foram propostos: a magia advinda dos deuses, a *recta ratio*, a vontade de Deus, a razão moderna, a vontade do povo ou da nação, a objetividade moral observada em uma comunidade, entre outros. Para um jusnaturalista, a referência a algum desses supostos elementos da natureza ou da sociedade possibilita a avaliação da *validade* ou da *correção* de determinada norma. Por isso, os discursos jusnaturalistas se baseiam na duplicidade de dimensões jurídicas (o direito natural e o direito positivo) e na superioridade de uma dimensão sobre a outra (o direito natural superior ao positivo).

De modo geral, também podemos dizer que os positivistas almejam constituir uma linha de estudos jurídicos pautada na observação de fatos constitutivos do fenômeno jurídico, sem que para tanto seja necessário recorrer a referências de algum tipo de direito natural (a critérios metafísicos de validade ou correção). Posta com outras palavras, a missão positivista é caracterizar o direito sem as mistificações jusnaturalistas, com vistas à construção do conhecimento científico sobre o direito – se os autores alinhados com o positivismo conseguiram ou não se libertar das amarras metafísicas é outra história.

Os realistas escandinavos, como mencionado anteriormente, constituíram uma escola de pensamento jurídico pertencente ao âmbito positivista, embora eles mesmos tenham sido críticos de outros autores identificados com o positivismo. Suas obras traduzem um esforço teórico muito peculiar, consistente na caracterização do direito como um fenômeno psicológico e social, que foi apresentado por meio da metáfora da *máquina*

social do direito. De acordo com o que será exposto nos quatro capítulos deste trabalho, a base epistemológica do esforço realista pode ser denominada naturalismo ontológico, que é o entendimento de que somente é realmente existente aquilo que compõe a estrutura do universo (fatos observáveis pelas diferentes ciências). Nota-se, então, que os elementos que formariam algum tipo de direito natural são rejeitados no esquema existencial do realismo escandinavo, que é tendente a um tipo de niilismo, em razão de sua negação de qualquer base axiológica verdadeira apta a guiar um sistema normativo.

No Brasil, o realismo escandinavo não ocupa uma posição de destaque nos estudos jurídicos – talvez isso também seja verdade em boa parte do mundo. No entanto, dizer que a corrente teórica em questão foi esquecida seria um exagero. É mais adequado afirmar que ela é marginalizada, ficando à sombra dos estudos e das pesquisas sobre outras correntes teóricas dos séculos XX e XXI, como o positivismo de Herbert Hart ou o pós-positivismo (neoconstitucionalismo) de Ronald Dworkin. Admitindo-se esse cenário, é preciso enfrentar as seguintes questões: por que estudar o realismo jurídico escandinavo? A sua marginalização não seria um indício de fracasso, o resultado de uma espécie de “seleção natural” que proporciona a sobrevivência das correntes de pensamento mais úteis ao enfrentamento de perguntas teóricas e filosóficas de cada época?

No que concerne à primeira questão, a marginalização do realismo jurídico escandinavo nos debates teóricos contemporâneos é a razão para a produção deste estudo. Com isso, não se pretende afirmar que não há pesquisas relevantes sobre o tema, mas tão somente que essas não são numerosas, o que talvez se deva ao fato de que, geralmente, o realismo jurídico escandinavo não é detidamente abordado durante o ensino do direito. Por isso, uma pesquisa sobre as ideias realistas se mostrou uma oportunidade de investigação de um terreno relativamente pouco explorado no qual alguns objetos valiosos poderiam ser encontrados.

Tendo em consideração a segunda questão, a utilidade ou a inutilidade atual do realismo escandinavo poderá ser afirmada por eventuais leitores e leitoras deste trabalho. Ainda assim, saliente-se que pode ser problemático dizer que teorias filosóficas foram superadas ou não são mais relevantes atualmente. Isso porque teorias são lentes através das quais optamos por ver certos elementos do mundo. Algumas dessas lentes podem ser menos utilizadas e talvez haja bons motivos para o seu pouco uso. Porém, isso não implica a *superação* de uma teoria e não impede que estudos contemporâneos sobre ela sejam desenvolvidos. As minhas considerações finais consistem em uma avaliação que somente

foi possível após a imersão nas leituras dos textos dos realistas, mas eu não tenho a ambição de propor uma verdade última sobre o tema. A minha maior expectativa é a de que esta dissertação auxilie leitoras e leitores na compreensão do realismo, o que possibilitará a produção de juízos embasados sobre o lugar que essa escola (não) tem atualmente.

A pergunta que orientou a redação dos próximos capítulos foi: “Quais as contribuições que o realismo jurídico escandinavo pode oferecer aos debates teóricos contemporâneos?”. Com isso, o objeto das minhas investigações é o realismo escandinavo, que é aqui entendido como uma escola (um movimento). O modo de levar adiante tais investigações foi estudar a parte teórico-filosófica das obras dos quatro grandes realistas: Hägerström, Lundstedt, Olivecrona e Ross. Para tanto, o método de trabalho empregado foi a revisão bibliográfica. Por isso, não se deve entender a mera reprodução reformulada do que foi escrito pelos autores, nem a simples glosa dos textos que foram lidos para a produção destas páginas. A revisão bibliográfica é um esforço para a compreensão de ideias. Nesse sentido, os argumentos dos autores concernentes ao fenômeno psicossocial do direito são reconstruídos, isto é, apresentados por meio do esforço de compreender a lógica interna das ideias propostas pelos realistas. Esse exercício me permitiu expor o fluxo do movimento realista, bem como me proporcionou a identificação de pontos que podem ser considerados problemáticos na Escola de Uppsala.

O leitor ou a leitora encontrará a seguir o resultado desse esforço de compreensão, que consistiu na leitura e na reflexão sobre as principais obras teórico-filosóficas dos realistas escandinavos (os livros e os artigos nos quais aqueles autores expuseram e reformularam as suas teorias). Em cada capítulo, as obras-chave para a formação do realismo jurídico escandinavo são apresentadas e servem como base para a constituição progressiva de um retrato do movimento. Foi com vistas a esse objetivo que este trabalho se beneficiou de um recorte temático, que, para fins metodológicos, deve ser explicitado: somente as obras de caráter teórico-filosófico compõem as fontes para esta pesquisa. Desse modo, pretendo deixar claro que não levei em consideração a totalidade dos escritos dos quatro autores mencionados, porque nem todos os seus trabalhos dizem respeito ao realismo jurídico escandinavo. No que concerne aos escritos dos próprios autores, somente versões em inglês, espanhol, e francês foram utilizadas. Isso se deve à minha falta de conhecimento do sueco, dinamarquês e alemão, que foram idiomas empregados pelos autores em alguns de seus escritos – outros foram produzidos em inglês. Com isso, nem

sempre a leitura de textos originais foi possível, sendo o caso de se reconhecer que isso não é o ideal. Ainda assim, a utilização de traduções não comprometeu o aludido esforço de compreensão de ideias, que também contemplou a literatura de apoio – livros, artigos e teses sobre o realismo jurídico escandinavo. Também aproveitei esta passagem sobre a seleção de fontes para a pesquisa para apresentar minha explicação sobre a ausência de uma abordagem detida sobre a Escola de Gênova, que repercutiu as ideias elaboradas pelos realistas escandinavos: a tarefa de compreender a Escola de Uppsala implicou o estudo de um número considerável de obras, o que foi suficientemente desafiador e impediu a incursão no pensamento de outros autores e autoras relevantes na produção da teoria realista. Por essa razão, a contribuição italiana para o realismo jurídico não foi abordada neste trabalho, embora, pela sua relevância, constitua um importante objeto para futuras investigações e componha a bibliografia consultada.

Ainda com relação à pergunta desta pesquisa, é preciso esclarecer o que se entende por “debates teóricos contemporâneos”. Com essa expressão, pretendo abarcar o conjunto de produções acadêmicas (pesquisas, cursos, eventos para discussões organizados em faculdades) voltadas para temas pertencentes à teoria ou à filosofia do direito. Nesse sentido, ao expor o desenvolvimento da Escola de Uppsala, este trabalho buscou apontar quais as possíveis contribuições para a *agenda* de pesquisas no ramo da filosofia e da teoria geral do direito, bem como indicar razões pelas quais o ensino do direito pode se beneficiar do realismo escandinavo. Assim, a questão orientadora desta dissertação também pode ser apresentada na seguinte forma: “Atualmente, por que estudar realismo jurídico escandinavo no contexto da teoria e da filosofia do direito?”.

Este trabalho foi organizado em quatro partes, além das considerações finais. Cada uma delas é dedicada ao pensamento de um realista escandinavo, que constitui uma parcela do conjunto das propostas teóricas formadoras da Escola de Uppsala. Apesar de esse conjunto não ser desprovido de divergências e contradições, é possível dizer que ele possui um núcleo duro, que une os quatro autores: o compromisso com a cruzada contra a metafísica nos estudos jurídicos e com a descrição teórica do fenômeno jurídico, que é traduzido pela metáfora da máquina social do direito.

Feitas as considerações introdutórias, desejo aos potenciais adeptos ou críticos do realismo jurídico escandinavo uma boa leitura.

CAPÍTULO I: O pensamento de Axel Hägerström e um lugar para a psicologia nos estudos teóricos sobre o direito

*Tu, místico, vês uma significação em todas as cousas.
Para ti tudo tem um sentido velado.
Há uma cousa oculta em cada cousa que vês.
O que vês, vê-lo sempre para veres outra coisa.*

*Para mim graças a ter olhos só para ver,
Eu vejo ausência de significação em todas as cousas;
Vejo-o e amo-me, porque ser uma coisa é não significar nada.
Ser uma cousa é não ser susceptível de interpretação.*

Alberto Caeiro (Fernando Pessoa), *Poemas Inconjuntos*

Praeterea censeo metaphysicam esse delendam.

Axel Hägerström, *Philosophy and Religion*

1. Algumas notas biográficas sobre Axel Hägerström

Axel Anders Theodor Hägerström (1868-1939) foi o primeiro filho de Karl Frederik Theodor Hägerström com Augusta Maria Skarin, sua segunda esposa. Karl Theodor era um fervoroso pregador da escola luterana ortodoxa, tendo dado ao filho uma educação cristã, esperando que ele estudasse teologia e se tornasse também um pregador, seguindo a tradição em sua família (BJARUP, 1982, p. 3-5; MINDUS, 2009, p. 9).

No entanto, Axel optou, em 1887, por abandonar a teologia em prol dos estudos filosóficos, seguindo o que julgou ser a sua real vocação, pois, a somar seu interesse pela filosofia, entendia ainda que lhe faltava aptidão para exercer as funções de um pastor. Outro fator apontado como operante na escolha de Hägerström foi o desejo de se libertar da intensa influência religiosa que imperava no seio de sua família, principalmente do forte dogmatismo protestante de seu pai (MINDUS, 2009, p. 10-11). A decisão não foi bem recebida pela família, mas o futuro pai do realismo jurídico insistiu em continuar o trajeto que o levaria a ser professor de Filosofia em Uppsala (BJARUP, 1982, p. 10-11). Futuramente, Hägerström abandonaria sua fé protestante e tornar-se-ia ateu (BJARUP, 1982, p. 35).

Jes Bjarup (1982, p. 25) aponta que a missão de Hägerström era similar àquela de Spinoza no que diz respeito à intenção de ensinar um modo de pensar realístico e racional, sem as amarras de preconceitos morais ou religiosos. Como será demonstrado adiante, essa missão, quando contextualizada no âmbito dos estudos jurídicos, concretiza-se em obras que denunciam o jusnaturalismo, buscando eliminar qualquer idealismo na formação de uma ciência do direito¹.

Mas a rejeição ao idealismo não dominou o pensamento de Hägerström desde o começo do desenvolvimento de sua filosofia. Inicialmente, os seus estudos na Universidade de Uppsala foram influenciados pelo pensamento de Christopher Jacob Boström (1797-1866), um professor de filosofia cujas ideias consistiam em uma forma de racionalismo que fundava todo conhecimento apartado de considerações empíricas (MINDUS, 2009, p. 16-17), o que pode ser surpreendente, dada a fama de fundador do realismo escandinavo gozada por Hägerström. Por outro lado, é compreensível que um pensador tenha diferentes etapas em seu desenvolvimento acadêmico, e não há razões conhecidas para ter sido diferente com o filósofo abordado neste capítulo.

Hägerström obteve o título de doutor em 1893, com uma tese sobre a ética em Aristóteles, orientado por Erik Olof Burman (1845-1929) (MINDUS, 2009, p. 15 e 19). Nos anos seguintes, ele buscou uma vaga para lecionar em Uppsala, tendo sido rejeitado pela comissão avaliadora, que preferiu o próprio Burman para a cadeira de filosofia prática, algo que demorou a ser digerido pelo relutante jovem Hägerström (MINDUS, 2009, p. 21-24).

Patricia Mindus (2009, p. 24-29) destaca a dificuldade de determinar o exato período em que Hägerström se converteu do idealismo que imperava na Suécia do século XIX ao realismo, que caracterizaria o seu trabalho no âmbito da filosofia do direito. Mindus aduz ser melhor buscar entender o percurso acadêmico de Hägerström não como um trajeto pontuado por uma ruptura (a conversão do idealismo ao realismo), mas sim como um caminho no qual foi necessário que o jovem Hägerström amadurecesse as suas ideias antes de se consolidar como o pai do realismo escandinavo (MINDUS, 2009, p. 29).

Com o tempo, Hägerström desenvolveu uma linha de pensamento que foi atrelada por alguns autores ao que se convencionou denominar “teoria do erro” (*error theory*): ele teria postulado a inexistência de fatos morais e de um verdadeiro conhecimento moral e,

¹ Para mais detalhes biográficos de Axel Hägerström, recomenda-se a leitura da tese *Reason, Emotion and the Law: Studies in the philosophy of Axel Hägerström*, de Jes Bjarup (1982), principalmente do primeiro capítulo. Outra obra muito útil àquelas pessoas interessadas na vida do filósofo sueco foi a produzida por Patricia Mindus (2009).

com isso, juízos morais seriam sempre falsos (SPAANK, 2014, p. 50-52 e 89)². Ele também é classificado como um naturalista no sentido ontológico, o que significa que sua filosofia somente abarca a existência de entidades e propriedades que possam ser estudadas pelas ciências naturais ou sociais, fazendo com que a realidade seja resumida àquilo que compõe a estrutura do espaço-tempo (SPAANK, 2014, p. 72-73).

Esses e outros pontos são detidamente abordados nos tópicos seguintes deste capítulo, mas já é possível antever uma característica marcante do pensamento do autor sueco: não há espaço para elementos apriorísticos na filosofia mais madura de Hägerström. O jusnaturalismo era visto por ele como algo lesivo à compreensão dos fenômenos jurídicos, uma fonte de ilusões que havia se tornado um obstáculo para as investigações sobre a natureza do direito. Por isso, Hägerström se dedicou a identificar traços jusnaturalistas em teorias jurídicas de seu tempo, denunciando-as como erros a serem percebidos e eliminados. Suas denúncias assumiram diferentes formas, como a rejeição à ideia da vontade como fonte do direito e a negação de uma esfera da realidade jurídica caracterizada pelo *dever-ser*.

Por outro lado, os esforços do filósofo não foram destinados unicamente à destruição de idealismos. O vácuo deixado pela recusa de qualquer jusnaturalismo foi preenchido por uma interessante ideia: o direito como máquina social. Mas antes de essa concepção sobre o fenômeno jurídico na sociedade ser propriamente apresentada, é necessário abordar os principais pontos do pensamento de Hägerström, de modo que possibilite a construção de um caminho que nos leve até o objetivo deste capítulo: identificar as contribuições do realismo psicológico de Hägerström para os estudos contemporâneos da teoria do direito.

2. Ceticismo: o niilismo axiológico e a teoria do erro (da falsidade) em Axel Hägerström

O primeiro ponto da filosofia de Hägerström a ser tratado a fim de delinear as suas contribuições para a teoria do direito atual consiste na (não) adesão do autor àquilo que se convencionou chamar de teoria do erro (da falsidade). Esse início de trajeto não é

² Spaak (2014, p. 52) coloca em dúvida a correção da classificação do pensamento de Hägerström, no campo moral, como teoria do erro (*error theory*). Adiante, um tópico será dedicado a tal ponto da filosofia do autor sueco.

desarrazoado, pois se trata de uma escolha tendente a esclarecer um aspecto do realismo de Hägerström que permeia as suas proposições teóricas: o ceticismo moral.

Segundo Spaak (2014, p. 89-90), os adeptos da teoria da falsidade postulam que juízos morais consistem sempre em erros e, conseqüentemente, que toda a normatividade moral (o “certo” e o “errado” que guiam as nossas condutas e as nossas críticas) é uma ilusão. Se, por exemplo, eu dissesse que a solidariedade é, objetivamente, uma virtude que deve ser aprendida e praticada no dia a dia, um adepto da teoria da falsidade alegaria que eu estou enganado, porque não existe um fato moral cuja apreciação viabilize algum tipo de conhecimento necessário ao embasamento da minha afirmação³.

Um expoente da teoria do erro (da falsidade) foi o filósofo australiano John Mackie (1917-1981), que sustentava a inexistência de valores morais objetivos, isto é, constitutivos do tecido do universo. Segundo Mackie (1977, p. 59-63), palavras como “bom” e “corajosa” não indicam valores morais objetivos. Nesse sentido, posso dizer que votarei em determinada candidata em razão de sua coragem e, com isso, darei um significado claramente positivo à palavra “coragem”, mas sem que eu consiga dizer que aqueles atos que considero corajosos sejam, por si só, moralmente corretos e valiosos. Na visão de Mackie (1977, p. 63), trata-se somente de uma palavra que, embora empregada com um fim descritivo, também carrega uma carga considerável de subjetivismo (*egocentric commendation*), que pode ser compartilhado em uma comunidade a ponto de haver uma convenção estabelecida de que ter coragem é algo bom – além da possibilidade de haver mais de uma concepção vigente de “coragem” em uma comunidade, visto que uma conduta louvada por algumas pessoas como corajosa pode ser entendida por outras como criminosa, subversiva ou temerária (MACKIE, 1977, p. 238). Por isso, de acordo com Mackie (1977, p. 232), a moralidade, assim como o direito, seria algo fabricado pela humanidade, cujo conteúdo é contingente e alheio à estrutura do universo⁴.

Mas podemos dizer que Axel Hägerström era um adepto da teoria do erro (da falsidade)? A resposta correta parece ser “não” e “sim”, pois ela se condiciona a períodos e objetos diferentes da filosofia hägerströmiana.

Inicialmente, o pensamento de Hägerström (1964b, p. 92) foi caracterizado pelo niilismo axiológico, posicionamento filosófico segundo o qual juízos de valor (valorações) não seriam certos nem errados, ao contrário de julgamentos (proposições), que consistiriam

³ Para Hägerström, não há sequer conceitos morais, somente palavras utilizadas para designar sentimentos e emoções e para regular condutas de pessoas em sociedade (BJARUP, 2005, p. 4).

⁴ Mackie (1977, p. 233) estabelece a seguinte analogia: o objetivismo moral, no campo da ética, corresponde às doutrinas do direito natural, no campo jurídico.

em ideias por meio das quais expressaríamos asserções sobre a natureza de algo (PETERSSON, 2011, p. 56) – por exemplo, a Terra realiza os movimentos de translação e rotação. As valorações seriam resultados de um processo psicológico de associação entre uma ideia de um objeto e um sentimento, sendo que tal associação, ao aparentemente fundir a ideia do objeto e o sentimento, levaria ao engano consistente em atribuir certas qualidades a determinada coisa (PETERSSON, 2011, p. 57)⁵.

Referente a esse ponto um exemplo pode ser útil, tendo em vista o grau de abstração ao qual o pensamento de Hägerström pode nos levar. Núbia, ao receber dinheiro de Serena, percebe que finalmente poderá comprar alguma comida e matar a sua fome, o que a faz se sentir satisfeita (feliz, aliviada, contente) e, com isso, ela associa a ideia que tem de Serena ao sentimento de satisfação, concluindo que Serena é uma boa pessoa. Para Hägerström, a conclusão de Núbia, por ser fruto de uma associação entre uma ideia de um objeto (Serena) e um sentimento (satisfação por poder comer), não é verdadeira nem falsa, pois não é um julgamento (não é uma asserção sobre a natureza ou um estado de coisas que pode ser comprovado por meios científicos)⁶.

Mas esse posicionamento de Hägerström durou somente até 1911 e, a partir de 1912, ele passou a fazer importante distinção, que introduziu a teoria do erro em sua filosofia. Nessa distinção, as valorações primárias (diretas) continuaram sendo entendidas à luz do niilismo axiológico, ou seja, uma associação entre uma ideia e um sentimento, em um contexto em que temos uma relação direta com algum objeto – o exemplo de Núbia e Serena aqui se aplica (HÄGERSTRÖM, 1964a [1917], p. 111-116; PETERSSON, 2011, p. 59). Por outro lado, é possível que alguém tenha observado o ato de caridade de Serena, mas sem ter qualquer envolvimento direto com o ocorrido. Esse espectador pode refletir sobre o que viu e concluir que a caridade (atos tendentes a ajudar pessoas em situações difíceis) é o exercício de uma virtude e, portanto, algo que *deve ser* praticado por todas as pessoas. Com isso, o espectador, que não tem relação direta com o objeto, afirma que a caridade é algo bom. Esse tipo de juízo de valor corresponde à valoração secundária (indireta), que se apresenta como um julgamento, uma asserção sobre a natureza de alguma

⁵ Hägerström (1964b, p. 92) afirma que valorações morais são frequentemente tidas como verdadeiras ou falsas, porque é comum haver uma associação entre a ideia de uma obrigação e alguma autoridade moral. Por exemplo, uma pessoa pode acreditar que ela não deve cometer adultério em razão do mandamento cristão que proíbe tal ato. A obrigação (o dever) de não cometer adultério, nesse caso, estaria atrelada à autoridade de Deus, que assume o papel de um fator externo à consciência moral do indivíduo que busca não pecar.

⁶ Solon (2000, p. 58) discorre sobre a negação de uma dimensão moral objetiva por Hägerström: “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.”

coisa – dos atos de caridade, no exemplo aqui utilizado – e, por ter a forma de um julgamento, é passível de ser falso ou verdadeiro (PETERSSON, 2011, p. 59).

Hägerström negava a veracidade de qualquer valoração secundária em razão do naturalismo ontológico que caracteriza a sua filosofia (MINDUS, 2009, p. 86-89; SPAAK, 2014, p. 45-48). Dizer que o pensamento de Hägerström era guiado pelo naturalismo ontológico significa dizer que, para ele, toda a existência deve ser compreendida como a estrutura do espaço-tempo⁷. Nesse sentido, as valorações secundárias não teriam lugar na existência, pois não haveria fatos capazes de sustentar que um julgamento moral é verdadeiro. Aplica-se, desse modo, uma lógica disjuntiva: se há fatos alinhados com determinado julgamento (juízo), então tal julgamento é verdadeiro; se não há, então se trata de um juízo falso.

Salienta-se que a teoria do erro não se aplica às valorações primárias, já que estas não consistem em julgamentos, somente em expressões de sentimentos associadas à ideia de algum objeto. Também é importante ressaltar que as valorações secundárias são caracterizadas pela ausência de sentimento, no sentido de ausência de uma relação direta entre quem expressa o juízo de valor e o objeto ao qual ele se refere. Retomando o exemplo: Núbia tinha uma relação direta com o ato de Serena, enquanto o espectador anônimo não tinha tal relação e produziu um juízo com pretensões universalistas (a caridade é o exercício de uma virtude e deve ser praticada por todos).

Seja pela lente do niilismo axiológico, seja pela lente da teoria do erro, a filosofia de Hägerström é caracterizada pelo ceticismo moral, o que teve importantes consequências em seus trabalhos sobre a natureza do direito – especificamente na negação de qualquer jusnaturalismo⁸. Isso porque o corolário do ceticismo hägerströmiano consistente na afirmação de que não há conhecimento moral dotado de cientificidade, mas somente conhecimento científico *sobre* a moralidade (HÄGERSTRÖM, 1964b, p. 96), leva a relevantes questões da filosofia do direito: se valorações secundárias são sempre falsas, como sustentar que uma pessoa deve seguir as normas jurídicas vigentes em sua

⁷ Embora Axel Hägerström e John Mackie tenham desenvolvido trabalhos independentes, é possível afirmar que ambos concordariam no que se refere ao naturalismo ontológico, tendo em vista a base do pensamento de Mackie (1977, p. 15), para quem não há valores objetivos passíveis de identificação na composição do “tecido do mundo”, incluindo-se nessa negação os valores morais – bondade, por exemplo – e noções normativas, como “dever” e “obrigação”.

⁸ Salienta-se que Hägerström, ao propor a sua versão do ceticismo moral, não afirmou a necessidade de abandonar a moralidade que guia uma comunidade. Ele reconheceu (1964b, p. 93-95) a importância que a moralidade tem na preservação da vida social e na formação cultural das pessoas, destacando que o verdadeiro conhecimento da natureza da moral teria um efeito emancipador no modo como os membros de uma comunidade veem uns aos outros, propiciando melhor convívio.

comunidade? Além, como dizer que os indivíduos que cometem atos ilícitos estão errados? Como explicar o fato de que a maioria das pessoas procura não agir ilicitamente?

Hägerström procurou responder a questões como essas por meio da formulação de um peculiar conceito de direito. Os próximos tópicos deste capítulo são dedicadas a diferentes aspectos desse conceito.

3. A rejeição às teorias voluntaristas

Não é raro encontrar, em estudos teóricos, menções ao direito como fruto de alguma vontade. Nesse sentido, uma das formulações mais famosas é a de John Austin (1790-1859), para quem o direito é fruto dos comandos emanados do soberano de fato ou de um grupo de pessoas soberanas em uma comunidade política independente, na qual os súditos têm um hábito de obediência diante da vontade do soberano (AUSTIN, 1880, p. 82)⁹. No século passado, tornou-se célebre a crítica formulada por Herbert Hart (1907-1992) ao modelo de pensamento jurídico postulado por Austin. Hart (2011, p. 60-70) apontou que a teoria austiniana não era capaz de explicar a dinâmica no funcionamento de um sistema jurídico: como explicar, por exemplo, a persistência da “obediência” às normas postas pelo soberano mesmo após a sua morte? Esse e outros questionamentos foram utilizados para minar as bases do positivismo imperativista, que é fundamentado em supostos comandos e, portanto, na vontade de alguma pessoa. Mas, antes de Hart abrir um novo caminho para a filosofia jurídica com *O Conceito de Direito*, cuja primeira edição é datada de 1961, o filósofo Hägerström já havia analisado e afastado a validade científica de teorias voluntaristas como explicações para a natureza do fenômeno jurídico. Ainda assim, como veremos, traços desse tipo de pensamento continuam a existir no direito contemporâneo.

A razão para Hägerström ter estudado e descartado as teorias voluntaristas reside nos elementos de sua filosofia que foram expostos no item anterior deste capítulo, principalmente o niilismo axiológico (MINDUS, 2009, p. 110). A derivação de normas que devem ser obedecidas a partir de um conjunto de fatos – como os comandos emanados por um soberano austiniano – é, na visão do filósofo sueco, um grave erro no entendimento sobre a natureza do direito, um erro advindo de ilusões que jusnaturalismos criaram ao

⁹ A teoria de Austin é aqui mencionada somente para fim exemplificativo. Ao longo deste tópico as críticas de Hägerström à noção voluntarista do direito não devem ser entendidas como dirigidas especificamente a Austin, mas sim a qualquer teoria que derive o direito de alguma vontade.

longo de séculos. No contexto do realismo hägerströmiano, o direito deve ser explicado por meio da construção de uma teoria alicerçada em elementos que compõem a estrutura do universo. Desse modo, o funcionamento de uma comunidade orientada por um sistema jurídico deve ser explicado por meio da alusão a fatos. No entanto, para Hägerström, a vontade de um indivíduo ou de várias pessoas não constitui um fato que pode ser apontado corretamente como a gênese do direito. O filósofo, então, encarregou-se da missão de “mostrar como a força vinculante da lei, na verdade, advém de algo diferente de si mesma” (MINDUS, 2009, p. 113)¹⁰.

Um dos modos encontrados por Hägerström para atacar as teorias voluntaristas consiste na identificação da circularidade daquele pensamento. Para que a vontade de alguém seja considerada vinculante, deve haver algum critério que aponte aquele alguém como detentor de uma vontade vinculante. Esse critério seria, então, uma norma jurídica com a função de indicar um grupo de indivíduos ou o indivíduo apto a produzir normas (HÄGERSTRÖM, 1953b [1916], p. 28-29 e 32-35). Podemos imaginar o seguinte critério: aquela pessoa que conseguir impor, por meio da força, o seu domínio será o soberano político de fato da comunidade e, com isso, fará de sua vontade a lei. Através da lente hägerströmiana, o fato de alguém conseguir impor a sua força é o critério adotado para a definição da relevância político-jurídica da vontade de determinada pessoa. A circularidade pode ser traduzida na pergunta: o rei faz a lei ou a lei faz o rei (MINDUS, 2009, p. 114)?

No mesmo sentido, a vontade geral do povo é descartada como fonte do direito, visto que nem todos os indivíduos que compõem uma comunidade demandam a observância das regras jurídicas – a vasta maioria dos criminosos, por exemplo, não deseja (não tem a vontade de) sofrer as sanções previstas em leis penais –, além do fato de que nenhum indivíduo tem conhecimento adequado de todos os textos formadores do sistema jurídico e, portanto, ninguém é capaz de exigir a observância das normas jurídicas como um todo. A crítica de Hägerström, nesse ponto, é baseada na premissa de que parte relevante da população é alheia à configuração do sistema jurídico vigente e, por isso, sequer tem uma “vontade” direcionada àquele sistema – na verdade, em vez da vontade, verifica-se a indiferença à configuração do sistema jurídico como um todo. Ainda que se considerasse a vontade geral como uma exigência de respeito ao conjunto abstrato das normas que atendessem a requisitos formais¹¹, ter-se-ia somente uma ficção, não um fato

¹⁰ Tradução livre de parte do seguinte trecho: “[...] *the opportunity for Hägerström to show how the binding force of positive law actually comes from something other than itself*” (MINDUS, 2009, p. 113).

¹¹ Por exemplo, a aprovação por maioria absoluta em votação no Congresso.

(HÄGERSTRÖM, 1953b [1916], p. 21). Como apontado por Mindus (2009, p. 117), para Hägerström, o direito não é a vontade de todas as pessoas nem a vontade da maioria¹².

Ainda nesse sentido, uma vez que ficções não são bem-vindas em uma proposta realista de estudo teórico-jurídico, a vontade do Estado também é apontada por Hägerström como inadequada para explicar a origem e a natureza do direito, tendo em vista que o Estado é uma criação humana pertencente ao campo político-jurídico. Realisticamente, ao se falar no exercício do poder pelo Estado, não há nada além do fato de que algumas pessoas exercem algumas funções para as quais são tidas como competentes devido à observância de certas regras jurídicas (HÄGERSTRÖM, 1953b [1916], p. 18 e 37)¹³. Ressalta-se que o autor, com isso, não afirma que o poder político-jurídico se confunde com as pessoas que ocupam as posições para exercício de tal poder. Hägerström (1953b [1916], p. 34-35) reconhece que somente o despotismo puro funciona exclusivamente com base na força, sendo que mesmo as monarquias absolutistas abarcam regras jurídicas – as normas para sucessão ao trono, por exemplo.

¹² Isso pode nos levar a pensar sobre como o realismo psicológico de Hägerström se encaixaria em um debate sobre o Estado democrático de direito, cuja base (a vontade do povo) é descartada pelo filósofo como uma ficção que esconde a real natureza psicossocial do fenômeno jurídico na sociedade. Segundo Mindus (2009, p. 179-180), o niilismo axiológico de Hägerström fez com que algumas pessoas o relacionassem com posicionamentos antidemocráticos, como se o posicionamento do filósofo pudesse levar a uma crise moral. Em seu estudo, a autora nota que a concepção de direitos como superstições amplamente difundidas na sociedade foram fatores que alimentaram a ideia de que Hägerström não teria apreço pela democracia (MINDUS, 2009, p. 186-195). Além disso, os estudos da obra de Marx empreendidos pelo filósofo teriam sido outra causa para a referida impressão sobre o seu posicionamento político – destaca-se que Hägerström discordava das propostas pautadas em revolução, o que também lhe rendeu críticas de marxistas (MINDUS, 2009, p. 182-185). Porém, ainda segundo a autora (2009, p. 195-201), Hägerström pode ser considerado um representante de vanguarda cosmopolita, que se baseou em uma noção evolutiva do desenrolar da História, com especial apreço pela felicidade das pessoas que formam um conjunto social que não é limitado pelas fronteiras de países. Segundo Mindus (2009, p. 199), Hägerström foi um representante da socialdemocracia antes de ela ser a forma de governo na Suécia.

Pode-se questionar se um posicionamento político – qualquer que seja – não significaria uma contradição com o niilismo axiológico pregado por Hägerström. Depreende-se da exposição de Mindus sobre o tema – referenciada nesta nota de rodapé – que as opiniões políticas de Hägerström seriam pautadas em meios para se atingir a paz social, um meio de se garantir a continuidade funcional do convívio entre as pessoas. Não é o objetivo deste trabalho discutir se isso significa ou não uma contradição em face da filosofia hägerströmiana, mas parece ser um tema interessante para futuras pesquisas.

¹³ Um ponto interessante nas críticas de Hägerström dirigidas às teorias que, de alguma forma, baseiam-se em uma vontade estatal consiste na oposição a outro grande teórico do século XX: Hans Kelsen (1881-1973), para quem a existência da norma é a sua validade, algo análogo a um fato, mas não um fato em si mesmo. A norma seria, por sua vez, o produto de um ato de vontade do legislador (o produto de um fato), que é um ente competente para a atividade legislativa graças à prescrição de alguma regra jurídica. Desse modo, o direito governaria a si mesmo e dizer que uma norma é válida significaria que ela deve ser observada (KELSEN, 1981, p. 180-182).

Segundo Kelsen, as normas – e não os fatos – devem ser os objetos de investigação do cientista do direito (KELSEN, 1981, p. 182). Porém, a alusão a uma esfera do dever-ser, para Hägerström, denuncia o jusnaturalismo kelseniano, pois o dever de aplicar e respeitar as normas jurídicas teria bases metafísicas, que extrapolariam o mundo compreendido como os fatos que compõem a estrutura do espaço-tempo – aquele mundo passível de ser analisado através das lentes científicas (HÄGERSTRÖM, 1953a, p. 11; 1953b [1916], p. 51-55).

Ao criticar as teorias voluntaristas, Hägerström abriu o caminho para que dois de seus discípulos, Olivecrona e Ross, refletissem e propusessem respostas para a pergunta “quem veio primeiro: a autoridade ou a lei?”. Adiante, neste trabalho, a proposta de Ross será apresentada como a mais sofisticada e capaz de desenvolver significativamente o realismo psicológico. Por ora, é interessante notar que a negação da vontade (do soberano, da população em geral, do Estado ou qualquer outra) como fundamento e origem de um sistema normativo levou Hägerström a apresentar a sua tese sobre as razões para a manutenção de um sistema jurídico em uma sociedade.

Para o filósofo (1953b [1916], p. 39), a existência do ordenamento depende de uma mistura de fatores heterogêneos, como “sentimentos de justiça”, uma inclinação geral à adaptação às circunstâncias sociais, “medo da anarquia”, “interesses de classes”, o “costume de observar o que se conhece por direito” ou até mesmo a falta de organização entre aquelas pessoas descontentes com a situação social. No entanto, nenhum dos fatores que sustentam a existência do sistema normativo consiste em algum tipo de vontade – na verdade, pode-se dizer que muitos dos fatores sequer dependem da racionalidade humana. Hägerström (1953b [1916], p. 39-40) reconhece que uma parte considerável das pessoas que integram uma comunidade pode querer que o regramento social continue a existir, mas, mesmo assim, não é possível dizer que haveria uma unidade de desígnios naquele grupo, já que as diversas vontades, se consideradas individualmente, podem ser muito distintas entre si. Por exemplo, duas pessoas podem querer que as leis brasileiras sejam respeitadas e que criminosos sejam punidos. Lorena, pautada em uma noção de Estado Democrático de Direito, deseja que aqueles que cometam crimes sejam punidos conforme as normas previstas na Constituição, na lei penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, pois aquelas regras seriam suficientes para responder às condutas ilícitas. Já Lázaro, apoiado em um determinado sentimento de justiça, entende que o Congresso teria de realizar reformas constitucionais e legislativas em larga escala, com o objetivo de introduzir normas penais mais severas em nosso ordenamento. Tanto Lorena quanto Lázaro desejam o “combate” à criminalidade por meio da aplicação de normas penais produzidas por autoridades, mas não é possível dizer que ambos concordam nesse assunto.

Para Hägerström (1953b [1916], p. 41), a redução de alguma vontade da complexa interação entre fatores heterogêneos que sustentam um sistema normativo é uma tendência “antropomorfizante”, que acarreta a introdução de ficções em um campo que não lhes é próprio, o da ciência. Mas isso não impediu o autor de afirmar que o direito (o conjunto de

normas jurídicas) é a expressão de alguns interesses (HÄGERSTRÖM, 1953b [1916], p. 41). Para facilitar a compreensão dessa afirmação, observe o seguinte cenário. Um grupo de parlamentares aprova a liberação da compra e do uso de armas de fogo no país, mas somente após receber apoio financeiro de empresários da indústria bélica. Configurou-se, assim, a combinação de interesses que originaram as regras jurídicas sobre posse e utilização de armas. Contudo, não seria correto dizer que todas as pessoas que, após a promulgação da lei, compraram e passaram a portar armas de fogo compartilham aqueles interesses. Para Hägerström (1953b [1916], p. 41), o conjunto de fatores variados e heterogêneos sustenta o sistema normativo, mas não sustenta os interesses que originaram as normas¹⁴.

Nesse ponto, uma questão pode surgir: afinal de contas, por que Hägerström dedicou tanto tempo e tinta à crítica das teorias voluntaristas? Não teria sido mais fácil denunciar, rapidamente, o caráter fictício das supostas vontades que embasariam o sistema normativo, indicando a fatal circularidade à qual aquelas teorias levam? A resposta a essas questões é revelada nas últimas páginas de seu artigo intitulado “O direito positivo é uma expressão de vontade?” (“*Is positive law an expression of will?*”)¹⁵. Hägerström (1953b [1916], p. 42) reconhece que as teorias voluntaristas, embora cientificamente defeituosas, poderiam ser inofensivas – elas poderiam ser meros enganos de juristas sobre a natureza do fenômeno social em que consiste o regramento de nossas vidas. No entanto, além da inutilidade científica, as teorias baseadas na vontade trazem outro problema: a abertura para arbitrariedades na identificação de fontes de direito válidas em um caso concreto.

O autor notou que referências a alguma vontade (do povo, do Estado etc.) denotam o uso daquela vontade como critério para identificação do direito válido que deve ser aplicado em um caso concreto. Para tanto, ele se valeu do exemplo de um juiz que recorre ao costume e ao espírito do direito para decidir de maneira contrária ao que foi prescrito na lei (HÄGERSTRÖM, 1953b [1916], p. 41-43). Nesse caso, o julgador poderia se referir a algo como a vontade da sociedade para decidir de um modo que afronta o texto legal, sendo que aquela vontade teria o papel de ser um selo de legitimidade e de compatibilidade com o direito. Por outro lado, um crítico da decisão judicial poderia alegar que o juiz afrontou a vontade popular ao ignorar uma lei produzida em conformidade com os ditames constitucionais. Em tal cenário, qual seria a verdadeira vontade do “poder organizado da

¹⁴ Mindus (2009, p. 126) identificou certa influência de Marx no entendimento de Hägerström segundo o qual o direito é fruto de interesses.

¹⁵ HÄGERSTRÖM, 1953b [1916].

sociedade”? Para Hägerström (1953b [1916], p. 43), nenhuma, considerando que a vontade popular, do Estado ou de qualquer outra autoridade é apenas uma ficção, ela não pode ser utilizada como critério para identificar o direito válido em determinado caso. O autor ainda traz outro problema hipotético: mesmo que se considerasse que a lei contrariada pelo juiz fosse uma expressão da vontade da sociedade, como provar que, naquele caso concreto, a vontade não teria um sentido diferente, alinhado com a decisão judicial (HÄGERSTRÖM, 1953b [1916], p. 43)? A resposta do filósofo sueco pode soar repetitiva: não é possível produzir tal prova, porque a vontade em questão não existe.

Com isso, extrai-se das críticas de Hägerström não só a preocupação filosófica voltada para o estabelecimento de uma ciência orientada pelo naturalismo ontológico, mas também a preocupação com uma construção teórica coerente sobre fontes do direito e funcionamento do sistema normativo em uma comunidade. Nesse ponto, o filósofo contribuiu de modo relevante para a teoria do direito, com uma proposta inovadora de entendimento do fenômeno social jurídico. Essa proposta se manifesta no pensamento de Hägerström sobre os conceitos de direito e dever, abordado no item a seguir.

4. Direitos subjetivos e deveres, segundo Hägerström

Tendo em vista o que foi exposto até este ponto, talvez não seja surpreendente Hägerström ter estendido o seu naturalismo ontológico à análise dos conceitos de direito subjetivo e dever jurídico. Para ele, não havia direito ou dever que correspondesse a um fato, embora houvesse muitas tentativas de estabelecer essa conexão entre o mundo jurídico idealista e o mundo empírico (SPAARK, 2014, p. 61).

Assim como no combate às teorias voluntaristas, as críticas de Hägerström aos conceitos jurídicos de direito subjetivo e dever assumiram várias formas. A concepção de um direito à propriedade supostamente identificável por meio da proteção estatal (um fato) foi afastada pelo filósofo, que identificou novamente certa circularidade em tal proposta, posto que a mobilização estatal dependeria de noção prévia de direito à propriedade. Ademais, o Estado somente entra em cena quando aquilo que se chama direito à propriedade já foi lesado ou ameaçado de alguma forma. Portanto, a atuação estatal pressupõe a noção de direito, não vice-versa (HÄGERSTRÖM, 1953a [1927], p. 2).

Hägerström também mencionou o argumento de que somente o titular de um direito de propriedade agiria legitimamente ao utilizar o objeto sobre o qual o direito recai,

enquanto todas as outras pessoas agiriam de maneira errada (ilegítima) se o utilizassem (HÄGERSTRÖM, 1953a [1927], p. 4-5). Esse tipo de juízo dependeria de uma valoração moral e, como já foi frisado, a filosofia hägerströmiana não contempla a possibilidade de um verdadeiro conhecimento moral, sendo que juízos de valor que objetivem comunicar uma verdade são erros (teoria da falsidade) ou meras expressões de sentimentos (niilismo axiológico) – por exemplo, aos olhos do filósofo, afirmar que aquele que comete turbacão, age de maneira errada (ilegítima), não é capaz de expressar uma verdade¹⁶. Além disso, segundo Hägerström, partindo da premissa de que atentados contra aquilo que se chama “propriedade” permitem mobilização estatal – por exemplo, um processo judicial –, não seria possível sustentar que do suposto fato apreendido por meio de valorações morais decorreria tal proteccão (HÄGERSTRÖM, 1953a [1927], p. 5). Em outras palavras, não é possível extrair um direito subjetivo (um poder exclusivo sobre um objeto, por exemplo) do fato de que um grupo de pessoas compartilha o juízo segundo o qual somente o titular de um direito pode dele usufruir.

Seguindo a rejeição de vinculacão entre supostos direitos subjetivos e fatos, Hägerström elaborou uma proposta exótica, originada em seus estudos sobre o direito romano. Ele passou a postular a existênciade uma crença na sociedade de que ter um direito significaria ter uma espécie de poder sobrenatural. Nesse sentido, direitos seriam tidos como forças reais, existentes em uma dimensão à parte do mundo natural¹⁷. O papel da legislaçãoe das decisões judiciais seria somente liberar essas forças em nosso mundo, como ritos desencadeadores (HÄGERSTRÖM, 1953a [1927], p. 5-6). Assim, a atribuicão de direitos a alguém, nos dias de hoje, seria análoga¹⁸ àquela atribuicão feita pelo antigo direito romano em prol da pessoa que pronunciasse certas fórmulas, passando a ter, com isso, um poder sobrenatural sobre uma coisa ou sobre outra pessoa¹⁹. Mesmo nos dias de Hägerström, a titularidade de um direito seria, na prática, encarada como uma força misteriosa, pertencente a um mundo diferente daquele da natureza e capaz de transformá-lo (HÄGERSTRÖM, 1953a [1927], p. 5). As transformaçõesaconteceriam, por exemplo, sempre que duas pessoas celebrassem um contrato de prestaçãode serviço, constituindo, de

¹⁶ A única maneira de sustentar que um turbador age erroneamente é no sentido de que ele age em desconformidade com a lei, mas isso não pressupõe nenhuma verdade moral segundo a filosofia de Hägerström.

¹⁷ Entenda-se por natural aquilo que é passível de ser estudado pelas ciências como biologia, química e física.

¹⁸ Salienta-se que Hägerström não sustentava que as pessoas, ao tratarem de assuntos jurídicos, realmente acreditam em mágica.

¹⁹ “Na Roma Antiga – como em outros povos primitivos – via-se o ato de legislar como a criaçãodireta, pelo poder mágico das palavras, de determinadas realidades [...]” (SOLON, 2000, p. 21).

um lado, uma obrigação personalíssima e, de outro lado, um direito subjetivo a ver a prestação cumprida. Nesse sentido, haveria uma espécie de força mágica ligando o contratante ao contratado, que se vê obrigado a atuar de determinada forma – a produzir e entregar uma estátua de Sócrates até o Natal, por exemplo.

A tarefa assumida por Hägerström foi, primeiro, demonstrar a existência do comportamento social consistente em considerar, na prática, um direito como uma força misteriosa apta a gerar controle sobre algo ou alguém. Em segundo lugar, demonstrar como as tentativas de teóricos e cientistas do direito de descobrir os fatos correspondentes às forças misteriosas são inúteis, pois tais fatos inexistiriam. E, por fim, explicar como surgem e o que são as ideias de direitos subjetivos e deveres jurídicos, de um ponto de vista filosófico comprometido com a ciência.

A primeira etapa da tarefa consistiu na já aludida comparação do raciocínio jurídico contemporâneo com aquele existente ao tempo do direito romano. A segunda etapa foi o enfrentamento de teorias voluntaristas. A terceira etapa será abordada a seguir.

Para entender como surge e em que se consiste o fenômeno social concernente à atribuição de direitos e deveres, é necessário retornar a uma ideia já abordada no item anterior: o comando. Para Hägerström (1964a [1917], p. 97 e 105), um comando tem como objetivo provocar determinada conduta por parte da pessoa comandada (receptora), sem que haja, nesse processo, apelo ao sistema de valores da receptora. Um comando tem a capacidade de gerar um sentimento de impulso conativo, hábil a gerar ações em conformidade com o conteúdo daquele comando, sem que a razão para a realização de tais ações seja o temor de sanções ou certa consonância com o sistema de valores morais que a pessoa receptora porventura tenha. Conforme exposto no item anterior, um comando, entendido como a expressão da vontade de um emissor (soberano político de fato, congresso nacional etc.), não explica a existência do fenômeno social consistente na observância de um sistema de normas jurídicas. Mas isso não significa que comandos não tenham algum espaço na teoria de Hägerström.

No realismo psicológico do filósofo sueco, a ideia de dever é apresentada de forma vinculada à ideia de comando – a palavra utilizada por Hägerström (1964a [1917], p. 106) para designar tal vinculação é “parentesco”²⁰. Segundo o autor, os estados mentais de uma pessoa que recebe um comando e de outra pessoa que acredita ter um dever são muito similares, pois tendem a gerar uma ação em conformidade com o comando ou com o dever

²⁰ *Kinship*, na tradução para a língua inglesa utilizada neste trabalho.

– a ação em questão é vista como necessária. Contudo, parentesco não significa identidade, e a característica distintiva do sentimento de dever apresentada por Hägerstrom (1964a [1917], p. 111) é a crença de que o dever é algo real, algo decorrente da já mencionada associação entre um sentimento conativo e uma ideia de conduta – como se a conduta fosse realmente necessária na esfera do dever-ser. Frases construídas no presente do indicativo, como “é meu dever ajudar aquele senhor a atravessar a rua” e “eu tenho a obrigação de pagar a minha dívida” são exemplos do modo da referida associação, cujo produto é a consciência de uma conduta-modelo que, ao ser executada, reproduz em nosso mundo a real exigência existente no plano do dever-ser²¹. No entanto, ao distinguirmos o sentimento de dever do próprio dever, verificamos que este último é vazio, no sentido de que o substantivo “dever”, embora utilizado em frases construídas no presente do indicativo, não se revela uma entidade pertencente ao nosso mundo real (à estrutura do espaço-tempo) (HÄGERSTRÖM, 1964a [1917], p. 112 e 120-121)²².

Há, ainda, outra característica distintiva do sentimento de dever em relação ao comando: o surgimento da ideia de correção de uma conduta graças à sua coadunação com uma norma que determina o sentimento de obrigatoriedade (HÄGERSTRÖM, 1964a [1917], p. 121). Mas tal ideia significaria um apego a alguma norma moral e, como já mencionado, o sentimento de dever, segundo Hägerström, é desprovido de valorações desse tipo. Por outro lado, o próprio filósofo afirmou (1964a [1917], p. 137): “nós devemos notar que é a mera suposição [a aceitação] de uma norma moral que faz surgir em nós o sentimento de dever”²³. Ainda assim, restaria a questão: em que consiste a aceitação de uma norma moral? Realmente, os ensinamentos de Hägerström (1964a [1917], p. 121-139) sobre esse ponto são espinhosos, pois a relação entre a moralidade e o sentimento de dever – que é desprovido de valorações morais – não é apresentada claramente. O filósofo (1964a [1917], p. 137) afirma que o “estado de consciência” presente na mente daquele que aceita um regramento moral é, também, um sentimento conativo. Contudo, isso leva a uma repetição de questões: para a pergunta “o que está por trás do surgimento do sentimento de dever?”, a resposta é “a aceitação de uma norma moral”, mas o que está por

²¹ “O que subjaz à sentença “este é meu dever” é apenas a associação de um sentimento de impulso conativo com a ideia de ação. Não é um juízo. Mas a expressão verbal desta associação sendo uma sentença na forma indicativa, normalmente usada para comunicar experiências sobre a realidade, induz a essa crença errônea” (SOLON, 2000, p. 59).

²² O vazio referencial de palavras-chave na moralidade e no direito ainda seria mais explorado por Ross (1957) em seu artigo “Tû-Tû”, como será visto no capítulo dedicado ao jurista dinamarquês.

²³ Tradução livre do seguinte trecho: “*Now we must notice that it is just the assumption of a moral norm which arouses in us the feeling of duty.*”

trás da aceitação de uma norma moral? Em outras palavras, o que nos faz aceitar um regramento desse tipo? A solução encontrada por Hägerström é complexa e, mais uma vez, um exemplo pode ser útil.

Uma motorista, ao ver que uma guarda de trânsito faz um sinal com a mão para que ela pare o carro, entende que a ação demandada (comandada) não somente é seu dever, mas também é correta. A realização da conduta não depende de uma valoração feita à luz do sistema moral pessoal da motorista – na verdade, ela poderia experimentar esse sentimento de dever mesmo sendo uma anarquista que repudia qualquer tipo de organização estatal, inclusive o departamento de trânsito. Segundo Hägerström (1964a [1917], p. 137-138), esse tipo de conduta é fruto de um sentimento que se expressa em um enunciado como “eu devo (tenho de) parar o carro”, sendo que a sua formulação no modo indicativo denota uma realidade, ou seja, denota a ideia de um dever realmente existente, que se distingue do sentimento de dever. Por isso, o estado de consciência que reflete a aceitação de uma norma é, além de um sentimento conativo, um juízo normativo que pode ser traduzido em uma frase como “esta ação é meu dever”. Esse enunciado, assim como o comando do guarda de trânsito, carrega um poder simbólico, isto é, implica em uma imagem que demanda reverência (obediência, concordância, observância). É nesse sentido que Hägerström (1964a [1917], p. 137) afirma que o conteúdo do juízo normativo coincide com o predicado de uma frase como “essa ação é meu dever”, pois este enunciado traz consigo uma imagem que demanda reverência. O filósofo (1964a [1917], p. 136) exemplifica esse tipo de reverência com o louvor à bandeira nacional: ao honrarmos aquele símbolo, não estamos honrando o pedaço de tecido e as cores com as quais ele foi tingido, mas sim aquilo que ele representa e que nos é estimado.

Nesse sentido, é possível, segundo o pensador sueco, que comandos desempenhem um importante papel na vida jurídica de uma sociedade, contanto que a expressão de comando seja tomada como uma “real propriedade do sistema de conduta” (HÄGERSTRÖM, 1953d [1917], p. 193). O que se depreende dessa ressalva feita por Hägerström é que, embora o comando entendido como uma manifestação de vontade não seja suficiente para explicar a origem e o caráter obrigatório de um sistema jurídico, é perfeitamente possível que, no contexto de uma comunidade orientada por normas jurídicas, haja a crença (a ideologia) de que uma ou algumas autoridades ordenam certas

condutas²⁴ – em nossa sociedade, como no exemplo anterior, determinado sinal com a mão feito por uma policial significa um comando para que paremos o carro²⁵. Para que isso ocorra, é necessário que autoridades se firmem em uma sociedade, efetiva e uniformemente, de modo que seus comandos sejam tidos como reais propriedades do sistema de condutas a serem seguidas, levando ao sentimento conativo de dever (HÄGERSTRÖM, 1953d [1917], p. 196). Dessa forma, se um tirano for capaz de astutamente adaptar seus comandos às ideias correntes sobre o que é moralmente correto, eles (os comandos) serão recebidos como confirmações dotadas de autoridade de verdadeiros deveres e direitos metafísicos (HÄGERSTRÖM, 1953d [1917], p. 196).

Salienta-se que isso não significa que o direito se resumiria à vontade da autoridade, pois, como já foi exposto neste trabalho, Hägerström rejeitou teorias embasadas na vontade como modos válidos de estudar o direito, visto que elas seriam decorrentes de uma “construção ilógica derivante do uso impróprio da linguagem” (SOLON, 2000, p. 61-62). Por outro lado, o filósofo admite que as concepções do direito como um conjunto de comandos de uma autoridade superior e como um sistema de deveres objetivos possam ser operativas “na vida prática do direito quando em conexão com noções de justiça do senso comum” (SOLON, 2000, p. 62), ou seja, quando em conexão com ideias (sentimentos, emoções) que constituem a ideologia referente ao que seria correto ou incorreto do ponto de vista moral²⁶.

No ordenamento brasileiro contemporâneo, encontra-se o seguinte exemplo de busca pela adequação do sistema normativo às noções de justiça do senso comum. O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 prevê:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos,

²⁴ Trata-se da interpretação do exposto por Hägerström (1953d [1917], p. 192-196) sobre o estado mental de um receptor de comandos.

²⁵ Jeanine Nicolazzi Philippi (2001, p. 151), ao estabelecer uma leitura cruzada entre direito e psicanálise, afirma: “Razão e imaginação, *mito e lógica*, convergem, portanto, na identificação das faces da lei, da qual constituem instâncias distintas, mas não independentes” (destaque da autora). Nesse sentido, uma autoridade seria dotada de uma aura de legitimidade para determinar condutas, pois a conformidade com a ação comandada é vista como um dever das pessoas que constituem uma comunidade.

²⁶ “Assim, cremos haver conseguido explicar algo que a princípio parece paradoxal na visão escandinava: de um lado, a impossibilidade de conceber o direito como sistema de imperativos; de outro, a importância do dever objetivo, conquanto realidade imaginária, na vida do direito.” (SOLON, 2000, p. 62).

sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
FEDERATIVA DO BRASIL.

Nota-se, na abertura do texto constitucional, a utilização de palavras que têm alguma carga capaz de gerar sentimentos em quem porventura as leia: liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça. Há, além disso, menção à proteção de algum Deus, como se a ordem jurídica fosse instituída conforme desígnios divinos. O papel de todos esses elementos é gerar na receptora (a pessoa que tem contato com o texto) um sentimento de adequação a algum sentimento de justiça, ainda que esse sentimento varie de indivíduo para indivíduo, ou ainda que o significado atribuído às palavras citadas dependa de noções preexistentes nas mentes de diferentes intérpretes. Não obstante a vagueza do texto preambular, o seu objetivo é provocar um sentimento de dever, inclusive por meio da previsão de direitos que, por força da Constituição elaborada pelos representantes da “vontade popular”, devem ser respeitados²⁷.

Mas, enfim, o que é representado pelo enunciado “esta ação é meu dever”? Considerando amplamente os escritos de Hägerström, pode-se depreender que a resposta cientificamente correta é “nada”, pois não existe uma dimensão da natureza que abriga um dever com o qual as pessoas têm de se conformar em suas condutas. O poder simbólico (a “imagem”, segundo Hägerström) – do referido enunciado, de um sinal da guarda, de uma ordem da professora etc. – é capaz de causar o surgimento do sentimento conativo que nos leva a falar em deveres e obrigações (deveres)²⁸.

Com essa proposta, o pensador sueco procurou satisfazer a sua pretensão de eliminar do caminho científico os entraves idealistas inerentes aos jusnaturalismos, pois os sentimentos de compulsão podem ser objetos de estudo das ciências, por serem fatos. Considerando o que já foi dito sobre valorações primárias, trata-se de uma associação entre a ideia de um objeto (a constituição, a lei, os precedentes dos tribunais) e um sentimento de compulsão (de obrigatoriedade). Tal associação cria a ilusão de que o direito deve ser obedecido (é obrigatório). Com isso, se uma pessoa disser “eu tenho de obedecer à lei”, isso pode ser explicado, nos termos do realismo psicológico, como a manifestação de um sentimento camuflado pela ideia sobre um conjunto de normas que, por serem o que são

²⁷ Com isso, não se pretende excluir a possibilidade de que o próprio preâmbulo seja fruto de sentimentos de justiça de alguns dos constituintes. O texto não seria só um “provocador de emoções”, mas também um “produto de emoções”.

²⁸ Conforme será apresentado no item seguinte, dedicado à máquina social do direito, a formação da moralidade de uma comunidade é contingente e está intrinsecamente ligada às ações que os membros daquela comunidade consideram como deveres.

(normas jurídicas), devem ser respeitadas. Por outro lado, se um observador de uma comunidade regrada por um sistema jurídico que não tem envolvimento sentimental algum com aquela comunidade dissesse que os membros que ali convivem agem corretamente quando respeitam comandos que são compulsórios – ou seja, que não só são experimentados, como obrigatórios –, então o observador estaria emitindo falso julgamento.

Destaca-se que o fenômeno psicossocial descrito por Hägerström não se revela somente no campo estritamente moral, mas também no campo jurídico, pois, ao se falar em dever ou obrigação, pressupõe-se a existência de um direito, que, como visto, funciona como um poder sobre uma coisa ou uma pessoa. Em termos científicos, um direito subjetivo é, no contexto da filosofia hägerströmiana, definido pela existência de um fato jurídico (a celebração de um contrato, por exemplo), que desencadeia consequências jurídicas (a obrigação de fazer uma estátua de Sócrates). Assim, “o que define um direito é a existência de uma norma que conecta um fato jurídico a uma consequência jurídica” (LYLES, 2006, p. 451)²⁹. Com isso, Hägerström remete o estudo sobre direitos subjetivos ao sistema normativo consistente no corpo de normas que forma o direito positivo, desvinculando tal estudo de qualquer noção *a priori* sobre direitos e deveres e, por outro lado, localizando-o no território das contingências³⁰.

5. A máquina social

Até este ponto do trabalho, o pensamento de Hägerström foi apresentado como uma força de pretensões destrutivas perante a teoria do direito. Suas críticas às teorias voluntaristas e às concepções de direitos e deveres eram meios para o desmonte da racionalidade jusnaturalista que governava os estudos jurídicos. Entretanto, o trabalho do filósofo não pode ser apresentado somente como um esforço para obliterar o discurso pautado, consciente ou inconscientemente, no direito natural. Há também uma parte de sua obra dotada de caráter construtivo, como notado por Mindus (2009, p. 140). Essa parte já

²⁹ Tradução livre do trecho: “[...] *what defines a right is the existence of a legal norm connecting a legal fact to a legal consequence.*”

³⁰ “A relação entre pré-requisitos jurídicos e as suas consequências – que jusnaturalistas buscaram encontrar no poder de uma vontade sobrenatural (irreal) de se expressar no tempo e no espaço – pode ser facilmente encontrada nas normas que o jurista descobre nas fontes legais” (SANDSTRÖM, 2005, p. 337). Tradução livre do seguinte trecho: “*The relation between legal prerequisites and their consequences, that natural lawyers sought to find in the power of a supernatural – unreal – volition to express itself in time and space, can easily be found in the norms the jurist discovers in the legal sources.*”

foi mencionada neste trabalho: os fatores heterogêneos responsáveis pela existência do fenômeno psicossocial consistente no funcionamento de um sistema normativo. A soma de todos os fatores influentes na ordem social constitui uma máquina social, cujo funcionamento é alheio a vontades e a qualquer conceito que não se refira a um elemento da estrutura do espaço-tempo concebida nos termos do naturalismo ontológico.

Para compreender a proposta de Hägerström, primeiro, é necessário entender que ele não nega a existência do direito – ou, pelo menos, não nega a experiência vivida como submissão a um sistema normativo. Ao apresentar o direito como uma máquina social, o filósofo atribuiu aos seres humanos o papel das engrenagens (HÄGERSTRÖM, 1953c [1939], p. 354), no sentido de que a experiência jurídica vivida em comunidade tem como elementos sociais as pessoas que formam aquela comunidade. Nas palavras de Hägerström (1953c [1939], p. 352), para que essa máquina possa existir, há três requisitos que devem ser observados em uma comunidade: (i) instinto social, (ii) uma disposição moral positiva e (iii) o temor de coerção externa.

O instinto social (HÄGERSTRÖM, 1953c [1939], p. 350) consiste em inclinação geral para agir da maneira prevista nas regras jurídicas, independentemente de eventuais reflexões, possibilitando a convivência e a cooperação em uma comunidade. O autor compara esse tipo de comportamento àquele de animais, como formigas, que cooperam entre si instintivamente. Nesse ponto, o pensamento de Hägerström parece se orientar por algum tipo de evolucionismo, considerando a equiparação da humanidade com outras espécies. Nesse sentido, a cooperação e a convivência seriam os meios necessários para a preservação de nossas vidas. A diferença seria a de que animais somente são orientados pelo objetivo de sobrevivência e reprodução, enquanto seres humanos têm a capacidade de formular comportamentos amplamente reproduzidos por meio da criação de regras jurídicas. Dessa forma, o instinto social passa a se atrelar à lei³¹.

A disposição moral positiva (HÄGERSTRÖM, 1953c [1939], p. 351-352), por sua vez, só se torna um fenômeno possível graças ao instinto social, porque os membros da comunidade, orientados por um sentimento de dever, exercem pressão moral (reprovação, censura, submissão ao constrangimento) e jurídica (o ato de ajuizar uma ação de indenização em face de alguém, por exemplo) sobre aquelas pessoas que desrespeitaram as normas jurídicas. Salienta-se que a disposição moral positiva é essencialmente

³¹ Como será apresentado no próximo capítulo, Vilhelm Lundstedt se baseou na ideia de um instinto social para desenvolver uma ponte entre o direito e um objetivo: a consecução do bem-estar social, o que fez com que seu trabalho fosse identificado com o utilitarismo, uma correspondência sempre negada pelo próprio Lundstedt.

caracterizada por um sentimento de dever, isto é, por um sentimento segundo o qual fazer o que prescreve a lei significa fazer a coisa correta. Por isso, aqueles que agem ilicitamente devem ser objeto das pressões moral e jurídica, já que agiram de modo errado. Este talvez seja um dos pontos mais interessantes da filosofia de Hägerström, pois é possível notar claramente os efeitos de seu nihilismo axiológico e de sua versão da teoria do erro (da falsidade) na construção de um pensamento voltado para a substituição das teorias do direito atingidas pelo realismo psicológico³².

Por último, o temor de sofrer sanções devido à inobservância de normas é, segundo o filósofo (1953c [1939], p. 352), um fator essencial para a máquina social, pois a aplicação regular de punições reforçará a disposição moral positiva (o sentimento de dever). Ademais, a imposição constante e previsível de sanções faz com que a punição se apresente como uma consequência necessária do cometimento de um ato ilícito, isto é, a sanção será apresentada como consequência inevitável em razão do cometimento da ação proibida³³. Há, nesse sentido, uma naturalização da imposição de sanções jurídicas pelo “Estado”³⁴.

Nesse ponto, uma observação deve ser feita. A menção ao temor de uma sanção pode levar a uma interpretação de que a coerção é protagonista na experiência social do direito concebida por Hägerström. Max Lyles (2006, p. 383), por exemplo, afirma que o principal combustível da máquina social são as emoções e, dentre elas, o medo. No entanto, essa interpretação não é a correta. O próprio Hägerström (1953c [1939], p. 352) asseverou que tanto o receio da sanção quanto a disposição moral positiva pressupõem a existência de um instinto social, sendo que o temor da punição tem sua importância aumentada na seara penal. Porém, nota-se que, no contexto da proposta de Hägerström,

³² A ideia de uma disposição moral positiva é semelhante à ideia de um superego social, em razão da função que tal disposição desempenha em uma comunidade: a repressão de condutas tidas como erradas. Adiante, comparações entre a filosofia de Hägerström e o pensamento de Freud serão feitas mais detidamente.

³³ A importância da constância nas imposições de sanções também já era destacada por Jeremy Bentham (2005, p. 155-156), que postulava a necessidade da punição de criminosos como forma de prevenir futuros delitos em uma sociedade. Segundo Bentham, a falta de respostas penais às condutas delituosas acabaria minando as forças política e moral do direito penal. Assim, a ineficácia da lei penal revelar-se-ia em duas frentes: o esvaziamento da sanção em seu sentido político, isto é, em sua capacidade de prevenir crimes; e o esvaziamento no sentido moral, ou seja, no enfraquecimento da convicção compartilhada em uma comunidade segundo a qual alguns atos devem ser tratados com indignação (moralmente repudiados).

³⁴ Sigmund Freud (1996 [1913], p. 39-40), ao abordar o papel de certas proibições denominadas tabu em comunidades da Polinésia, constatou algo similar àquilo apontado por Hägerström, no tocante à percepção de uma consequência como sendo uma decorrência natural e necessária de determinado ato: “O que nos interessa, portanto, é certo número de proibições às quais esses povos primitivos estão sujeitos. Tudo é proibido, e eles não têm nenhuma ideia por quê e não lhes ocorre levantar a questão. Pelo contrário, submetem-se às proibições como se fossem coisa natural e estão convencidos de que qualquer violação terá automaticamente a mais severa punição.”

uma tentativa de explicar o fenômeno social consistente no funcionamento diário de normas pertencentes ao direito civil, ao direito comercial ou ao direito do trabalho não teria sucesso se supervalorizasse o papel do temor de uma sanção (de uma consequência jurídica indesejada). Nas palavras de Patricia Mindus (2009, p. 139), “Hägerström não é Hobbes”³⁵.

Reunidos os três fatores (instinto social, disposição moral positiva e temor da punição), estará montada a máquina social. Nota-se como o esforço de Hägerström para derrubar o discurso jusnaturalista e, em seu lugar, edificar uma ciência social capaz de analisar corretamente o comportamento normativo humano aproximou o filósofo do discurso juspositivista, especialmente com relação às intenções de identificar fatos relevantes para a constituição do direito e de excluir a necessidade de vinculação a alguma moralidade na teorização jurídica³⁶. Um modo de demonstrar como o comprometimento filosófico de Hägerström estava, de alguma forma, alinhado àquele dos juspositivistas, reside na parte de sua obra dedicada aos estudos do direito antigo, especialmente o romano. Para Hägerström, o direito romano não teria se formado em razão da existência de alguma vontade. Em seus estudos sobre a Roma Antiga, Hägerström aponta a existência de um direito positivo romano, que era conhecido e usualmente aplicado. Havia, no entanto, uma crença generalizada de que o direito era dotado de certo caráter sagrado e, por isso, acreditava-se que a força (o poder) das normas jurídicas emanava de divindades, sendo alheia à vontade de qualquer humano, fosse governante ou mero cidadão (HÄGERSTRÖM, 1953d [1917], p. 57). Com isso, Hägerström buscava demonstrar como fatos podem ser camuflados pelo jusnaturalismo (crenças religiosas, teorias voluntaristas, ficções ilusórias e antropomorfizantes), cabendo à ciência dissolver essa ilusão em prol do retrato da verdadeira natureza do fenômeno jurídico: uma máquina social movida por diferentes combustíveis combinados e diluídos nas mentes de suas inúmeras engrenagens.

Ao analisar a utilização da metáfora da máquina social do direito, Mindus (2014, p. 266) afirma que o apelo dessa figura se encaixa na pretensão de Hägerström de afirmar que tudo aquilo que é mecânico prescinde de magia para funcionar. Por outro lado, o símbolo

³⁵ Castignone (2008, p. 104-105) destacou o papel da força na teoria realista, mas também apontou que os próprios autores não resumiam suas ideias a um paralelo simplista entre direito e coerção ou coação. Adiante, com as exposições da teoria de Olivecrona e da relação simbiótica entre atitudes interessadas e desinteressadas estabelecida por Alf Ross, a importância da força na maquinaria jurídica será revisitada.

³⁶ Apesar da aproximação de Hägerström com relação ao positivismo, salienta-se que as críticas às teorias voluntaristas atingiram importantes vertentes juspositivistas, como o imperativismo austriaco e a teoria kelseniana. Para Olivecrona (1971, p. 56), Hägerström pode ser considerado um positivista, mas não no sentido tradicional, isto é, não no sentido voluntarista.

do realismo escandinavo hägerströmiano não se refere a uma criação humana em um sentido estrito – como um automóvel –, pois, na teoria realista, a irracionalidade tem um papel de relevo. Com isso, a origem de sistemas normativos seria uma consequência de necessidades de organização social, não um fruto engenhoso da criação humana voltada para determinado fim (MINDUS, 2014, p. 269-270).

Outra valiosa contribuição de Mindus (2014, p. 270-274) para os estudos do realismo escandinavo consiste no esclarecimento de que o uso da metáfora da máquina não significa que a teoria de Hägerström compreenda a aplicação de normas jurídicas como uma atividade puramente mecânica. Caso a imagem de uma máquina fosse empregada para retratar a atividade jurisdicional, por exemplo, teríamos um silogismo caricato: uma juíza aplicando uma regra jurídica diante de um fato que demanda aquela aplicação, sem que muita reflexão fosse necessária devido ao caráter eminentemente lógico da atividade judicial. Mas a máquina hägerströmiana não se refere unicamente à esfera jurisdicional, além de não desprezar a possibilidade de casos em que o mero silogismo é inútil. Na verdade, a imagem da máquina social busca retratar uma concepção mais ampla do funcionamento do sistema normativo. Por exemplo, a criação de novas regras jurídicas por meio da soma de votos de parlamentares ao fim do procedimento legislativo previsto na Constituição. Assim como o pisar no acelerador faz com que o automóvel entre em movimento, a decisão judicial produz certas consequências jurídicas.

Findo este item, os traços da máquina social estão delineados. Eles serão revisitados nos próximos capítulos sobre os estudos dos principais discípulos de Hägerström. Mas, antes, é oportuno apontar alguns aspectos da filosofia hägerströmiana que podem se mostrar úteis para os estudos contemporâneos no campo da teoria do direito.

6. As contribuições de Hägerström para a teoria do direito contemporânea: um lugar para a psicologia nos estudos teóricos sobre o direito

Este capítulo foi dedicado à apresentação e à explicação da filosofia de Axel Hägerström, fundador do realismo jurídico escandinavo. Feito o percurso até este ponto, pergunta-se: quais as contribuições que o filósofo forneceu aos estudos teóricos contemporâneos?

A metáfora da máquina social, na qual nós somos as engrenagens, traduz a proposta de descrição teórica do *funcionamento* do direito, que é apresentado por Hägerström como um fenômeno social decorrente da irracionalidade humana. A imagem produzida por essa metáfora é a base do realismo escandinavo.

O pensamento de Hägerström é uma importante fonte para o estudo crítico da tradição positivista no campo da filosofia e da teoria do direito. Isso porque uma das consequências do realismo hägerströmiano é a “desracionalização” do direito por meio da negação de teorias voluntaristas, com a indicação de que, frequentemente, ilusões são tomadas como verdadeiras em um processo de antropomorfização – por exemplo, “a vontade do Estado”, “a vontade popular” ou “o desejo do legislador”. Nesse sentido, Castignone (2008, p. 101-103) enfatizou como Hägerström e seu discípulo Olivecrona dedicaram parte considerável de suas obras à retirada de figuras “antropomorfizadas” do plano da realidade do fenômeno jurídico, em prol de uma compreensão “psicológico-factual” do direito. Pode-se entender esse esforço epistemológico inaugurado por Hägerström como a preparação para a construção de um novo entendimento sobre a ciência do direito, com foco na irracionalidade humana.

Ademais, o pensamento hägerströmiano convida à revisão da oposição entre o positivismo e o jusnaturalismo. Como visto neste capítulo, o filósofo sueco identificou elementos em teorias positivistas que podem ser consideradas metafísicas, denunciando a sobrevivência do jusnaturalismo mesmo em teorias de autores que se propuseram a construir uma ciência jurídica desmistificada. Ao remeter as bases da racionalidade jurídica ao direito romano, Hägerström evidenciou a força da persistência da crença mágica no que diz respeito à natureza de direitos e deveres. Embora os conteúdos de tal crença tenham mudado muito através dos séculos, continua persuasiva a elaboração teórica de Hägerström segundo a qual a racionalidade dos juristas é largamente dependente de algum tipo de misticismo. Pensemos, por exemplo, na ação constitucional que visa à descriminalização do aborto sustentada por argumentos que afirmam o direito inerente às mulheres de determinar os rumos da gestação: o fato *ser mulher*, nesse caso, é determinante na afirmação do direito reprodutivo. A ação de usucapião também serve para ilustrar a crença metafísica persistente em nossos dias: o decurso do tempo, aliado a outros requisitos, *cria* o direito à propriedade em favor do possuidor de um imóvel.

O estudo da obra de Hägerström também abre portas para a “construção de pontes” entre a teoria do direito e as contribuições advindas das ciências sociais. Neste trabalho,

ilustra-se essa possibilidade por meio da articulação entre o pensamento hägerströmiano e as ideias de Sigmund Freud (1856-1939), com o estabelecimento de uma relação entre a ideia hägerströmiana de sentimento de dever (de obrigação) e o conceito de superego proposto por Sigmund Freud (1856-1939).

O superego, na formulação do pai da psicanálise, é uma parte da psique humana voltada para a contenção dos desejos tidos pelo *id* e promovidos pelo *ego* – contenção que é necessária devido ao fato, apontado por Freud, de que a satisfação dos referidos desejos significaria também o exercício de atos agressivos contra outras pessoas, o que inviabilizaria a consolidação da civilização (FREUD, 1978 [1929], p. 176). Nas páginas finais de *O mal-estar na civilização*, Freud (1978 [1929], p. 191-194) sugere a atividade de um superego não só no plano individual, mas também na dimensão social, sendo tal atividade um modo de garantir a “evolução cultural” por meio da contenção de vontades destrutivas dos membros de determinada comunidade.

Ao sustentar que “[o] superego cultural desenvolveu seus ideais e estabeleceu suas exigências”, Freud (1978 [1929], p. 191) se reporta à ética como maneira de regular as relações entre seres humanos. Com isso, depreende-se que a atuação do superego em uma dimensão social abarcaria deveres e, por outro lado, sentimento de culpa, o que parece ser compatível com a filosofia sobre a moral construída por Hägerström. Mas Freud (1978 [1929], p. 192) também abriu caminho para outros estudos, tendo afirmado que “a linha de pensamento que procura descobrir nos fenômenos de desenvolvimento cultural o papel desempenhado por um superego promete ainda outras descobertas”. Nesse sentido, também o direito, e não só a ética, pode ser apontado como produto da atividade do superego cultural. Inclusive, no contexto de estudos jurídicos, parece ser possível a substituição da expressão “superego cultural” por “instinto social”, utilizada por Hägerström (1953c [1939], p. 350). Isso porque o estabelecimento de um sistema normativo em uma sociedade, segundo a proposta hägerströmiana, está ligado aos sentimentos conativos de dever que se conectam à ideia de direitos subjetivos, tidos como poderes dos quais algumas pessoas são dotadas em determinadas situações. A reprovação social – por exemplo, uma condenação perante o Judiciário – direcionada ao indivíduo que cometeu um ato ilícito seria uma amostra da atuação do superego tendente a frear comportamentos supostamente lesivos à civilização³⁷.

³⁷ A existência de pontos de contato entre Hägerström e Freud se deve, pelo menos em parte, ao fato de que ambos tiveram contato com os estudos do psicólogo Wilhelm Wundt.

Nota-se que a proposta do parágrafo anterior pode ter certo potencial conservador, pois, se levada ao extremo, seria forçoso concluir que o direito é a salvação da sociedade contra os fatores tendentes a destruir o convívio humano. Por isso, os seguintes esclarecimentos são necessários: o realismo hägerströmiano atribui a existência de um sistema jurídico a elementos irracionais da humanidade, os sentimentos caracterizados como juízos de valor, e, segundo Freud (1978 [1929], p. 193), “os juízos de valor do homem acompanham diretamente os seus desejos de felicidade”, constituindo “uma tentativa de apoiar com argumentos as suas ilusões”. Diversos episódios da História já mostraram que os desejos de felicidade de certas pessoas podem levar à destruição em suas inúmeras formas. Assim, seguindo a busca pelo estabelecimento de uma ponte entre o estudo realista-jurídico e a abordagem psicológica, é preciso frisar que a aplicação de normas jurídicas contra pessoas que cometeram atos ilícitos é socialmente tida como benéfica à sociedade (civilização). Porém, isso não significa que ela seja, de fato, benéfica, pois, em alguns casos, a aplicação de regras jurídicas constitui as próprias causas de problemas sociais – parece ser um bom exemplo o corrente fracasso brasileiro no combate ao tráfico de drogas por meios eminentemente fornecidos pelo direito penal.

Com isso, busca-se dizer que a humanidade desenvolveu, consciente e inconscientemente, meios para propiciar a vida em comunidade. Esses meios são racionalizados e apresentados como exigências do Estado, da vontade popular, do dever-ser, da moral etc. Contudo, nem sempre esses meios são realmente aptos a providenciar a convivência humana livre da – ou com pouca – violência, seja em razão do fracasso de sentimentos humanos providenciarem tal estado de coisas, seja devido aos desígnios abertamente destrutivos de algumas pessoas.

Outro ponto de contato entre os estudos de Hägerström e a obra de Sigmund Freud consiste na identificação das origens mágicas do direito. Em seus estudos sobre o papel dos tabus (determinadas proibições) em comunidades tidas como “primitivas”, Freud (1996 [1913], p. 38) sustentou que a partir do surgimento das “ideias de deuses e espíritos, com os quais os tabus se associaram, esperava-se que a penalidade proviesse automaticamente do poder divino”. O psicanalista também afirmou que “os primeiros sistemas penais humanos podem ser remontados ao tabu” (FREUD, 1996 [1913], p. 38). Essa proposta interpretativa se coaduna com aquela de Hägerström, que identificou as raízes do direito romano em crenças na magia proveniente de deuses. Além disso, assim como o filósofo sueco, para quem as “ideologias” sobre direitos e deveres conservam, até hoje, uma

roupagem mágica racionalizada por discursos jusnaturalistas, Freud também acreditava que “os tabus dos selvagens polinésios [...] não se acham tão longe de nós como estivemos inclinados a pensar” (FREUD, 1996 [1913], p. 41). As propostas de ambos os autores pode ser um indício de que mais pesquisas que aliem conceitos da psicologia, da filosofia e da teoria jurídica podem ser úteis para a formação de descrições da natureza do fenômeno psicossocial do direito.

Por fim, é de se notar outro possível benefício a ser extraído do estudo do pensamento de Axel Hägerström: o ceticismo em relação ao discurso jurídico. Admitindo-se que algumas palavras e expressões – como aquelas do preâmbulo da Constituição brasileira – podem ser utilizadas com o fim de provocar um sentimento conativo de dever, mostra-se benéfica a adoção de alguma dose de ceticismo na análise de discursos de autoridades pertencentes ao mundo político-jurídico (parlamentares, juízes etc.)³⁸. A adesão a argumentos centrados em termos como “liberdade”, “democracia”, “bem-estar” ou “justiça” pode se revelar um culto às palavras que, em si mesmas, são vazias, mas, ainda assim, hábeis a servir aos verdadeiros desígnios de pessoas em posições dotadas de autoridade. O ceticismo extraído do realismo hägerströmiano pode direcionar o olhar de uma pessoa ao que está além das palavras, proporcionando análises mais profundas sobre diferentes tipos de discursos jurídicos.

³⁸ Vêm à mente as argumentações construídas integralmente com alusões aos princípios jurídicos. A “principiologia”, na prática, pode se mostrar vazia, um instrumento para mera retórica.

CAPÍTULO II: O pensamento de Vilhelm Lundstedt: entre o realismo e o utilitarismo?

*Falas de civilização, e de não dever ser,
Ou de não dever ser assim.
Dizes que todos sofrem, ou a maioria de todos,
Com as cousas humanas postas desta maneira,
Dizes que se fossem diferentes, sofreriam menos.
Dizes que se fossem como tu queres, seria melhor.
Escuto sem te ouvir.
Para que te queres eu ouvir?
Ouvindo-te nada ficaria sabendo.
Se as cousas fossem diferentes, seriam diferentes: eis tudo.
Se as cousas fossem como tu queres, seriam só como tu queres.
Ai de ti e de todos que levam a vida
A querer inventar a máquina de fazer felicidade!*

Alberto Caeiro (Fernando Pessoa), *Poemas Inconjuntos*

1. Algumas notas biográficas sobre Vilhelm Lundstedt

Anders Vilhelm Lundstedt (1882-1955) foi um jurista sueco, professor emérito de direito civil e de direito romano na Universidade de Uppsala e um dos seguidores de Hägerström. Assim como seu mentor, Lundstedt pretendia livrar os estudos jurídicos das ilusões provenientes de séculos de jusnaturalismo, fundando uma nova ciência do direito. Mas sua figura pública não se esgotava no magistério. Ao contrário de Hägerström, Lundstedt foi politicamente muito ativo na Suécia do início do século XX.

Nascido em uma família de classe média de Gotemburgo, Lundstedt cursou direito na Universidade de Lund. Depois do término da graduação, ele se voltou à ciência do direito, tendo se tornado doutor em 1908. Obtido o título acadêmico, ele iniciou a sua carreira como professor em Lund e, a partir de 1914, passou a lecionar em Uppsala, onde conheceu Axel Hägerström, de quem viria a se tornar discípulo (SUNDELL, 2005, p. 465).

Se por um lado Lundstedt era um expoente acadêmico do realismo escandinavo, por outro lado ele circulava nos ambientes políticos de seu tempo. Como será mostrado neste capítulo, essa (aparente) dualidade comprometeu a imagem de Lundstedt como um realista perante alguns de seus críticos.

Ele chegou a ser membro do parlamento sueco, representando o partido socialdemocrata de 1929 a 1948. Exemplo de suas atuações nesse âmbito foi a proposição de uma lei, em 1933, para legalizar relações homossexuais entre adultos, que eram

penalmente puníveis segundo a legislação vigente à época (SUNDELL, 2005, p. 468; LUNDSTEDT, 1956, p. 235)³⁹. Em 1948, ele apoiou a união da Suécia ao grupo de países que, posteriormente, formaria a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), o que contrariou a política socialdemocrata de manter o país neutro no cenário internacional (SUNDELL, 2005, p. 468). Suas ambições políticas fizeram com que ele tentasse se tornar um dos juízes da Suprema Corte Sueca (*Högsta Domstolen*), mas acabou sendo preterido por Karl Schlyter, o então Ministro da Justiça (SUNDELL, 2005, p. 467-468). Lundstedt também se manifestou em casos perante os tribunais nos quais ele julgava haver alguma lesão aos direitos civis de cidadãos, como o ocorrido em 1916, quando três pessoas foram acusadas de traição por promoverem uma postura antimilitarista em face do risco de a Suécia se juntar à Alemanha na Primeira Guerra Mundial (SUNDELL, 2005, p. 473-474).

A atuação política de Lundstedt foi relevante em seu tempo e, embora não se pretenda explorá-la neste trabalho, é importante ter ciência de sua existência como parte da trajetória daquele jurista, de modo que seja possível formar um juízo sobre a (in)coerência de seu pensamento realista⁴⁰. Afinal, uma atuação política engajada como a de Lundstedt pode ser entendida como um indício de crença na existência de direitos fundamentais dos cidadãos suecos. No entanto, como um realista seguidor de Hägerström, Lundstedt teria de considerar direitos e deveres como sinais de uma ideologia perpetrada por teorias contaminadas pelo pensamento idealista. Dessa forma, a conduta política de Lundstedt desbancaria o seu posicionamento teórico ou vice-versa. Mas o jurista não ignorou essa (aparente) contradição e, por meio de seus escritos, buscou mostrar a coerência de sua teoria.

As próximas linhas expõem o pensamento de Lundstedt, possibilitando à leitora ou ao leitor julgar a sua consistência no contexto realista. Trata-se de mais uma pincelada no quadro teórico que será, ao fim deste trabalho, um retrato do realismo escandinavo considerado como um movimento constituído pelas obras de um grupo de pensadores.

2. Lundstedt, o realista utilitarista?

Por ser um discípulo de Hägerström, Lundstedt compartilhava aquilo que pode ser considerado básico no movimento realista escandinavo: palavras como justiça, equidade,

³⁹ Para se obter mais informações sobre a criminalização da homossexualidade na Suécia do século XIX e do início do século XX, recomenda-se a leitura do texto de Jens Rydström (2007).

⁴⁰ Para uma brevíssima – porém esclarecedora – biografia de Anders Vilhelm Lundstedt, ver Sundell (2005).

direitos e deveres são amostras de uma ideologia vigente, importantes para conhecer o fenômeno psicossocial do direito, mas potencialmente ilusórias para o aspirante a cientista do direito desavisado (LUNDSTEDT, 1950, p. 61-63). Considerando a exposição contida no primeiro capítulo, é desnecessário repetir os fundamentos filosóficos do naturalismo ontológico que guiou a obra de Hägerström e, conseqüentemente, a de Lundstedt. Este capítulo dedicar-se-á, então, a apresentar aquilo que fez do jurista sueco um representante ímpar dentro do movimento realista.

O título do último livro de Lundstedt (1956) dita o tom de suas aspirações no campo da teoria do direito: *Legal Thinking Revised* ou, em tradução livre, *Pensamento Jurídico Revisado*. Em vários sentidos, Lundstedt tinha a intenção de refundar o pensamento jurídico, articulando-o com a dimensão política na qual os rumos de um país são definidos, tudo sob o olhar severo da ciência do direito. Essa missão conciliatória e norteadora renderia críticas a Lundstedt, obrigando-o a se defender de acusações de incoerência no desenvolvimento de suas ideias – notadamente em razão de supostos traços utilitaristas em seus escritos. Na construção e na defesa de sua teoria, Lundstedt se apoiou em alguns pilares, os quais serão explorados a seguir.

2.1. O bem-estar social: o indício de um estranho no ninho realista?

Talvez o principal ponto do pensamento de Lundstedt seja o seu chamado por uma ciência do direito voltada para o bem-estar geral da sociedade, que, diferentemente dos elementos metafísicos fornecidos por discursos jusnaturalistas, seria uma base “não supersticiosa” norteadora dos estudos e da prática jurídica direito (LUNDSTEDT, 1950, p. 65). O raciocínio do jurista, nesse ponto, é intrincado e obscuro em alguma medida.

Assim como Hägerström, Lundstedt descarta qualquer possibilidade de o direito ser orientado por princípios apriorísticos. Nesse sentido, a mera alusão a valores como a equidade e a justiça não pode funcionar como modo de explicar a existência de um sistema normativo efetivo em uma sociedade, tampouco como método de estudo ou guia para a elaboração de normas. Não obstante, os valores (os sentimentos) desempenham um importante papel no funcionamento da máquina social: embora palavras como justiça e equidade sejam desprovidas de referentes no mundo real, a percepção da realidade tida por pessoas que compõem uma comunidade causa o surgimento de sentimentos (emoções) que têm expressão por meio de valorações (LUNDSTEDT, 1950, p. 66). Para Lundstedt,

embora ilusório, o “senso comum de justiça” seria um fator irracional “absolutamente necessário” ao funcionamento da máquina social, pois a crença de que se está agindo corretamente (justamente) quando em conformidade com uma norma jurídica ou com uma decisão judicial seria essencial à organização social (LUNDSTEDT, 1950, p. 66). Depreende-se da ideia de Lundstedt que a configuração dos fatos (uma lei promulgada, por exemplo) que são objetos de percepção das pessoas em geral tem, pelo menos até certo ponto, um poder sugestivo, uma capacidade de gerar determinados sentimentos, que, por sua vez, poderão gerar certas condutas. Sem a existência e a manutenção das regras jurídicas, o senso comum de justiça perderia o suporte que faz com que ele (o senso comum) seja um elemento necessário ao funcionamento da maquinaria do direito (LUNDSTEDT, 1950, p. 69). Por outro lado, o cultivo dos sentimentos que estão por trás dos juízos de valor é importante para a manutenção da observância das normas de um ordenamento. Desse modo, em uma comunidade política e juridicamente estável, haveria interdependência entre valores e a configuração do sistema normativo. Cotterrell (2015, p. 11) chama a atenção para o fato de que, apesar da rejeição às “superstições”, Lundstedt manteve a justiça no centro de sua teoria, pois as ideias sobre o que é justo ou injusto influenciariam a efetividade de normas jurídicas.

Até este ponto, o pensamento de Lundstedt não difere muito do de Hägerström. Foi somente após apontar o papel que juízos de valor têm no fenômeno psicossocial que Lundstedt introduziu a sua novidade: as normas jurídicas deveriam ser formuladas de tal forma que fossem aptas a gerar o bem-estar social. Sendo um discípulo de Hägerström, o jurista ressaltou que, ao tratar do bem-estar social (*social welfare*), ele não tinha em mente valores absolutos (LUNDSTEDT, 1956, p. 136). Em vez disso, ele entendia que o bem-estar social não seria nada mais que aquilo prevalentemente considerado como útil (*useful*) pelos membros de uma comunidade no que diz respeito à produção ou à aplicação de normas jurídicas, sendo que a utilidade seria verificada por meio da capacidade de normas propiciarem a realização de aspirações (interesses) existentes nos membros de uma comunidade (LUNDSTEDT, 1956, p. 137). Para exemplificar o que entendia por bem-estar social, Lundstedt (1956, p. 137-138) se referiu a um arcabouço legal capaz de fornecer segurança em atividades empresariais, bem como a produção de riquezas. Para o jurista, levadas em conta as valorações prevalentes na sociedade sobre esse tema (empreendedorismo), o bem-estar social consistiria em um cenário no qual as pessoas

poderiam celebrar contratos comerciais com segurança jurídica e, além disso, poderiam se dedicar a produzir riquezas por meio de atividades industriais ou comerciais.

Tendo em mente a observação de Lundstedt segundo a qual o seu conceito de bem-estar social não estaria vinculado a um valor *a priori* absoluto, deve-se concluir que o exemplo do parágrafo anterior é também um exemplo de contingência, pois o interesse das pessoas de empreender e de celebrar contratos com segurança jurídica não pode ser entendido como um interesse natural, intrínseco ao ser humano – tal entendimento implicaria exatamente um valor *a priori* e, conseqüentemente, em um dever-ser consistente na conformidade de regras jurídicas em relação a um valor intrínseco ao ser humano. Dessa forma, as medidas legais para propiciar o bem-estar social poderiam ser outras em uma sociedade composta por pessoas com interesses diferentes. Com isso, pode parecer que, apesar da inspiração realista, Lundstedt criou um dever-ser formal, desprovido de um conteúdo necessário: a base para a formulação de normas jurídicas deve ser o bem-estar social verificável por meio da apreensão dos interesses prevalentes em uma comunidade⁴¹. Mas, como será mostrado a seguir, Lundstedt estava se esforçando para apontar um fato, não um dever-ser, sendo esse suposto fato a premissa de parte considerável de sua obra.

Nesse ponto, pode-se começar a vislumbrar os problemas que o jurista sueco teve de enfrentar para sustentar a sua teoria jurídica. Embora ele tenha tomado como premissa a filosofia hägerströmiana, ele também parece ter se comprometido com uma ideia alinhada ao utilitarismo, qual seja, a promoção do bem-estar geral por meio do direito. Apesar de os utilitaristas serem conhecidos pela aversão ao direito natural⁴², é fato que suas obras pertencem ao campo da filosofia moral e contêm, como será mostrado adiante, premissas que podem ser consideradas jusnaturalistas. Por isso, para que a orientação filosófica de Lundstedt permanecesse fiel aos postulados do movimento realista, seria preciso que ele não se vinculasse aos princípios utilitaristas, já que uma das bases do realismo escandinavo é a afirmação de que não há real conhecimento moral. Ao se deparar com esse problema, Lundstedt procurou harmonizar o realismo e a busca pelo bem-estar geral, desvinculando-se do utilitarismo.

O primeiro passo do jurista foi explicitar o que ele queria dizer com “bem-estar social”. Para tanto, Lundstedt (1925, p. 131-132) sustentava que o direito (o corpo de normas) seria formado e guiado por demandas práticas da vida. Contudo, os estudos

⁴¹ Neste ponto, uma questão pode vir à mente: haveria um limite para esse procedimento de verificação de interesses de membros da sociedade?

⁴² Vide, por exemplo, Bentham (1998 [1796], p. 62), para quem direitos naturais são simples bobagens, dispatres meramente retóricos.

teóricos jurídicos e as atuações de intérpretes da lei permaneciam, segundo o jurista, sob um véu de ilusão consistente no “senso comum da justiça” (LUNDSTEDT, 1925, p. 132-133). Para se livrar de tal véu, um novo método deveria ser adotado, baseado na seguinte premissa: o sistema normativo seria fruto de demandas da vida prática de pessoas de determinada sociedade, sendo que essas demandas seriam traduzidas em normas pelos legisladores. Para se livrar do jusnaturalismo, o estudioso ou o intérprete do direito deveria ter esse suposto fato em mente ao desempenhar as suas funções (LUNDSTEDT, 1925, p. 134).

Por demandas da vida prática, Lundstedt queria dizer situações como a já mencionada busca por segurança jurídica no mundo empresarial⁴³. Ele tratava, então, de fatos que poderiam ser observados em uma sociedade, mobilizações implícitas ou explícitas para reivindicação de certas coisas. Guiando-se por essas demandas, o legislador estaria se baseando no bem-estar social da população ou, pelo menos, de parte da população, sendo que “bem-estar” significa, nesse contexto, o atendimento às demandas existentes em uma sociedade (LUNDSTEDT, 1925, p. 133).

Foi se apoiando nesse significado que Lundstedt procurou se desvincular do utilitarismo, porque, como será abordado posteriormente, ele considerava os pensamentos de Bentham e Mill impregnados pelas incoerências jusnaturalistas. Ao atrelar a expressão “bem-estar social” ao atendimento de demandas voltadas para aspectos da vida prática de pessoas, Lundstedt não entendia que estava se comprometendo com um corolário do utilitarismo: o princípio da utilidade ou da máxima felicidade para o maior número de pessoas. Segundo o jurista, a realização, em termos normativos, de demandas da vida prática não significaria a promoção da felicidade, um sentimento subjetivo que escaparia totalmente às suas preocupações teóricas, pois “[a]final de contas, quem pode dizer se um homem está realmente mais feliz vivendo em casas bem equipadas em vez de em simples cabanas ou em cavernas no chão?” (LUNDSTEDT, 1925, p. 145)⁴⁴. Em outras palavras, o atendimento às demandas não significa, necessariamente, cidadãos e cidadãs mais felizes.

O argumento de Lundstedt contra a sua vinculação ao utilitarismo tem força. Trata-se de uma postura consideravelmente pragmática, pautada na premissa de que nenhuma lei é feita sem que ela pelo menos aparente proporcionar algum benefício à sociedade como

⁴³ Outros possíveis exemplos de “demandas da vida prática”: pedidos por melhorias na educação pública, demandas pela diminuição da violência, campanhas por melhores condições de trabalho, insatisfação do setor industrial com determinada política tributária, entre outros.

⁴⁴ Tradução livre do seguinte trecho: “*After all, who can tell whether man is actually happier through living in well-furnished houses instead of in simple huts or caves in the ground [...]?*”

um todo – é possível encontrar casos concretos em sentido contrário à premissa de Lundstedt, mas, mesmo assim, pode-se dizer que é difícil achar um projeto de lei cujas justificativas sejam, por exemplo, os potenciais benefícios a serem gozados pelo próprio legislador em detrimento da população. O pragmatismo do jurista sueco reconhece que um suposto fato (o bem-estar social como guia na formação do sistema normativo) não está relacionado com o ideal utilitarista, a maximização da felicidade (do prazer) do maior número de pessoas possível. Nesse sentido, o surgimento de um sentimento de felicidade nos indivíduos de uma comunidade é mera possibilidade, e a formação de demandas que condicionarão o bem-estar social é uma contingência.

Entretanto, os efeitos do pragmatismo de Lundstedt não se limitam à sua negação do utilitarismo. O jurista sueco também reconheceu que sobre alguns assuntos não é possível encontrar uma só demanda existente na sociedade, visto que há temas polêmicos ou tecnicamente complexos capazes de gerar diversas orientações em diferentes setores sociais. Foi pensando nisso que Lundstedt afirmou que não seriam somente as classes dominantes que extrairiam algum benefício de leis existentes, pois mesmo as classes suprimidas (*supressed*) obteriam uma espécie de vantagem ao se submeterem às demandas ou leis que contrariam os seus interesses. Segundo Lundstedt, essa vantagem surgiria em situações nas quais as classes suprimidas percebessem que os seus interesses não seriam atendidos e que a resistência de nada adiantaria, levando à adesão aos interesses alheios (LUNDSTEDT, 1925, p. 136). Na visão nada romântica – e talvez até cínica – de Lundstedt sobre esse ponto, a adesão em tais moldes acarretaria benefício indireto às classes que não se fizeram ouvidas em suas demandas, sendo que esse benefício consistiria na renúncia a uma luta fadada ao fracasso que levaria a consequências ruins, inclusive do ponto de vista jurídico (imposição de sanções, por exemplo). Com isso, o realismo de Lundstedt não abarca somente o bem-estar traduzido por meio de interesses relativos a benefícios diretos, mas também a impotência e o conformismo de pessoas que não se fizeram ouvidas na esfera pública. Se Mindus (2009, p. 139) afirma que Hägerström se distinguia de Hobbes, a mesma coisa não pode ser dita sobre Lundstedt, que mencionou o teórico inglês ao afirmar que, no contexto político existente no início do século XX, “nenhuma ordem pode ser estabelecida a não ser pela subordinação das classes menos poderosas” (LUNDSTEDT, 1925, p. 136).

Diante do exposto, pode-se dizer que o significado de bem-estar social promovido por Lundstedt é distinto daquele promovido pelos utilitaristas. Trata-se de uma teoria que

contempla o potencial autoritário existente no método orientado pela observação de demandas sociais. A História tem capítulos sombrios nos quais o atendimento às demandas de alguns setores da sociedade gerou horrores – aliás, horrores que o próprio jurista sueco repudiava por meio de sua atuação política. Depois dos eventos ligados às ascensões do fascismo, do nazismo e da ditadura soviética, Lundstedt (1956, p. 147-148) discorreu breve e especificamente sobre regimes autoritários ou totalitários, tendo afirmado que mesmo nesses casos as “pessoas no poder” tiveram de se preocupar com demandas sociais existentes, de modo a garantir a permanência no governo. Mais uma vez, o pragmatismo – que pode ser retratado como realismo político – se manifestou no pensamento de Lundstedt: ditadores também olham para os interesses que surgem em determinados setores da sociedade e os levam em consideração em seu governo, mas com o fim de perenizar o próprio poder.

Nesse ponto, é necessário observar que Lundstedt tratou *en passant* de questões atinentes a ditaduras, mas pautou o desenvolvimento de sua teoria nos regimes ocidentais em condições “normais”, isto é, em regimes democráticos (LUNDSTEDT, 1956, p. 149). Roger Cotterrell (2015, p. 8-9) afirma que a ideia de bem-estar social da qual Lundstedt trata na maior parte de sua obra “pressupõe e talvez idealize condições sociopolíticas muito específicas”, quais sejam: (i) a possibilidade de estabelecer consenso em uma comunidade formada por uma população essencialmente homogênea; (ii) uma elite governante com espírito público e integrada à sociedade; (iii) uma tradição paternalista de que seria normal essa elite governante fixar valores para toda a sociedade; e (iv) a suposição de que os instintos democráticos e liberais têm raízes profundas na sociedade. Em seu artigo, Cotterrell (2015) defende a ideia de que a teoria de Lundstedt, especialmente a parte que versa sobre o bem-estar social, pode ser mais bem compreendida se o contexto histórico no qual o jurista desenvolveu o seu pensamento for levado em conta. Isso significa que a teoria realista de Lundstedt foi fruto de uma mente imersa na vida política sueca, no momento da ascensão da socialdemocracia que guiaria os rumos daquele país por décadas. Por outro lado, as recomendações de Lundstedt direcionadas aos legisladores – inclusive os juízes, vistos por ele como quase legisladores –, cientistas do direito e outros intérpretes têm o caráter de uma teoria geral, não de uma teoria exclusivamente sueca. Resta saber qual foi o impacto que a busca por um método pautado no bem-estar social (no interesse social) teve nas propostas de Lundstedt referentes aos papéis do legislador, do teórico e do

intérprete do direito – e se esse impacto implica alguma contribuição de seu pensamento à teoria jurídica contemporânea.

2.1.1 O papel do legislador segundo Lundstedt

Segundo Zamboni (2006, p. 1), ao discorrer sobre o papel do legislador, Lundstedt construiu uma ponte sobre o vazio teórico entre o direito e a política, com o objetivo de elaborar uma abordagem científica sobre a política do direito (*politics of law*). A pedra fundamental dessa parte da teoria de Lundstedt consiste na já citada premissa de que, factualmente, as pessoas que exercem algum tipo de poder na elaboração de normas jurídicas (leis e decisões judiciais) estariam, inevitavelmente, condicionadas aos interesses existentes em diversos setores da sociedade. Ignorar essa relação necessária acarretaria fracasso da atividade do legislador⁴⁵.

Pode-se dizer que Lundstedt identificou três possíveis cenários na atuação do legislador: (i) a atuação do legislador é facilitada pela obviedade das medidas a serem tomadas; (ii) a atuação do legislador é dificultada pela ausência de manifestações de interesses sobre determinados assuntos ou pela divergência das pessoas sobre certo tema; (iii) a atuação do legislador é dificultada pelo fato de que as suas avaliações sobre o que seria melhor para as pessoas em geral é conflitante com uma parcela relevante dos interesses sociais.

O primeiro cenário é descrito por Lundstedt (1956, p. 149-150) como aquele em que o legislador trata de medidas que dificilmente não encontrarão respaldo nos interesses sociais. Tendo em vista a realidade brasileira, é possível imaginar alguns temas que se enquadrariam nesse cenário: melhorias na educação fornecida pelo poder público, melhorias nas condições de transporte público ou leis e políticas públicas capazes de diminuir a violência. Para Lundstedt, há assuntos que proporcionam um alinhamento entre as avaliações do legislador e das pessoas em geral, inclusive na dimensão ideológica à qual pertencem os ideais sobre justiça. Dificilmente alguém diria, por exemplo, que uma lei ou

⁴⁵ Deve-se entender por “legislador” aquela pessoa que está em uma posição que lhe possibilita produzir ou influenciar a produção de normas jurídicas. Nesse sentido, membros do Poder Executivo também poderiam ser tidos como “legisladores”, ao formularem políticas públicas ou produzirem normas em observância às suas competências. Conforme será abordado adiante, juízes e juízas também podem ser considerados “legisladores” em determinadas situações.

uma política pública tendente a melhorar as condições do ensino público brasileiro é indevida ou injusta⁴⁶.

O segundo cenário se configura quando a legisladora deve lidar com um tema que não tem muita repercussão nas diferentes classes de uma comunidade ou que gera uma divergência tal que se torna impossível identificar um interesse predominante. Nesses casos, a legisladora teria um espaço decisório mais amplo, inclusive para legislar conforme a sua avaliação⁴⁷ sobre o que seria melhor para a sociedade (LUNDSTEDT, 1956, p. 150-151) – deve-se observar que, nesse cenário, talvez se torne mais fácil a manipulação da atividade legislativa em prol dos interesses de uma classe ou de um grupo menor de pessoas. Ainda no que concerne ao segundo cenário, Lundstedt (1956, p. 151) fez uma observação: embora, inicialmente, não haja um interesse predominante hábil a guiar a atividade do legislador, é possível que o surgimento de uma proposta desperte as pessoas, que passarão a se manifestar sobre o tema. Por isso, a legisladora deveria se perguntar sobre as possíveis reações a uma proposta, de modo a evitar o fracasso de um projeto⁴⁸.

O terceiro cenário é o mais problemático. Ele é caracterizado pela seguinte situação: um legislador entende que a melhor resposta para certo problema social é uma lei que determine a solução X. No entanto, as pessoas em geral entendem que X seria algo injusto e, com isso, estariam preparadas para se mobilizar contra a proposta, o que poderia acarretar rejeição do projeto no Congresso. Diante desse cenário, Lundstedt (1956, p. 151-154) elaborou algumas hipóteses: (i) o legislador pode esperar que argumentos mudem o posicionamento de um número considerável de pessoas; (ii) apesar da grande oposição, ele pode levar o projeto adiante, com a esperança de que ele produza um efeito capaz de mudar a ideia geral sobre o tema; ou (iii) o legislador pode se curvar à ampla oposição existente na sociedade, apesar de dela discordar.

O problema no convencimento das pessoas em geral pode residir no fato de que o posicionamento divergente é baseado não em racionalidade ou lógica, mas sim em emoções (LUNDSTEDT, 1956, p. 154) – as valorações morais tão caras à teoria de Hägerström. Por isso, em alguns casos, o legislador pode se encontrar em uma situação na

⁴⁶ Pode-se imaginar a dissidência vinda de um hipotético libertário ou anarquista, por exemplo. Por outro lado, não seria correto afirmar que, na realidade brasileira, essa dissidência seria relevante o suficiente para impedir a aprovação da lei ou a concordância popular com uma política pública proposta pelo Executivo.

⁴⁷ As avaliações às quais Lundstedt se refere ao tratar das atividades da legisladora dizem respeito a fatos, não às valorações morais abordadas por Hägerström. Trata-se, por exemplo, da capacidade de uma nova lei aquecer a indústria e gerar mais empregos. Vide Lundstedt (1956, p. 151-152).

⁴⁸ Nesse ponto, Lundstedt parece estar fazendo uma recomendação aos legisladores e legisladoras, não uma descrição da aplicação do método do bem-estar social tal como ela ocorre.

qual ele se vê sem saída, a não ser se submeter à opinião pública e abandonar o seu projeto – não se descarta, é claro, a possibilidade de o legislador estar errado quanto ao potencial de certa medida (lei, política pública) levar a determinados resultados, bem como não se descarta a possibilidade de as pessoas que compõem uma sociedade estarem certas por divergirem do legislador, sustentando que sua proposta não é capaz de atingir os resultados almejados.

Novamente, um exemplo pode ser útil para esclarecer um ponto da teoria de Lundstedt. Uma legisladora, após ter contato com estudos criminológicos, passa a entender que a melhor maneira de enfrentar a violência não reside na ampliação e no fortalecimento repressivo do direito penal. Contudo, ao expor a sua ideia em redes sociais, ela nota ampla rejeição ao seu posicionamento, o que leva a legisladora a ler pesquisas de opinião pública sobre o assunto. Com isso, ela constata que parcela gigantesca da população, com base em diferentes aspectos do que Lundstedt denomina “senso comum da justiça”, entende que a criminalidade somente pode ser enfrentada por meio de penas mais duras. Por isso, incapaz de achar uma saída favorável ao seu projeto, a legisladora desiste de sua proposta.

Nota-se que, em nenhum momento, Lundstedt produziu valorações sobre alguma orientação política que deveria ser adotada para a abordagem de determinado tema. Para o jurista sueco, o método do bem-estar social é baseado em fatos, sendo tais fatos os interesses de diferentes classes sociais que são influenciadas por ideias pertencentes ao “senso comum da justiça”. Todas as hipóteses levantadas por Lundstedt pressupõem que o legislador considera os interesses sociais determinantes no sucesso de sua atuação, o que levou o jurista a afirmar que considerações sobre o bem-estar social (sobre o atendimento às demandas) são fundamentais na configuração da vida jurídica e política de uma comunidade e, por isso, devem também ser relevantes na atuação de teóricos (cientistas) do direito⁴⁹. Mas antes de avançar a esse ponto, é necessário dedicar algumas poucas linhas ao juiz entendido como legislador.

2.1.1.1. Juízes como (quase) legisladores

Lundstedt (1956, p. 158-159) considerava que juízas e juízes exerciam atividade legislativa sempre que se deparavam com uma situação na qual o texto legal não é claro e

⁴⁹ Alf Ross (1997 [1958], p. 451-452), de forma muito similar a Lundstedt, também tratou da questão referente à moralidade da população como um fator a ser considerado na avaliação da viabilidade de reforma legal.

inequívoco. Nesses casos, a atuação interpretativa de membros do Judiciário assumiria, segundo o jurista sueco, um caráter legiferante e, portanto, seria conduzida por considerações pautadas em interesses sociais⁵⁰.

Por outro lado, Lundstedt (1956, p. 158-159) se apresentava como um crítico do que se pode denominar “ativismo judicial”, tendo afirmado que a lei deveria ser estritamente aplicada sempre que fosse clara e inequívoca, independentemente da valoração do juiz ou da juíza que iria aplicá-la. Embora esse posicionamento possa surgir como algo comum entre pessoas que defendem certa concepção de separação de funções estatais, ele pode revelar algumas dificuldades para um realista do movimento escandinavo.

Primeiro, torna-se problemático dizer que juízes devem aplicar as leis que são inequívocas, já que essa afirmação pressupõe um dever-ser. Porém, é possível “driblar” esse problema por meio de uma interpretação sistemático-normativa da afirmação de Lundstedt: dadas as regras jurídicas vigentes, é correto afirmar que juízes estão vinculados ao texto das leis que aplicam, independentemente de sua valoração referente às leis.

A segunda dificuldade reside na definição de um texto que não é claro e inequívoco. Tome-se como exemplo o enunciado do artigo 233 do Código Penal do Brasil, que prevê a pena de detenção de três meses a um ano ou multa à pessoa que “praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público”. Ao se deparar com um caso em que um homem foi flagrado se masturbando em plena via pública, uma juíza pode considerar o texto como “claro e inequívoco”. No entanto, o mesmo enunciado pode levar a dificuldades interpretativas. Uma mulher que foi detida por ter tirado a camisa e o sutiã durante uma manifestação política como a “Marcha das Vadias” pode ter incidido, aos olhos de uma juíza, no tipo do artigo 233 do Código Penal, enquanto aos olhos de outra intérprete a conduta consistente na exibição dos seios poderia ser considerada atípica à luz dos princípios constitucionais da igualdade e da liberdade de expressão⁵¹. Dessa forma, a clareza de “ato obsceno” dependeria do caso concreto, bem como de valores e outros elementos psicológicos do julgador.

⁵⁰ O entendimento de Lundstedt se alinha à tese da discricionariedade judicial apresentada por outros positivistas, como Hart (2011 [1994], p. 335-339).

⁵¹ O caso é real e, até o momento, pesa a condenação contra a ré. Vide: STF decidirá pela liberdade ou criminalização de protestos com seios à mostra. **Jota**, 16 out. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/?pagenome=paywall&redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stf-decidira-pela-liberdade-ou-criminalizacao-de-protestos-com-seios-a-mostra-16102018>. Acesso em: 11 jan. 2019.

Objetiva-se com esses exemplos demonstrar a fragilidade de mera separação entre casos claros e casos não claros de interpretação, porque a clareza pode se revelar subjetiva⁵². A dificuldade criada pela subjetividade – e por interesses particulares – na atividade interpretativa judicial tem se revelado grande tema para debates jurídicos e políticos sobre os papéis das instituições – ou, no linguajar realista, das pessoas que compõem as chamadas “instituições” – em um Estado democrático. A vida político-jurídica brasileira tem fornecido inúmeras ocorrências de tais debates que alcançam ampla repercussão, propiciando amostras de “interesses sociais”. Nesta década, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal (STF) se viu no centro das atenções da esfera pública em diversas oportunidades. Destaca-se o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54, quando, por maioria, a corte entendeu que a interrupção da gravidez de feto acometido pela anencefalia não configura crime, tendo sido vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, a constitucionalidade da criminalização era evidente e, portanto, não restaria opção ao Judiciário senão reconhecer o caráter criminoso da conduta⁵³.

No contexto de uma análise da teoria de Lundstedt, a ADPF 54 se mostra um caso interessante, porque, diante da repercussão social e da incerteza por parte de alguns ministros sobre a aplicação de regras jurídicas, uma audiência pública foi realizada, para que representantes de diferentes setores da sociedade fossem ouvidos e pudessem, com isso, guiar a decisão. Pode-se dizer que se observou, na prática, a aplicação do método do bem-estar social (do interesse social) descrito por Lundstedt. Nesse sentido, é oportuno observar que se um realista como Lundstedt considera uma lei obscura e vaga em um caso concreto, ele se vê diante de uma dupla negação: (a) em razão de seu naturalismo ontológico, não haveria resposta correta do ponto de vista moral; e (b) devido à sua aceitação da discricionariedade, não haveria resposta juridicamente correta, mas tão somente uma decisão alinhada ou não aos interesses sociais mais potentes e relevantes.

Para finalizar este ponto: a ideia de Lundstedt de que juízes, verificadas algumas circunstâncias, podem se encontrar no papel de legisladores faz parte de intenso debate teórico que se expandiu pelo restante do século XX e que continua a ser relevante. Lundstedt se revelou um expoente da tese da discricionariedade ao assumir que membros

⁵² Eu mesmo considero clara a atipicidade da conduta consistente em deixar os seios à mostra na manifestação política, mas o leitor pode acompanhar o Judiciário paulista e considerar criminosa essa conduta.

⁵³ ADPF 54, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 11 jan. 2019.

do Judiciário criam normas e agem discricionariamente – ainda que essa discricionariedade não seja plena, pois condicionada a considerações sobre os interesses da população. Os debates que se desenvolveram após a morte do jurista sueco aprofundaram e multiplicaram as questões sobre o papel de juízes em casos que apresentam dificuldades interpretativas. Ainda assim, pode-se dizer que Lundstedt se mostrou consciente sobre a importância do tema para a vida do direito.

Feitas essas breves considerações sobre o Judiciário, passa-se a mais uma das engrenagens da máquina social retratada por Lundstedt: o teórico ou o cientista do direito.

2.1.2 O papel do teórico (do cientista) do direito segundo Lundstedt

Para entender a proposta de Lundstedt referente ao papel do jurista (teórico, cientista do direito), é preciso ter em mente o que foi abordado no primeiro capítulo sobre as implicações de uma concepção naturalista ontológica na formação de uma teoria do direito realista, mormente a visão existencial direcionada unicamente ao que se chama de estrutura do universo, composta por fatos e desprovida de valorações morais.

A principal crítica do jurista sueco ao estado da arte dos estudos jurídicos de seu tempo ecoa uma crítica elaborada por seu mestre, Axel Hägerström: a circularidade no pensamento jurídico, que acarreta cegueira relativa às fundações de um sistema normativo vigente. O desembaraço das teias do senso comum da justiça proporcionaria à jurista, segundo Lundstedt (1956, p. 370-382), visão digna de um membro de uma sociedade civilizada consciente do funcionamento da máquina social. Para realistas como Hägerström e Lundstedt, essa visão, conforme a abordagem dada ao tema no primeiro capítulo, é uma ferramenta imprescindível na busca pela verdade que reside no universo concebido através das lentes do naturalismo ontológico. A verdade por trás do sistema normativo, por sua vez, pode se revelar por meio de um raciocínio simples, mas que, no entendimento de Lundstedt, é frequentemente ignorado por teóricos. Um dos exemplos fornecidos pelo jurista sueco consiste na afirmação de que a ideia segundo a qual os danos causados à propriedade de alguém geram o dever de indenizar seria, de um ponto de vista científico, inexata e inapropriada, pois o que realmente embasaria a prática social caracterizada pela indenização após um dano causado à “propriedade” de alguém seria a lei civil e, em algumas hipóteses, a lei penal (LUNDSTEDT, 1956, p. 373-375). Por isso, para fins científicos, de nada adiantaria se reportar à ideia de “propriedade”, que não passaria de

ficção e não de um elemento do mundo real. Reportar-se a um “direito” como a “propriedade” – as aspas indicam o que Lundstedt considerava ficções – levaria somente a um pensamento circular incapaz de sobreviver a considerações rigorosas sobre a realidade do fenômeno social.

Um modo de retratar a circularidade denunciada por Lundstedt é o seguinte: uma pessoa pode considerar errado o ato de danificar a “propriedade” de alguém, ainda que não haja dolo, pois esse ato gera o dever de indenizar o proprietário, enquanto a base justificadora do “dever de indenizar” reside na própria “propriedade”. O raciocínio rejeitado por Lundstedt começa e termina no “direito subjetivo”, que, para o jurista sueco, seria somente uma ficção. O teórico do direito consciente deveria evitar esse tipo de armadilha e atentar-se somente aos fatos que integram a máquina social: leis (decisões judiciais, atos normativos etc.) produzidas em consonância com os interesses sociais – que, por sua vez, seriam fatos também. Dessa forma, a admissão da proposta de Lundstedt levaria uma jurista a deixar de lado quaisquer investigações sobre direitos e deveres entendidos como elementos da realidade, debruçando-se somente sobre questões atinentes à aplicabilidade de regras jurídicas em dado contexto, inclusive as decisões judiciais que imponham a uma pessoa algum tipo de punição (pena, indenização, declaração de responsabilidade por um acontecimento etc.), visto que tais decisões seriam indicativos factuais do direito vigente (LUNDSTEDT, 1950, p. 62-63).

Condenar uma pessoa a uma pena, ou condena-la ao pagamento de uma indenização ou submetê-la a outra medida compulsória, ou declarar que ela perdeu uma ação judicial ou outro tipo de recurso, tudo nesse sentido é, de um ponto de vista científico, somente uma amostra do fato de que as regras jurídicas aplicadas em um caso estão realmente em vigência. (LUNDSTEDT, 1950, p. 63)⁵⁴.

Posta dessa forma, a preocupação de Lundstedt se revela uma forma de promover o uso daquilo que veio a ser conhecido, no contexto da teoria normativista de Hart, como ponto de vista externo (HART, 2011, p. 113-114). Isso porque a compreensão do funcionamento da máquina social do direito dependeria da análise de fatos que são invisíveis àqueles orientados pelo senso comum da justiça e que ignoram o caráter fictício de figuras como “propriedade”.

⁵⁴ Tradução livre do trecho: “*Sentencing a person to punishment, or condemning him to pay damages or to submit to other compulsory measures, or pronouncing that he has forfeited a claim or any other remedy, everything of this kind is, from a scientific point of view, only an instance of the fact that the legal rules applied in a case are actually in force*” (LUNDSTEDT, 1950, p. 63).

Salienta-se que, embora Lundstedt tenha utilizado termos como “regras” e “direito vigente”, ele compartilhava a visão de Hägerström traduzida por meio da imagem da máquina social, sendo que aqueles termos assumem a função de metáforas em seus textos (LUNDSTEDT, 1950, p. 67).

[...] eu quis destacar a grande importância de o jurista, em *certas* investigações jurídicas, tentar enxergar o problema como um espectador olhando a estrutura da sociedade desde o lado de fora. Somente dessa forma ele poderá evitar negligenciar conexões essenciais na maquinaria jurídica. (LUNDSTEDT, 1956, p. 382, itálico no original)⁵⁵.

Assim, o ponto de vista externo – a rejeição de uma realidade jurídica desprovida de fatos – é o caminho recomendado por Lundstedt para a formação de uma abordagem científica do direito. Mantendo-se em mente a ideia de Hägerström (1953c [1939], p. 354), conforme a qual as engrenagens da máquina social são os seres humanos, a proposta de Lundstedt se torna mais clara. A jurista com pretensões científicas deve conhecer o linguajar jurídico, mas não pode se deixar levar à confusão por ele, uma vez que raciocínios baseados em palavras que designam os “direitos subjetivos” e os “deveres” são, em última análise, circulares. Por isso, para ser uma cientista do direito, ela precisa adotar o ponto de vista externo, que a habilitará a enxergar com clareza as engrenagens da máquina social, inclusive aquelas engrenagens às quais Lundstedt dedicou tanta atenção: os legisladores que, atentos aos fatos que indicam os interesses sociais, produzem as normas que embasam práticas sociais e alimentam o senso comum de justiça predominante na sociedade.

Ressalta-se que Lundstedt não pretendia destruir as ficções do âmbito jurídico, somente denunciá-las aos teóricos do direito, para que eles não incorressem no erro de aceitar concepções ilusórias concernentes aos fundamentos de um sistema normativo (LUNDSTEDT, 1956, p. 382). Em outras palavras, Lundstedt pretendia evitar que juristas ficassem presos unicamente ao que Hart denominou ponto de vista interno (HART, 2011, p. 113).

2.1.2.1. A ameaça fantasma: superstições jurídicas no âmbito internacional

Antes de finalizar o ponto que aborda o papel do cientista do direito na teoria de Lundstedt, é necessário dizer que o jurista sueco não se limitava a ver no senso comum da justiça um estorvo ao desenvolvimento da ciência jurídica, mas também um perigo à paz entre os países. Ao tratar da criação da Liga das Nações após o fim da Primeira Guerra

⁵⁵ Tradução livre do seguinte trecho: “[...] *I have wished to stress the great importance to the jurist in the case of **certain** investigations of law to try to view the problem as a spectator looking at the society structure from the outside. Only in this way will he be able to avoid overlooking essential connections in the legal machinery.*”

Mundial, Lundstedt (1933, p. 335-336) identificou na atribuição de direitos e deveres aos países uma antropomorfização prejudicial às relações entre as nações. O seu diagnóstico foi resultado da constatação de que, diferentemente do que acontecia no âmbito nacional, a alusão às superstições referentes a direitos e deveres no âmbito internacional somente alimentaria a inimizade e, possivelmente, o conflito entre países, devido à inexistência de uma máquina social no plano internacional (LUNDSTEDT, 1933, p. 334). Para o autor, na prática, a atribuição de um direito a um país coincidiria com a supressão dos interesses de outro país, ou seja, seria o detentor do “direito” aquele Estado capaz de se impor perante outro (LUNDSTEDT, 1933, p. 334). Com isso, Lundstedt demonstrou uma crença muito fraca na normatividade do direito internacional, reduzindo-o à força dos países mais poderosos perante os mais fracos.

O uso de termos comuns ao senso de justiça existente no contexto nacional (“ter direito à”, “está obrigado a”, “tem o dever de”, por exemplo) serviria não para apaziguar, mas para inflamar discursos pertencentes ao cenário político internacional e concernentes a interesses políticos e econômicos (LUNDSTEDT, 1933, p. 335). Nesse sentido, o autor utilizou o Tratado de Versalhes de 1919 para exemplificar os possíveis males advindos da promoção de superstições no direito internacional. Para Lundstedt (1933, p. 336-337), a atribuição de “culpa” – uma noção metafísica, segundo o autor – pela Primeira Guerra Mundial à Alemanha e a consequente atribuição de “direitos” aos países triunfantes seria somente uma amostra da antropomorfização maléfica da Alemanha. O jurista chegou, inclusive, a formular a possibilidade de um novo conflito advindo da humilhação imposta pelo Tratado de Versalhes à Alemanha, algo que, de certa forma, acabou se concretizando na Segunda Guerra Mundial (LUNDSTEDT, 1933, p. 336).

Em suma, Lundstedt (1933, p. 338-340) afirmou que, apesar das boas intenções de algumas pessoas que participaram da fundação da Liga das Nações, os discursos com base em “direitos” e “deveres” de países serviriam somente para embasar ações em contextos caracterizados por interesses conflitantes de diversas partes – pode-se citar como exemplo uma disputa por território. Para se livrar do perigo advindo do uso de superstições no âmbito internacional, o jurista propôs o abandono do uso do senso comum da justiça, que somente teria potencial útil no âmbito nacional, de modo a não fomentar conflitos (LUNDSTEDT, 1933, p. 340)⁵⁶. Além disso, o jurista sueco esboçou recomendações para

⁵⁶ Em uma passagem de seu texto, Lundstedt (1933, p. 340) se refere à “raça branca”: “Se a raça branca, no que concerne às condições para sua existência civilizada, continuar a tatear em um mundo de ilusões e a se furtar das realidades sociais, ela finalmente se desintegrará e será forçada a ceder o lugar a outras raças.”

o estabelecimento de um direito internacional realmente efetivo e capaz de consolidar uma comunidade de nações baseada na cooperação e na negação de interesses egoístas. Ele afirmou serem necessários regramentos que não possibilitassem a imposição de alguns países sobre outros mediante discursos contaminados por superstições como “soberania”, “direitos” e “deveres”. Os regramentos internacionais deveriam, então, ser produzidos com vistas àquilo que se mostra “importante para a manutenção e desenvolvimento da cultura espiritual e material em uma futura comunidade mundial” (LUNDSTEDT, 1925, p. 233)⁵⁷. A criação de regras racionais e alheias à ameaça fantasma das superstições, segundo Lundstedt (1925, p. 238), dependeria da formação de um parlamento mundial, ao qual os países deveriam se submeter pelo bem da paz e da ordem mundial, de maneira análoga ao que ocorre com indivíduos que se submetem aos sistemas normativos nacionais. Somente com o estabelecimento de um direito internacional imparcial que poderia ser constituída uma corte internacional que gozasse de autoridade e fosse formada por pessoas conscientes e livres do jusnaturalismo, orientadas por “aquilo que é necessário à civilização em geral e pelo avanço do bem público” (LUNDSTEDT, 1925, p. 236-237). Caberia aos juristas – inclusive aos cientistas do direito –, no plano da política internacional, o trabalho de formulação de normas que atendessem à proposta de uma comunidade pacífica entre países.

Apesar de suas pretensões generalistas, Lundstedt acaba restringindo o plano de aplicação de suas recomendações, pelo menos no que concerne às ações mais imediatas a serem tomadas no cenário internacional. O jurista sueco afirmou que, em razão da “dissimilaridade entre as raças”, seria mais fácil estabelecer a comunidade internacional ideal entre países da “raça branca”, mais precisamente os europeus e os Estados Unidos da América⁵⁸. Dessa forma, Lundstedt excluiu de suas considerações – pelo menos em um primeiro momento da transformação jurídica mundial – boa parte da população mundial, apostando na necessidade de uma “organização [ordem] jurídica dos Estados Unidos da Europa e da América”⁵⁹. Curiosamente, o pragmatismo e o cinismo que caracterizam o

Trata-se de tradução livre do trecho: “*If the white race, with regard to the conditions for its civilized existence, continues to grope in a world of illusions and to rid itself of social realities, it will finally disintegrate itself, and be forced to make room for other races.*”

⁵⁷ Tradução livre do seguinte trecho: “[...] so also must *International Law take its contents from what proves to be important for the maintenance and development of spiritual and material culture in a prospective world-community.*” (destaques no original).

⁵⁸ Lundstedt (1925, p. 238-239) se refere somente à “América”, mas é possível entender que ele se refere aos EUA graças a uma passagem sobre a forma de organização entre os Estados Federados estadunidenses.

⁵⁹ “[...] *The legal organisation of the United States of Europe and America [...]*” (LUNDSTEDT, 1925, p. 239).

pensamento de Lundstedt no que concerne ao direito nacional parecem ter sido abandonados nesse ponto, já que o autor não suscitou a possibilidade de a união entre países europeus e os Estados Unidos resultar em um regramento que prejudicasse de algum modo os demais países do restante do mundo.

Finaliza-se, com isso, a exposição sobre o papel do jurista no plano internacional, sendo oportuno notar que se revela vago o papel atribuído por Lundstedt aos cientistas do direito na missão de construir uma comunidade internacional livre de superstições jusnaturalistas. Como será mais detidamente comentado adiante, talvez o momento em que Lundstedt mais se aproximou de algum tipo de utilitarismo foi aquele em que ele ingressou em debates relacionados com Direito Internacional, pois suas propostas parecem voltadas para alguma forma de felicidade das populações de determinado grupo de países. Adiante, neste capítulo, mais considerações serão feitas sobre esse ponto.

2.2 A ciência jurídica: apontamentos sobre o direito penal e o direito civil na visão de Lundstedt

Depois da exposição sobre o pensamento de Lundstedt no que diz respeito aos papéis do legislador, da juíza e de cientistas do direito, é possível avançar e abordar a sua teoria referente às duas searas específicas do conhecimento jurídico: o direito penal e o direito civil – mais precisamente as regras sobre indenização e responsabilidade civil.

Ao rejeitar qualquer idealismo, Lundstedt se viu obrigado a fundamentar o direito penal de modo que não dependesse de considerações sobre a justiça da punição. Algo similar ocorreu no âmbito do direito civil, no qual as sanções consistentes em indenizações não puderam ser fundamentadas com base na justiça da reparação. A exposição sobre o pensamento do jurista sueco sobre esses pontos é feita a seguir.

2.2.1 A esfera penal na teoria de Lundstedt

Para Lundstedt, o pensamento jurídico atinente ao direito penal estaria alicerçado em bases completamente ilógicas. A principal fonte da confusão e do desvio do caminho da ciência seria o apego à noção de culpa como fundamento para a imposição de uma punição justa, decorrente da inobservância de um dever (LUNDSTEDT, 1956, p. 53-54).

Intrinsecamente ligada à noção de culpa estaria o livre-arbítrio do agente, um elemento que foi questionado por Lundstedt (1956, p. 54-55) com base em argumentos

deterministas, tais como o ambiente em que o agente foi criado, a educação que recebeu ou as circunstâncias em que se encontrava ao tempo da conduta criminosa (fome, por exemplo). Assim, a justiça (retributiva) de uma sanção penal dependeria da verificação da vontade do cometimento da ação criminosa, mas sendo tal vontade mero produto de circunstâncias externas, cujas existências seriam alheias ao próprio agente, não haveria sentido em punir uma pessoa com fundamento na noção de culpa (LUNDSTEDT, 1956, p. 56-57).

Por outro lado, diferente ponto de vista poderia ser adotado, aquele não determinista, por meio do qual seria possível sugerir que a vontade do agente é desvinculada do conceito jurídico de culpa. No entanto, Lundstedt (1956, p. 56-57) entendeu que, mesmo assim, seria forçoso reconhecer que qualquer referência à culpa do agente como condição para sua punição pressuporia considerações sobre a vontade livre do sujeito ativo no que concerne à decisão de cometer o crime. A visão indeterminista mostrar-se-ia falha, porque o livre-arbítrio, nesse caso, não constituiria a causa necessária da decisão de cometer o crime, já que ela estaria desvinculada do conceito jurídico de culpa. Dessa forma, as teorias indeterministas também seriam desprovidas de coerência, por esvaziarem de sentido o conceito jurídico determinante na imposição da pena, a culpa (LUNDSTEDT, 1956, p. 57).

Diante da inutilidade científica de noções idealistas referentes à justiça no campo penal, Lundstedt entendeu ser necessário abandonar qualquer tentativa de embasar (justificar) o direito penal em noções de justiça retributiva fundamentadas no dolo ou na culpa do agente. Somente dessa forma a função social do direito penal poderia ser posta em evidência e compreendida (LUNDSTEDT, 1956, p. 218-219)⁶⁰.

O conjunto de enunciados normativos que formam o sistema jurídico penal (leis penais), na visão de Lundstedt, teria um escopo: evitar que algumas condutas abalasse a vida em sociedade até o ponto em que ela se tornasse inviável. Com isso, o jurista sueco propôs o método do bem-estar social como o guia para a formação do sistema de normas penais tendentes a prevenir a ocorrência de condutas que teriam a capacidade de prejudicar a convivência entre membros de uma comunidade (LUNDSTEDT, 1956, p. 218-219). A punição, nesse sentido, não é concebida como uma retribuição decorrente da culpa em sentido lato do sujeito ativo, mas sim como uma expressão de confirmação da vigência do direito penal (LUNDSTEDT, 1956, p. 218-221). Assim, a punição frequente e regular

⁶⁰ Lundstedt (1956, p. 218) expressamente se refere somente aos países adeptos das grandes codificações, excluindo de sua análise sistemas jurídicos do *Common Law*.

imposta às pessoas que cometeram atos tipificados só seria vista como uma condição para a existência e para o desenvolvimento da sociedade, assumindo a forma de uma demonstração da força da máquina social (LUNDSTEDT, 1956, p. 221).

No que se refere ao direito penal, o atendimento ao bem-estar social, na teoria de Lundstedt, significa a consecução da função preventiva da lei penal. Lundstedt (1956, p. 221) pretendeu formar uma corrente em que nenhum elo dependesse de considerações jusnaturalistas sobre a culpa do agente. Essa corrente é formada por três pontos: i) pessoas podem agir de forma a comprometer a vida pacífica em sociedade; ii) o direito penal (leis penais) tem a função de desestimular o cometimento de atos que comprometem a vida pacífica em sociedade; e iii) a punição consistente na perda de liberdade tem a função de afirmar a vigência do direito penal. Nota-se que o autor sueco não dedicou muita atenção ao indivíduo, tendo se voltado para a coletividade, pois considerava ridícula a ideia de melhoramento moral ou social da pessoa condenada por meio da aplicação da sanção penal (LUNDSTEDT, 1956, p. 219). Lundstedt (1956, p. 226-227) entendia que, em vez de proporcionar alguma melhora moral ou social, a privação de liberdade gerava somente a marginalização das pessoas condenadas. Ademais, ele ironizava a proposta de melhoramento moral do condenado, lembrando que muitas pessoas chegavam a se comportar de maneira imoral, mas nem por isso incorriam em previsões de tipos penais. Por outro lado, o autor afirmou que a manutenção do direito penal seria em benefício da sociedade (do conjunto de pessoas que forma uma comunidade), não dos “criminosos” (LUNDSTEDT, 1956, p. 228)⁶¹. Dessa forma, o autor não tratava, predominantemente, da função social da punição, mas sim da função social do direito penal (da lei penal) (LUNDSTEDT, 1956, p. 226).

Ressalte-se que a função social do direito penal, segundo o jurista sueco, não residiria na punição. As sanções somente reforçariam a vigência da legislação penal, cuja manutenção no seio social seria capaz de criar uma realidade psicológica consistente em sentimentos morais, segundo os quais algumas condutas não deveriam ser cometidas. Em outros termos, a existência da legislação penal seria capaz, segundo Lundstedt, de criar a ideia de dever, sendo que a inobservância dos deveres penais levaria a consequências (sanções penais) que pareceriam necessárias nas mentes das pessoas em geral

⁶¹ Para Lundstedt (1956, p. 228), a manutenção do direito penal serve aos milhões que formam uma comunidade, não aos poucos que cometeram algum crime e estão presos. Como será tratado adiante, essa concepção de direito penal tem considerável poder autoritário.

(LUNDSTEDT, 1956, p. 231-232)⁶². Juntamente com o surgimento de um sentimento de dever, seria criada uma pressão moral difusa no meio social, que também serviria como fator tendente a evitar o cometimento de um crime (LUNDSTEDT, 1956, p. 234). Nota-se, com essas considerações, como Lundstedt herdou importantes aspectos da filosofia hägerströmiana: a constatação da naturalização de consequências jurídicas e o predomínio de fatores irracionais na manutenção do direito. Nas palavras do discípulo sueco, a função do direito penal seria

[...] despertar ou excitar nas pessoas sentimentos ou instintos morais contra crimes e sustentar tais instintos. É nisso que consiste a grande e crucial importância da legislação penal. É desse modo que a sociedade é impedida de ser tomada por crimes. (LUNDSTEDT, 1956, p. 239)⁶³.

Depreende-se dessas ideias que, para Lundstedt, a retribuição deveria ser esquecida em prol da prevenção em nome da paz social e, conseqüentemente, teorias da justiça da punição fundamentadas no dolo ou na culpa tornar-se-iam desnecessárias, pois elas só poderiam levar à retribuição na dimensão individual, jamais à prevenção em nome do bem-comum⁶⁴.

A recusa com relação à dimensão individual se estendeu, inclusive, às considerações sobre os motivos de um crime e os seus impactos na intensidade da sanção a ser aplicada. Para o jurista sueco, seria possível considerar os interesses sociais (as valorações sociais) referentes aos motivos para o cometimento de um ato típico, regulando

⁶² Karl Olivecrona parece ter entendido erroneamente o papel da punição na versão da máquina social do direito apresentada por Lundstedt. Olivecrona (1959, p. 137), que afirmou que aos olhos daquele jurista sueco, “o proprietário de uma casa, por exemplo, realmente goza da posse *devido* às sanções jurídicas na forma de punições e indenizações que são impostas aos invasores.” No entanto, para Lundstedt, as punições somente serviriam para indicar e reforçar a real causa da posse tranquila do proprietário de uma casa, qual seja, o respeito por (a crença em) normas que proíbem certas condutas, sendo que tal respeito é uma manifestação psicológica das pessoas que convivem em uma comunidade. O mais importante, portanto, não é o medo da punição, mas a crença no dever legal que embasa a punição e que, por sua vez, garante a estabilidade da vida em sociedade.

O trecho de Olivecrona citado corresponde a tradução livre de: “*The owner of a house, for instance, actually enjoys undisturbed possession because legal sanctions in the shape of punishment and damages are regularly inflicted on trespassers*” (OLIVECRONA, 1959, p. 137).

⁶³ Tradução livre do trecho: “*The essential social function of criminal law is to arouse or excite in people moral feelings or instincts against crimes and to support such instincts. It is here that we have the great and crucial importance of criminal law. It is in this way that society is prevented from being overwhelmed by crimes*” (LUNDSTEDT, 1956, p. 239).

Salienta-se que o termo *law* é utilizado por Lundstedt para se referir à lei, não ao direito em geral.

⁶⁴ “[...] ao considerar a intenção (e a imprudência) como *mens rea*, toda a visão [sobre a função do direito penal] é distorcida. Concentra-se na punição e no criminoso no caso particular em vez de perceber que se deve sempre se tratar da lei penal e de seu significado para a sociedade” (LUNDSTEDT, 1956, p. 237).

Tradução livre do inglês: “*However, in considering the intention (and recklessness) as mens rea, the entire view is distorted. One concentrates on punishment and the criminal in the particular case instead of realizing that it must always be a question of criminal law and its significance for society*” (LUNDSTEDT, 1956, p. 237).

a severidade das punições conforme tais interesses (LUNDSTEDT, 1956, p. 240). Do contrário, ter-se-ia a aplicação de sanções em desconformidade com instintos morais presentes em membros da sociedade, o que minaria a autoridade do direito penal, comprometendo a realização de sua função social (LUNDSTEDT, 1956, p. 240).

É importante notar que Lundstedt não discorreu detidamente sobre o conteúdo que os tipos penais deveriam ter. Depreende-se da leitura de sua teoria como um todo que tal conteúdo deveria ser definido por legisladores atentos aos interesses sociais presentes em dada comunidade. Dessa forma, o conteúdo do direito penal estaria vinculado às demandas da sociedade e, ao mesmo tempo, seria um fator atuante na formação dos “instintos sociais”. Considerando que na teoria de Lundstedt a punição assume o papel de reafirmar a vigência do direito penal, que é voltado para a preservação da vida pacífica em sociedade, é de se observar o potencial autoritário que a concepção do jurista sueco sobre a seara criminal possui. Esse potencial reside na possibilidade de instrumentalização da teoria para o embasamento de um direito penal repressivo ao extremo, tendo em vista a despreocupação teórica de Lundstedt com as pessoas inseridas em presídios em decorrência de condenação criminal, bem como a ausência de um pensamento voltado para o conteúdo que as leis penais deveriam ter⁶⁵. Neste trabalho, entende-se que, na teoria penal de Lundstedt, a contingência dos interesses sociais leva à contingência do conteúdo do direito penal⁶⁶.

2.2.2 A esfera civil na teoria de Lundstedt

Lundstedt não se limitou a discorrer sobre sanções do campo penal e não reservou somente à noção de culpa a acusação de servir como morada ao jusnaturalismo, pois, com relação à responsabilidade objetiva no âmbito civil, o senso comum da justiça dominaria as considerações sobre a imposição de pagamentos indenizatórios. Embora não se possa falar em justiça retributiva, visto que a culpa da pessoa que pagará a indenização é irrelevante

⁶⁵ Ressalta-se que, no tocante à sua atuação política, Lundstedt não parecia pretender o estabelecimento de um direito penal extremamente repressivo. Isso também se revela no repúdio à Alemanha dos tempos do nazismo, como será mostrado por meio da divergência entre Lundstedt e Olivecrona, no próximo capítulo.

⁶⁶ Uma linha de investigação que pode se mostrar interessante consiste na similaridade entre a teoria de Lundstedt voltada para o direito penal e o funcionalismo sistêmico na concepção de Günther Jakobs (1937-). Com isso, não se pretende afirmar o completo alinhamento entre os pensamentos de ambos os autores, mas apresentar que a noção de Lundstedt segundo a qual a sanção penal serviria à confirmação da vigência das leis penais pode se mostrar similar à ideia de Jakobs, para quem a sanção penal significaria a confirmação da identidade social que fora atacada por meio do cometimento de um delito. Sobre o tema, vide Jakobs (1996, p. 17-42).

no âmbito da responsabilidade objetiva, ainda assim Lundstedt (1956, p. 64-66) identificou certa influência idealista, já que a “obrigação” de indenizar seria decorrente de suposto “dever objetivo”. Nesse sentido, para Lundstedt (1956, p. 67), qualquer raciocínio que fizesse menção a um dever objetivo de indenizar outrem, independentemente de culpa, estaria contaminado pelo senso comum da justiça, caracterizado, nesse caso, pela ilusão de um dever-ser.

Pode-se ilustrar o pensamento de Lundstedt no contexto brasileiro ao se tomar como exemplo as disposições dos artigos 932 e 933 do Código Civil. O inciso I do art. 932 dispõe que os pais são civilmente responsáveis pelos atos de seus filhos, quando estes estiverem sob sua autoridade ou em sua companhia, enquanto o artigo 933 prevê que tal responsabilidade é independente de culpa. Dessa forma, se uma criança de cinco anos, por exemplo, riscar todo o carro da vizinha, sob os seus pais recairá a obrigação de indenizar, como se fossem eles os causadores do dano. Para Lundstedt, o estabelecimento de uma relação causal alheia à realidade, baseada no surgimento de um dever, cuja observância é considerada “correta” ou “justa”, é uma prova do idealismo presente na doutrina sobre responsabilidade civil objetiva⁶⁷.

Com essa crítica, Lundstedt não pretendia erradicar a responsabilidade civil objetiva, mas sim apontar que o seu embasamento em alguma noção de dever ou de justiça consistiria em mera manifestação ideológica ou, em termos hägerströmianos, em mera manifestação de emoções (sentimentos). Para o jurista sueco (LUNDSTEDT, 1956, p. 69-71), a verdadeira justificativa para a responsabilidade civil objetiva residiria em seu serviço ao bem-estar social, traduzido, nesse contexto, como o sentimento de segurança com relação à proteção de “direitos” – no exemplo acima, o “direito à propriedade” que recai sobre o carro que foi riscado⁶⁸.

Lundstedt também estendeu os seus ataques à noção de responsabilidade civil subjetiva. O jurista sueco partiu da seguinte premissa: para decidir justamente sobre a responsabilização subjetiva de uma pessoa em um caso de dano causado a outrem, o julgador teria de considerar todos os fatores que influenciaram os acontecimentos, bem como todas as condições pessoais dos envolvidos. Isso demandaria ter conhecimento de

⁶⁷ Frisa-se que, de qualquer forma, Lundstedt enxergava alguma influência jusnaturalista na imposição de indenizações, como será visto adiante, quando se abordar a responsabilidade civil subjetiva.

⁶⁸ Nota-se que, diferentemente do que ocorreu ao se tratar da função do legislador, o bem-estar social parece assumir um significado bem particular: a garantia de “segurança” com relação aos “direitos” e às “transações”. Esse assunto será explorado adiante, pois pode ser um indicativo de contradição na teoria de Lundstedt.

todos os fatos influentes no caso concreto, desde as informações referentes às situações econômicas dos envolvidos até as disposições genéticas da parte que cometeu o ato ilícito (LUNDSTEDT, 1956, p. 58-59). Pelo o que se depreende da leitura do argumento de Lundstedt, o julgador que pretende decidir com justiça deveria considerar todos os fatores, de modo que nem sempre o causador de danos seria juridicamente responsabilizado, gerando incerteza e inconstância no funcionamento da máquina social, de maneira que a própria manutenção de tal maquinaria se tornaria impossível. Por isso, assim como no que concerne ao direito penal, o jurista concluiu que seria necessário descolar a preocupação dos estudos jurídicos do indivíduo para o coletivo (LUNDSTEDT, 1956, p. 59)⁶⁹.

Além de voltar os seus olhos para as responsabilidades objetiva e subjetiva nos termos já expostos, Lundstedt, que era um civilista, dedicou parte de sua última obra ao direito contratual. Suas críticas não serão expostas pormenorizadamente aqui, pois refletem o que já foi abordado no primeiro capítulo sobre a inexistência de direitos e deveres de um ponto de vista caracterizado pelo naturalismo ontológico. Por isso, basta dizer que o entendimento de que a celebração de um contrato geraria direitos e deveres era, aos olhos de Lundstedt (1956, p. 244), um “erro fundamental”, já que a mera vontade não seria capaz de alumiar fatos constitutivos da estrutura do universo. Na ausência de um direito subjetivo místico, Lundstedt (1956, p. 247-249) invocou, mais uma vez, o bem-estar social, dessa vez traduzido em interesses sociais voltados para a troca de bens. A necessidade social de estabelecimento de uma rede segura de troca de bens teria levado à formação de regras jurídicas que preveem o dever de cumprimento do contrato no âmbito do direito das obrigações. Assim, esse suposto dever seria uma ideologia originada de uma real condição social, e a manutenção das regras atinentes ao direito contratual seria o meio de possibilitar a existência de uma civilização (LUNDSTEDT, 1956, p. 249 e 251-252).

Considerando o que já foi exposto sobre a teoria de Lundstedt até este ponto (responsabilidade objetiva, responsabilidade subjetiva e direitos e deveres contratuais), não é surpreendente o fato de o autor ter se pautado no “método do bem-estar social” na definição de diretrizes destinadas à orientação em julgamentos de casos que envolvem algum tipo de responsabilização civil. Além de construir as críticas aqui apresentadas, o jurista buscou fornecer diretrizes para orientação de julgamentos de casos envolvendo

⁶⁹ Esse argumento de Lundstedt pode ser confuso, pois se ele admite uma condição para que uma decisão seja justa, isto é, a consideração de todos os fatores influentes em uma situação, então ele admite a viabilidade de uma decisão justa, algo inadmissível em termos realistas. Parece que o autor somente cogitou a hipótese de elaboração de uma decisão “justa” para, em seguida, demonstrar a sua inviabilidade. O realismo psicológico herdado de Hägerström, mais uma vez, mostrou-se influente na teoria de Lundstedt: justiça é sentimento.

algum tipo de responsabilização civil. Nesse sentido, Lundstedt (1956, p. 258-259) sugeriu uma “regra comum de danos” (*common rule of damages*), em que conceitos idealistas como “culpa”, “errado” ou “senso do homem médio/prudente” seriam dispensados em prol de considerações sobre o bem-estar social. Com esse critério, Lundstedt (1956, p. 259-261) sugeriu a prevenção contra condutas que prejudicassem a vida econômica cotidiana (prejuízos à estabilidade de transações comerciais, por exemplo). Nesse ponto, o autor contemplou a variabilidade dos fatores que podem ser relevantes em diferentes casos por meio da afirmação de que seria necessário que a prática jurídica estabelecesse parâmetros para a aplicação de indenizações baseadas na regra comum de danos (LUNDSTEDT, 1956, p. 262).

Pode-se dizer que ao arquitetar diretriz contrária ao senso comum da justiça existente em conceitos como “culpa” ou “dever de cuidado”, Lundstedt acabou utilizando em sua teoria algumas valorações sobre o que seria ou não seria correto a ser feito na prática jurídica e sobre o que deveria ou não ser considerado ato passível de gerar uma indenização. Contudo, como foi exposto no primeiro capítulo, esse tipo de valoração não teria lugar no pensamento realista moldado pelo naturalismo ontológico. Ciente disso, Lundstedt (1956, p. 268) reconheceu que fez uso de valorações, pois sem elas não teria sido possível elaborar o método do bem-estar social. Por outro lado, o autor argumentou que, sem valorações, um jurista não poderia contribuir para a prática jurídica (LUNDSTEDT, 1956, p. 268). Com isso, o autor apresentou uma distinção entre a ciência em um sentido filosófico (epistemológico), que seria correspondente à base realista construída por Hägerström, e a ciência “praticada na sociedade” ou a ciência direcionada à prática social, na qual estariam localizadas as valorações feitas por Lundstedt, para quem os juristas poderiam orientar os seus estudos em razão da “ciência filosófica”, mas também transformar a prática social do direito com base na ciência prática, orientada pelo método do bem-estar social (LUNDSTEDT, 1956, p. 268).

A distinção apresentada por Lundstedt levanta uma questão: haveria uma dualidade em sua teoria capaz de minar a coerência de sua obra? Em outras palavras, teria Lundstedt, apesar de seus protestos, construído uma teoria alinhada de alguma forma com a pretensão utilitarista de maximização do bem-estar, que pode ser traduzido no contexto da obra do jurista sueco como “interesses sociais”? O último item deste capítulo é dedicado a essa questão.

3. As contribuições de Lundstedt para a teoria do direito contemporânea: afinal, Lundstedt era um realista utilitarista?

Percorrendo a trilha aberta por Hägerström, Lundstedt denunciava a impregnação do pensamento jurídico pelo jusnaturalismo, que teria se tornado imperceptível após séculos de ilusões construídas por juristas. Mas ele não se limitou a ser um acadêmico que ecoava as palavras de seu mestre, já que formulou algumas ideias sobre o chamado bem-estar social e, além disso, dedicou-se à vida política como parlamentar na Suécia.

Segundo Lundstedt (1956, p. 61), o funcionamento da máquina social do direito não seria totalmente dependente dos sentimentos experimentados pelas pessoas (engrenagens) que compõem uma comunidade, pois os seus rumos seriam definidos pela influência de demandas e interesses de ordem prática na sociedade (o bem-estar social) que se sobreporiam ao senso comum de justiça. Na visão do autor, mesmo os adeptos de alguma ideologia jurídica acabariam distorcendo as próprias ideias caracterizadas por alguma crença jusnaturalista, devido à inutilidade do senso comum da justiça frente aos problemas enfrentados que surgem em uma sociedade – e, com isso, Lundstedt apontava a importância da busca pelo bem-estar social (preocupações práticas) na configuração do ordenamento jurídico (LUNDSTEDT, 1956, p. 60-61).

Como foi adiantado no início deste capítulo, o jurista sueco atraiu críticas ao seu trabalho, já que sua dupla atuação, como acadêmico e como político, parecia minar a coerência de sua teoria. Nota-se, nesse ponto, que pode haver, também, certa incoerência na esfera unicamente acadêmica da vida de Lundstedt, dado que a busca por (algum) bem-estar social pode ser interpretada como a adesão a um tipo de utilitarismo. Entretanto, como foi exposto, o discípulo de Hägerström nunca se assumiu um adepto daquela corrente da filosofia moral.

Para Lundstedt (1950, p. 66), os utilitaristas seriam, na verdade, jusnaturalistas que cometeram o erro de se orientar por um método da justiça. O jurista sueco se distinguia – ou buscou se distinguir – de pensadores como Jeremy Bentham e John Stuart Mill ao afirmar que a única base não metafísica para o direito seria constituída pelos juízos dominantes sobre o que parece ser o melhor para o bem-estar geral (interesses sociais),

sendo que estudiosos do direito frequentemente permitiriam que suas ideologias (suas ideias jusnaturalistas sobre justiça) obscurecessem o papel desempenhado por aqueles juízos (LUNDSTEDT, 1950, p. 65).

Ainda assim, em seu último livro, Lundstedt assumiu uma distinção entre a ciência filosófica e a ciência prática. Talvez a resposta resida em uma nova categoria de valorações, introduzida pelo jurista sueco. Lundstedt afirmava que, diferentemente das ideias jusnaturalistas, os juízos sobre o bem-estar comum referir-se-iam a relações sociais, que seriam fatos e não meras valorações. Nesse sentido, a percepção que uma pessoa tem da realidade social (dos fatos) causaria os sentimentos e emoções que dariam origem às valorações. Dessa forma, uma pessoa pode observar as relações sociais (fatos) e, com base nessa observação, produzir normas jurídicas tendentes a promover o bem-estar na sociedade, sendo que as valorações (os sentimentos) por ela produzidas são decorrentes da observação mais ou menos exata dos fatos (LUNDSTEDT, 1950, p. 65-66) e, com isso, o autor pareceu sugerir a possibilidade de elaborar valorações cientificamente legitimadas pela correta observação de elementos factuais. Essa sugestão gera um problema, pois a observação de um fato não descarta a sua valoração por parte do observador, e a atitude valorativa comprometeria a base científica livre de idealismos.

A tentativa de Lundstedt de se desvincular dos utilitaristas não foi suficiente para evitar ataques dirigidos à sua teoria. Alf Ross (1997 [1958], p. 363), por exemplo, apontou que a busca pelo bem-estar social se revelou uma quimera social, roupagem formalmente alternativa à proposta utilitarista por maximização da felicidade individual, que acabou reproduzindo o raciocínio jusnaturalista, sendo alheia aos interesses conflitantes existentes em uma comunidade. Solon (2000, p. 71) ecoou Ross ao notar que Lundstedt baseou sua teoria radical em um princípio ético que não poderia ser provado empiricamente, o que teria rompido com o objetivo realista de consolidar uma ciência do direito livre de todo idealismo. Realmente, a leitura de algumas passagens dos textos do jurista sueco pode levar a leitora a identificar uma espécie de dever-ser na formulação de sua teoria – por exemplo, ele chegou a afirmar que a autoridade de regras jurídicas pressuporia que elas estivessem em acordo com os juízos dominantes sobre o bem-estar social (1950, p. 68).

[...] não há outra base para o direito senão os juízos predominantes sobre o que parece ser o melhor para o bem comum, para o bem-estar social. Esse deve ser o único motivo norteador na ciência do direito,

considerando ser verdade que o direito é indispensável para a existência da sociedade. (LUNDSTEDT, 1950, p. 65)⁷⁰.

De fato, a autoridade necessária é exercida por meio das regras de direito e de sua aplicação pelos tribunais e [órgãos] executivos. Um pressuposto para a autoridade das regras jurídicas é, contudo, que elas mesmas estejam em acordo com as avaliações dominantes sobre o melhor para o bem-estar social (LUNDSTEDT, 1950, p. 68)⁷¹.

O estudo da teoria de Lundstedt concernente ao papel do poder legislativo na dinâmica normativa de uma sociedade, por outro lado, possibilita a interpretação de que o autor não desejava endossar algum utilitarismo, e sim apresentar o funcionamento da máquina social do direito de forma pragmática, talvez até cínica. Contudo, essa via interpretativa não elimina os problemas no pensamento teórico do jurista sueco, porque as formulações de ideias sobre o direito internacional, o direito penal e o direito civil parecem conter um significado mais propositivo (valorativo) de “bem-estar social”, o que inviabiliza o alinhamento com os pressupostos do realismo hägerströmiano.

Com relação ao direito internacional, Lundstedt elegeu os EUA e os países da Europa para o início da formação de um direito internacional livre de superstições, pois as nações da “raça branca” poderiam desenvolver facilmente um projeto comum, dada a similaridade cultural. Conforme já adiantado em passagem deste capítulo, Lundstedt parece ter abandonado o pragmatismo e o cinismo ao propor uma “organização [ordem] jurídica dos Estados Unidos da Europa e da América”, pois ele desconsiderou o fato de que parte considerável desses países se beneficiou direta ou indiretamente da exploração de países de outros continentes desde os tempos da colonização. O autor não apontou um motivo científico que fundamentasse a proposta de criação de uma ordem jurídica internacional que marginalizasse tantos países, o que é um indicativo de que sua ideia, nesse ponto, é fruto de valoração incompatível com uma teoria realista.

O direito penal, por sua vez, teria a função de garantir a viabilidade de uma vida pacífica em sociedade, enquanto a punição – notadamente a restrição de liberdade – seria o meio para reafirmar a vigência das leis penais. Lundstedt, como dito em tópico específico,

⁷⁰ Tradução livre do inglês: “(...) *it there can be found no other basis of law than prevailing valuations of what seems to be the best for the common good, for the social welfare. This must be the one and single guiding motive in the science of law, just as it is true that law is indispensable for the existence of society*” (LUNDSTEDT, 1950, p. 65).

⁷¹ Tradução livre do seguinte trecho: “*Indeed, the necessary authority is exerted through the rules of law and their application by law courts and executives. A presupposition for this authority of legal rules is, however, that they themselves are in accordance with prevailing valuations of the best for social welfare*” (LUNDSTEDT, 1950, p. 68).

dedicou parte de sua obra à apresentação da função mencionada, mas não tratou pormenorizadamente do conteúdo das leis penais⁷². Pode-se interpretar essa parte do pensamento de Lundstedt como um exemplo de um defensor da desvinculação do direito com relação a um conteúdo moral necessário, o que indicaria que as leis penais seriam instrumentos para a manutenção de interesses dominantes em uma sociedade. Com essa interpretação, o direito penal se torna um instrumento cristalizador, um garantidor do *status quo*, cujo conteúdo só é alterado conforme as mudanças de demandas sociais. Com isso, “uma vida pacífica em sociedade” pode significar somente a repressão de vozes e comportamentos dissonantes – “paz”, nesse sentido, é sinônimo de “silêncio”. O autor não deixa claro se esse retrato do direito penal é uma descrição-teórica ou uma proposta sobre como esse ramo do ordenamento jurídico deve ser instrumentalizado em prol da paz social, sendo que a segunda opção denota uma postura valorativa incompatível com o realismo inaugurado por Hägerström.

Quanto ao direito civil, Lundstedt expressamente reconheceu que teve de fazer uso de valorações na construção de suas diretrizes. Isso fica evidente nas ideias apresentadas pelo autor atinentes às regras de responsabilização civil, que seriam voltadas para a garantia da segurança (estabilidade, previsibilidade) da vida econômica de uma sociedade. Ao admitir que uma “ciência prática” depende de valorações, Lundstedt pareceu ter resvalado em uma confissão concernente à sua teoria: a filosofia realista hägerströmiana pode apontar a verdade sobre a realidade psicossocial da máquina do direito, mas juristas estarão presos, em alguma medida, ao mundo das valorações morais, caso queiram lidar com a prática jurídica – o mundo dos juristas jamais estará livre das brumas dos sonhos.

Essas considerações sobre as formulações teórica de Lundstedt abrem margem para algumas perguntas. A primeira questão: tendo em vista a possibilidade de se interpretar a obra de Lundstedt como fruto de certas valorações voltadas para o bem-estar social, seria correto dizer que ele comprometeu a própria coerência ao se alinhar de alguma forma com o utilitarismo? A segunda questão: quais as possíveis contribuições de Lundstedt para a teoria do Direito contemporânea, se houver alguma?

Relativamente à primeira questão, deve-se destacar que os utilitaristas clássicos, assim como os realistas (escandinavos e americanos), podem ser enquadrados no que se denomina positivismo jurídico. As críticas por eles dirigidas às doutrinas do direito natural eram decorrentes do posicionamento de que direitos e deveres emanariam de algum tipo de

⁷² Apesar disso, há exemplos que indicam algum tipo de minimalismo penal, como a descriminalização de homossexuais defendida por Lundstedt.

governo, isto é, de definições políticas feitas por pessoas em determinado contexto – ou seja, direitos e deveres seriam decorrências de fatos da vida política. Essa é a crença manifestada por Jeremy Bentham (1998 [1796], p. 61-62), que rejeitou veemente qualquer afirmação baseada em algum jusnaturalismo⁷³. Contudo, o mesmo autor postulou um princípio ético norteador do direito: a promoção da felicidade (do prazer, do bem-estar) de uma comunidade ou, pelo menos, a minimização do sofrimento (BENTHAM, 2005 [1781], p. 170). Dessa forma, a rejeição dirigida ao direito natural não impediu que um dos maiores expoentes do utilitarismo baseasse o seu pensamento em uma espécie de dever-ser pertencente à dimensão ética (o princípio da utilidade..

Já John Stuart Mill (2011 [1861], p. 98) concebia um direito tido por um indivíduo como algo que deveria ser protegido pela sociedade em nome da utilidade geral. Essa ideia pode ser compatibilizada com o postulado de Lundstedt, para quem a previsão e a proteção de “direitos” – as aspas merecem destaque na leitura da obra do jurista sueco – deveriam estar condicionadas ao método do bem-estar social⁷⁴.

É também necessário apontar que, assim como os realistas, os utilitaristas tinham pretensões empíricas, embora tais pretensões não fossem do mesmo tipo que aquelas dos escandinavos⁷⁵. Nota-se isso nas primeiras páginas de *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, nas quais Bentham reconheceu que uma comunidade seria uma ficção, sendo realmente existentes somente os indivíduos que a compõe. Por isso, o “interesse da comunidade” significaria a soma dos interesses daqueles indivíduos (BENTHAM, 2005 [1781], p. 2-3). Não se ignora, entretanto, que a pretensão empírica, tal como foi apresentada aqui, não se baseia em fatos propriamente observados e documentados. As afirmações de caráter empírico, nesse caso, são uma afirmação de Bentham, para quem a humanidade seria governada pela dor e pelo prazer – um suposto fato que tem o importante papel de premissa no pensamento do filósofo inglês (BENTHAM, 2005 [1781], p. 1).

Com essa breve abordagem de alguns dos pilares da corrente utilitarista, pode-se compreender a razão que levou realistas – inclusive Lundstedt – a ligarem o utilitarismo ao

⁷³ Hart (1982, p. 79) afirmou que a intensidade das críticas de Bentham contra a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1791, que afirmava a existência de direitos inalienáveis, foi causada pelo Terror na França.

⁷⁴ Saliente-se que não se pretende igualar a teoria realista de Lundstedt e o utilitarismo, apenas demonstrar que há pontos de contato entre os trabalhos do sueco e aqueles dos utilitaristas.

⁷⁵ “Seguindo a filosofia empírica de Locke, Bentham desejava eliminar as raízes de todas as concepções de ideias inatas ou verdades *a priori*” (ROSS, 1997 [1958], p. 357). Tradução livre do espanhol: “*Siguiendo la filosofía empírica de Locke, Bentham deseaba eliminar de raíz todas las concepciones de ideas innatas o verdades a priori.*”

jusnaturalismo – ou a algo próximo ao direito natural⁷⁶. Como sustentado por Bentham (2005 [1781], p. 3-4), uma ação só poderia ser considerada correta ou incorreta conforme a sua adequação ou inadequação ao princípio da utilidade. Esse princípio, por sua vez, não seria passível de ser provado, pois, segundo o autor, uma cadeia de provas teria de ter um início, e aquilo que é usado para tudo provar (a submissão da humanidade ao prazer e à dor) não poderia ser suscetível de prova (BENTHAM, 2005 [1781], p. 4)⁷⁷. Mill (2011 [1861], p. 55), que levou adiante a tradição utilitarista, reafirmou o posicionamento moral de seu antecessor, ao sustentar que ações seriam corretas se fossem tendentes a promover a felicidade e erradas se fossem tendentes a promover o sofrimento.

É evidente que um realista discípulo de Hägerström teria de divergir dos utilitaristas nesse ponto, dado o postulado de que não haveria conhecimento moral capaz de estipular tais regras éticas. Embora houvesse a intenção de embasar o utilitarismo no empirismo, o princípio da utilidade (da maior felicidade) revelar-se-ia, a olhos realistas como os de Alf Ross (1997 [1958], p. 360), um “postulado metafísico baseado na intuição”, isto é, um elemento apriorístico inaceitável. A teoria jurídica de Lundstedt, nos termos da crítica rossiana, é entendida como diferente, apesar de próxima, do jusnaturalismo. O objetivo de promover o bem-estar geral por meio da maquinaria social do direito poderia ser entendido como o fruto da adoção de um elemento *a priori* por Lundstedt, tal como ocorre com o pensamento utilitarista. O jurista sueco estaria, na visão de Ross (1997 [1958], p. 359-360), entre o jusnaturalismo e uma ciência jurídica realista.

Seria correta a crítica rossiana?

É preciso ressaltar que, na teoria de Lundstedt (1950, p. 68-69), o senso comum da justiça não é importante por ser capaz de apontar as fontes de um direito superior ao positivo, mas porque ele tem um papel significativo na adesão da população ao funcionamento da maquinaria social em prol do bem-estar comum. Com isso, o jurista sueco afastou quaisquer ideias de direitos, deveres ou princípios morais eticamente superiores. Porém, quanto ao método do bem-estar social, as coisas podem se tornar um pouco mais obscuras. Considerando as interpretações – expostas nesta seção – referentes às

⁷⁶ Ross (1997 [1958], p. 359-360) alerta para a necessidade de não igualar, simplesmente, teorias do direito natural e o pensamento utilitarista. O utilitarismo, segundo o autor, abarcaria uma crítica das consciências moral e jurídica juntamente com a exigência de que uma ação fosse julgada com vistas às consequências por ela causadas, apesar de os utilitaristas, na visão do autor, serem guiados pela “necessidade que a consciência tem de um princípio de ação absoluto que possa livrar a humanidade da angústia da decisão” (ROSS, 1997 [1958], p. 364).

⁷⁷ John Stuart Mill (2011 [1861], p. 81-86) se dedicou mais detidamente à questão da (im)possibilidade de provar o princípio da utilidade, mas sem fornecer uma resposta definitiva ao leitor ou leitora.

ideias de Lundstedt concernentes ao direito internacional, ao direito penal e ao direito civil, pode-se dizer que:

- a) A teoria de Lundstedt abarca uma concepção pragmática de “bem-estar social”, consistente em demandas (interesses) de membros da sociedade que podem ser verificadas por meio da observação;
- b) O atendimento às demandas não levará, necessariamente, à felicidade, o que, segundo o autor, implica uma diferença no que se refere aos postulados utilitaristas;
- c) A função do direito penal apresentada por Lundstedt pode ser interpretada como uma decorrência do ponto *a*, mas também pode ser interpretada como uma decorrência de uma valoração moral que concedeu às leis penais o papel de manter a paz e a estabilidade;
- d) O que foi exposto no ponto anterior pode ser dito com relação ao direito civil;
- e) A proposta de criação de uma ordem jurídica integrando EUA e Europa é baseada em uma noção *a priori* sobre supostas compatibilidades culturais, econômicas e políticas entre os países, o que levou à exclusão *a priori* daqueles que não compunham a “raça branca”;
- f) A sugestão de uma distinção entre ciência filosófica (epistemológica) e ciência prática foi o modo encontrado por Lundstedt para justificar a existência de valorações em sua teoria.

Quanto ao ponto “a”, pode-se dizer que Lundstedt foi um expoente da ideia positivista de desvinculação do direito em referência a uma moral específica e necessária. Nesse sentido, a alusão ao bem-estar social seria somente outro modo de descrever as contingências sociais que dão origem às leis. Caso tivesse se limitado à ideia de um funcionamento da máquina social pautado em considerações sobre os interesses contingentes da sociedade, Lundstedt teria apresentado uma continuação à filosofia hägerströmiana voltada para o papel que algumas pessoas (engrenagens do sistema legislativo) têm na criação de regras jurídicas. Contudo, é forçoso reconhecer que Lundstedt não se limitou à sua noção pragmática e não valorativa referente ao bem-estar social, pois formulou diretrizes com base em juízos morais. Com isso, sua concepção de bem-estar social deixou de ser única e passou a assumir diferentes traços em diferentes passagens de sua obra. Isso não significa que Lundstedt foi um utilitarista – ele não foi –, mas sim que há incoerências em seus textos.

Com base nessas considerações, entende-se, neste trabalho, que as contribuições de Lundstedt não atingem o mesmo patamar daquelas de seus colegas realistas. Admite-se que a parte da teoria que tratou pragmaticamente dos fatores sociais a serem observados por legisladores poderia ser uma continuação interessante de ideias apresentadas por Hägerström sobre o papel da dimensão ideológica no fenômeno psicossocial do direito. Isso porque a contingência e a importância de interesses (manifestações psicológicas, isto é, emocionais ou sentimentais) são fatores caros ao pensamento de Hägerström, e Lundstedt foi capaz de localizá-los no contexto da formação de regras em instituições políticas atentas às demandas sociais. Além disso, como destacado por Castignone (1974, p. 140), Lundstedt levou adiante a tarefa de identificar o caráter idealista (valorativo) no uso de termos como “ilícito”, “responsabilidade”, “culpa” ou “negligência”. Ainda assim, a inconstância do pensamento de Lundstedt, que oscila entre descrições teóricas e avaliações morais, prejudica a formação de uma teoria inovadora e coerentemente alinhada com o realismo escandinavo.

CAPÍTULO III: O pensamento de Karl Olivecrona: fatos, linguagem, imperatividade e direito

*Aceita o universo
Como to deram os deuses.
Se os deuses te quisessem dar outro
Ter-to-iam dado.*

*Se há outras matérias e outros mundos –
Haja.*

Alberto Caeiro (Fernando Pessoa), *Poemas Inconjuntos*

1. Algumas notas biográficas sobre Karl Olivecrona

Karl Olivecrona (1897-1980) foi um jurista sueco pertencente à escola de Uppsala, discípulo de Hägerström e de Lundstedt. Seu pai, Axel Olivecrona, era juiz e seu avô, Knut Olivecrona, era professor de direito na Universidade de Uppsala e um dos juízes da Suprema Corte Sueca (SPAACK, 2014, p. 19)⁷⁸. A família Olivecrona, segundo Spaak (2014, p. 20), já pertencia à nobreza sueca quando do nascimento de Karl.

Ele se graduou em 1920, aos 23 anos, em Uppsala, e se tornou doutor em 1928, tendo sido influenciado pelos seus dois predecessores da linhagem realista escandinava (SPAACK, 2014, p. 21). Assim como Lundstedt, Olivecrona herdou de Hägerström o ceticismo moral – uma herança que lhe rendeu divergências até mesmo no seio familiar, como foi o caso de sua esposa, a escritora Birgit Lange (SPAACK, 2014, p. 22).

A respeitável carreira de Olivecrona como docente de processo civil na Universidade de Lund foi abalada devido a posicionamentos pró-Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial, quando o jurista, em duas oportunidades, afirmou que a vitória alemã seria benéfica à Europa como um todo, trazendo paz, tranquilidade, trabalho e economia estável ao continente, que antes era dominado pela Inglaterra (Olivecrona, 1941,

⁷⁸ Knut Olivecrona foi um grande opositor da pena de morte. Segundo Spaak (2014, p. 19-20), Karl Olivecrona contou ao seu filho Thomas o quanto se orgulhava do fato de a oposição de Knut ter se baseado na ineficácia da pena capital, pois esse seria um posicionamento com fundamentos científicos e não emocionais. Um exemplo das ideias de Knut (1868, p. 132-136) é a afirmação – com base em dados referentes ao número de condenações e execuções na Bélgica – de que a pena de morte poderia ser abolida na Suécia, pois essa alteração legislativa não causaria um aumento no cometimento de crimes. Por outro lado, Knut Olivecrona (1868, p. 7 e 165) se inspirava em Beccaria, autor que certamente seria reconhecido como jusnaturalista pelos realistas escandinavos.

p. 4)⁷⁹. Olivecrona não se manifestava sobre as atrocidades cometidas durante o regime liderado por Hitler, e tal silêncio enfureceu um de seus colegas, Vilhelm Lundstedt, que chegou a se manifestar pública e contrariamente às tentativas de relacionar a filosofia de Hägerström ao nazismo, algo que afetou, ainda que indiretamente, Olivecrona (SPAACK, 2014, p. 26-27).

Depois do fim da guerra, Olivecrona afirmou que se arrependia de ter apoiado a Alemanha durante o conflito, mas que suas intenções eram boas (SPAACK, 2014, p. 27-28). As suas opiniões não chegaram a comprometer totalmente a sua posição social, já que Olivecrona continuou a gozar de prestígio no meio acadêmico (SPAACK, 2014, p. 29-31), tendo se tornado diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Lund, em 1951. Ele se aposentou em 1964, um evento que não significou o fim de sua carreira acadêmica, pois ele continuou a escrever e a organizar seminários, dos quais chegaram a participar Herbert Hart e Roscoe Pound (SPAACK, 2014, p. 29-31). Olivecrona foi enterrado no mesmo cemitério que seus mestres realistas, Hägerström e Lundstedt, em Uppsala (SPAACK, 2014, p. 31).

Feitos os breves apontamentos biográficos, passa-se a explorar e analisar a teoria de Karl Olivecrona⁸⁰.

2. Olivecrona, herdeiro de Hägerström e de Lundstedt: a continuação da missão contra o jusnaturalismo

Solon (2000, p. 71-72) considera Olivecrona “o mais sagaz e brilhante representante da Escola de Uppsala”, responsável por aprofundar os estudos jurídicos iniciados por seus dois antecessores, com ênfase na negação do imperativismo (voluntarismo) e na recusa de qualquer idealismo jurídico. Faralli (2014, p. 57), por sua vez, nota no trabalho de Olivecrona a “tentativa mais bem-sucedida de construir sistematicamente uma teoria do direito a partir de um ponto de vista realista.”⁸¹ Para Olivecrona, a eficácia do direito estaria atrelada aos efeitos psicológicos nas mentes das pessoas, que se sentiriam submetidas ao regramento jurídico (SOLON, 2000, p. 73).

⁷⁹ As opiniões de Olivecrona sobre o assunto estão presentes em dois livros, *England eller Tyskland* e *Europa och America*, como apontado por Spaak (2014, p. 24-25).

⁸⁰ Apontamentos biográficos mais detidos podem ser encontrados em Spaak (2014, p. 19-33).

⁸¹ Tradução livre de parte do trecho: “*The second edition of it [of Law as Fact], dating to 1971, brings Olivecrona’s reelection on law to a conclusion and, more important, constitutes the most successful attempt at working out a systematic theory of law from a realist point of view.*”

Constata-se, com isso, que Olivecrona levou adiante as ideias de Hägerström e de Lundstedt ao colocar fatores psicológicos no centro dos fenômenos sociais que constituem aquilo que se chama “direito” (FARALLI, 2014, p. 66).

O jurista sueco também herdou a missão de consolidar uma ciência jurídica que pudesse ser colocada ao lado de outras ciências sociais, como a sociologia e a ciência política (OLIVECRONA, 1951, p. 120). Para tanto, Olivecrona teve de manter os ataques ao idealismo reinante no pensamento jurídico. Nesse sentido, um dos caminhos escolhidos pelo discípulo de Hägerström e Lundstedt foi analisar o positivismo jurídico através da ótica realista. Com isso, o jurista sueco pretendia desmascarar as bases positivistas, apontando a sobrevivência de vestígios das antigas ideias jusnaturalistas. Mostra-se oportuna a apresentação da estrutura do pensamento crítico de Olivecrona sobre o tema, de modo a dar início à exposição que culminará em considerações sobre as possíveis contribuições do terceiro pensador da linhagem presente no panteão realista escandinavo.

Para Olivecrona, os realistas seriam, em certo sentido, positivistas – pelo menos no que diz respeito à intenção de investigar fatos (OLIVECRONA, 1951, p. 121). Mas mesmo os chamados positivistas teriam falhado na tarefa de produzir um estudo científico do direito, visto que a busca por fatos os teria levado ao voluntarismo: a vontade do povo, a vontade do soberano e a vontade do Estado são exemplos de supostos elementos factuais indicados pela corrente positivista na tentativa de explicar a origem do direito (OLIVECRONA, 1951, p. 121). O problema com esse tipo de teoria já foi apontado neste trabalho, no primeiro capítulo: a circularidade do pensamento que aponta a vontade de certa autoridade como fonte do direito, apesar de a própria noção de autoridade pressupor a existência de alguma regra jurídica.

Além do argumento da circularidade, Olivecrona (1951, p. 124), assim como Hägerström, apontou a contaminação idealista existente na identificação de fatos fundadores do direito, isto é, a identificação de eventos históricos como geradores de direitos e deveres seria, apesar dos esforços positivistas, um exemplo de “busca por verdadeiros princípios da justiça ou do direito natural.”⁸². Em outra formulação: não seria possível extrair um dever-ser de um mero fato.

Aos olhos realistas, o positivismo seria um jusnaturalismo com os pés um pouco mais próximos ao chão. Nesse sentido, Olivecrona (1951, p. 124) considerava a teoria pura do direito de Kelsen um meio termo entre o idealismo e o realismo: se por um lado havia

⁸² Tradução livre do inglês: “[...] *a search for true principles of justice or natural law*” (OLIVECRONA, 1951, p. 124).

um compromisso de consolidar uma ciência jurídica livre do sincretismo metodológico, por outro lado o positivismo dependia da noção de dever-ser (*ought*), que residiria em uma esfera intangível para a ciência, comprometendo, portanto, a consecução da libertação das amarras jusnaturalistas. Para Olivecrona (1951, p. 125), o positivismo kelseniano estaria contaminado pelo direito natural, em razão de postulados nos quais direitos e deveres seriam criados por meio do próprio direito, que seria organizado em um ordenamento cujo ponto mais alto do sistema consistiria em uma norma hipotética fundamental⁸³.

A teoria pura do direito seria, através das lentes realistas, uma tentativa de se comprometer com Deus e o Diabo: apesar de a norma hipotética ser fundamental para a formação da hierarquia de validade no pensamento kelseniano, teoricamente contribuindo para a formação de uma ciência jurídica que só se ocupa de normas, ela também seria um pressuposto lógico-transcendental para a construção de um ordenamento composto por regras objetivamente válidas, permitindo que as ações de seres humanos fossem interpretadas de maneira objetiva, nos moldes de enunciados como “devemos respeitar o disposto na Constituição” (KELSEN, 2009, p. 201-205). A formulação de um esquema no qual a validade das normas jurídicas tem um papel central acabaria por levar ao direito natural, já que, em algum momento, a vontade de alguém teria de ser considerada essencial para explicar a existência do direito, enquanto a norma hipotética fundamental somente chancelaria o raciocínio idealista, que se revelaria em noções de direitos, deveres e comandos obrigatórios (vinculantes) (OLIVECRONA, 1951, p.127-129). É nesse ponto que o normativismo kelseniano fracassaria, por se distanciar da realidade, falhando na tarefa de fornecer uma explicação sobre a natureza do direito⁸⁴.

Ao se pronunciar sobre a busca por um deve-ser objetivo, Olivecrona (1951, p. 131) revelou o seu comprometimento com os fundamentos do realismo psicológico de seus antecessores, utilizando-os como ferramentas para atacar Kelsen:

O dever-ser objetivo é um mito. O que realmente existe são as nossas ideias sobre o dever-ser, os enunciados que as expressam e as emoções a elas ligadas. Tudo isso forma o que pode ser denominado ideologia, que é um tema de investigação muito importante para a filosofia jurídica. (OLIVECRONA, 1951, p. 131)⁸⁵.

⁸³ Sobre o tema, ver o quinto capítulo de *A Teoria Pura do Direito*, em Kelsen (2009, p. 193-278).

⁸⁴ Deve-se entender “realidade” como o conjunto de fatos que compõem a estrutura espaço-temporal, podendo ser analisado pelas ciências, já que Olivecrona também era um naturalista no sentido ontológico, segundo Spaak (2014, p. 36-37).

⁸⁵ Tradução livre do trecho: “*The objective ought is a myth. What actually exists is our ideas of the ought, the sentences expressing them, and the emotions connected with them. All this forms what might be called legal ideology, which is a highly important subject of inquiry for legal philosophy.*”

Nota-se que uma das principais preocupações de Olivecrona não era voltada para o idealismo abertamente jusnaturalista, mas ao jusnaturalismo que conseguira penetrar nas tentativas positivistas de livrar a ciência do direito das influências idealistas. Como visto no primeiro capítulo, Hägerström já havia manifestado essa preocupação, mas ela se revitaliza com Olivecrona, no contexto da teoria jurídica das décadas pós-Segunda Guerra Mundial.

Para enfrentar o problema da sobrevivência de ideias jusnaturalistas nos discursos positivistas, Olivecrona decidiu, primeiro, livrar o terreno teórico de confusões que poderiam obstaculizar o esclarecimento de um ponto de vista realista sobre o tema. O método encontrado pelo jurista sueco para tanto foi o de criar classificações para diferentes tipos de positivismo. A primeira classificação dividia as teorias entre positivismo naturalista e positivismo idealista (OLIVECRONA, 1971, p. 25-41), ambas caracterizadas pelo voluntarismo e, portanto, pelo jusnaturalismo. Seriam exemplos da vertente naturalista as obras de autores como Bentham e Austin, que se embasavam em fatos para explicar a natureza do direito⁸⁶. Nesse sentido, a desobediência aos comandos de um soberano levaria à imposição de sanções, sendo que a força (poder de coerção) da qual goza o soberano explicaria a obrigatoriedade (a força vinculante do direito)⁸⁷. Enquanto o positivismo idealista, segundo Olivecrona (1951, p. 35-41), seria representado por pensadores alemães como Savigny, que, diferentemente de Bentham e Austin, atribuía a origem do direito ao *Volksgeist* (espírito do povo), que seria personificado pelo Estado. A obrigatoriedade (*binding force*), na vertente idealista, seria uma propriedade inerente ao próprio direito (OLIVECRONA, 1971, p. 40).

Feita a distinção em duas grandes correntes, o positivismo jurídico, conforme apresentado por Olivecrona (1971, p. 61), seria um rótulo capaz de reunir diversas teorias diferentes e incongruentes, cujo único denominador comum consistira na oposição à

⁸⁶ Olivecrona (1975) enxergava em Bentham o primeiro grande positivista, responsável pelo avanço de abordagens científicas (sociológicas) do direito. Porém, o apego do jurista inglês à teoria voluntarista, ainda que de uma forma distinta daquelas de jusnaturalistas como Grotius e Pufendorf, acabou por implicar permanência do idealismo em seu pensamento. Assim, ao assumir que o verdadeiro direito seria aquele emanado por um poderoso soberano, capaz de infringir sanções, Bentham teria falhado em analisar o fenômeno jurídico com uma “mente aberta”, agindo como um herdeiro teórico dos pensadores jusnaturalistas (OLIVECRONA, 1975, p. 107-108). Apesar disso, Olivecrona (1978, p. 227-228) considerava Bentham um pensador “à frente de seu tempo”, tendo afirmado haver semelhanças entre a linguagem empregada pelo filósofo inglês e aquela de Vilhelm Lundstedt, no que concerne ao caráter “supersticioso” do linguajar jurídico.

⁸⁷ Hart (2011), no quarto capítulo de *O Conceito de Direito*, publicado em 1961, debruçou-se especificamente sobre questões atinentes ao direito visto como comandos emanados por um soberano capaz de punir os desobedientes. Dentre os problemas identificados pelo autor inglês, estaria a falta de explicações convincentes sobre a continuidade de um ordenamento jurídico ao longo do tempo (HART, 2011, p. 70-75).

doutrina do direito natural⁸⁸. Ainda assim, a intenção de se opor ao jusnaturalismo não foi o bastante para que teorias como aquelas de Austin e Kelsen colocassem os estudos jurídicos nos trilhos das verdadeiras ciências livres da metafísica. Por isso, o entendimento de que o positivismo é uma alternativa ao jusnaturalismo, na visão de Olivecrona (1971, p. 62-64), poderia se revelar banal, no sentido de que o positivismo seria tudo aquilo que o jusnaturalismo não é – uma definição negativa pouco esclarecedora –, bem como poderia se revelar errado, em razão da metafísica introduzida sub-repticiamente nas obras de autores positivistas.

Ao aprofundar a crítica voltada à teoria do direito de seu tempo, ocupando-se principalmente da pretensa cientificidade positivista, Olivecrona foi levado a um diagnóstico desanimador para uma mente realista: além de ser uma forma idealista de pensamento jurídico, o positivismo teria deixado dois grandes problemas teóricos não resolvidos e, com isso, teria aberto as portas para a ascensão de novos tipos de jusnaturalismo. Os dois problemas descritos por Olivecrona (1971, p. 43-47) foram:

- a) O positivismo jurídico não forneceria respostas satisfatórias para problemas interpretativos. Quando os enunciados normativos (textos legais, por exemplo) se mostram obscuros, o positivismo nada teria a oferecer como norte interpretativo, a não ser suposta vontade do legislador, que pode se revelar inútil;
- b) O positivismo jurídico não explicaria satisfatoriamente a obrigatoriedade (*binding force*) do direito. Com base no positivismo naturalista, a obrigatoriedade seria mera consequência da ameaça constante de imposições de sanções, enquanto o positivismo idealista atribuiria ao direito (sistema normativo) uma obrigatoriedade inerente. Ambas as vertentes teriam se curvado à metafísica e deixado de responder à questão “por que o direito é obrigatório?”.

Ao deixar lacunas no campo da teoria do direito, o positivismo teria munido novas formas de jusnaturalismo. Diferentemente do que Olivecrona (1971, p. 47-50) denomina jusnaturalismo clássico, o jusnaturalismo moderno, cuja ascensão teria se iniciado após a Segunda Guerra Mundial, não buscaria conferir legitimidade ao direito positivo por meio de uma avaliação de conformidade com a vontade de Deus ou com as leis do Cosmo, mas sim por meio de uma avaliação de conformidade do direito positivo com relação a certos

⁸⁸ Olivecrona (1971, p. 77-78) entendia que, para evitar confusões, a expressão “direito positivo” deveria ser usada somente em referência àquele corpo de normas supostamente formado conforme alguma vontade (teoria voluntarista).

valores aos quais a humanidade racional e civilizada se subordinaria. Nesse sentido, “[o]s princípios que supostamente decorreriam dos valores fundamentais não são apresentados como eternos ou imutáveis”, pois são adaptados às circunstâncias variáveis no tempo e no espaço (OLIVECRONA, 1971, p. 50)⁸⁹.

A visão de Olivecrona sobre o estado da arte da teoria do direito de seu tempo não difere muito daquelas de Hägerström e de Lundstedt: o mundo está infestado pelo idealismo. Porém, isso não significa que o jurista sueco não inovou ao tratar do assunto. Assim como seus antecessores, ele reputava a dicotomia jusnaturalismo/juspositivismo uma fonte de equívocos de caráter científico ou teórico, já que ambos os lados da moeda seriam caracterizados por algum tipo de metafísica (OLIVECRONA, 1971, p. 62-64). Mas as suas considerações e críticas advindas do diagnóstico sobre o estado da arte teórico foram além daquelas de seus antecessores. Os próximos itens abordarão as frentes de que ocuparam Olivecrona em sua tarefa de levar adiante a tese da máquina social do direito.

3. A linguagem e a força: as inovações da teoria de Olivecrona

Os estudos desenvolvidos nos capítulos anteriores, sobre Hägerström e Lundstedt, indicaram que o pai do realismo escandinavo e o seu primeiro discípulo se ocuparam da ideologia jurídica como um fator relevante no funcionamento da máquina social. Não obstante o seu caráter ilusório, a ideologia desempenharia um papel importante na consolidação e na perenidade da ordem social, visto que os efeitos psicológicos existentes na submissão a um regramento jurídico seriam fatores atuantes no comportamento de membros da sociedade.

Assim como Hägerström e Lundstedt, o terceiro pensador na linhagem dos grandes realistas acreditava que a sociedade seria pautada em ilusões, restando aos cientistas do direito o trabalho de dissipar as miragens jusnaturalistas que surgem no horizonte dos estudos jurídicos. Por isso, não é inadequado retratar o realismo como uma missão de destruição implacável da fé jurídica. Olivecrona se dedicou à tarefa destrutiva com escritos sobre o jusnaturalismo, o positivismo e a falsa dicotomia entre ambos, mas não se limitou a

⁸⁹ Nota-se que a constatação de Olivecrona atinente à ascensão de novos tipos de discursos jusnaturalistas poderia levar a uma crítica a teorias de autores ligados ao que se convencionou chamar de pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, como Ronald Dworkin. Na parte final deste capítulo, dedicada às possíveis contribuições de Olivecrona para uma teoria do direito contemporânea, a questão do jusnaturalismo moderno (pós-Segunda Guerra) será retomada.

isso. A parcela construtiva de seu pensamento jurídico reside na linguagem do direito e na força coercitiva de normas – ambos os fatores aliados aos fenômenos psicossociais explorados nos dois primeiros capítulos.

No tocante às ilusões de direitos e deveres, seria possível retratá-las como um fator cientificamente inútil, mas relevante para o convívio social, o combustível da máquina, fontes de motivos para aderir ao ordenamento jurídico, o que justificaria a sua preservação. Nesse sentido, a missão do realista seria caracterizada por certa dualidade: o direito deveria ser situado nos domínios do rigor científico (papel dos teóricos) e, ao mesmo tempo, estaria inevitavelmente vinculado à ilusão, que seria uma ferramenta útil para a adesão à ordem jurídica. Contudo, Olivecrona não aceitava essa linha argumentativa. Para ele, a “compreensão da verdadeira natureza das ideias de direitos e deveres teria, no geral, efeitos benéficos” (OLIVECRONA, 1959, p. 148)⁹⁰. Com isso, ele assumiu um posicionamento categórico em no que concerne a necessidade da eliminação do idealismo do direito: não bastava que esse expurgo ocorresse no âmbito teórico-científico, ele também seria útil mais amplamente. Mas como perseguir esse objetivo? Para Olivecrona, a chave estaria em considerações sobre a linguagem inerente ao âmbito do direito e à força (coerção) existente no funcionamento da máquina.

3.1. O lugar da linguagem na realidade psicossocial: Cérbero, direitos e deveres

O primeiro passo para entender o lugar que a linguagem ocupa na teoria jurídica de Olivecrona consiste em pensar, por exemplo, em Cérbero, o monstruoso cão de três cabeças que guarda a entrada do Hades, cuidando para que ninguém lá entre e, principalmente, para que ninguém de lá saia. A imagem formada em nossas mentes pode ser transmitida com o uso da linguagem, embora, felizmente, não haja um ser como Cérbero em nosso mundo. Assim como o cão de guarda mitológico, direitos e deveres podem ser traduzido em palavras, mas não podem ser apontados como objetos da estrutura do universo⁹¹. Até aqui, não há novidades com relação à filosofia de Hägerström. No

⁹⁰ Tradução livre de parte do seguinte trecho: “*It will be asked whether the illusion that rights and duties really exist, that they are created in such and such ways, etc., is necessary for the functioning of the legal system, or at least, that its function would be gravely impaired if those ideas were dissolved. Personally, I do not think so. I am inclined to believe that an understanding of the true nature of the ideas of rights and duties would have, on the whole, a beneficial effect*” (OLIVECRONA, 1959, p. 148).

⁹¹ Olivecrona estabeleceu uma distinção entre o uso de palavras para designar seres fantásticos como Cérbero e o uso de palavras como “direito” e “dever”. No primeiro caso, “Cérbero” remete à criatura mitológica, cuja imagem pode estar em nossas mentes. Com isso, aquele nome ganha um significado (cão de três cabeças).

entanto, Olivecrona dedicou especial atenção à linguagem da máquina social, o que lhe permitiu formular o conceito de imperativo independente, como será mostrado a seguir.

No desenvolvimento de sua teoria, Olivecrona se preocupou em ressaltar que a linguagem humana tem diferentes propósitos. Ela pode ser usada para descrever algo, para expressar emoções, para dar ordens ou para pedir gentilmente um favor. Além disso, como já dito, as palavras que usamos não se referem, necessariamente, a objetos reais do mundo, isto é, algumas palavras podem ser desprovidas de referentes na realidade externa, aludindo-se somente ao que se passa na mente das pessoas (OLIVECRONA, 1991 [1962], p. 35-36). Essa é a premissa para a compreensão da peculiaridade da linguagem jurídica. Quando manejamos quantias em dinheiro para adquirir bens, estaríamos lidando com palavras tão vazias quanto “unicórnio”, pois expressões como “cinquenta reais”, embora possam ser representadas por notas e moedas, não se referem a entidades reais observáveis no mundo. Isso não impede que tais expressões sejam largamente empregadas em práticas sociais cotidianas – na verdade, a falta de referentes para esse fim se mostra irrelevante –, pois elas, na visão de Olivecrona, seriam dotadas de uma função técnica subordinada a padrões prescritos em um regramento, sendo exemplo o devedor que preenche um cheque atento à forma correta de fazê-lo, de modo a pagar a sua dívida e se livrar de uma obrigação (OLIVECRONA, 1991 [1962], p. 36-40).

Olivecrona (1991 [1962], p. 41) denominou performativas (*performative*) as palavras vazias com funções sociais. A linguagem jurídica seria composta por expressões performativas, formadas por termos como “propriedade” ou “culpa”, sendo que o uso desses vocábulos permitiria interações jurídicas entre as pessoas, movendo a maquinaria jurídica. Cita-se, por exemplo, um juramento para a posse de um cargo público, no qual um sujeito pronuncia algumas palavras e, logo depois, é investido em suas funções. Trata-se de um procedimento comum, tão comum que dificilmente seria questionado por alguém, devido à simplicidade de seu significado: após a aprovação no concurso público e a pronúncia das palavras do juramento, aquela pessoa se torna uma servidora pública. Esse tipo de ritual, na ótica realista, assume caráter mágico, já que a pronúncia da fórmula do juramento é tida como um ato capaz de alterar o mundo ao redor: em um momento Matheus era só Matheus, mas, depois de jurar conforme a fórmula, ele se tornou também

Em contrapartida, palavras como “direitos” e “deveres” não teriam um significado no mesmo sentido. Em verdade, elas sequer teriam significados, pois são completamente desprovidas de referentes no universo – nem mesmo imagens mentais como à do guardião do Hades. Com isso, Olivecrona estabeleceu uma diferença com relação à Lundstedt, que não teria contemplado a aludida distinção no uso de certas palavras (OLIVECRONA, 1971, p. 182-185).

um servidor público. A linguagem do direito, desse ponto de vista, é a linguagem da magia (OLIVECRONA, 1991 [1962], p. 42-43), algo que já havia sido reconhecido por Hägerström. Reproduzindo as lições de seu mestre, o jurista sueco identificou o equívoco idealista consistente na conexão de meros fatos a significados transcendentais: “falamos como se criássemos efeitos invisíveis com simples palavras” (OLIVECRONA, 1991 [1962], p. 45).

Ao afirmar a existência de uma função técnica da linguagem jurídica, Olivecrona se referia ao seu escopo diretivo, desvinculado de um objetivo descritivo. O uso de palavras de cunho jurídico seria um meio de levar os membros da sociedade a agir de determinada forma em determinada situação, “um instrumento de controle social e de comunicação social” (OLIVECRONA, 1991 [1962], p. 47). Por essa razão, a ciência do direito deveria estar ciente da função técnica diretiva da linguagem jurídica, de modo a não claudicar e a não tomar palavras vazias por palavras descritivas⁹². Uma vez consciente do papel da linguagem, o teórico do direito poderia se dedicar à questão que permaneceu sem resposta mesmo após os esforços jusnaturalistas e positivistas: como explicar a obrigatoriedade do direito? O início da resposta já fora elaborada por Hägerström, e Olivecrona continuou a escrevê-la.

Da função diretiva decorreria, ainda que indiretamente, a função informativa dos enunciados sobre direitos subjetivos. Tome-se como exemplo o aviso “Não mexa neste livro. Ele é da Valquíria”. Evidentemente, tal aviso traz implicitamente a ideia do direito à propriedade e, com isso, tem como objetivo influenciar a conduta de outrem (“não pegue este livro”). Apesar de não haver realidade correspondente à expressão “direito à propriedade”, o uso da linguagem jurídica, além da função diretiva, pode servir à informação. Assim, em uma conversa, alguém pode dizer, sem qualquer pretensão diretiva: “Está vendo aquele livro raro de Olivecrona? Valquíria o comprou em um sebo no Sri Lanka”. Esse tipo de afirmação prescinde qualquer explicação sobre o que significa, no plano da realidade em um sentido naturalista ontológico, ser dono de algo. Ao afirmar que ela é proprietária de um livro, um dos interlocutores está se valendo da linguagem jurídica e de todo o misticismo que lhe é inerente, o que não faz com que a afirmação seja verdadeira ou falsa (correspondente ou não a um fato da realidade), mas somente correta

⁹² Atualmente, pode ser fácil aceitar a ideia realista no que concerne às expressões performativas quando se trata de termos como “propriedade”, “usufruto” ou “real, dólar, peso”. O problema pode surgir quando se trata de palavras e expressões como “dignidade”, “direito à vida” e “liberdade”.

ou incorreta do ponto de vista jurídico, ou seja, do ponto de vista dos usos da linguagem jurídica (OLIVECRONA, 1991 [1962], p. 61-62)⁹³.

Ainda no que concerne ao posto ocupado pela linguagem no pensamento de Olivecrona, um indicativo da existência da obrigatoriedade do direito seria o estabelecimento de aparentes cadeias de causas e efeitos, frutos da linguagem empregada no âmbito jurídico (artigos de leis, da Constituição, precedentes das cortes), que é permeado por “deverá”, “estará obrigado”, “vincula-se” e “terá o direito”. Assim, a força vinculante (coercitiva, obrigatória) das regras jurídicas aparentemente se revelaria na dimensão da linguagem, que desempenha um papel importante na rede de reações emocionais que constituem o fato psicológico integrante da máquina social do direito (OLIVECRONA, 1939, p. 42-49).

Para que o poder sugestivo da linguagem jurídica assumisse traços realistas, foi necessário desvinculá-lo da ideia de comandos garantidos por ameaças. Conforme já foi salientado, Olivecrona repudiava o voluntarismo como uma explicação científica do fenômeno jurídico, portanto, a noção de comandos deveria ser excluída do conceito realista de direito. Hägerström (1964a [1917], p. 111-112 e 120-121) já havia aberto portas para estudos que considerassem a formulação de enunciados no modo imperativo ou indicativo tendentes a sugerir uma realidade que, em verdade, consistiria na associação entre um sentimento conativo e a ideia de uma conduta. Olivecrona avançou pelo portal aberto por seu mentor e desenvolveu o conceito de imperativo independente, um elemento de sua teoria elaborado a fim de dar adeus às teses jusnaturalistas e positivistas sobre a obrigatoriedade do direito. A construção e as considerações sobre esses elementos distinguem Olivecrona de seus antecessores e, por isso, representam mais um passo no movimento realista escandinavo.

⁹³ Olivecrona também se referia à função técnica de expressões referentes a “direitos subjetivos”. Trata-se do fato de que o emprego de certas palavras em enunciados jurídicos (leis, decisões judiciais etc.) permite o entrelaçamento sistemático de vários dispositivos legais (OLIVECRONA, 1991 [1962], p. 63-65). Tira-se do ordenamento brasileiro um exemplo: o termo “casa”, previsto no artigo 5º, XI, da Constituição Federal, e no artigo 150, *caput*, parágrafos e incisos, do Código Penal, possibilita a interpretação sistemática concernente à inviolabilidade do domicílio. Agradeço a Valquíria Valio Simionato por me sugerir esse exemplo. No item 4, mais observações serão feitas sobre a correção de afirmações sobre direitos e deveres na teoria de Olivecrona.

3.2. Coerção livre de ilusão? Os imperativos independentes e imperativos performativos

Se as regras jurídicas não são comandos e não são frutos da vontade do Estado ou do povo, então o que elas são? Hägerström e Lundstedt abordaram a questão com o enfoque do realismo psicológico, como foi exposto nos dois primeiros capítulos deste estudo. Olivecrona, por sua vez, dirigiu sua atenção àquilo que ele denominou “elemento imperativo”.

A rejeição de teorias positivistas levou o jurista sueco a buscar uma resposta para uma questão persistente: como explicar a obrigatoriedade do direito? No processo de lidar com essa tarefa, um substituto à noção de comandos foi apresentado: o imperativo independente, gênero do qual a regra jurídica seria uma espécie (CASTIGNONE, 1974, p. 156).

O conceito de imperativo independente é resultado de uma série de considerações que permeiam a obra de Karl Olivecrona, que podem ser organizadas da seguinte forma: (i) as regras jurídicas não são meras manifestações de vontade (OLIVECRONA, 1939, p. 32-41); (ii) apesar disso, as regras jurídicas são tidas como obrigatórias (OLIVECRONA, 1939, p. 42); (iii) regras jurídicas são, na verdade, compostas por um elemento ideacional e um elemento imperativo (OLIVECRONA, 1964, p. 794); (iv) o elemento ideacional consiste na conduta ou no estado de coisas a ser obtido por meio da aplicação da regra jurídica (OLIVECRONA, 1964, p. 794); (v) o elemento imperativo consiste no meio empregado para fazer surgir a impressão de obrigatoriedade da regra jurídica (OLIVECRONA, 1964, p. 794)⁹⁴.

Os argumentos para a primeira consideração (i) já foram abordados e não precisam ser retomados neste capítulo. Sobre a segunda consideração (ii) basta lembrar o que foi exposto nos capítulos anteriores sobre a obrigatoriedade de as normas serem decorrentes de um fenômeno psicológico caracterizado pelo condicionamento social que acarreta união de um sentimento conativo de ação e ideia de conduta.

Olivecrona não se debruçou tanto sobre o elemento ideacional (iii e iv) de uma regra, tendo preferido voltar sua atenção ao elemento imperativo. O jurista sueco postulava que o conteúdo de uma regra consistia em uma idealização – por parte do legislador – de uma conduta, inclusive de condutas de juízes diante de um cenário hipotético

⁹⁴ Olivecrona (1939, p. 46-49) entendia que regras morais também abarcavam o elemento imperativo.

(OLIVECRONA, 1939, p. 28-30). Todas as normas jurídicas, mesmo aquelas tidas como “programáticas”, teriam o objetivo de dirigir a conduta de pessoas pertencentes a uma comunidade, cujas mentes seriam responsáveis por abastecer e fazer funcionar a maquinaria social do direito. Expressões como “direito subjetivo” e noções delas decorrentes, embora não denotem uma realidade, teriam utilidade na medida em que dirigiriam as condutas de pessoas (OLIVECRONA, 1991 [1962], p. 53-58), como quando se diz “Não pegue esse livro! Ele tem dona, é da Valquíria!”.

Nota-se que Olivecrona, nesse ponto, seguiu o sentido contrário em relação a Lundstedt. Este último, ao discorrer sobre o método do bem-estar social, demonstrou grande preocupação com o posto ocupado pelo elemento ideacional em sua teoria. Isso fica evidente em razão de parte considerável de seus textos tratar do papel do legislador na formulação de leis tendentes a gerar condutas socialmente alinhadas com o bem-estar social, enquanto Olivecrona enxergava problemas nessa abordagem e rejeitava o método do bem-estar social. Para ilustrar a sua crítica, ele recorreu ao cenário em que um juiz se encontra em uma situação na qual aplicará uma regra jurídica. Nessa situação, o texto legal não seria um informativo sobre o suposto fato de que a sua aplicação gerará certos benefícios sociais. A lei, nesse cenário, seria um imperativo: diante da configuração de determinados fatos, a norma deverá ser aplicada (OLIVECRONA, 1964, p. 799).

A crítica de Olivecrona talvez pudesse ter sido evitada com o reconhecimento de que seu colega realista lidava com um objeto diferente. Lundstedt focou no Legislativo e tratou, lateralmente, do Judiciário. Em nenhum momento ele rejeitou a "obrigatoriedade" das regras jurídicas – ao contrário, ele a atribuiu ao fenômeno psicológico, assim como Hägerström –, mas somente se dedicou ao chamado elemento ideacional da regra. Olivecrona, por sua vez, explorou mais detidamente o outro lado da moeda, o elemento imperativo (*iii* e *v*). Pode ser que ambos os autores discordassem no que tange à idealização de condutas a serem obtidas por meio da aplicação de normas elaboradas pelo Legislativo, mas esse seria um assunto diferente, que não implicaria divergência sobre o elemento normativo de uma regra. Olivecrona, ao elaborar o conceito de imperativo independente, adentrou um terreno inexplorado por seu colega.

No plano da linguagem, os usos de enunciados nos modos indicativo ou imperativo foram apontados por Olivecrona (1964, p. 802-803; 1971, p. 119) como meios de imprimir a ideia de obrigatoriedade, dirigidos à parte volitiva da mente do receptor do imperativo

independente – e não à parte intelectual⁹⁵. Em outras palavras, a única função do elemento imperativo – que pode surgir por meio de variados sinais – na teoria de Olivecrona é dirigir as condutas de pessoa ou definir critérios para que certas consequências jurídicas sejam geradas.

O âmbito penal é o ideal para exemplificar a direção de condutas pelos imperativos independentes. No Brasil, uma inovação legislativa recente pode ilustrar o elemento imperativo do direito ao qual se refere Olivecrona. Em 2017, um caso tomou os noticiários: dentro de um ônibus, um homem havia ejaculado em uma mulher⁹⁶. Diante dos fatos, juristas divergiam sobre a regra penal aplicável ao caso. Tendo a evidente demonstração do tipo de violência ao qual as pessoas – principalmente as mulheres – estavam expostas, e considerando a dubiedade do ordenamento jurídico em casos como aquele, o Congresso agiu por meio da apresentação de modificações em um Projeto de Lei que tramitava desde 2015⁹⁷. A aprovação do projeto levou à promulgação da Lei n. 13.718/18, que introduziu no Código Penal o artigo 215-A (importunação sexual), que tipifica a conduta de “[p]raticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”, atribuindo-lhe a pena de reclusão de um a cinco anos. A imperatividade se revelaria em duas frentes, na concepção de Olivecrona. Por um lado, direciona-se a conduta das pessoas em geral, de modo que elas não pratiquem a conduta tipificada. Por outro lado, a juíza que verificar a ocorrência do crime deve aplicar a pena cominada na lei penal. Com isso, além do elemento ideacional – consistente na idealização de uma sociedade na qual atos como o mencionado não ocorram ou, pelo menos, ocorram menos frequentemente –, há também o elemento imperativo, que se manifesta na ideia de que a lei prescreve que algo não deve ser feito, bem como na determinação de que uma sanção *deve ser* aplicada em caso de prolação de uma sentença penal condenatória.

Nota-se como ideia de que “a lei prescreve algo” prescinde de qualquer tipo de referência a uma vontade ou a um comando. É nisso que reside a *independência* dos imperativos aos quais Olivecrona se refere. Assim, podemos definir imperativos

⁹⁵ As regras entendidas como imperativos independentes não precisam estar na forma verbal do modo imperativo (OLIVECRONA, 1964, p. 802).

⁹⁶ Vide: MULHER sofre assédio sexual dentro de ônibus na Avenida Paulista. **Globo**, São Paulo, 29 ago. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/mulher-sofre-assedio-sexual-dentro-de-ônibus-na-avenida-paulista.ghtml>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

⁹⁷ Trata-se do Projeto de Lei do Senado n. 618/2015: Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123183>>. Acesso em: 24 fev. 2019. Na Câmara de Deputados, o projeto recebeu o número 5452/2016. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2086414>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

independentes como sinais ou signos com função diretiva e cujo caráter compulsivo não está vinculado a fatores volitivos (OLIVECRONA, 1971, p. 128-129)⁹⁸.

Já a ideia de um imperativo destinado à definição de critérios para que certas consequências jurídicas fossem geradas exigiu de Olivecrona uma construção conceitual específica. Seriam exemplos desse tipo de imperativo as regras sobre as formalidades para a aquisição da propriedade de um bem imóvel: se você quiser adquirir uma casa, deverá pagar o preço e realizar o devido registro no cartório de imóveis. Olivecrona (1964, p. 809; 1971, p. 134) denominou imperativos performativos as regras voltadas para as consequências jurídicas, como a “criação” ou o “surgimento” de “direitos” e “deveres” – ênfase deve ser conferida às aspas, pois as palavras que estão entre elas designam uma natureza mística⁹⁹.

Ao formular a categoria dos imperativos performativos, Olivecrona (1971, p. 217-239) procurava ampliar o horizonte de sua teoria centrada na obrigatoriedade do direito¹⁰⁰. Para tanto, ele precisou construir um conceito que se referisse ao grande número de regras jurídicas que não prescrevem uma forma de conduta, mas que se referem a “efeitos jurídicos” de determinados atos ou eventos. No nosso ordenamento temos diversos exemplos desse tipo de norma. O artigo 5º, *caput*, do Código Civil dispõe que “[a] menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”. Nota-se que essa regra é diferente daquela que criminaliza o tráfico de drogas, cujo objetivo é dirigir a conduta de pessoas em geral para que não trafiquem e, em especial, dirigir a conduta de magistrados para que apliquem a sanção penal definida pelo legislativo. A finalidade da regra do Código Civil é “criar efeitos jurídicos” decorrentes do decurso de um prazo (dezoito anos). Na visão de Olivecrona (1971, p. 223), um artigo como esse não seria desprovido do elemento imperativo, pois o respeito à lei levaria a um efeito psicológico referente a um “fato”: a maioridade civil atingida e acompanhada de todas as consequências jurídicas dela advindas. O elemento

⁹⁸ Saliente-se, como observado por Castignone (1974, p. 156), que as regras jurídicas constituem um exemplo de imperativos independentes, assim como as regras de etiqueta.

⁹⁹ A concepção de imperativos performativos é decorrência da filosofia de John Langshaw Austin (1962, p. 1-5), que desenvolveu a ideia segundo a qual certas frases constituiriam uma ação, sem que descrevessem algo e sem que pudessem ser consideradas certas ou erradas. Exemplo seria a pronúncia de palavras durante um juramento ou durante a celebração de um casamento.

¹⁰⁰ Spaak (2014, p. 136) apontou que a distinção entre imperativos independentes e imperativos performativos não teria utilidade teórica, somente prática. No entanto, entende-se, neste trabalho, que o esforço de Olivecrona dirigido à formulação de uma distinção serve à clareza da exposição: algumas regras preveem “deveres de conduta” (a proibição do homicídio, por exemplo), enquanto outras preveem meios de obtenção de certas consequências jurídicas (o decurso de 18 anos para a obtenção da maioridade civil e penal, por exemplo). O estabelecimento de tal distinção tem relevância teórica no pensamento de Olivecrona, na medida em que leva a ideia de imperatividade para além das regras que impõem “deveres de conduta”.

imperativo se manifestaria na ideia de que pessoas com dezoito anos ou mais devem ser tratadas como juridicamente adultas.

Os chamados “efeitos jurídicos” (“consequências jurídicas”) são tidos por Olivecrona como ilusões, em razão de sua base filosófica naturalista ontológica. Em termos práticos, a função desses supostos efeitos seria conectar o mundo real (estrutura do universo) ao mundo suprassensível do direito (OLIVECRONA, 1971, p. 223-224). Nesse sentido, o decurso de dezoito anos na vida de um ser humano – um período cientificamente observável e, portanto, parte do mundo real – geraria os “efeitos jurídicos” (a obtenção da maioridade e suas consequências) que se ligam à esfera suprassensível do direito, na qual repousam os direitos e deveres¹⁰¹.

Spaak (2014, p. 127-140), em seu estudo voltado especificamente para o pensamento de Olivecrona, apresentou algumas considerações críticas à ideia de regras jurídicas como imperativos independentes. Segundo o autor, as regras jurídicas permissivas ou que conferem poderes a pessoas em determinadas situações não podem ser consideradas imperativos independentes, porque não haveria qualquer tipo de imposição (SPAACK, 2014, p. 135). A interpretação de Spaak referente à palavra “imperativo” é demasiadamente restrita, porque não implica, necessariamente, imposição de uma conduta. Trata-se de um significado mais amplo, no sentido de que regras permissivas ou que conferem poderes definem as condições para que determinadas consequências jurídicas se configurem. As regras referentes à eleição de Presidente da República, por exemplo, visam à definição de um “caminho necessário” a ser trilhado por candidatos ao cargo. Uma vez eleita, a pessoa terá suas atribuições definidas na Constituição Federal, ou seja, terá definida a sua área de atuação na administração por meio da “concessão de poderes”. Outro exemplo é encontrado no *caput* do artigo 62 do Código Civil, cujo enunciado condiciona a criação de uma fundação à feitura de uma escritura pública, de um testamento ou de uma dotação especial de bens livres, “especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la”. Em casos como esses, o elemento imperativo se revela na definição de condições e de limites para a verificação de consequências jurídicas, não na imposição de condutas nos moldes de regras penais como a proibição do homicídio (“não matarás”).

¹⁰¹ Olivecrona (1971, p. 226-233) apontou como os imperativos performativos teriam uma origem mágica (religiosa) em sociedades do mundo antigo, nas quais a pronúncia de fórmulas desempenhava papel essencial na organização social.

Apresentadas as concepções de imperativos na teoria de Olivecrona, nota-se como a referência à linguagem foi o principal modo encontrado por Olivecrona para fundamentar a imperatividade do direito. Mas seria correto dizer que, cientificamente, o jurista sueco conseguiu delinear a coerção desprovida de ilusão? Por um lado, ele teorizou sobre o fenômeno psicossocial do direito, sem se basear em noções metafísicas para tanto. Contudo, a ideologia jurídica (as crenças místicas, a metafísica implícita) continuou a ser tratada como um fato psicológico social muito relevante na ordem de uma sociedade. Por isso causa perplexidade a afirmação do autor sobre a necessidade da ilusão na vida do direito, já que para ele o funcionamento da máquina social não só não sofreria com a dissolução da ideologia sobre direitos e deveres, mas acarretaria algum efeito benéfico (OLIVECRONA, 1959, p. 148) – tal efeito não foi determinado pelo autor.

A leitura da última grande publicação de Olivecrona (a segunda edição de *Law as Fact*) não aponta um distanciamento relativamente a Hägerström e a Lundstedt, para quem a ilusão seria importante parte do estado de coisas que constituiria uma sociedade juridicamente ordenada. Isso não significa que Olivecrona foi somente um porta-bandeira do realismo escandinavo, pois suas considerações sobre a linguagem e a imperatividade do direito significam um aprofundamento teórico. Tal aprofundamento levou o jurista sueco a refletir sobre as atuações das “instituições” do “Estado” em conexão com a ideia de imperatividade do direito. Como será mostrado a seguir, o elemento imperativo do ordenamento jurídico também estaria presente no processo legislativo, de maneira intrinsecamente ligada à religiosidade e ao imaginário social sobre a legitimidade do direito, manifestando-se na força das regras de um ordenamento.

3.2.1. Os sinais do direito e do poder: o procedimento legislativo e a Constituição na teoria de Olivecrona

Ao buscar explicar a normatividade do direito, Olivecrona introduziu no horizonte do realismo escandinavo os imperativos independentes, dos quais seriam exemplos as regras jurídicas entendidas como normas capazes de dirigir a conduta de pessoas (critérios para julgamento de um estelionatário, por exemplo) ou de orientar pessoas que procuram certas consequências jurídicas (exemplo: aquisição de propriedade de um imóvel). Apesar da construção dessa noção, uma pergunta ainda assombrava o realismo de Olivecrona: “afinal, de onde surge a imperatividade das regras jurídicas? Qual a sua gênese?”.

Olivecrona construiu uma resposta composta por diferentes etapas. A primeira etapa se refere ao procedimento legislativo e os significados (as representações) que ele tem nas sociedades orientadas por ordenamentos jurídicos complexos. A ideia básica, neste ponto, é a de que o respeito às leis são manifestações de reações psicológicas amplamente compartilhadas, provocadas pelo conhecimento de que um texto foi produzido e aprovado por parlamentares (autoridades), observado o procedimento prescrito na Constituição (OLIVECRONA, 1964, p. 806-807; 1971, p. 92-93). A palavra “lei”, desse modo, já seria carregada de imperatividade, pois indicaria o produto das ações de pessoas autorizadas a criar regras¹⁰². Se, por um lado, o projeto de lei não tem importância prática por não ser dotado de imperatividade, a lei promulgada conforme os ditames constitucionais é vista como fonte vinculante para a orientação das condutas das pessoas que integram determinada comunidade. Isso ocorre, segundo Olivecrona, porque o procedimento legislativo causa um efeito psicológico naqueles integrantes, pois os atos praticados conforme o disposto na Constituição são vistos como meios hábeis a produzir normas jurídicas obrigatórias (OLIVECRONA, 1939, p. 50-54)¹⁰³.

No entanto, a mera referência às reações psicológicas diante da palavra “lei” e do procedimento legislativo, por si só, não explica totalmente a imperatividade do ordenamento jurídico. Mais uma vez, a teoria realista se depara com a circularidade nas explicações sobre a origem do direito: como explicar a imperatividade da Constituição? E se recuarmos no tempo e encontrarmos a primeira Constituição de determinado lugar, como a sua normatividade seria explicada cientificamente? Olivecrona tinha consciência desse aparente círculo vicioso da teoria jurídica e buscou resolver o problema com uma explicação que pode soar simplista: a produção do que seria a “primeira constituição” foi influenciada por noções metafísicas (jusnaturalistas) (OLIVECRONA, 1964, p. 807). A imperatividade, dessa forma, também estaria presente naquilo que sociedades julgaram ser mandamentos naturais ou racionais a serem observados na configuração de sistemas jurídicos.

¹⁰² Salienta-se que, como observado por Olivecrona (1964, p. 806), as pessoas, geralmente, são alheias ao cumprimento de formalidades do processo legislativo. O que realmente importa para a população em geral é que uma lei foi produzida pelo Congresso, que goza da aura de autoridade para inserir novas normas na sociedade.

¹⁰³ Spaak (2014, p. 198) esclarece este ponto da teoria de Olivecrona: a reverência pela Constituição tem um efeito duplo, porque, por um lado, leva cidadãos em geral a aceitar como vinculantes (obrigatórias) as regras produzidas pelo Legislativo e, por outro lado, permite a monopolização da produção de regras jurídicas – somente autoridades legislativas podem atuar nesse sentido.

Evidentemente, Olivecrona não resolveu o problema da circularidade desse modo, apenas o deslocou para outra dimensão, já que uma pessoa poderia indagar “e a imperatividade do direito natural, de onde surgiu?” ou “quem definiu quais eram os mandamentos do direito natural que deveriam ser observados?” ou, ainda, “por que quem definiu quais eram os mandamentos do direito natural que deveriam ser observados tinha legitimidade para tanto?”.

No capítulo dois da primeira edição de *Law as Fact* (1939), Olivecrona buscou enfrentar problemas desse tipo. O jurista se apoiou na ideia de que alguns eventos históricos seriam capazes de estabelecer uma nova ordem constitucional, como uma revolução bem-sucedida, por exemplo, que pode significar o início de nova fase jurídica de uma nação, quando um grupo de pessoas estabelece um ordenamento, o que ocorre mais facilmente quando o movimento revolucionário atende às necessidades impostas pela conjuntura econômica e aos ideais sobre justiça prevalentes (OLIVECRONA, 1939, p. 66-72).

Essas considerações levam à conclusão de que o desenrolar da História proporcionaria mudanças constitucionais impulsionadas por episódios de violência e coerção, que constituiriam, juntamente com a religiosidade¹⁰⁴ e os ideais de justiça, a gênese da imperatividade do direito. Por isso, no entendimento de Olivecrona (1971, p. 96-105), a busca pela origem de uma constituição é uma pesquisa histórica. Esse posicionamento do autor se deve a uma concepção de ordem constitucional que não é fundada nas transformações jurídicas e políticas ocorridas no século XVIII – por exemplo, o advento da Constituição dos EUA de 1787. Do ponto de vista realista de Olivecrona, as sociedades antigas já viveriam em conformidade com uma ordem constitucional, na medida em que regras sociais eram estabelecidas e guiavam as condutas de autoridades e de pessoas comuns. Salienta-se que a menção de Olivecrona às constituições no mundo antigo não foi anacrônica, já que o autor identificava fundamentos diversos para a ordem jurídica daqueles tempos, distinguindo-os dos fundamentos políticos do constitucionalismo contemporâneo. A distinção essencial consiste na base ideológica que fundamentava a ordem social antiga, pois, antigamente, as constituições repousariam sobre crenças religiosas, mágicas.

Nos tempos antigos, a religião e o direito não eram separados em diferentes esferas. Eles formavam uma entidade. Se regras sociais evoluíram em conexão com ritos e crenças religiosas, nós podemos

¹⁰⁴ Hägerström, como visto, já havia apontado as raízes místico-religiosas do fenômeno jurídico.

entender como elas puderam obter respeito duradouro. Elas foram sustentadas pela reverência e pelo medo de poderes sobre-humanos. Com o apoio de tais poderes, o governo poderia ser estabelecido. (OLIVECRONA, 1971, p. 98)¹⁰⁵.

Ao longo dos séculos, as bases religiosas (místicas, mágicas) da ordem social mudaram – por exemplo, ritos antes essenciais, permeados de significados religiosos, tornaram-se simples formalidades (OLIVECRONA, 1971, p. 102). Mas o respeito pelas regras sobreviveu, ainda que impulsionado por outras ideologias antes inexistentes, culminando no ideal de democracia legitimada pela vontade do povo (OLIVECRONA, 1971, p. 104).

Com essas considerações, Olivecrona abordou duas questões atinentes à formação e à alteração de regras de um ordenamento jurídico. Primeiro, baseando-se na noção de imperativos, ele descreveu o procedimento legislativo como uma sequência de sinais consistentes no cumprimento de formalidades, cujas execuções acarretam visão de uma norma como legítima. Depois, ao tratar da origem do fenômeno psicossocial da máquina do direito, o jurista recorreu à necessidade de pesquisas históricas capazes de revelar as condições psicológicas, ideológicas e políticas de sociedades antigas, de modo a delinear os fatos que influenciaram a configuração de determinada ordem social¹⁰⁶.

Nota-se que ambas as abordagens são amostras do realismo psicológico inaugurado por Hägerström, com o desenvolvimento de uma teoria voltada especialmente para a imperatividade do direito. Dada à ênfase ao caráter imperativo das regras jurídicas, o poder de coerção (poder vinculante, obrigatoriedade) assumiu destaque no pensamento de Olivecrona e, por isso, deve ser abordado mais detidamente adiante. Contudo, antes de prosseguir nesse sentido, é preciso dedicar algumas linhas ao papel que o Judiciário tem na terceira etapa do realismo escandinavo¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Tradução livre do seguinte trecho: “*In ancient times religion and law were not separated into different spheres. They formed an entity. If social rules evolved in connection with religious rites and beliefs, we can understand how they could obtain enduring respect. They were then supported by reverence and fear of superhuman powers. With the backing of such powers government could be established.*” Uma nota de rodapé foi ocultada. Olivecrona (1971, p. 99-102) aponta os auspícios como exemplos do papel do misticismo na organização da Roma Antiga.

¹⁰⁶ “[...] como era 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” (SOLON, 2000, p. 75).

¹⁰⁷ Conforme apontado por Spaak (2014, p. 200), Olivecrona não alterou muito a sua visão sobre o poder legislativo entre as publicações da primeira e da segunda edição de *Law as Fact*.

3.2.1.1. O Judiciário como Legislativo?

Assim como Lundstedt, Olivecrona se atentou à atuação de legisladores em uma sociedade regida por um sistema jurídico complexo. A formulação da parte de sua teoria concernente aos imperativos independentes está intrinsecamente ligada ao retrato do Legislativo pintado por Olivecrona, uma vez que os membros de um Congresso se veem obrigados a agir em conformidade com as regras constitucionais e, justamente por seguirem aquelas normas, são capazes de gerar novas regras jurídicas. O elemento imperativo permeia todo o procedimento legislativo. Todavia, para Olivecrona, a “criação” de normas não seria algo privativo de legisladores, pois os membros do Judiciário também poderiam se encontrar em situações nas quais o desempenho de suas funções implicaria uma atividade criativa.

O pensamento do jurista sueco, neste ponto, é muito próximo daquele de outros positivistas. Para sustentar a possibilidade de juízes “criarem” direitos e deveres em casos que lhes são apresentados, Olivecrona (1971, p. 107-109) partiu da premissa de que os magistrados podem ter de julgar casos nos quais não há regra legal aplicável ou, pelo menos, nos quais há grande número de possíveis interpretações, o que os levaria a elaborar decisões que consistiriam em regras para casos concretos. Com isso, Olivecrona se alinhou com outros juristas do século XX, como Hart (2013, p. 661), que atribuiu a incompletude de um sistema normativo ao fato de que “somos homens, não deuses”. Kelsen (2009, p. 348-352) também foi um expoente do que se pode denominar de tese da discricionariedade, pois entendia que a necessidade da interpretação – uma atividade intelectual criativa, segundo o autor – levava à criação de normas em casos concretos, ainda que essa “criação” fosse limitada pela moldura das regras legais.

O entendimento de Olivecrona sobre o poder legislativo existente no Judiciário não constituiu uma novidade na teoria do direito, mas reafirmou a tese da discricionariedade, um elemento básico do positivismo jurídico do século XX. Ainda assim, algumas de suas considerações sobre o tema devem ser analisadas mais detidamente, com vistas ao aprofundamento na exposição sobre a teoria do pensador sueco.

A premissa naturalista ontológica de Olivecrona exclui qualquer possibilidade de enxergar as decisões judiciais como declarações de direitos e deveres referentes às partes envolvidas em um litígio – tais declarações equivaleriam a falsas afirmações sobre a existência de direitos e deveres. Então em que consistem as decisões judiciais na teoria de

Olivecrona? Para responder a essa pergunta, bem como para analisar a resposta de uma forma crítica, é necessário apresentar as categorias de decisões referidas pelo realista sueco na segunda edição de *Law as Fact*.

Olivecrona (1971, p. 200-201) reconheceu a divisão de julgamentos em três espécies:

- a) Julgamento declaratório: na prática jurídica, significa a constatação judicial da existência de um direito;
- b) Julgamento executório: determinação judicial para que algo seja feito, tendo em vista a violação de um direito;
- c) Julgamento constitutivo: determinação judicial que constitui uma nova realidade jurídica, como o divórcio realizado perante o Judiciário.

Destaca-se que Olivecrona reconhecia essa divisão, mas não a considerava teoricamente válida de um ponto de vista realista, devido ao seu caráter místico. Não obstante, a categorização pode servir a fins didáticos na medida em que se permite a caracterização de diferentes cenários de atuação do Judiciário: o reconhecimento de um direito, a determinação da proteção de um direito, a constituição de um direito ou de um estado jurídico de coisas. Em todos esses cenários, Olivecrona (1971, p. 208-212) identificou um elemento marcante: a imperatividade. Para o jurista, toda decisão judicial tem uma função diretiva para as partes envolvidas em um processo, da mesma forma que as leis (imperativos independentes) visam à direção do comportamento das pessoas em geral. Com isso, no contexto da teoria de Olivecrona, mostra-se cientificamente errada a visão de que os julgamentos são declarações sobre direitos e deveres. O posicionamento correto consistiria no entendimento segundo o qual os magistrados produziriam ideias sobre direitos, o que os aproximaria dos legisladores.

Quando as cortes fazem pronunciamentos sobre os direitos das partes, elas agem como legisladoras. Elas não podem afirmar a “existência de um direito”. Mas elas podem formar ideias de direitos no modelo de ideias gerais expressadas nas regras de direito [regras legais]. É isso o que elas fazem. Seus pronunciamentos concernentes aos direitos servem à direção do comportamento das partes do mesmo modo que os pronunciamentos dos legisladores. (OLIVECRONA, 1971, p. 212)¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Tradução livre do seguinte trecho: “*When the courts make pronouncements on the rights of the parties, they act in their capacity as lawgivers. They cannot ascertain 'the existence of a right'. But they can form ideas of rights on the model of the general ideas expressed in the rules of law. This is what they do. Their pronouncements concerning rights serve to direct the behavior of the parties in the same way as the pronouncements of the legislators.*”

Aparentemente, a teoria de Olivecrona, nesse ponto, pode soar como um reconhecimento radical da inevitabilidade de algum tipo de ativismo judicial. Por isso, é preciso ter em mente que, assim como os positivistas Hart e Kelsen, Olivecrona (1971, p. 107) entendia que na maior parte dos casos as juízas atuam de forma constante, observando padrões de aplicação de regras legais ou de precedentes judiciais. Parece ser correto entender que Olivecrona, ao sustentar que o Judiciário atuaria como legislador nos casos que lhes são apresentados, buscou afastar de sua teoria qualquer ideia explícita ou implícita sobre algum tipo de esfera mística povoada por direitos e deveres à qual magistrados se refeririam em seus pronunciamentos. A sua tese, na verdade, é bastante simples no que concerne à atuação do Judiciário: diante de situações que lhes são apresentadas, juízes e juízas interpretariam leis ou precedentes com o objetivo de formular uma decisão, que teria a função de dirigir os comportamentos das partes envolvidas.

A interpretação judicial pode ter como objeto uma regra clara, cujo sentido é inequívoco, ou uma regra obscura, que demanda o exercício da discricionariedade. De qualquer modo, Olivecrona (1971, p. 212-215) entendia ser inevitável algum grau de valoração (*valuation, evaluation*) no desempenho das atividades judiciais. Para ilustrar o seu argumento, o jurista sueco recorreu a um exemplo: debate-se, em uma corte, se duas pessoas celebraram ou não celebraram um contrato de compra e venda (OLIVECRONA, 1971, p. 212-213). Os julgadores, nessa situação, teriam de analisar os fatos (as condutas de ambas as partes) e, com base nos fatos e nas disposições legais sobre assunto, determinar se houve ou não a celebração de um contrato. Esse seria um exemplo de valoração na atuação judicial.

A ideia defendida por Olivecrona, novamente, não parece ser inovadora. Ela se assemelha ao que foi apresentado por Hart (2011, p. 137-149 e p. 335-339) em *O Conceito de Direito*, no que concerne à textura aberta do direito e à consequente discricionariedade na atuação judicial. Nesse ponto, é preciso reconhecer que as palavras empregadas por Olivecrona em sua análise das atividades judiciais podem gerar algum equívoco, pois “valoração” (*valuation, evaluation*) parece assumir diferentes sentidos no desenrolar da exposição, sem que o autor tenha explicitado essa variação semântica. Spaak (2014, p. 191-192) apontou que o uso dos referidos termos foi feito de maneira tão ampla que não compreenderia somente as valorações morais, mas também considerações que sequer consistiriam em valorações. Nesse sentido, Olivecrona teria se referido ao fato de que magistrados, ao julgarem, não se referem a fatos brutos do universo e sim a uma

convenção social. Com isso, um julgamento judicial teria um caráter convencional, em contraposição a um caráter empírico sobre fatos da estrutura do universo (SPAACK, 2014, p. 191) – embora o comportamento humano em conformidade com uma convenção social possa ser entendido como um conjunto de fatos verificáveis por meio de métodos científicos de observação. Um forte indício de que a leitura de Spaak é correta se encontra em uma passagem da segunda edição de *Law as Fact* (OLIVECRONA, 1971, p. 214): “Textos [enunciados] e pronunciamentos são valorados quando são classificados como leis e precedentes”¹⁰⁹.

Além da ressalva feita por Spaak, presume-se que Olivecrona (1971, p. 212-215) utilizou os termos *valuation* e *evaluation* como formas de se referir à interpretação, que, do ponto de vista positivista, pode consistir no exercício da discricionariedade. É preciso reconhecer que as considerações de Olivecrona sobre o tema poderiam ter se beneficiado de maior precisão terminológica. Isso poderia ter sido feito por meio de um explícito alinhamento com o pensamento de Hart, tendo em vista que o próprio Olivecrona (1971, p. 215-216) se referiu ao jusfilósofo inglês para afirmar que a crença no papel do Judiciário consistente em declarar, executar ou constituir direitos ou estados de coisas jurídicos é uma manifestação do ponto de vista interno, enquanto a sua teoria realista adotaria um ponto de vista externo, com o objetivo de investigar o fenômeno psicológico da máquina social do direito¹¹⁰.

4. Correto, porém não verdadeiro: breves observações sobre afirmações concernentes aos direitos e deveres

Nas últimas linhas, a teoria realista de Olivecrona foi apresentada por meio de diferentes ângulos: a linguagem, os imperativos independentes, os significados das atuações do Legislativo e do Judiciário. Todos esses ângulos estão conectados, formando um retrato teórico-sociológico do direito.

Uma vez apresentados os diversos elementos que compõem tal retrato, torna-se possível formular afirmações sobre o fenômeno jurídico em uma sociedade. Considerando

¹⁰⁹ Tradução livre do seguinte trecho: “*Texts and pronouncements are evaluated when they are classified as laws and precedents.*”

¹¹⁰ A aproximação entre o normativismo hartiano e os realistas escandinavos é possível em alguns sentidos, inclusive na contemplação dos pontos de vista interno e externo. Porém, esse não é o objeto deste trabalho. Eu tratei mais detidamente da relação entre o realismo escandinavo e a noção de ponto de vista interno em um artigo a ser publicado em breve, que se encontra no prelo (BARROS, 2019).

o desenvolvimento do movimento realista escandinavo feito por Olivecrona, que se baseou no naturalismo ontológico de Hägerström, as asserções sobre direitos, deveres e estados jurídicos de coisas podem ser consideradas corretas ou incorretas, mas não verdadeiras ou falsas. Nesse sentido, o critério para definição da correção de uma asserção é a sua compatibilidade com o sistema normativo vigente (OLIVECRONA, 1971, p. 259-261).

Como já observado no item anterior deste capítulo, Olivecrona entendia que, além do corpo de textos normativos (leis, precedentes, atos da Administração Pública), haveria sempre um conjunto de valorações inerentes ao processo de análise daqueles enunciados. A ressalva terminológica feita por Spaak (2014, p. 191-192), no sentido de que “valorações” incluiria a noção de convenção social, confirma-se na passagem em que Olivecrona (1971, p. 261) vincula à correção de afirmações sobre direitos e deveres ao contexto social em que normas jurídicas são adotadas: “[c]orreção é correção para pessoas vivendo em um sistema jurídico operante [e] aceitando certas valorações fundamentais”¹¹¹. Portanto, conclui-se que a razão para a rejeição da possibilidade de identificar a veracidade ou a falsidade de uma asserção tal qual “Túlio é dono desse violão” reside no naturalismo ontológico de Olivecrona, segundo o qual as convenções sociais não fariam parte da estrutura do universo e, por isso, não constituiriam fatos.

Para Olivecrona (1971, p. 267), a importância da distinção entre correção e veracidade está no compromisso com o desenvolvimento de uma ciência voltada para máquina social do direito¹¹². Salienta-se que é possível, do ponto de vista realista, apontar fatos consistentes em comportamentos humanos guiados por convenções sociais sem que se considere a ideologia que sustenta o ponto de vista interno – para utilizar termos hartianos – um fato. Em outras palavras, é possível observar cientificamente o comportamento social pautado na ideia de direito à propriedade, tendo sempre em mente que tal “direito” é desprovido de referentes no universo¹¹³. Com relação a esse ponto,

¹¹¹ Tradução livre do seguinte trecho: “*Correctness is correctness for people living within a working legal system accepting certain fundamental valuations.*”

¹¹² Olivecrona (1959, p. 148-149) afirmou divergir de Hart e de Alf Ross nesse ponto. Para o autor sueco, tanto Hart quanto Ross teriam se preocupado com modos de indicar a veracidade de asserções sobre direitos e deveres, o que implicaria erro.

¹¹³ Sobre a relevância do apego à abordagem empírica no desenvolvimento das Ciências Sociais, Álvaro Pires (2010, p. 57 – destaque no original) salienta ser necessário “um esforço de *objetivação* e de divisão entre o verdadeiro e o falso”, tendo em vista que as Ciências Sociais proporcionam descobertas “que consistem, geralmente, em desmistificar discursos justificadores de certas práticas institucionais, em questionar algumas falsas certezas e algumas formas de leitura espontânea e ilusória do social para deixar de ver o que ocorre “realmente” e que está debaixo de nossos olhos [...]”. Nesse sentido, a proposta do movimento realista pode ser considerada comprometida com o desenvolvimento de uma ciência do Direito muito próxima à Sociologia. Porém, Pires (2010, p. 58) também afirma que “[o] esforço de objetivação não implica necessariamente, e tampouco o exige, a aceitação da tese ou do princípio da neutralidade científica (*value*

convém relembrar as funções da linguagem jurídica – cujas origens remontam às crenças mágicas dos tempos antigos –, notadamente as funções diretiva e informativa (OLIVECRONA, 1991 [1962], p. 61-62 e 67): apesar do vazio referencial, as palavras que designam direitos e deveres têm utilidade técnica (instrumental) essencial ao funcionamento da organização social pautada em regras jurídicas¹¹⁴.

Feitas essas breves observações, podemos conectar com maior clareza os setores da máquina social do direito: os fatos cientificamente relevantes na observação feita pelo teórico do direito, a linguagem jurídica, a imperatividade e o fenômeno psicológico. Porém, ainda resta abordar outro elemento do realismo de Olivecrona: a força (coação e coerção) e seu lugar na organização social.

5. Uma máquina forte: coação, coerção e direito

A primeira edição de *Law as Fact* (1939) trouxe, em seu quarto e último capítulo, a elaboração de uma tese sobre a força de um sistema jurídico. O fechamento daquela obra de Olivecrona se inicia com o que o autor julgou ser uma conclusão lógica, tendo em vista a sua exposição sobre a inexistência de direitos e deveres em um sentido naturalista ontológico:

[...] se o direito não é obrigatório no sentido tradicional, se ele é somente uma questão de efeito psicológico de alguns imperativos independentes, se não realidade não há direitos e deveres – então aquilo que denominamos direito deve ser essencialmente força organizada (OLIVECRONA, 1939, p. 123)¹¹⁵.

Ao retratar o direito como “força organizada”, Olivecrona tinha em mente dois tipos de coerção. De um lado, aquilo que se pode denominar “coação”¹¹⁶: o uso de medidas irresistíveis para a obtenção de determinada conduta ou resultado, como a atuação da polícia que suprime certa mobilização, a imposição de uma pena privativa de liberdade ou

freedom)”, considerando que “não existe distinção nítida e fácil entre os juízos de realidade e os juízos de valor”. Na parte final deste trabalho, algumas considerações serão feitas sobre a proposta epistemológica do realismo escandinavo, que pode ser vista como excessivamente dogmática em seu tratamento de um fenômeno social essencialmente valorativo (o direito).

¹¹⁴ Sobre as funções técnicas da linguagem, ver o texto “The Monetary Unit” (OLIVECRONA, 1971, p. 297-304), incluído na segunda edição de *Law as Fact*.

¹¹⁵ Tradução livre do seguinte trecho: “[...] *if the law is not binding in the traditional sense, if it is only a question of the psychological effect of some independent imperatives, if there are in reality no rights and duties – then what we call law must be essentially organised force.*”

¹¹⁶ “Coação” não é o termo empregado por Olivecrona. Eu o escolhi a fim de estabelecer a distinção com relação a “coerção”.

a execução na esfera do direito civil (OLIVECRONA, 139, p. 124). Mas o autor, com isso, não pretendia sustentar que uma organização social e jurídica se baseia, primariamente, na coação, isto é, no uso violento (invasivo) da força. Aceitar tal ideia significaria assumir que, em todas as searas jurídicas (direito penal, civil, trabalhista, administrativo, constitucional, do consumidor, etc.) a punição seria a regra, não a exceção. Porém, a vida cotidiana contradiz essa ideia. Podemos ter de enfrentar problemas com um devedor inadimplente ou uma briga com um vizinho, mas, geralmente, as nossas condutas são condizentes com aquelas prescritas em normas legais – além das regras da moralidade. Então o que Olivecrona pretendia com a tese do direito como força organizada? A resposta para essa pergunta reside naquilo que, neste trabalho, é denominado “coerção”.

O jurista sueco admitiu que o uso da coação é residual. Mas isso não implicou ressalva em sua tese, já que, para o autor, a máquina social do direito seria dotada de enorme força organizada (no Judiciário, no poder público etc.), o que acarretaria uma pressão na maioria das pessoas, algo capaz de dirigir as suas condutas (OLIVECRONA, 1939, p. 125-126). Esse controle social indireto (coerção), para Olivecrona (1939, p. 141-143), seria mais importante do que a efetiva utilização da coação, sendo o grande responsável pelo funcionamento da organização de uma sociedade na qual as pessoas se abstêm de agir de determinadas formas¹¹⁷.

Com essa proposta, Olivecrona não sugeriu que as pessoas deixam de violar as regras do direito porque elas temem as consequências de seus atos. O que foi realmente proposto pelo autor foi que as determinações do direito se traduzem em um tipo de pressão social que nos impede de sequer cogitar certas linhas de conduta. O desestímulo quanto a certas ações, segundo Olivecrona, seria devido ao fato de que a coerção perenemente estabelecida tem um efeito psicológico determinante para a convivência social: a eliminação da cogitação de certas condutas por boa parte da população (OLIVECRONA, 1939, p. 143-150). Seguindo a linha de pensamento do autor, a maioria das pessoas sequer cogitaria tirar a vida de alguém para atingir os seus objetivos, o que possibilita um

¹¹⁷ Acredito que seja inegável a correção da afirmação de que coerção tem um efeito mais abrangente e eficaz quando comparada a coação, que se aplica a casos individuais em que alguma autoridade entendeu existir violação de regras jurídicas. Porém, em um país como o Brasil, que sofre com uma crise no sistema carcerário superpopuloso, a distância entre as importâncias da coerção e da coação merece ser encurtada com relação àquela mencionada por Olivecrona, não porque a imposição de sanções penais tem demonstrado ser eficaz, mas porque, em nossa sociedade, o exercício da violência estatal não é tão residual. Uma amostra da magnitude da importância do tema atinente à imposição de penas no Brasil pode ser encontrada na declaração do Supremo Tribunal Federal do estado de coisas inconstitucional referente ao sistema carcerário, em medida cautelar na Arguição de Preceito Fundamental n. 347 (ADPF 347/DF), cuja relatoria foi atribuída ao Ministro Marco Aurélio. O andamento processual da ADPF 347/DF pode ser consultado em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

convívio relativamente pacífico e previsível. O temor da sanção, por sua vez, seria relegado aos casos em que as pessoas realmente consideram agir ilicitamente.

Nota-se que o entendimento de que a coerção da máquina social se traduz em poder obliterador de ideias de condutas ilícitas não é idêntico à noção de Hägerström (1953c [1939], p. 351-352) de disposição moral positiva, porque parte da premissa de que as pessoas agirão de maneira automática, sem considerar ideias sobre quais condutas seriam moralmente corretas ou incorretas. A tese de Olivecrona também não se ancora na concepção de que a imposição de sanções faria com que a punição se apresentasse como uma consequência necessária de um ato ilícito (HÄGERSTRÖM, 1953c [1939], p. 352)¹¹⁸. O efeito psicológico sugerido pelo jurista sueco é ainda mais potente: alguns caminhos não entram no horizonte de nossas opções de conduta, devido a uma forma jurídica de organização social que nos precede e goza de força irresistível¹¹⁹. Com isso, não se pretende dizer que Olivecrona rompeu com as ideias de seu mestre, mas sim que ele, atento aos ensinamentos de Hägerström, formulou uma nova visão dentro do movimento realista escandinavo – a disposição moral positiva, não obstante, é contemplada por Olivecrona (1939, p. 144), para quem uma pessoa pode se abster de uma ação por considerá-la “desonesta”.

Considerando o que foi exposto, é possível distinguir dois tipos de coerção na teoria de Olivecrona: as coerções consciente (o medo da sanção) e inconsciente (o efeito automático de sequer cogitar certas ações). Depreende-se da leitura do quarto capítulo de *Law as Fact* (1939) que a organização da força na máquina social do direito era tida por Olivecrona (1939, p. 136-140) como uma condição para a vida em sociedade, por motivos hobbesianos (SPAACK, 2014, p. 159). Geralmente, a coerção inconsciente prevalece em uma sociedade, propiciando o funcionamento relativamente estável da convivência humana. A exceção seria encontrada em “regimes terroristas”, que guiam a obediência às normas principalmente por meio do temor das punições, inviabilizando a paz na mente dos cidadãos – o que, em algum momento, comprometerá a própria estabilidade do regime, devido ao terror generalizado (OLIVECRONA, 1939, p. 149).

Spaak (2014, p. 161-162) vê alguns problemas na tese sobre coação, coerção e direito: (i) Olivecrona não teria deixado claro o que ele quis dizer quando propôs que a força organizada é necessária ao direito; (ii) é possível imaginar o direito desprovido de

¹¹⁸ No entanto, essa ideia de Hägerström não entra em conflito com a tese de Olivecrona no que diz respeito à atuação do temor da sanção, quando a coerção inconsciente, que elimina a cogitação, for insuficiente.

¹¹⁹ Além disso, interesses pessoais podem se mostrar relevantes na determinação das condutas das pessoas (OLIVECRONA, 1939, p. 145).

mecanismos de coação e coerção, o que, segundo Spaak, afastaria a tese da conexão necessária entre direito e força¹²⁰.

Ao desenvolver a crítica (i) mencionada, Spaak (2014, p. 161) aponta quatro possíveis interpretações referentes à tese de Olivecrona. A primeira interpretação é a de que as regras jurídicas são apoiadas pela força, isto é, sua violação gera algum tipo de reação da máquina. O problema com esse entendimento é que, para o autor, ela é banal e desinteressante. Outro possível sentido extraído por Spaak é o de que o direito, na visão de Olivecrona, seria constituído por regras cujo objetivo é regular o uso da força. Porém, o autor (SPAACK, 2014, p. 161) também reputa essa interpretação insatisfatória, porque ela não deixaria claro se o direito *pressupõe* a força ou se ele é a *fonte* da força. A terceira via interpretativa contemplada por Spaak também é prontamente descartada, porque seria baseada em algum tipo de força metafísica incompatível com os pressupostos do realismo jurídico escandinavo. Por fim, a quarta via interpretativa elaborada por Spaak se refere a um entendimento mais amplo sobre a força do direito, que seria constituído por regras que objetivam determinar as condutas das pessoas em geral, de modo similar ao que foi proposto por Kelsen e Hart, embora Olivecrona não tenha se alinhado a esses autores.

Com relação à crítica (ii), Spaak (2014, p. 161-162) sustenta ser um erro estabelecer uma conexão necessária entre o direito e a força, porque tal conexão seria, na verdade, mera contingência, já que é possível conceituar e imaginar o direito desprovido de força. Por isso, Olivecrona teria atribuído um elemento ao direito sem que esse elemento fosse, conceitualmente, necessário ao funcionamento da máquina social.

Acredito que ambas as críticas apresentadas por Spaak possam ser afastadas, considerando os objetivos que a formulação da teoria jurídica de Olivecrona busca atingir. No que concerne ao ponto (i), é evidente que Olivecrona contemplou a possibilidade da reação da máquina do direito diante da violação de uma regra jurídica – trata-se do que foi aqui denominado “coação”. Mas o mais importante sobre esse ponto reside em considerações sobre a base do realismo psicológico. Ao apontar o direito como força organizada, Olivecrona afirmou que a existência de uma sociedade regida por normas jurídicas depende de um estado de coisas caracterizado pela coerção em suas modalidades consciente e inconsciente. Como afirmado anteriormente, essa proposta consiste em um desenvolvimento do pensamento de Hägerström no tocante à disposição moral positiva e ao temor das sanções. Sem a coerção aliada à coação – esta em níveis residuais –, o

¹²⁰ Aqui foi reproduzido o núcleo das críticas de Spaak, que também desenvolveu comparações entre Olivecrona, Raz e Hart.

funcionamento da máquina jurídica não existiria, porque não haveria o estado psicológico ao qual corresponde a organização social pautada em um sistema normativo.

A crítica (ii) pode fazer algum sentido no que se refere à coação, visto que é possível elaborar um conceito de direito que não a leve em conta. Porém, ela não é um ataque eficaz à tese de necessidade da conexão entre força e direito, uma vez considerada a coerção, pois é realmente difícil imaginar uma sociedade que siga regras jurídicas sem considerar tais regras como obrigatórias. Ainda assim, mesmo que esse exercício de imaginação seja possível, creio que ele não tenha muito impacto sobre a tese de Olivecrona. Isso porque, como um realista, o pensador sueco estava preocupado com a elaboração de uma teoria que fosse factível diante das condições sociais observadas em comunidades orientadas por sistemas jurídicos – nesse sentido, o realismo se aproxima de uma abordagem sociológica do direito. Salienta-se que, na segunda edição de *Law as Fact*, Olivecrona (1971, p. 272) assumiu expressamente que seu objetivo não era conceituar. Por isso, aquilo que é apresentado como mera contingência por Spaak é, aos olhos de um realista, uma condição de funcionamento da máquina social ao redor do mundo. Neste trabalho, reputa-se factível e coerente a tese de Olivecrona, em que o direito depende de força organizada para existir.

5.1. A relação entre a moralidade e o direito

Assim como Hägerström (1953d [1917], p. 192-196), Olivecrona assumiu que, em uma sociedade, a moralidade e o direito estão essencialmente relacionados. Por um lado, ele reconheceu que a existência de uma máquina social dotada de força irresistível teria participação determinante na formação da moralidade (OLIVECRONA, 1939, 150-161). Desse modo, a convivência geralmente pacífica e previsível entre as pessoas seria o resultado de uma combinação de fatores, como educação, pressão de pessoas que nos cercam e da força do direito, que atuaria naquelas situações em que os sentimentos de amizade e horror ao sofrimento humano não bastassem para frear impulsos lesivos, dos quais resultariam atos como o assassinato, o furto e a má-fé em uma relação contratual (OLIVECRONA, 1939, p. 157-158). Nesse sentido, o homicídio é um dos exemplos utilizados por Olivecrona (1939, p. 158) para ilustrar a determinação da moralidade pelo direito. Conforme a ilustração do autor, em uma situação normal, o homicídio é visto como um crime horrendo, merecedor das mais severas punições. No entanto, durante a guerra, a

capacidade de eliminar vidas humanas se torna algo a ser glorificado e juridicamente exigível em campo de combate – as sanções destinadas aos desertores, que contam com autorização em nossa Constituição, são amostras do “dever” de lutar. Com argumentos como esse, o autor concluiu que as regras jurídicas são parcialmente determinantes na estrutura moral de uma sociedade.

Por outro lado, Olivecrona reconheceu, com alguma dose de cinismo, que a moralidade não advinda do regime jurídico também influencia o direito. Tal influência seria observável em argumentos para alterações legislativas pautadas em argumentos sobre a justiça, os quais, para Olivecrona (1939, p. 164), “são somente uma forma peculiar de expressar desejos e demandas”¹²¹. Com isso, o autor eliminou a linha divisória entre a justiça e a conveniência (*expediency*) (OLIVECRONA, 1939, p. 164).

O cinismo de Olivecrona se torna ainda mais evidente ao se perceber que, para ele, os argumentos morais voltados para algum tipo de alteração no conjunto de normas jurídicas são apenas uma roupagem para interesses pessoais. Mesmo o cristianismo – a ideologia religiosa dominante no Ocidente – serviria somente como uma forma de transmitir medos e interesses pessoais à configuração da máquina social (OLIVECRONA, 1939, p. 164-168). Com isso, o autor não estava sugerindo que todas as pessoas que utilizam argumentos pautados na justiça agem com má-fé, tendo como objetivo algum ganho pessoal em detrimento de terceiros. O que ele postulou – pelo menos na interpretação adotada neste trabalho – é que instintos de autopreservação e interesses pessoais assumem a forma, no âmbito político, de argumentos morais, dada a existência de um fenômeno psicológico consistente na aceitação de algumas ideologias – o cristianismo ou o islamismo, por exemplo. A “tradução” desses instintos e interesses em termos de argumentos de justiça não necessariamente é perniciosa, embora possa ser. Olivecrona (1939, p. 167) exemplificou a atuação prática desses interesses por meio de uma alusão ao abrandamento do direito penal ao longosatravés dos séculos¹²², que teria sido motivado pela compreensão de que normas penais muito severas significavam um perigo para as pessoas em geral. Outro exemplo do próprio autor se refere ao domínio de classes poderosas, que jamais teriam comprometido os seus postos de poder em prol das grandes massas, a não ser quando foram forçadas por “idealistas”, que mobilizaram a população com destreza suficiente para gerar transformações sociais (OLIVECRONA, 1939, p. 167-

¹²¹ Tradução livre do seguinte trecho: “*The appeal to justice is only a peculiar form for expressing wishes and demands.*”

¹²² Em que medida o direito penal foi realmente abrandado ao longo dos séculos é uma questão que não pode ser tratada com a devida atenção neste trabalho.

168) – ao serem forçadas, as classes dominantes teriam cedido ao menor dos males, com vistas à conveniência. Com isso, Olivecrona pôs o egoísmo na sala de controle da máquina social do direito – ressaltando que, aos olhos realistas, o termo “egoísmo” não pode ser entendido como algo essencialmente ruim, já que nada é essencialmente ruim na visão naturalista ontológica.

Ao analisar as implicações da relação entre direito e moralidade na obra de Olivecrona, Spaak (2014, p. 165-166) formulou uma questão, com vistas a uma crítica: em uma sociedade na qual os valores transmitidos pelo ordenamento jurídico são internalizados pelas cidadãs e pelos cidadãos, como seria possível a oposição política, a divergência com relação àqueles valores? Uma possível resposta imaginada pelo próprio Spaak (2014, p. 166) é que nem sempre os valores transmitidos pelas normas jurídicas seriam determinantes na ideologia e nas ações das pessoas, visto que o conteúdo daquelas normas poderia ser superado por valores advindos de outras fontes, o que faria com que a configuração da moralidade pelo direito fosse contingente. O problema com essa resposta, nota o autor, é que ela enfraquece a tese de que o direito é fundamental na formação de valores morais em uma sociedade.

Creio que a crítica de Spaak possa ser respondida por dois caminhos: (a) a tese de Olivecrona não pressupõe o absoluto consenso; e (b) um ordenamento jurídico não é, necessariamente, um conjunto de normas com uma mensagem moral inequívoca.

Referente a (a), parece ser correto entender a tese de Olivecrona como postulados com pretensão generalista, ou seja, com a intenção de sustentar que, de modo geral, os valores transmitidos pelo ordenamento jurídico são internalizados pelas pessoas. Nesse sentido, a maioria dos cidadãos de um país afirmaria que o ato de assassinar é errado ou que uma obrigação contratual deve ser cumprida – no sentido moral de dever ser. Porém, esse nível de internalização de valores não seria absoluto, porque a constituição psicológica de uma pessoa não depende unicamente das normas existentes. Por isso, é possível, por exemplo, que haja divergência sobre a necessidade da criminalização do uso de drogas. Ainda assim, ao contrário do que Spaak sugere, o reconhecimento de algum grau de incerteza quanto à internalização da moralidade advinda do direito não acarreta banalização da tese de Olivecrona. Trata-se somente da admissão de que a formação moral de uma pessoa é fruto de um processo complexo, no qual diversos fatores atuam, sendo que o direito é apontado pelo realista como um poderoso elemento em tal processo.

Já com relação a (b), Spaak parece ter ignorado um fato: ordenamentos jurídicos podem não ter uma mensagem moral inequívoca. A equivocidade tem duas razões: a pluralidade de épocas em que diferentes normas do ordenamento atual foram produzidas e a pluralidade de possíveis interpretações do direito posto.

O conjunto de regras que forma o sistema normativo pode ser fruto do trabalho de diversas pessoas, em diferentes épocas, com valores morais e interesses pessoais distintos. Tomando alguns exemplos do Brasil: a Constituição Federal é datada de 1988, o Código Civil é de 2002 e o Código Penal é de 1940 – salienta-se que essas três fontes foram alteradas por emendas e leis posteriores às suas respectivas promulgações. O fato de a produção normativa não ser concentrada em um só período permite afirmar que diferentes ideologias influenciaram a formação do atual ordenamento, inclusive ideologias conflitantes entre si.

Além disso, os textos legais podem levar a diferentes interpretações. Para ilustrar esse ponto, imagina-se o cenário hipotético em que o Supremo Tribunal Federal discute a constitucionalidade da criminalização do uso de drogas. Um dos integrantes da corte pode se basear no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, e no direito fundamental à liberdade, previsto no *caput* do artigo 5º, ambos da Constituição Federal, para declarar a inconstitucionalidade da criminalização do uso de certas substâncias. Por outro lado, outro integrante da corte, ao levar em conta a dignidade humana e o direito constitucional à saúde, previsto no *caput* do artigo 6º, conclui que a criminalização deve ser mantida no ordenamento. Nesse cenário, a vagueza de certas previsões constitucionais permitiu que diferentes visões de mundo adentrassem um debate jurídico que terá como resultado a formulação de uma norma (licitude ou ilicitude do uso de drogas). Isso significa que o *background* moral de intérpretes do direito posto pode levar a oposições de ideias, dado que a mensagem valorativa do ordenamento não é inequívoca. No caso de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, o resultado será uma norma com conteúdo valorativo contingente, a depender dos integrantes que compõem a corte¹²³.

Sobre esse ponto, conclui-se que a possibilidade de oposição (divergência) não é uma contradição ou uma banalização da tese de Olivecrona. Tanto a formulação de regras jurídicas – seja por meio da atividade legislativa, de atos normativos do poder público ou de decisões judiciais – quanto a interpretação do direito posto estão à mercê de influências

¹²³ Também é possível imaginar a oposição (divergência) entre cidadãos comuns, que não são autoridades.

valorativas (morais, psicológicas, emocionais) e de interesses pessoais¹²⁴. Com isso, pode-se notar um fluxo de abastecimento da normatividade em uma sociedade: os valores difundidos entre as pessoas influenciam a formação de um ordenamento jurídico, que, por sua vez, influencia a formação de valores nas pessoas pertencentes a determinada sociedade¹²⁵.

5.2. “O direito consiste principalmente em regras sobre força”: coação, coerção e as regras jurídicas

Além de afirmar uma relação entre direito e moralidade hábil a configurar uma situação de pressão social capaz de orientar a vida em sociedade, Olivecrona (1939, p. 134) postulou que o “direito consiste principalmente em regras sobre força” – o autor pretendia sustentar que a maioria das regras jurídicas versaria sobre o uso da força¹²⁶. Isso ficaria mais claro nas searas penal e civil, em que normas determinam formas de conduta a serem seguidas. Porém, Olivecrona (1939, p. 135-136) postulava que esse suposto fato (regras em geral versam sobre força) também seria perceptível em outros âmbitos, como o constitucional e o administrativo, porque mesmo as regras dessas categorias *pressuporiam* uma força organizada. Além disso, haveria uma conexão indireta entre normas

¹²⁴ “Há uma relação de mão dupla entre a manutenção de um sistema jurídico e nossas ideias de direitos e deveres. Por um lado, nossas ideias a esse respeito são poderosamente influenciadas pelo sistema de regras que é de fato aplicado. Por outro lado, nossas ideias de direitos e deveres sustentam a ordem existente. A pressão socioética e a força jurídica se condicionam reciprocamente e trabalham em conjunto para a [formação da] ordem social.” (OLIVECRONA, 1948, p. 207).

Trata-se da tradução livre do seguinte trecho: “*There is a double relationship between the maintenance of the legal system and our ideas of rights and duties. On the one hand, our ideas in this respect are powerfully influenced by the system of rules actually applied. On the other hand, our ideas of rights and duties support the actual order. Socio-ethical pressure and legal coercion condition each other reciprocally and work in conjunction for social order.*”

¹²⁵ As teses de Olivecrona sobre força e a relação entre a moralidade e o direito o levaram a criticar o marxismo. Segundo o autor (OLIVECRONA, 1939, p. 185-186), os marxistas acertaram ao descrever o Estado como uma forma de exercício de força, mas erraram ao atribuir a tal força a única função de oprimir as classes não dominantes – embora ele reconheça que a coerção e a coação possam ser instrumentalizadas para tanto. Para Olivecrona, a presença da força organizada é essencial à vida em sociedade, como meio de garantir a segurança, a estabilidade e a moralidade (OLIVECRONA, 1939, p. 185-189) – ressalta-se que, na visão realista, a referência a valores morais é somente a referência a um fenômeno psicossocial, não um juízo de valor em si. O autor, com uma dose de ironia, lembrou que os líderes da revolução russa nunca deixaram de utilizar a força durante os seus governos e, com isso, afirmou que a ideia de abolição do Estado e da força é mera “propaganda” descolada de qualquer compromisso com a realidade (OLIVECRONA, 1939, p. 190-192). Para Olivecrona (1939, p. 192), seria necessário abandonar qualquer tipo de expectativa de abolição do uso da força e buscar meios eficazes de controlar a utilização dessa em sociedades.

¹²⁶ A mesma ideia foi reafirmada posteriormente, no artigo intitulado “Is a Sociological Explanation of Law Possible?” (OLIVECRONA, 1948, p. 207).

constitucionais e a força de um ordenamento jurídico, já que a Constituição define os parâmetros da produção legislativa nas áreas do direito penal e civil.

[...] a constituição consiste em regras que tratam indiretamente do uso da força, no sentido de que elas regulam a produção de regras do direito civil e do direito penal. Na medida em que a constituição regula o comando da força militar e a polícia, ela trata diretamente do uso da força. (OLIVECRONA, 1939, p. 135-136)¹²⁷.

O argumento de Olivecrona pode ser dividido em duas frentes: (i) muitas regras tratam diretamente do uso da força, sendo que em sua maioria elas pertencem ao direito civil e ao direito penal, mas também estão presentes nas searas constitucional e administrativa; (ii) mesmo aquelas regras que não tratam diretamente do uso da força pressupõem uma força organizada ou regulam outras regras que tratam diretamente do uso da força. Spaak (2014, p. 162-163) notou a existência dessas duas frentes nesse ponto do pensamento de Olivecrona e, com isso, apontou que o argumento do realista sueco “não é satisfatório”, porque a pluralidade de significados (i e ii) contida na afirmação de que o direito consiste principalmente em regras sobre força evidencia que, neste ponto, a tese de Olivecrona se refere a coisas bem distintas.

Por um lado, temos regras como o artigo 121 do Código Penal brasileiro, que prescreve a prisão para quem cometer homicídio. Por outro lado, é difícil sustentar que também versam sobre força, direta ou indiretamente, as regras como aquela prescrita no artigo 3º, II, da Constituição Federal, segundo o qual a garantia do desenvolvimento nacional é um objetivo fundamental da República. Mesmo Olivecrona pareceu ter reconhecido a limitação de seu argumento:

Fora do direito civil e penal, no direito administrativo, há vasta quantidade de regras que não tratam diretamente do uso da força (e.g. regras sobre educação, saúde, comunicação etc.). Algumas vezes a força é necessária mesmo nesse campo, embora em geral as regras sejam aplicadas pelas autoridades por outros modos. (OLIVECRONA, 1939, p. 135)¹²⁸.

Ao sustentar que mesmo as regras que são aplicadas sem o uso da força pressupõem a existência de força organizada, Olivecrona parece se apoiar naquilo que foi exposto no

¹²⁷ Tradução livre do trecho: “[...] *the constitution consists of rules which indirectly concern the use of force, in that they regulate the laying down of rules of civil and criminal law. In so far as the constitution regulates the command of the military force and the police, it is directly concerned with the use of force.*”

¹²⁸ Tradução livre do seguinte trecho: “*Outside civil and criminal law, in administrative law, there is a vast amount of rules which are not directly concerned with the use of force (e.g. rules about education, health, communications etc.). Sometimes force is necessary even in this field, though on the whole the rules are applied by the officials in other ways.*”

item anterior: o estado psicológico de uma sociedade¹²⁹. Com isso, não se vislumbra a utilidade teórica da afirmação de que a maioria das regras do direito consiste em normas sobre o uso da força. É um fato que um número considerável de enunciados legais prescreve sanções ou dispõe sobre a organização e o modo de funcionamento dos órgãos estatais. Contudo, da própria leitura da teoria de Olivecrona, depreende-se que a força da máquina social advém, principalmente, da coerção, que, por sua vez, é a manifestação de um estado psicológico consistente na atribuição irracional do valor de dever-ser a algumas condutas. A afirmação do fenômeno psicossocial é distinta da afirmação de que o direito é composto principalmente por normas sobre força, já que o estado psicológico essencial à máquina social pode derivar da reverência irracional a normas que não tratam da força.

Atualmente, a tese de que o direito é principalmente composto por regras sobre a força não tem muita utilidade teórica. Uma parte considerável do ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo é composta por enunciados que não tem um caráter impositivo – mas nem por isso elas deixam de serem vistas como “vinculantes” ou “obrigatórias”. Por outro lado, a tese exposta no item anterior, sobre a formação de um estado psicossocial baseado primariamente na coerção e secundariamente na coação, pode ser uma linha interessante para estudos em teoria e filosofia do direito.

5.3. Uma máquina das nações? O direito internacional aos olhos de Olivecrona

Assim como Lundstedt, Olivecrona voltou seus olhos ao direito internacional. Em suas considerações sobre o tema, o autor observou ser possível falar em um direito internacional, na medida em que algumas regras guiam as atuações dos Estados entre si (OLIVECRONA, 1939, p. 193-196) – por exemplo, as regras sobre comércio internacional. Os problemas, segundo Olivecrona (1939, p. 197-198) surgiriam quando se tratasse da força do direito internacional, pois, diferentemente do que ocorre no cenário nacional (interno), não haveria força organizada e monopolizada pronta para agir em caso de violação de normas. Em vez disso, os próprios Estados assumiriam o papel de juízes de suas causas, predominando a força bruta (guerra) na resolução de conflitos. Com isso, Olivecrona (1939, p. 199) estabeleceu uma comparação entre o direito nacional e o

¹²⁹ Na primeira edição de *Law as Fact*, a construção da tese sobre a relação entre direito e moralidade e o estado psicológico da sociedade regida por um ordenamento jurídico é feita após a apresentação do argumento abordado no presente item. Essa opção expositiva do autor é curiosa, já que, aparentemente, a utilidade de seu argumento está atrelada à natureza psicossocial do fenômeno jurídico.

internacional: ambos recorreriam à metafísica (força transcendental, o dever-ser) como fundamento último das alegações sobre direitos e deveres, mas, ao contrário do que ocorre no cenário nacional, o direito internacional chancelaria a autotutela em larga escala¹³⁰.

Spaak (2014, p. 170-171) identificou influências de Lundstedt no pensamento de Olivecrona a respeito desse ponto. Realmente, o ceticismo com o qual ele descreve as relações entre países pautadas em “direitos” permite fazer referência a tal similaridade: Olivecrona (1939, p. 202) afirmou que os argumentos com base “direitos” seriam somente disfarces dos interesses das nações mais poderosas – servindo não só para a manutenção da paz, como também à incitação da violência. Ambos os realistas escandinavos reconheceram a potencial utilidade de normas regendo as relações entre países. Mas isso não os impediu de diagnosticar o direito internacional de seu tempo como uma roupagem para os interesses de países poderosos, em razão da ausência de um poder concentrado capaz de monopolizar as aplicações de sanções, de modo análogo ao que ocorre no cenário nacional¹³¹.

Devido à similaridade entre os pensamentos de Lundstedt e Olivecrona no que concerne ao direito internacional, não é necessário um aprofundamento nesse ponto. Em *Law as Fact*, Olivecrona (1939, p. 209-210) se limitou a sugerir que os agentes que ocupassem postos relevantes em decisões sobre o direito internacional jamais poderiam estar inseridos em conflitos de interesses entre países. Pesquisas contemporâneas sobre as atuações de cortes e outros órgãos internacionais podem indicar a validade das críticas feitas pelos realistas na primeira metade do século XX.

5.4. A força na segunda edição de *Law as Fact*

Olivecrona não dedicou grande parte da segunda edição de *Law as Fact* (1971) à força, como ele fizera na versão publicada em 1939. Pode-se dizer que os fatores coercivos e coativos do direito são abordados de modo difuso ao longo da obra, principalmente no tocante aos imperativos independentes – notadamente, os capítulos 5 e 8 de *Law as Fact*

¹³⁰ O autor, ao se referir à autotutela, falava da guerra. Pode-se falar também em outros tipos de sanções, como embargos comerciais ou abandono de relações diplomáticas. De qualquer modo, é necessário frisar que este trabalho não se propõe a avaliar a correção ou inadequação das ideias concernentes ao direito internacional, somente apontar quais as críticas feitas por Olivecrona que evidenciam a importância dada pelo autor à força (coerção e coação).

¹³¹ Na segunda edição de *Law as Fact*, Olivecrona (1971, p. 272-273) manteve seu posicionamento concernente ao direito internacional, que seria algo análogo ao direito nacional, mas desprovido de fonte monopolizadora de força – a instituição de tal monopólio seria o grande desafio e deveria ser objeto de estudos, segundo o autor.

(1971). É possível notar que, ao longo das décadas, Olivecrona se voltou mais intensamente ao papel da linguagem jurídica no desenvolvimento de um estado social em que a coerção predomina. Um indicativo dessa mudança de foco está no item “Linguagem e Controle Social” (*Language and Social Control*), no qual o autor tratou da já aludida função diretiva dos imperativos independentes, que são apontados como essenciais à aplicação da força organizada (OLIVECRONA, 1971, p. 252-254).

Como notado por Spaak (2014, p. 171-172), Olivecrona passou a atribuir maior importância ao fenômeno psicológico que possibilita o controle social pelo “Estado”, já que o exercício da força dependeria daquele fenômeno. Isso não significa que Olivecrona tenha abandonado totalmente a visão por ele apresentada em 1939. Na verdade, houve mudança de foco, mas com a preservação de algumas concepções sobre a relação entre direito e força. Nas páginas finais da segunda edição de *Law as Fact*, Olivecrona (1971, p. 271-272) afirma que a observância do direito é condicionada pelo uso regular da força – principalmente nas esferas criminal e civil –, que, por sua vez, é regulada pelas regras jurídicas que preveem sanções. Nesse sentido, nota-se o caráter residual atribuído por Olivecrona (1971, p. 272) à coação, visto já que o uso da força (aplicação de sanções) seria somente “necessário para manter o respeito às regras”. Além disso, a força não desempenharia sozinha o papel de garantidora da estabilidade da ordem social, já que ao seu lado estariam fatores como educação, hábitos e propaganda (OLIVECRONA, 1971, p. 272).

Dessa forma, o autor apresentou uma teoria fortemente baseada nos ensinamentos de Hägerström, notadamente no que concerne às origens mágicas do direito e à importância do fenômeno psicológico para a organização social. A ênfase na força pode ter minguado entre os anos que separam suas duas principais obras teóricas (as edições de *Law as Fact*), mas isso não impede a seguinte conclusão: Olivecrona se propôs a retratar o direito por meio de fatos, linguagem e imperatividade – aqui está inclusa a força. No próximo item, algumas considerações são feitas sobre a utilidade do pensamento do autor sueco para a teoria do direito contemporânea.

6. As contribuições de Olivecrona para a teoria do direito contemporânea: uma máquina forte no horizonte de estudos teóricos e sociológicos

No fechamento da segunda edição de *Law as Fact*, Olivecrona afirmou não ser possível apresentar um conceito de direito. Ele concluiu só ser possível indicar alguns fatos que se relacionam na organização social, como o uso regular da linguagem jurídica, o monopólio do uso da força pelo “Estado” e a aceitação de um sistema normativo como obrigatório. Na visão do autor, tal sistema seria aberto, pois sua configuração estaria sujeita, em alguma medida, a “um corpo indefinido de princípios”, “usos” e ensinamentos técnicos constantes na doutrina jurídica (OLIVECRONA, 1971, p. 272). Com isso, a máquina social do direito não é vista, na teoria de Olivecrona, como o conceito de direito, mas sim como o conjunto de fatos que se relacionam e formam uma realidade social fundamentada na linguagem e na imperatividade – dois fatores interdependentes que condicionam o fenômeno psicossocial. No entanto, a recusa de um conceito de direito pelo autor sueco pode soar confusa. Afinal, ao acompanhar seu mestre Hägerström e, em alguns aspectos, seu antecessor Lundstedt, não teria Olivecrona aceitado a ideia de direito como um fenômeno social caracterizado por uma vasta gama de fatores psicológicos e linguísticos? Parece ser correto entender que a rejeição de um conceito ocorreu com relação às definições categóricas como “o direito é o fruto da vontade do soberano político de fato”, “o direito emana dos tribunais” ou “o verdadeiro direito é aquele em conformidade com a vontade de Deus”. Nesse sentido, de fato, o realismo escandinavo não fornece uma definição. Por outro lado, a abordagem teórico-sociológica feita pelos realistas culminou na formação de uma ideia bem consolidada sobre o funcionamento do fenômeno psicossocial do direito, apresentada por meio da metáfora da máquina social.

Considerando que o objetivo deste item final é apresentar algumas possíveis contribuições de Olivecrona para os estudos teóricos contemporâneos, pode-se começar do que foi exposto no parágrafo anterior: a reafirmação da tese do direito como fenômeno psicossocial. Tal tese já havia sido formulada por Hägerström e repetida por Lundstedt – com algumas inovações e problemas em razão do método do bem-estar social –, mas com Olivecrona ela ganhou robustez ao longo dos anos em que o jurista se dedicou à formação e à revisão de suas ideias – para Solon (2000, p. 72), as duas edições de *Law as Fact* são “o coroamento da crítica do realismo escandinavo ao voluntarismo jurídico”. Isso se revela, por exemplo, nas ideias concernentes aos imperativos independentes, que compõem a base da teoria de Olivecrona: a imperatividade do direito concebida através das lentes da filosofia da linguagem e do realismo psicológico.

A sofisticação da teoria de Olivecrona pode ser notada no movimento que o autor fez entre as duas edições de *Law as Fact*. Se no primeiro momento o foco estava na força da máquina estatal, o passar dos anos levou Olivecrona a conceder à linguagem o segredo da imperatividade do direito, deixando à coação um papel secundário. Trata-se de um enfoque inovador no âmbito da teoria do direito, pois foi capaz de aprofundar as reflexões sobre o papel da força no funcionamento do fenômeno psicossocial. Ao enfatizar a imperatividade do direito por meio de elaborações teóricas sobre a linguagem jurídica, Olivecrona tornou mais sofisticadas as ideias realistas referentes ao condicionamento social e ao temor de sanções, que remetem à filosofia hägerströmiana.

Dessa forma, entende-se que a principal contribuição de Olivecrona consiste na apresentação da máquina social do direito como uma *máquina de força*. Isso porque, como apontado por Spaak (2014, p. 177-178), essa abordagem se baseia em uma perspectiva que não tem sido muito discutida no âmbito da teoria do direito contemporânea¹³². Ao desenvolver uma tese sobre a relação entre o direito e a força (coerção e coação), Olivecrona proporcionou uma linha de pensamento que pode se revelar útil na análise do funcionamento de sistemas jurídicos contemporâneos, inclusive em estudos voltados para a investigação da consolidação de ideias sobre direitos e deveres – por exemplo: como o crime de ato obsceno, previsto no artigo 233 do Código Penal, é utilizado para consolidar e reafirmar ideais sobre a sexualidade em uma sociedade¹³³? Quais discursos judiciais têm, por meio de condenações, dado sentido normativo a certos traços morais (psicológicos, sentimentais, emocionais) observáveis em nossa sociedade? Quais as expressões utilizadas nesses discursos e como elas servem à consolidação de ideias sobre a obscenidade e sobre deveres de conduta?

O enfoque pautado na concepção do direito como força leva ao cenário em que a submissão – ainda que se trate de um modo de submissão inconsciente, inculcado desde tenra idade – assume grande importância na organização social. Alguém poderia argumentar que o uso da força é contingente e assume diferentes formas e intensidades em diferentes locais. Mesmo assim, parece ser plausível a ideia de que a força (coerção e coação) é um elemento necessariamente constitutivo do fenômeno jurídico, na medida em que o sentimento de obrigação (dever) é a manifestação da compulsão de se conformar com determinadas regras, revelando uma tensão que pode ser maior ou menor a depender

¹³² Também nesse sentido, Stavropoulos (2009).

¹³³ “Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.”

da pessoa que se depara com uma situação em que alguma conduta é “exigida”. Tanto na dimensão da coerção quanto no plano da coação, a força pode ser apresentada como um elemento inerente ao direito, contanto que este seja concebido sociologicamente, isto é, sem um conteúdo normativo necessário, mas ainda assim observável na padronização em larga escala das condutas de integrantes de uma sociedade¹³⁴.

Nessa linha de entendimento sobre o fenômeno psicossocial do direito, ao adotarmos o ponto de vista olivecroniano, os debates sobre liberdade se mostram como debates sobre força, no sentido de que as discussões terão como objetivo definir ou redefinir em qual medida o constrangimento de condutas será cancelado por normas jurídicas. Tem-se como exemplo o debate sobre a liberdade de manifestação: ao nos debruçarmos sobre questões como “as pessoas podem fazer passeatas em prol da legalização do consumo da maconha?”, “mulheres, assim como homens, podem se manifestar nas ruas sem estarem vestindo camisetas e sutiãs?” ou “mães e pais podem educar seus filhos em casa, em vez de enviá-los às escolas?”, frequentemente utilizamos argumentos embasados em direitos (à liberdade, à igualdade etc.), com vistas a estabelecer novos sentidos para a normatividade referente a determinadas questões da vida em sociedade. Mas através da lente fornecida por Olivecrona também podemos analisar como um embate ideológico – que também é um embate entre sentimentos (emoções) – influencia a configuração da força jurídica em dada sociedade. Em outras palavras, como a coerção e a coação mudam de forma durante o trajeto da máquina social do direito, mas permanecem sendo elementos essenciais ao funcionamento do fenômeno jurídico observável (a organização social). Dessa forma, embora não se possa dizer que direitos e deveres sejam reais, pois não constituem a estrutura do universo, pode-se dizer que as ideologias atuam diretamente na formação de fatos da sociedade: a permissão da Marcha da Maconha, a repressão à exposição dos seios femininos, a afirmação da necessidade da educação em escolas, entre tantos outros exemplos de *exercício de força jurídica*.

Como notado por Cotterrell (2013, p. 660-663), o pensamento teórico-especulativo de Olivecrona é hábil a abrir portas para estudos sociológicos do direito¹³⁵. A teoria

¹³⁴ O alinhamento da teoria de Olivecrona (1948, p. 206) com uma proposta sociológica de análise do fenômeno jurídico foi expressamente afirmado pelo autor, que condicionou esse tipo de abordagem ao abandono de qualquer alusão ao dever-ser.

¹³⁵ Salienta-se que Cotterrell não é um seguidor incondicional de Olivecrona, embora reconheça o valor do pensamento do realista sueco. Em seu artigo “Northern lights: From Swedish realism to sociology of law” (2013), ele condena os posicionamentos pró-Alemanha nazista, incluindo uma afirmação da relação entre a ênfase na coação presente na primeira edição de *Law as Fact*, a sua personalidade autoritária e sua simpatia com o regime genocida de Hitler. Spaak (2014, p. 173-177), por sua vez, reconhece que a ideologia de

jurídica pode se beneficiar de uma abordagem centrada na força (coerção e coação) e capaz de levar a uma descrição do funcionamento de determinados aspectos da organização social em dado momento. Um exemplo da utilidade desse tipo de abordagem pode se referir aos estudos sobre o papel de autoridades na sociedade. Com o termo “autoridade”, não se pretende somente remeter aos oficiais do Estado (juízas, policiais, promotores, agentes de trânsito, fiscais etc.), mas também àquelas pessoas que exercem controle sobre as condutas de integrantes de grupos sociais, como organizações criminosas, organizações da sociedade civil e movimentos sociais. A presença da normatividade em grupos sociais pode ser ligada à atuação de autoridades, e estudos sobre tal ligação podem se revelar elucidativos no que concerne às formas assumidas pela força psicológica (coerção) e pela força bruta (coação) em diferentes dimensões de organizações sociais (movimentos civis, Estado, organizações criminosas).

A parte final deste trabalho retomará alguns elementos da teoria explorada nas últimas páginas, com vistas às considerações sobre o lugar que pode ser ocupado pelo realismo jurídico escandinavo – compreendido como um movimento – no âmbito da teoria do direito contemporânea. Da parte de Olivecrona, destaca-se a ênfase na descrição de uma máquina forte em termos coativos, bem como o abrandamento de tal ênfase em razão do aprofundamento de uma abordagem pautada na filosofia da linguagem. Ao retratar a máquina social do direito de tal modo que força e a submissão possam assumir muitas formas e intensidades, sendo sempre elementos do fenômeno jurídico, Olivecrona aprofundou o estudo sobre um dos elementos constitutivos da racionalidade (ou irracionalidade) jurídica. As suas contribuições teóricas permitem afirmar que mesmo atualmente, em tempos em que frequentemente se aborda a justificação moral do direito e das atuações de autoridades, a *força* não deve ser menosprezada como um elemento constitutivo de nossa organização social. Por mais que busquemos justificativas para o direito, a irracionalidade e as racionalizações humanas continuam operantes na organização social.

Olivecrona pode ter influenciado os seus trabalhos à época do regime nazista na Alemanha, mas que não há relação lógica entre a tese do direito como força organizada e o apoio a tal regime – em outras palavras: é possível conceber o direito nesse sentido e não simpatizar com ideias autoritárias.

CAPÍTULO IV: O pensamento de Alf Ross: o realista com um conceito de validade

*A criança que pensa em fadas e acredita nas fadas
Age como um deus doente, mas como um deus.
Porque embora afirme que existe o que não existe
Sabe como é que as cousas existem, que é existindo,
Sabe que existir existe e não se explica,
Sabe que não há razão nenhuma para nada existir,
Sabe que ser é estar em um ponto
Só não sabe que o pensamento não é um ponto qualquer.*

Alberto Caeiro (Fernando Pessoa), *Poemas Inconjuntos*

1. Algumas notas biográficas sobre Alf Ross

Alf Niels Christian Ross (1899-1979), filho de Johanne Catherine e Frederik Carl Christian Hansen-Ross, é o último representante da escola realista a ser apresentado neste trabalho. Ele foi um jurista dinamarquês e o realista escandinavo com a projeção mais significativa em nível internacional.

Influenciado por Hans Kelsen e Axel Hägerström (WAABEN, 2003, p. 661-662), Ross foi, principalmente, um acadêmico, tendo demonstrado grande aptidão para os estudos desde a infância (EVALD, 2014, p. 25-31). Depois de concluir a graduação em Direito, em Copenhague, no ano de 1922, Ross seguiu com os estudos na França, na Inglaterra e na Áustria, período no qual desenvolveu a sua obra *Theorie der Rechtsquellen* (Teoria das fontes do Direito), que foi apresentada, em 1926, na Universidade de Copenhague para a obtenção do título de doutor em Direito, objetivo que foi frustrado naquela oportunidade (WAABEN, 2003, p. 661-662).

Apesar do forte impacto na saúde mental de Ross, a reprovação em Copenhague não o impediu de mudar seus rumos e seguir para a Faculdade de Filosofia da Universidade de Uppsala, onde teve a oportunidade de conhecer Hägerström. Em 1929, obteve o título de doutor em filosofia com *Theorie der Rechtsquellen* (WAABEN, 2003, p. 662). Posteriormente, como apontado por Waaben (2003, p. 664), Ross também se tornaria doutor em direito pela Universidade de Copenhague, com *Virkelighed og Gyldighed* (Realidade e Validade)¹³⁶. Dali em diante, seguiu a carreira acadêmica, ocupando a cadeira

¹³⁶ Evald (2014) dedica o terceiro capítulo de sua biografia ao período seguinte ao fracasso na obtenção do título de doutor na Universidade de Copenhague, quando Ross sofreu um colapso nervoso e gradualmente se

de professor de Direito Constitucional e, posteriormente, de Direito Internacional e Filosofia do Direito, na Universidade de Copenhague (WAABEN, 2003, p. 664 e 668). Além disso, foi consultor jurídico na Câmara de Comércio Dinamarquesa e juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 1959 a 1972 (WAABEN, 2003, p. 665 e 667).

Embora Uppsala tenha um papel importante em sua formação, Ross não pode ser considerado um pensador totalmente alinhado com os demais representantes do realismo escandinavo. Diferentemente de Hägerström, Lundstedt e Olivecrona, Ross não reduzia “a norma meramente a um fenômeno linguístico nem a um fato psicológico ou social” (SOLON, 2000, p. 89), embora fatores linguísticos e psicológicos desempenhem importante função no direito observado pelo jurista dinamarquês. A razão para o não alinhamento total com os demais realistas se deve a certa proximidade entre os pensamentos de Ross e de Kelsen – como será mostrado em item específico deste capítulo –, assim como entre ele e Hart (SOLON, 2000, p. 90-91). Assim, o realismo rossiano se situou entre os normativismos de Kelsen e de Hart e o realismo da Escola de Uppsala, o que rendeu frutos interessantes para a teoria e a filosofia do direito.

Como apontado por Jens Evald, Alf Ross foi um homem que dedicou obstinadamente a vida à ciência. A troca de correspondências documentada por Evald (2014, p. 13-14) entre Ross e a mulher com quem viria a se casar, Else-Merete¹³⁷, revela que a busca pela construção de uma filosofia do direito voltada para a ciência jurídica era um modo do jurista dinamarquês formular a sua própria filosofia de vida. O biógrafo aponta que a obstinação de Ross pela consolidação de uma lente científica através da qual seria possível ver o mundo afetou diversos ramos de sua vida, não só a parte acadêmica, mas também a familiar (EVALD, 2014, p. 14).

Ross talvez seja o realista escandinavo cujas influências sejam as mais heterogêneas, quando comparadas àquelas dos outros dois discípulos de Hägerström. Isso porque, no início do desenvolvimento de seu pensamento filosófico, Ross foi muito influenciado por Kelsen. Poucos anos depois, foi a vez de Hägerström e da Escola de Uppsala definirem os caminhos da teoria jurídica rossiana. Houve ainda um terceiro

recuperou, até reencontrar o seu rumo filosófico sob a influência de Axel Hägerström, em Uppsala. O quarto capítulo narra o retorno de Ross a Copenhague e a obtenção do título de doutor em direito, apesar da resistência e do desgosto de Frederik Vinding Kruse, eminente jurista e um dos responsáveis pela reprovação, em 1926, de *Theorie der Rechtsquellen* – Kruse se tornara um obstáculo e um inimigo a ser superado na trajetória acadêmica de Ross.

¹³⁷ O nono capítulo da biografia de Alf Ross (EVALD, 2014) trata de Else-Merete, uma das primeiras mulheres dinamarquesas a obter o título de graduada – em Alemão e em Educação Física –, tendo sido membro da delegação dinamarquesa na Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), bem como uma parlamentar em seu país.

momento de “formação”, quando Ross se aproximou do Círculo de Viena (do positivismo lógico)¹³⁸. Mas mesmo não sendo um membro “absoluto” da Escola de Uppsala, entende-se neste trabalho que Ross deu continuidade inovadora ao movimento realista, sem se limitar a ser mero reprodutor de ideias já construídas, como será mostrado nos itens deste capítulo¹³⁹. Por ora, nestas breves notas biográficas, alguns alinhamentos com os demais realistas podem ser apontados, a título exemplificativo. Assim como Axel Hägerström, Ross foi criado em um ambiente religioso – sua mãe, notadamente, era uma cristã fervorosa –, mas se tornou ateu, considerando que a crença em Deus era incompatível com a sua visão realista do mundo (EVALD, 2014, p. 24, 27 e 351). No campo político, assim como Lundstedt, Alf Ross se identificava com a socialdemocracia (EVALD, 2014, p. 23). No campo da filosofia jurídica, assim como Olivecrona, Ross enveredou para estudos sobre o papel da linguagem no fenômeno jurídico.

Esses e outros pontos serão abordados neste capítulo, dedicado à apresentação crítica do pensamento do jurista dinamarquês responsável por mais um capítulo na marcha da máquina social do direito. Sua obra é o resultado da combinação de estudos desenvolvidos por Kelsen, pela Escola de Uppsala e pelo positivismo lógico. Por um lado, o encontro com Kelsen, em 1924, na Áustria recém-formada após a dissolução do Império Austro-Húngaro, significou a definição do rumo do início da teoria do direito rossiana, cuja orientação foi pautada na intenção de refundar o pensamento jurídico de um modo desvinculado de exigências metafísicas¹⁴⁰. Por outro lado, o contato com Hägerström, de 1928 a 1929, foi determinante na superação da reprovação de sua tese em Copenhague, em 1926, e na consolidação dos alicerces de seu realismo (EVALD, 2014, p. 97-99). Já a influência do positivismo lógico pode ser notada em uma de suas principais obras, *Sobre o Direito e a Justiça*, publicada em dinamarquês no início da década de 1950.

A heterogeneidade no pensamento de Ross impõe um desafio ao estudo de sua contribuição ao realismo escandinavo e às possíveis contribuições à teoria do direito contemporânea. Pode-se destacar, por exemplo, como a fusão entre o positivismo kelseniano e o realismo de Uppsala permitiu a Ross construir uma teoria do direito realista

¹³⁸ O apontamento de uma tripla formação do pensamento de Alf Ross foi retirado do oitavo capítulo da biografia escrita por Jens Ewald (2014) sobre o jurista dinamarquês.

¹³⁹ Solon (2000, p. 87-88) situa Alf Ross fora da Escola de Uppsala, devido à incorporação de ideias kelsenianas. Ewald (2014, p. 224-226 e 235-237) não compartilha da visão de Solon e aponta que a teoria de Ross, embora tenha sido construída com reproduções de muitas ideias previamente concebidas, significou uma inovação na filosofia do direito.

¹⁴⁰ Sobre o papel de Kelsen no desenvolvimento do realismo rossiano, recomenda-se a leitura do segundo capítulo da biografia *Alf Ross – A Life*, no qual Ewald (2014) narra o entusiasmo do então jovem jurista dinamarquês em razão do contato com o positivismo kelseniano.

com um conceito de validade, algo que não fora contemplado por seus colegas suecos¹⁴¹. Mas essa e outras inovações na linhagem do realismo escandinavo continuam sendo relevantes para a teoria jurídica de nosso tempo? Essa é a principal questão enfrentada neste capítulo.

2. A primeira etapa do pensamento rossiano: o jovem Ross sob influência kelseniana

Como apontando nas notas biográficas deste capítulo, Hans Kelsen (1881-1973) exerceu grande influência na primeira etapa do desenvolvimento do pensamento de Alf Ross. O principal resultado de tal influência é a obra *Theorie der Rechtsquellen* (Teoria das Fontes do Direito), que foi rejeitada na Universidade Copenhague, em 1926, mas rendeu a Ross o título de doutor em filosofia, em Uppsala¹⁴².

A primeira fase da trajetória teórica e filosófica de Ross já denota uma preocupação do jurista dinamarquês que se tornaria central em trabalhos futuros: o dualismo entre realidade e validade como obstáculo ao desenvolvimento da ciência jurídica. Em *Theorie der Rechtsquellen*, Ross se debruçou sobre o “estado da arte” do pensamento jurídico, notadamente com referências a autores franceses, ingleses e alemães dos séculos XIX e XX, com o intuito de apontar como os estudos sobre as fontes do direito confundiam o papel da teoria (da ciência) e o papel da política ou da ideologia.

Como apontado por Símon, García e Pietsch (2007, p. 35-36), Ross herdou de Kelsen a compreensão do direito como um sistema escalonado de normas e o entendimento de que a consolidação de uma ciência jurídica dependeria da eliminação de qualquer sincretismo metodológico nos estudos sobre o direito. Apesar da inspiração e da importante influência kelseniana, Ross não pretendia se debruçar sobre o “ser” do direito, mas sim sobre a questão “como é possível o conhecimento jurídico?” (ROSS, 2007 [1929], p. 260), o que levou o jurista dinamarquês a concluir que a fonte de direito equivale a fonte de conhecimento de algo como direito válido (ROSS, 2007 [1929], p. 256; SÍMON; GARCÍA; PIETSCH, 2007, p. 36 e 43). Tal conclusão nasceu da premissa de que comunidades em geral seriam guiadas por normas organizadas em um sistema escalonado

¹⁴¹ Essas notas biográficas têm como base o breve e instrutivo texto de Knud Waaben (2003) e na extensa biografia produzida por Jens Ewald (2014). Como será visto no decorrer deste capítulo, a obra de Ewald é especialmente útil para este trabalho.

¹⁴² No presente estudo, utiliza-se a tradução espanhola de *Theorie der Rechtsquellen*, cujo título é *Teoría de las Fuentes del Derecho: una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas* (2007 [1929]). Salienta-se que Ross deixou expressamente seu agradecimento a Kelsen em uma das primeiras páginas da obra em questão.

e, por isso, seria possível adquirir conhecimento jurídico sobre a *validade* das regras que compõem esse sistema. Dessa forma, Ross (2007 [1929], p. 255-256), à época da *Teoria das Fontes do Direito*, buscava se distanciar tanto de uma abordagem sociológica do direito, que estaria preocupada com as causas para a configuração de determinado direito em certo local, quanto de uma abordagem política, que seria voltada para a definição do que o direito deve ser¹⁴³.

O momento do pensamento rossiano de que ora se trata, por estar alinhado em alguma medida com o normativismo kelseniano, não pode ser caracterizado como realista. Isso porque, ao contrário dos demais membros da Escola de Uppsala, Ross (2007 [1929], p. 258-259) recusava a conceituação do direito por uma via empírica – ainda que fosse teórico-empírica, como nas formulações que geraram o realismo psicológico de Hägerström e de seus discípulos. Para o autor, conceitos utilizados nas ciências naturais, como “massa” e “peso” só fariam sentido por estarem inseridos em um sistema de conhecimento científico (a Física, no caso). Contudo, o mesmo não poderia ser dito sobre “Direito”, que não estaria inserido em um sistema, mas designaria o próprio sistema (ROSS, 2007 [1929], p. 258-259).

A ideia de um sistema jurídico designado pela palavra “direito” denota a proximidade entre a teoria rossiana e o normativismo abstrato de Kelsen. Ao se propor a investigação orientada pela pergunta “como é possível o conhecimento jurídico?”, Ross (2007 [1929], p. 261), assim como o jurista austríaco, buscou se comprometer com a eliminação de qualquer tipo de sincretismo metodológico, eliminando dos estudos jurídicos tudo aquilo que pertencesse a outras ciências (sociologia, ciência política etc.) – mesmo que tais ciências também se preocupassem, de alguma forma, com o âmbito jurídico. Com isso, Ross tinha a intenção de separar suas investigações teóricas de áreas do conhecimento que se propunham a descrever fenômenos (exemplo: sociologia), a postular o *dever-ser* jurídico (exemplo: política) ou a criar o direito (exemplo: a doutrina sobre interpretação jurídica). Feita a suposta depuração do campo de estudo próprio da ciência jurídica, restaria somente a aludida questão sobre o que possibilita o conhecimento sobre o direito. Ressalta-se a evidente influência kelseniana na primeira fase do desenvolvimento do pensamento de Ross, tendo em vista que o objetivo da obra *Teoria das Fontes do Direito* é

¹⁴³ Essa é uma diferença relevante entre o pensamento do jovem Ross e de Lundstedt, que formulou o “método do bem-estar social”, como foi visto no segundo capítulo deste trabalho. Ao expressamente se referir à natureza política da definição do que o direito deve ser, Ross forneceu um exemplo de seu alinhamento com a premissa da *Teoria Pura do Direito*, reiterada em edições posteriores à *Teoria das Fontes do Direito*, como a publicada em 1967 (KELSEN, 2005 [1967]).

plenamente compatível com a premissa que originou a *Teoria Pura do Direito*, assim chamada “porque ela só descreve o direito e pretende eliminar do objeto de tal descrição tudo que não for estritamente jurídico”, como a psicologia, a sociologia, a ética e teorias políticas (KELSEN, 2005 [1967], p. 1)¹⁴⁴.

Ao comprometer-se com a eliminação do sincretismo metodológico, Ross (2007 [1929], p. 262) se via na posição de Gnaeus Flavius¹⁴⁵, com a missão de destituir uma parte dos estudos do direito de sua roupagem pseudocientífica e jusnaturalista. Na visão do jurista dinamarquês, isso faria com que ele se tornasse inimigo daquelas pessoas que se apoiavam em noções jusnaturalistas (mágicas, místicas) para afirmar a sua posição de autoridade jurídica, comparada à posição gozada por sacerdotes da época anterior ao *ius civile Flavianum*. O caráter libertador atribuído por Ross à missão dos cientistas do direito é apresentado na passagem a seguir transcrita como uma luta interna entre desejos e a pretensão científica:

A tensão entre teoria e política que se dá no seio da ciência do direito [*Jurisprudencia*] corresponde a mais profunda tensão que pode existir em nosso pensamento: entre a luta desinteressada da investigação e nossos instintos e sentimentos, esperanças e anseios. Espírito e vida: a luta da crítica alheia à vida contra aquele que deseja viver; o dogma, o postulado, a fé... *de profundis*. Mas a vida é curta. O espírito é ascese. Digamos a verdade (ROSS, 2007 [1929], p. 262)¹⁴⁶.

Nota-se, com essa amostra do pensamento do jovem Ross, que o cerne de sua dedicação teórica já consistia em uma forma de combate ao jusnaturalismo, tendo em vista, inclusive, um adversário abordado nos três capítulos anteriores deste trabalho: o voluntarismo. Ross (2007 [1929], p. 275-278) corrobora com o entendimento de que a origem do direito poderia ser remetida a alguma vontade um esforço cientificamente fracassado de explicar o caráter normativo (obrigatório) do direito, uma tentativa de indicar as normas jurídicas como heterônomas.

¹⁴⁴ Trata-se de tradução livre do seguinte trecho: “*It is called a “pure” theory of law, because it only describes the law and attempts to eliminate from the object of this description everything that is not strictly law [...].*”

¹⁴⁵ Gnaeus Flavius foi um jurista e político romano do século IV a.C. que tornou público o conhecimento jurídico antes monopolizado por sacerdotes e pelos patrícios. Dá-se o nome de *ius civile Flavianum* ao produto da reforma feita por Flavius.

¹⁴⁶ Tradução livre da versão em espanhol: “*La tensión entre teoría y política que se da en el seno de la Jurisprudencia se corresponde con la más profunda tensión que pueda haber dentro de nuestro pensamiento: entre la lucha desinteresada de la investigación y nuestros instintos y sentimientos, nuestras esperanzas y anhelos. Espíritu y vida; la lucha de la crítica ajena a la vida contra aquello que desea vivir; el dogma, el postulado, la fe... de profundis. Pero la vida es corta. El espíritu es ascesis. Digamos la verdad.*”

Embora essa constatação de Ross possa remeter à tese de Hägerström, para quem o pensamento jurídico incide em erro há séculos por antropomorfizar o fenômeno jurídico, nota-se que o jurista dinamarquês, em sua primeira fase de desenvolvimento teórico, fundamentou a sua crítica por meio da adoção do “método lógico-transcendental” (ROSS, 2007 [1929], p. 263), com o objetivo de afirmar a possibilidade do conhecimento jurídico, isto é, do conhecimento do sistema de normas designado pela palavra “direito”. Considerando a adoção de tal método, torna-se necessário esclarecê-lo e, em seguida, analisar a sua possível compatibilidade com a ideia kelseniana da norma hipotética fundamental como um pressuposto lógico-transcendental.

Segundo Ross, o método lógico-transcendental, que teria inspiração kantiana, seria o adequado à busca por uma resposta referente à questão sobre a possibilidade do conhecimento jurídico, consistindo na tomada de uma determinada ciência como um fato cujas condições de viabilidade seriam obtidas por meio de inferências (ROSS, 2007 [1929], p. 260). Ressalta-se que Ross, sob a influência de Kelsen, entendia que a ciência jurídica – cuja viabilidade seria investigada por meio da adoção do mencionado método – era aquela “especificamente orientada a conhecer o direito”, diferentemente da sociologia e da política (ROSS, 2007 [1929], p. 261). Seria esse um indício de que Ross assumiu um posicionamento teórico kelseniano, em razão da expressão “método lógico-transcendental”, que remeteria à ideia da norma hipotética fundamental como um pressuposto lógico-transcendental para a identificação do direito positivo válido (KELSEN, 2005 [1967], p. 201-205)? Apesar da influência do jurista austríaco na primeira fase do pensamento de Ross, a resposta parece ser negativa.

A *Grundnorm* kelseniana consistiria na ideia de que devemos obedecer (respeitar, observar) a constituição, o que permitiria entender quaisquer normas produzidas em conformidade com os ditames constitucionais como objetivamente válidas e compondo um sistema jurídico escalonado. Ross (2007 [1929], p. 344-345) atribuiu caráter dedutivo à ideia kelseniana de juízo objetivo sobre a validade de normas jurídicas: com base em Kelsen, temos a imagem da pirâmide, que esquematiza a identificação do direito válido “de cima para baixo”, partindo-se da norma hipotética fundamental para justificar a alusão à constituição como critério último de validade no direito positivo. O problema nesse modo de caracterizar o direito positivo é, segundo Ross (2007 [1929], p. 344-345), o de que a adoção unilateral de um critério dedutivo seria demasiadamente restritiva, pois excluiria o raciocínio indutivo que permitiria identificar a criação de direito válido “de baixo para

cima”, em contraposição à dedução baseada na *Grundnorm*. Com isso, Ross afirmou a necessidade de adotar, concomitantemente, raciocínios dedutivos e indutivos de forma coordenada, com o objetivo de identificar o direito positivo: se por um lado podemos pensar de modo dedutivo e identificar a criação válida de uma norma por meio da alusão a uma norma superior da Constituição (“de cima para baixo”), também podemos percorrer o caminho inverso, a partir de “ações coercitivas concretas e individuais” (ROSS, 2007 [1929], p. 344) – como uma decisão judicial –, que não consistem em meras aplicações silogísticas de norma, mas em criação do direito.

A norma fundamental, enquanto tal, só é compreensível ao ser contemplada como abstração a partir das ações coercitivas reais; e vice-versa, estas [as ações coercitivas reais] só podem ser entendidas como jurídicas na medida em que cabe contemplá-las como concreção (escalonada) a partir da norma fundamental pressuposta. A realidade do direito reside na correlação continuada [...] (ROSS, 2007 [1929], p. 344)¹⁴⁷.

Com isso, Ross não rejeitou totalmente o método dedutivo kelseniano para aferição da validade de normas, mas afirmou a sua insuficiência frente à realidade, que, por sua vez, é apreendida por meio das ações coercitivas reais, advindas do Judiciário, que pode criar direito não só de um modo compatível com a lei, mas também *sine legem* e *contra legem* (ROSS, 2007 [1929], p. 347-348). Apesar da obscuridade da exposição de Ross sobre esse ponto, parece ser correto dizer que o jurista dinamarquês entendia que a efetividade de uma ação coercitiva real (uma decisão judicial) também seria um critério para a identificação de direito válido, porque é um modo de criação de direito. Nesse sentido, uma decisão contrária à lei que não fosse anulada seria tida como válida apesar de sua desconformidade com a regra legal.

Não obstante o esforço do jurista dinamarquês, não é claro – pelo menos aos olhos do autor do presente trabalho – como Ross pôde conceber a positividade do direito como uma correlação entre as criações dedutiva e indutiva de normas, tendo em vista que tal correlação não fornece meio determinante para identificar o direito válido: é possível que o direito válido seja aquele decorrente da observância dos ditames constitucionais, mas é igualmente possível que ele seja decorrente de uma decisão judicial efetiva. Apesar disso, a exposição de Ross é suficiente para embasar três afirmações sobre a primeira fase teórica

¹⁴⁷ Tradução livre da versão espanhola: “*La norma fundamental, en cuanto tal, sólo es comprensible contemplándola como abstracción a partir de las acciones coercitivas reales; y vice-versa, éstas sólo pueden entenderse como jurídicas en la medida en que quepa contemplarlas como concreción (escalonada) a partir de una norma fundamental presupuesta. La realidad del derecho reside en la correlación continuada [...].*”

do jurista dinamarquês: (i) Ross herdou de Kelsen a ideia de um sistema jurídico configurado por meio de uma ordenação entre normas válidas; (ii) Ross herdou de Kelsen a missão de eliminar o sincretismo metodológico no campo da teoria do direito; (iii) em que pese a primeira afirmação (i), Ross não herdou de Kelsen a ideia unilateral de uma norma hipotética fundamental como pressuposto lógico-transcendental para a compreensão de um sistema jurídico composto por normas válidas, sendo que o “método lógico-transcendental” referido por Ross consiste em um modo de investigação que apreende a positividade do direito por meio da coordenação entre dedução e indução, o que permitiu ao jurista dinamarquês a elaboração de inferências sobre modos de criação do direito positivo válido¹⁴⁸.

2.1. O conhecimento jurídico segundo o jovem Ross: alguns pontos a esclarecer

A exposição do pensamento de Ross em *Teoria das Fontes do Direito* não é muito clara. Diversos termos e expressões-chave utilizados pelo autor não são expressamente conceituados, o que torna a leitura mais trabalhosa, com a extração de significados por meio de um exercício interpretativo que não pode ser tido como definitivo sobre as ideias de Ross existentes ao tempo de seu primeiro grande trabalho. A seguir, pretende-se esclarecer alguns aspectos da primeira fase da teoria rossiana, com o objetivo de evidenciar as diferenças com relação às etapas posteriores, influenciadas pelo realismo de Hägerström e pelo Círculo de Viena.

Como apontado no item anterior, é possível entender que a influência de Kelsen sobre Ross foi importante para o desenvolvimento do pensamento teórico do jurista dinamarquês. Contudo, tal influência não foi plena, já que Ross não se limitou a ser um porta-bandeira do normativismo abstrato, tendo buscado se desvincular de Kelsen em alguns pontos. A raiz dessa desvinculação consiste na rejeição da norma fundamental hipotética como um critério absoluto para o estabelecimento de um conhecimento jurídico (ROSS, 2007 [1929], p. 350-351). Esse elemento da teoria rossiana (a divergência no que se refere a Kelsen) está ligada a uma questão que, posteriormente, seria explorada por Ross: os problemas advindos do dualismo no pensamento jurídico, caracterizado pela constante tensão entre a validade (dever-ser) e a realidade (ser). Em *Teoria das Fontes do Direito*, Ross buscou dissolver tal tensão, afirmando a necessidade de se entender a

¹⁴⁸ Sobre a relação entre o pensamento de Ross e o normativismo de Kelsen, ver Rodrigues (2016, p. 121-123).

positividade do direito como o caráter empírico do conhecimento jurídico e da normatividade (ROSS, 2007 [1929], p. 352). Para tanto, o “método lógico-transcendental” deveria ser empregado de forma a possibilitar a apreensão da realidade que caracteriza o direito. Nesse ponto, parece ser correto entender que, para Ross (2007 [1929], p. 351), essa realidade somente poderia ser apreendida por meio da compreensão de que o fenômeno jurídico se revela em um sistema normativo composto por textos legais atrás dos quais existiria uma “vontade social” que se materializaria em ações. Nesse sentido, Ross (2007 [1929], p. 351) afirmou que “[n]o plano mais abstrato, o direito se dissolve e passa a ser unicamente visível na forma de seus componentes sociológicos: o fático-convencional, o desejado ou querido como direito”¹⁴⁹. Com isso, Ross inseriu em sua teoria a dimensão sociológica como algo essencial para a compreensão do direito, quando combinada com a dimensão normativista advinda do pensamento de Kelsen¹⁵⁰.

Há um elemento que chama especial atenção na exposição de Ross sobre a tensão entre validade e realidade: apesar de se manifestar expressamente contra o voluntarismo no pensamento jurídico (ROSS, 2007 [1929], p. 348), ele optou por utilizar a expressão “vontade social” para se referir à dimensão comportamental – apreensível sociologicamente – de pessoas que convivem orientadas pelo direito. Essa opção pode gerar alguma dúvida, já que o autor pareceu sugerir a existência de uma vontade da qual emanaria a normatividade do direito. Porém, a interpretação que parece ser a correta, nesse ponto, é aquela segundo a qual a “vontade social” ou a “totalidade da vontade” é apenas “entendida como real” (ROSS, 2007 [1929], p. 349)¹⁵¹. Com isso, não haveria a extração de um dever-ser a partir de um “ser” (ações das pessoas que compõem uma comunidade), mas tão somente a pretensão de uma explicação teórico-sociológica que recorre à criação do direito por meios comportamentais (convencionais), que abrangem ideias sobre o que direito deve ser (ideais sobre justiça, por exemplo), que, por sua vez, influenciam a

¹⁴⁹ Tradução livre do texto em espanhol: “*En el plano más abstracto, el derecho se disuelve y pasa a ser únicamente visible en forma de sus componentes sociológicos: lo fáctico-convencional, lo deseado o querido como derecho.*”

¹⁵⁰ Como será visto adiante, a influência do realismo psicológico de Hägerström permitiu a Ross elaborar melhor uma proposta para dissolução da tensão entre validade (dever-ser) e realidade (ser).

¹⁵¹ Ross (2007 [1929], p. 337) discorreu sobre a necessidade de o “homem de Estado” ser “um bom conhecedor dos homens”, isto é, ser capaz de identificar “o princípio organizador” específico de cada “individualidade”, inclusive de uma “individualidade social”. Pode-se entender por “individualidade social” uma comunidade de pessoas cuja convivência é organizada de determinadas formas. Nessa fase de seu pensamento teórico, Ross parecia se esforçar para apontar a possibilidade de encontrar o conhecimento normativo no nível comportamental em sociedades – além de se valer da proposta de sistema jurídico normativista kelseniano.

interpretação dos textos legais inseridos em um sistema escalonado com base em uma noção formal de validade.

Com esse breve item explicativo, pretende-se ter esclarecido algumas noções importantes na exposição de Ross em *Teoria das Fontes do Direito*: positividade do direito, vontade social (ou totalidade da vontade) e conhecimento jurídico. Ressalta-se que essa explicação é fruto de um exercício interpretativo referente a um texto não tão claro quanto as obras posteriores de Ross e, por isso, não se pretende apontar um sentido definitivo para as ideias expostas pelo autor. Como será mostrado adiante, algumas das ideias de Ross foram desenvolvidas e mais bem apresentadas após o impacto do realismo de Hägerström sobre sua teoria – é o caso do enfrentamento do dualismo formado pelo binômio validade/realidade. Por essa razão, os próximos passos deste capítulo dedicar-se-ão a expor (reconstruir) o avanço da teoria rossiana, com vistas à formação de um bom retrato das contribuições de Ross para o realismo escandinavo e, de forma mais ampla, para a teoria do direito. Contudo, antes de prosseguir à segunda etapa do pensamento rossiano, são oportunas algumas palavras sobre a teoria das fontes do direito proposta pelo autor em sua primeira fase de maturação teórica.

2.2. As fontes do direito segundo o jovem Ross

Como visto anteriormente, a primeira obra de mais fôlego de Alf Ross consistiu em um esforço teórico para a construção de uma teoria concernente às fontes do direito. Ao decidir tratar desse tema, Ross distinguiu três maneiras de entender o termo “fonte”. A primeira maneira seria sociológico-jurídica (científico-causal), própria de uma abordagem destinada à indagação das causas (relações sociais, interesses de classe, questões econômicas, questões de tradição) que dão origem a um ordenamento jurídico (ROSS, 2007 [1929], p. 356). A segunda maneira seria pautada em considerações de ordem ética sobre o fundamento último de um sistema jurídico (a vontade de uma divindade, a razão, a liberdade individual etc.) (ROSS, 2007 [1929], p. 356-357). Por fim, a terceira maneira de entender o termo “fonte” seria contextualizada em uma abordagem teórico-jurídica voltada para a investigação sobre o fundamento determinante para o conhecimento jurídico – ou o fundamento para saber que algo é direito (ROSS, 2007 [1929], p. 357).

As duas primeiras opções foram rejeitadas por Ross. A abordagem sociológico-jurídica, na esteira dos ensinamentos de Kelsen, acarretaria indesejável sincretismo

metodológico, responsável pela confusão de tantos juristas ao longo dos séculos. Já a abordagem ética é o retrato da missão jusnaturalista: a determinação de um fundamento metafísico para a ordem jurídica.

Restou a Ross (2007 [1929], p. 357) se comprometer com a terceira opção, construindo suas críticas dirigidas às teorias das fontes do direito por ele tidas como conducentes a conclusões erradas. Tais críticas foram divididas em algumas frentes principais de enfrentamento teórico contra o “positivismo ingênuo”, a sociologia jurídica e as doutrinas do dever-ser ético (jusnaturalismo).

O “positivismo ingênuo” referido por Ross (2007 [1929], p. 361-363) consiste nas teses voluntaristas que apontavam a vontade do Estado – ou de outras entidades, como “o povo” – como fonte última do direito¹⁵². As críticas do autor dinamarquês são similares àquelas de Hägerström, Lundstedt e Olivecrona, especialmente no que se refere à circularidade da ideia de o Estado ser fonte do direito e à rejeição da metafísica existente na afirmação de uma entidade como o Estado ou a Nação da qual emanaria o fundamento da ordem jurídica¹⁵³. Além disso, Ross (2007 [1929], p. 363-368) recorreu aos ensinamentos de Kelsen para indicar a incoerência existente na tese da autovinculação do Estado, isto é, a ideia de que essa entidade metafísica obrigaria a si mesma por meio de um sistema jurídico – essa crítica é essencialmente relacionada com o entendimento de que o voluntarismo possui o vício da circularidade, porque não seria possível ao Estado se obrigar a algo por meio de normas jurídicas, se o próprio Estado pressupõe normas jurídicas¹⁵⁴. Com isso, o autor descartou o voluntarismo, conferindo utilidade teórica à expressão “vontade coletiva” somente no sentido em que ela é entendida como um conjunto de ações sociais (ROSS, 2007 [1929], p. 363) – conforme visto anteriormente, extrai-se de “ações sociais” a ideia de comportamento compartilhado em uma sociedade.

Quanto ao método sociológico, a crítica foi breve: o sincretismo metodológico ocasionaria a confusão entre o direito e as causas do direito (ROSS, 2007 [1929], p. 372). Nota-se, nesse ponto, o esforço do jurista dinamarquês com vistas ao estabelecimento de uma teoria das fontes do direito sistemática, isto é, sem o apelo exclusivo a fatores econômicos, políticos, culturais ou tradicionais existentes em uma sociedade. Frisa-se que

¹⁵² O historicismo alemão foi alvo da mesma crítica de Ross (2007 [1929], p. 362-363), para quem a ideia de uma vontade ou de um espírito coletivo anterior ao direito não seria suficiente para explicar o fundamento do conhecimento jurídico.

¹⁵³ Nota-se que Ross não citou os realistas escandinavos em sua crítica ao voluntarismo.

¹⁵⁴ A crítica à tese da autovinculação permaneceu no pensamento de Kelsen (2005 [1967], p. 312-313) ao passar das décadas em que a teoria pura do direito foi revista.

Ross somente descartou a fundamentação exclusiva do direito em tais fatores, pois, como será visto a seguir, a coordenação recíproca entre indução e dedução pressupõe a apreensão da realidade social em um sentido sociológico.

A crítica também foi breve no tocante à rejeição do dever-ser ético (jusnaturalismo) como teoria útil para a compreensão das fontes do direito. A objeção de Ross (2007 [1929], p. 373-374) foi centrada no argumento de que a *dualidade* presente na concepção jusnaturalista de direito, isto é, a ideia de que haveria tanto o direito natural (superior) quanto o direito positivo (inferior, imperfeito) implicaria o *dualismo*, que pode ser traduzido pelo rompimento da unidade da fonte do direito. Em outras palavras, a atribuição de conformidade do direito positivo ao direito natural, para Ross (2007 [1929], p. 374), seria uma afirmação “sem consequências”, já que é impossível verificar, no plano da realidade, a premissa jusnaturalista (a *recta ratio* ou a vontade de Deus, por exemplo) e, conseqüentemente, seria impossível identificar a veracidade da tese jusnaturalista concernente à fonte última do direito.

Depois de remover de seu caminho as confusões perpetradas pelo pensamento jurídico em suas vertentes positivista, sociológica e jusnaturalista, Ross se encontrou em posição para propor uma teoria da fonte do direito. Nesse ponto, é oportuno revisitar o que foi exposto neste capítulo sobre a combinação dos métodos dedutivo e indutivo para a compreensão da fonte do conhecimento jurídico. Segundo Ross (2007 [1929], p. 374), o direito seria um sistema de normas específicas por meio das quais se relacionariam condutas humanas às sanções. O erro das doutrinas criticadas por Ross teria sido buscar uma fonte única e última para esse sistema, sem se atentarem ao fato de que o conhecimento jurídico (o conhecimento sobre o direito) somente poderia ser formado por meio de uma coordenação recíproca entre o método dedutivo, que parte da norma hipotética fundamental kelseniana, e o método indutivo voltado para a “aplicação” em casos concretos – o termo “aplicação” foi posto entre aspas pelo autor para indicar que, na verdade, a juíza cria direito (ROSS, 2007 [1929], p. 375).

Apesar de o autor ter afirmado a inadequação da atribuição de entendimentos absolutamente dedutivos (por exemplo, normativismo abstrato de Kelsen) ou absolutamente indutivos (por exemplo, a sociologia como concebida por Ross) na teorização sobre as fontes do direito, nota-se que o autor conferiu alguma primazia ao caminho indutivo por meio do qual o conhecimento jurídico é possível. Ao afirmar que “[e]m última instância, todo direito é direito consuetudinário”, Ross (2007 [1929], p. 377)

demonstrou a força que a orientação teórico-sociológica exercia em seu pensamento ao tempo da redação de *Teoria das Fontes do Direito*. Com essa afirmação, o jurista elevou a compreensão das ações sociais e da “aplicação judicial” (criação) de normas ao patamar de elementos determinantes para o conhecimento do direito existente em um tempo e em um lugar.

Também é possível verificar a diluição do normativismo kelseniano no pensamento do jovem Ross ao se verificar que, para ele, não haveria diferença entre uma revolução (a mudança de uma norma hipotética fundamental) e a formação contínua, imperceptível e cotidiana do direito por meio da aplicação (“criação”) do direito (ROSS, 2007 [1929], p. 380)¹⁵⁵. Porém, essa afirmação de equivalência entre a revolução e o cotidiano não é sustentável se nos lembrarmos de que, para Ross, todo direito é, em última instância, consuetudinário e, portanto, apreensível por meio da observação da criação diária do direito e das ações sociais consistentes nos comportamentos de pessoas que compõem uma sociedade. Como será visto em seguida, a teoria das fontes do direito proposta por Ross foi o primeiro passo para a formação de uma concepção teórico-sociológica da natureza do direito – uma concepção que tomaria mais corpo e forma sob a influência do realismo escandinavo.

3. A segunda etapa do pensamento de Alf Ross: a elaboração de uma teoria da validade realista

Assim como ocorreu na primeira fase do desenvolvimento do pensamento teórico de Ross, a segunda etapa pode ser caracterizada por uma obra de destaque: *Towards a Realistic Jurisprudence: a criticism of the dualism in Law (Rumo a uma ciência realista do Direito: uma crítica ao dualismo no Direito)*, publicada em 1946¹⁵⁶. Como se evidencia no próprio título, trata-se da continuação de uma tarefa iniciada em *Teoria das Fontes do Direito*, qual seja, a denúncia e a desconstrução do dualismo no pensamento jurídico. Em comparação com a primeira fase, a principal influência nos escritos de Ross deixara de ser

¹⁵⁵ Sobre as influências de Kelsen sobre Ross, ver Evald (2014, p. 211-214), que indicou a existência de um posicionamento interpretativo referente à *Teoria das fontes do Direito* de que o pensamento do jovem jurista dinamarquês seria tão somente uma cópia da teoria kelseniana. Neste trabalho, entende-se haver diferenças fundamentais entre Ross e Kelsen.

¹⁵⁶ Foi utilizada a tradução para o espanhol (ROSS, 1961 [1946]). Segundo Rodrigues (2016, p. 118), a obra em questão é fruto do desenvolvimento do que já fora exposto por Ross, em 1934, em *Realidade e validade na ciência do Direito (Virkelighed og Gyldighed i Retslaeren)*, publicado em dinamarquês.

Kelsen e passara a ser o realismo escandinavo, com destaque para Hägerström e seu entendimento do direito como um fenômeno psicossocial¹⁵⁷. Ainda assim, como será apresentado nas próximas páginas, a orientação normativista não fora completamente abandonada por Ross, tendo passado a compor uma proposta que buscou conciliar a realidade externa (a estrutura do universo) e uma nova noção de validade do direito.

Para Ross, os estudos teórico-jurídicos estariam fadados ao fracasso, devido à confusão causada pelo dualismo entre realidade e validade. Tal dualismo se revelaria em proposições sobre o direito consistentes em antinomias insuperáveis, que poderiam ser identificadas em modos de descrever o direito por meio dos quais os juristas tentariam se comprometer, concomitantemente, com o mundo dos fatos e com uma dimensão moral (valorativa) na qual residiria uma norma obrigatória, como se o direito fosse algo “físico e metafísico”, “empírico e *a priori*”, um fenômeno e, ao mesmo tempo, uma proposição (ROSS, 1961 [1946], p. 15). Um exemplo de antinomia é a contraposição entre os seguintes enunciados: “a fonte suprema do direito é ela mesma uma norma, não um fenômeno da realidade” *versus* “a fonte suprema do direito é um fenômeno da realidade, não uma norma”. Essa antinomia, segundo Ross, seria insuperável sob a ótica dualista, porque, se considerássemos uma norma como fonte suprema do direito, teríamos de aceitar também que houve um costume (uma prática social) que possibilitou o surgimento daquela norma. Por outro lado, se considerássemos um fenômeno da realidade como fonte última, então teríamos de admitir que houve um conteúdo normativo prévio à verificação daquele fenômeno, que foi responsável pela sua configuração e hábil a estabelecer os critérios para a identificação de uma norma (ROSS, 2004 [1934], p. 30-31).

Ao se propor a enfrentar o dualismo, Ross se debruçou sobre um problema que seus colegas escandinavos já vinham explorando há um tempo: as raízes do problema sobre a obrigatoriedade do direito, raízes que tendem a levar juristas a um círculo vicioso no qual não é possível identificar quem veio primeiro, a norma ou o fato. Contudo, a solução proposta por Ross não se limitou a simplesmente ecoar o que fora desenvolvido por Hägerström, Lundstedt e Olivecrona. Além de se alinhar com o realismo escandinavo, Ross ofereceu um modo de abandonar as tentativas unilaterais de explicação do fenômeno jurídico, isto é, ele propôs a recusa de uma concepção do direito baseada unicamente na

¹⁵⁷ Sobre a influência de Hägerström na teoria de Alf Ross, ver Evald (2014, p. 214-217).

realidade ou na validade¹⁵⁸. Com isso, nota-se um movimento na teoria rossiana: após estudos propostos para a investigação orientada pela pergunta “como é possível o conhecimento sobre o direito?”, a influência realista o levou à questão “como explicar a obrigatoriedade do direito?”.

Para Ross, ambos os caminhos que formam o dualismo (realidade e validade) deveriam ser entendidos como componentes do direito (ROSS, 1961 [1946], p. 87-88). Isso não significa que Ross, em algum momento, admitiu a existência da validade no plano dos fatos – tal postura impediria caracterizar o dinamarquês como um realista –, mas sim que ele indicou a existência de algo a que se chama validade, desempenhando importante papel na definição de um conceito de direito. O meio para a descoberta da natureza de tal “algo” seria a dissolução das antinomias advindas do dualismo nas teorias jurídicas. Essa dissolução abriria caminho para a substituição das concepções de validade descoladas da realidade em prol do que Ross (1961 [1946], p. 88-89) denominou experiências (vivências) de validade¹⁵⁹. Dessa forma, o autor se desvinculou de qualquer ideia jusnaturalista sobre uma suposta dimensão valorativa (dever-ser) na qual residiria a validade enquanto razão para a obrigatoriedade do direito.

A exclusão do dever-ser como um fator para explicar a vinculação das pessoas às normas jurídicas gerou um ônus a Ross: a tarefa de formular uma justificativa teórica para o fato de que sociedades são regidas por sistemas normativos. O passo inicial para a apresentação dessa justificativa já fora dado por Hägerström e seus discípulos, que descreveram o direito como um fenômeno psicossocial, conforme mostrado nos capítulos anteriores deste trabalho. O passo seguinte foi dado pelo próprio jurista dinamarquês, por meio da apresentação de uma nova noção de validade, fundamentado em considerações sobre as experiências (vivências) de pessoas em geral.

3.1. A coerção e a coação, as experiências de validade e a relação simbiótica

Como mencionado anteriormente, Alf Ross introduziu a ideia de experiências (vivências) de validade como meio de dissolver o dualismo composto pelo binômio realidade/validade. Tendo em vista o objetivo de apresentar a contribuição de Ross para a

¹⁵⁸ Com isso, não se afirma que Hägerström, Lundstedt e Olivecrona teriam adotado um posicionamento unilateral. O fato é que eles não se direcionaram ao problema da validade do direito da mesma forma que Ross se voltou, daí a originalidade da teoria do autor dinamarquês.

¹⁵⁹ No espanhol, *vivencias de validez* (ROSS, 1961 [1946], p. 89).

teoria do direito – em especial para a teoria da validade do direito –, é necessário expor como o autor visualizava as dimensões do fenômeno jurídico.

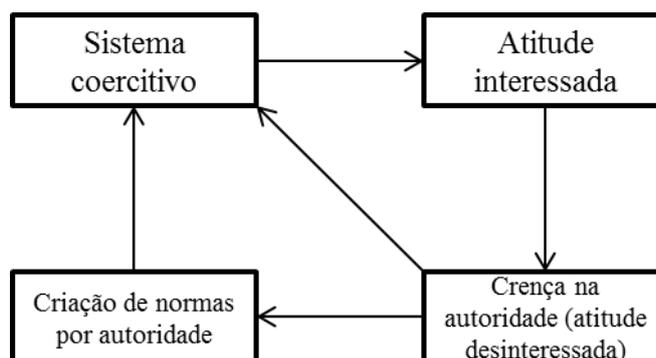
Nota-se, primeiro, a evidência do alinhamento da segunda fase de Ross à corrente realista escandinava: “[...] partiremos da suposição de que a ciência do direito é um ramo da doutrina da conduta humana; portanto o fenômeno jurídico deve ser buscado dentro do campo dos fenômenos psicofísicos que constituem o domínio da psicologia e da sociologia” (ROSS, 1961 [1946], p. 89). Com essa premissa, o autor propôs uma esquematização de elementos tradicionalmente apontados como constituintes da realidade jurídica: (α) elemento real de compulsão; (β) validade; (γ) interdependência entre α e β (ROSS, 1961 [1946], p. 89). Porém, essa esquematização não bastava a Ross – afinal, ele pretendia se insurgir contra a tradição viciada do pensamento jurídico. Foi por essa razão que o autor reformulou a divisão, substituindo α , β e γ , respectivamente, por (i) uma atitude de conduta interessada caracterizada pelo temor da sanção (coerção), (ii) uma atitude de conduta desinteressada dotada do “selo da validade” e (iii) uma interação real e indutiva entre (i) e (ii), “de modo que a existência do primeiro tende a causar e a dar estabilidade à existência do segundo, e vice-versa” (ROSS, 1961 [1946], p. 90).

As condutas desinteressadas consistiriam, segundo Ross, nas vivências de validade, que se revelariam no mundo dos fatos por meio das condutas em conformidade com um pretenso direito verificável objetivamente (ROSS, 1961 [1946], p. 88). Nesse ponto, novamente, um exemplo pode ser útil como ilustração de uma proposta teórica: segundo as regras do direito civil brasileiro, a aquisição de um bem imóvel depende de registro em cartório. Trata-se de uma exigência jurídica bastante difundida na sociedade e muitas pessoas a observam e a respeitam sem questionar a razão pela qual o fazem. É factível supor, inclusive, que, se questionadas sobre o motivo do registro em cartório, essas pessoas simplesmente responderiam “Eu tenho de fazer isso, porque é o que diz a lei”, como se a regra fosse uma realidade objetiva, uma parte daquilo que se denomina “a lei” na dimensão dos fatos. Para Ross, a validade do direito adviria de atitudes desinteressadas como a desse exemplo, que, “devido a uma natural ilusão, são racionalizadas pelo intelecto na ideia de uma validade como algo objetivamente dado” (ROSS, 1961 [1946], p. 88)¹⁶⁰. Em outras palavras, haveria fatos (condutas humanas) que indicariam uma adesão irrefletida de um direito objetivamente obrigatório, embora tal direito seja somente uma racionalização de

¹⁶⁰ Tradução livre do espanhol de parte do trecho: “*Las vivencias de estas actitudes, debido a una natural ilusión, son racionalizadas por el intelecto en la idea de una validez como algo objetivamente dado*” (ROSS, 1961 [1946], p. 88).

sentimentos (sentir-se obrigado a fazer o registro em cartório)¹⁶¹. Como será abordado a seguir, não se trata de uma adesão consciente, mas de uma vivência irrefletida resultante do desenvolvimento do indivíduo em comunidade¹⁶².

Com a formulação de uma teoria da validade – ainda que não se trate da validade como um elemento em si mesmo no plano dos fatos –, Ross se diferenciou tanto de seus companheiros de Uppsala quanto de Kelsen¹⁶³. Apesar disso, não se pode dizer que Ross rompeu com os pensadores que o antecederam. Nota-se, inclusive, que a máquina social concebida por Hägerström e ecoada por Lundstedt e Olivecrona também se encontra no realismo de Alf Ross¹⁶⁴. Ressalta-se essa herança realista escandinava pelo motivo de ser ela o berço da explicação de Ross sobre a interdependência entre a coerção (condutas interessadas) e as experiências de validade (condutas desinteressadas). A relação simbiótica entre as atitudes interessadas e as atitudes desinteressadas pode ser assim esquematizada:



Fonte: Elaborada pelo autor com base no esquema em formato de losango proposto por Ross (1961 [1946], p. 163).

¹⁶¹ Nota-se a teoria de Hägerström na base da concepção de validade proposta por Ross.

¹⁶² “O reino da validade, por sua vez, caracteriza-se pela adoção de condutas desinteressadas, ou seja, comportamentos adotados espontaneamente em respeito a um determinado estado de coisas existente.” (RODRIGUES, 2016, p. 119).

¹⁶³ No tocante aos juristas estadunidenses, dos quais Ross também se distinguiu, embora eles tivessem enfoque empírico, não se preocupavam em explicar a crença em uma validade jurídica, o que os impedia de distinguir o fenômeno jurídico de outros modos de conduta social (ROSS, 1961 [1946], p. 17). É importante apontar a diferença entre o realismo escandinavo rossiano e o realismo americano, considerando a existência de uma confusão de que Ross somente ecoaria as intenções de predição nos tribunais afirmados pelos estadunidenses. Para um exemplo sobre essa confusão, ver Hart (1959).

¹⁶⁴ Observa-se, inclusive, a alusão à “maquinaria” do Direito em passagens de *Sobre o Direito e a justiça*, obra da qual se tratará adiante: “O direito tem [...] o que se pode denominar de caráter institucional. Funciona por meio de uma maquinaria jurídica para fins de legislação, jurisdição e execução e, surge, portanto, aos olhos do indivíduo, como algo objetivo e externo. É a expressão de uma comunidade supraindividual, uma ordem social arraigada na consciência jurídica formal” (ROSS, 1997, p. 87).

Tradução livre do trecho : “*El derecho tiene, por ello, lo que puede denominarse carácter institucional. Funciona a través de una maquinaria jurídica para los fines de la legislación, jurisdicción y ejecución, y aparece, por lo tanto, a los ojos del individuo, como algo objetivo y exterior. Es la expresión de una comunidad supraindividual, un orden social, arraigado en la consciencia jurídica formal.*”

A existência de um sistema coercitivo na sociedade (imposição de sanções por autoridades) geraria o temor de sanção responsável pela motivação das atitudes interessadas. Por sua vez, essas atitudes interessadas fomentariam e cristalizariam a crença na autoridade como ente legítimo para imposição da sanção, o que, com o tempo, proporcionaria o surgimento de atitudes desinteressadas. Nessas condições sociais, seria possível a criação de normas pelas autoridades (pessoas tidas como competentes para tanto), que abasteceriam o funcionamento do sistema coercitivo, alimentado tanto pelas normas produzidas pelas autoridades quanto por noções originalmente extrajurídicas (moralidade), que passariam a integrar o plexo de regras jurídicas em razão da atuação dos órgãos que formam o sistema coercitivo (o Poder Judiciário) (ROSS, 1961 [1946], 98-101 e 162-163).

Para ilustrar o que foi exposto acima, adota-se outro exemplo. O Congresso Nacional (ente tido como autoridade) aprova um texto que proíbe o consumo da maconha, em quaisquer circunstâncias, tipificando penalmente a conduta. O presidente da República (outro ente tido como autoridade) sanciona o texto, que passa a integrar o ordenamento jurídico brasileiro (criação de norma por autoridade competente). Por isso, algumas pessoas que consumiam maconha deixam de consumi-la, temendo a pena prevista na nova lei que pode ser imposta pelo Judiciário (atitudes interessadas motivadas pela existência de um sistema coercitivo). Ademais, a crença na autoridade (do Congresso, do presidente, da polícia, do Judiciário) enquanto entidade legítima para criar e aplicar normas leva muitas pessoas a se absterem de usar maconha simplesmente porque se trata de uma conduta ilegal prevista em uma regra jurídica válida (atitude desinteressada) – a ilegalidade, nesse caso, é razão suficiente para a orientação da conduta, que não é baseada em reflexões, mas somente na adesão ao direito “objetivamente” posto¹⁶⁵. Essa adesão, por sua vez, é um fator que chancela a atuação do sistema coercitivo, cujo funcionamento é fruto da atividade de autoridades competentes que atuam em conformidade com normas válidas para aplicar outras normas válidas.

Nota-se, no esquema acima, que não há um ponto de partida original. Qual a origem da norma que proíbe o consumo da maconha? A atuação do Congresso? A existência de uma moralidade na sociedade? Pressões de grupos políticos conservadores?

¹⁶⁵ Nota-se, nesse ponto, que a noção de atitude desinteressada de Ross está em conformidade com a teoria de Olivecrona (1939, p. 143-150), no que diz respeito ao abandono até mesmo da cogitação de certas condutas proibidas pelo direito. No mesmo sentido, ver Ross (1997 [1958], p. 82).

A atuação do Congresso? Não é possível determinar quem veio primeiro, se foi o fato ou a norma, porque qualquer ponto pode ser eleito como o início da compreensão do fenômeno jurídico, pois o dualismo entre realidade e validade foi eliminado na teoria rossiana, tendo sido substituído pela concepção do direito como uma relação simbiótica entre atitudes interessadas – que muito se aproximam daquelas do homem mau concebido por Holmes (1997 [1897], p. 993) – e atitudes desinteressadas, que são vivenciadas como imperativos categóricos pautados em uma suposta realidade objetiva, qual seja, a “realidade” do direito válido existente na sociedade. O temor da sanção e a adesão irrefletida ao direito proporcionam o que Ross (1961 [1946], p. 100) denominou de ordem social: um estado de coisas que permite a estabilização do convívio social, pautado tanto na ameaça do uso da força da máquina social do direito quanto na internalização de um dever-ser, que se manifesta em racionalizações consistentes em enunciados sobre direitos e deveres.

A teoria rossiana abriga, dessa forma, a força e a validade, conectando-as de maneira inseparável. Ainda assim, Ross reconheceu que o abastecimento de normas destinadas ao sistema coercitivo não dependeria unicamente da atuação de autoridades, podendo ter origem diretamente na parcela da sociedade composta por pessoas comuns, isto é, pessoas não dotadas de competência para o exercício de algum tipo de “poder”. Ao fazer essa ressalva, o autor abriu as portas de sua máquina social à moralidade.

3.1.1. A moralidade e o Judiciário na teoria rossiana

O esquema apresentado no item anterior possui uma linha diagonal, que liga diretamente a crença na autoridade (atitude desinteressada) ao sistema coercitivo. Para melhor compreender o papel da moralidade na segunda fase da teoria rossiana, atenção especial deve ser dedicada àquela ligação.

Nota-se, pelo que foi exposto anteriormente, que Ross buscou expor o seu entendimento sobre as razões da existência da “obrigatoriedade” do direito compreendido como um fenômeno psicossocial. Para tanto, ele estabeleceu uma relação simbiótica entre condutas interessadas e desinteressadas. Porém, até o momento, somente fatores ligados ao estabelecimento e à atuação de autoridades foram contemplados no esquema rossiano, e essa limitação pode trazer a pergunta: e quanto à moralidade, que não depende da atuação de uma autoridade, mas pode ser um fator influente no sistema coercitivo? Foi com vistas a essa questão que o autor introduziu a linha diagonal do esquema aqui apresentado, tratando

da possibilidade de o sistema judiciário incorporar motivações não formalmente jurídicas ao corpo de regras que forma o direito em uma sociedade (ROSS, 1961 [1946], p. 163).

Para discorrer sobre esse ponto, é preciso apresentar algumas premissas que subjazem ao pensamento de Ross: (i) uma sociedade terá, além de um ordenamento jurídico composto pela Constituição, por leis e por regulamentos, a moralidade, isto é, um conjunto de noções de caráter moral sobre o que é certo e o que é errado¹⁶⁶; (ii) tais noções são assumidas como moralmente válidas, ainda que não sejam contempladas no ordenamento formalmente jurídico – pensa-se, por exemplo, no dever moral de auxiliar uma pessoa idosa a atravessar a rua; (iii) ademais, regras morais podem ser incorporadas ao direito, tornando-se regras jurídicas por meio da atuação do Poder Judiciário.

A premissa (iii) consiste em um esforço de Ross de se desvincular de qualquer tipo de idealização sobre o funcionamento da máquina social. Nesse sentido, o autor entendeu ser forçoso reconhecer que elementos extrajurídicos teriam influência direta na formação de regras jurídicas, sendo que isso seria observado, principalmente, no âmbito judicial. Dessa forma, ao recorrer, expressamente ou não, a uma regra moral para a formulação de uma decisão, uma juíza estaria incorporando aquela regra moral às fontes do direito aplicável ao caso concreto (ROSS, 1961 [1946], p. 161-162). Com isso, a crença na validade moral de determinada regra passa a ser um fator determinante na configuração do direito, por meio da atividade judicial.

Ao discorrer sobre a introdução no ordenamento jurídico de regras morais difundidas na sociedade, o autor adentrou em um tema que tem sido frequente em debates teóricos contemporâneos: a aplicação de princípios por juízes e juízas. Para Ross (1961 [1946], p. 163), a alusão aos princípios é um meio de incorporar motivações originalmente estranhas ao direito, pois, inicialmente, são desprovidas do selo de validade jurídica. Pode-se dizer, nesse ponto, que a concepção de Ross sobre princípios se aproxima do que é exposto por Marcelo Neves (2014, p. 127), para quem a utilização de princípios na argumentação judicial propicia o que ele denomina “heterorreferência”, pois “eles [os princípios] sempre apontam para algo que já existiria fora do sistema jurídico (valores, princípios morais, interesses gerais etc.)”. Nesse sentido, é ilustrativo pensar na sentença que aplica o princípio da insignificância em um caso no qual uma pessoa fora acusada de furtar de um supermercado quatro barras de chocolate e uma caixa de suco de laranja, levando à absolvição do réu em razão da ausência de verificação da tipicidade material de

¹⁶⁶ Não se afirma aqui que a moralidade é um conjunto homogeneamente aceito em dada sociedade. Embates ideológicos, por exemplo, consistem em choques de moralidades.

sua conduta. Na hipótese de uma juíza assim proceder, ela estaria incorporando uma regra moral (não se deve punir alguém por uma lesão tão irrisória ao patrimônio alheio) ao ordenamento jurídico, valendo-se, para tanto, de considerações sobre o princípio da insignificância e sobre a justiça a ser formada na decisão.

Salienta-se que a incorporação de regras morais ao ordenamento jurídico é contingente, dependendo em grande parte do compartilhamento (da aceitação) da regra moral por parte do julgador. Tem-se como exemplo uma sentença na qual o magistrado entendeu ser necessário condenar o réu pelo furto de seis barras de chocolate em um mercado, cujo valor totalizou R\$40,00 (quarenta reais)¹⁶⁷. Sua justificativa para tanto foi a de que “em um país [em] que o salário-mínimo indica que o dia trabalhado vale menos de R\$ 40,00, não se pode entender que o caso presente se trata de insignificância”. Nota-se que a elaboração do critério pautado no valor do salário-mínimo brasileiro denota a adesão a uma regra moral de que uma pessoa não poderia deixar de ser punida por lesar o patrimônio acima de determinado valor. Com isso, a incorporação de regras morais se mostra largamente dependente da moralidade do próprio julgador, algo contemplado por Ross (1961 [1946], p. 164-166) ao tratar da ilusão da possibilidade de verificação de uma interpretação jurídica absolutamente objetiva, isto é, pautada unicamente em critérios lógico-dedutivos. Para o autor, toda interpretação seria orientada por algum propósito do intérprete, visando à realização de um “interesse prático” e, posteriormente, sendo apresentada como produto de uma inferência. Dessa forma, a interpretação jurídica – notadamente a judicial – foi retratada por Ross como uma racionalização de interesses práticos, consistindo em um produto de “motivação psicológica”.

Embora o autor não tenha conceituado a expressão “interesse prático”, pode-se concluir que ela se refere à intenção referente a algum tipo de objetivo. Caso esse entendimento seja aceito, pode-se dizer que a divergência entre a juíza que aplicou o princípio da insignificância ao furto de chocolate e o juiz que não o aplicou é um resultado da existência de interesses práticos distintos: enquanto a juíza hipotética tinha a intenção de retirar aquele tipo de conduta do campo de incidência do direito penal, o julgador tinha o objetivo oposto.

Seguindo essa linha de entendimento, é possível conferir um posto de destaque à moralidade na máquina social do direito rossiana, pois o comprometimento com certos objetivos subjacentes à interpretação jurídica pode ter raízes na internalização de noções

¹⁶⁷ Sentença no processo n. 1500674-63.2018.8.26.0618, da Comarca de Campos do Jordão, em São Paulo, disponibilizada em 17 de junho de 2019.

tidas como moralmente válidas. Por exemplo, a internalização (aceitação) da regra tida como moralmente válida em uma comunidade na qual o furto jamais deve ser cometido, independentemente do valor da coisa furtada, pode acarretar julgamento nos moldes daquele em que a subtração de barras de chocolate foi punida. Por outro lado, o julgamento oposto pode ter raízes na internalização da regra tida como moralmente válida conforme a qual os pequenos desvios, como o furto de uma coisa pouco valiosa não merecem ser punidos com toda a severidade.

Enfatiza-se que, sobre esse ponto, as proposições foram formuladas de maneira não categórica, indicando a contingência das influências da internalização de normas morais nas decisões judiciais. Isso foi feito porque a determinação científica da relação de causalidade entre a moralidade da julgadora e o modo com que ela julga só pode ser demonstrado por meio de estudos empíricos. Ainda assim, no campo teórico, parece ser plausível identificar como fontes dos direitos a interpretação judicial pautada, consciente ou inconscientemente, em elementos extrajurídicos que passam a ser jurídicos ao serem marcados pelo “selo da validade” advindo do reconhecimento por meio da atuação de uma autoridade.

3.2. Três observações sobre a teoria das fontes e a obrigatoriedade do direito na segunda fase do pensamento rossiano

Foi dissertado, neste trabalho, que após os seus estudos destinados à investigação orientada pela pergunta “como é possível o conhecimento sobre o direito?”, Ross, sob a influência realista escandinava, teria se voltado para a questão “como explicar a obrigatoriedade do direito?”. Feita a exposição sobre como o autor dinamarquês enfrentou esse problema teórico, três observações concernentes àquelas questões são necessárias.

3.2.1. Semelhanças e diferenças entre o realismo rossiano e o realismo estadunidense

A primeira observação concerne ao Judiciário na segunda fase da teoria de Ross. Em alguns pontos de *Rumo a uma ciência realista do Direito* (1961 [1946]), é possível identificar semelhanças entre o que foi proposto pelo jurista dinamarquês e o que foi proposto, de modo geral, pelos realistas estadunidenses. Já foi dito, neste trabalho, que há um elemento distintivo entre ambas as correntes (rossiana e estadunidense): a elaboração

de uma teoria da validade com base em um complexo fenômeno psicossocial. Porém, também é preciso reconhecer que algumas das ideias de Ross são – ou, pelo menos, soam – compatíveis com o realismo americano. Nesse sentido, o próprio autor demonstrou alguma preocupação com a possibilidade de prever decisões judiciais ao mencionar Jerome Frank, dando-lhe razão no tocante à necessidade de identificar todos os fatores possivelmente influentes em uma decisão, a fim de obter sucesso em uma atividade preditiva. Ainda assim, seria um erro equiparar o pensamento de Ross e o realismo produzido nos Estados Unidos. Como sustentado por Leiter (2012, p. 950-951), a preocupação americana era de ordem eminentemente prática, orientada por duas questões: “como as cortes realmente decidem os casos apresentados a elas?” e “o que advogados e estudantes de Direito precisam saber para ter uma atuação profissional satisfatória em prol de seus clientes?” – daí a distinção *law in books* e *law in action*. Já a preocupação realista escandinava, conforme o que foi exposto desde o primeiro capítulo deste trabalho, é voltada para a busca de explicações teóricas sobre a máquina social do direito, tendo como objetivo libertar a teoria jurídica das amarras do jusnaturalismo em suas diversas formas¹⁶⁸.

Apresentados dessa forma, os realismos americano e escandinavo são entendidos como movimentos com diferentes objetivos e formados por pensadores com formações distintas. Ressalta-se que isso não significa a total incompatibilidade entre ambos. Leiter (2012, p. 954), por exemplo, aduz que há um ponto em comum entre os realismos: o ceticismo diante da crença de que decisões judiciais podem ser explicadas por meio da alusão às regras e doutrinas jurídicas invocadas por juízes em suas fundamentações – isso caracteriza a rejeição do formalismo pelas duas vertentes. Pode-se adicionar aos pontos comuns entre os realismos o fato de que ambos abrem as portas do campo jurídico aos estudos promovidos por outras áreas do conhecimento, como a sociologia e a psicologia¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Leiter (2012, p. 951-952) entende que os realistas escandinavos enfrentavam o problema consistente em explicar como é possível situar um sistema de normas jurídicas em um mundo exaustivamente explicado pela física, química e biologia. Adicione-se ao entendimento de Leiter a psicologia e as ciências sociais, capazes de fornecer esclarecimentos sobre fenômenos envolvendo a consciência humana e a interação entre pessoas de uma comunidade regada por um ordenamento.

¹⁶⁹ Note-se que o próprio autor (ROSS, 1961 [1946], p. 11) reconheceu haver algum tipo de paralelo entre a sua teoria e o realismo americano, no sentido de que ambos se atentam a fatos sociais e não a ideias metafísicas. Rodrigues (2016, p. 118) destacou esse fato presente na obra de Ross, para em seguida afirmar que o autor dinamarquês não foi um mero reproduzidor de ideias americanas, tendo em vista a construção de um conceito de validade psicossocial.

3.2.2. O amadurecimento da apresentação do “método lógico-transcendental”

A segunda observação consiste em um esclarecimento. Ao realizar um movimento de passagem da primeira para a segunda fase, Ross não abandonou os estudos sobre as fontes do direito. Pode-se dizer que ele adquiriu novas ferramentas de investigação que o levaram a formular uma teoria da validade jurídica psicossocial e, com isso, Ross se apartou de Kelsen e aproximou-se de Hägerström. Ainda assim, a questão “como explicar a obrigatoriedade do direito?” abarca considerações sobre as fontes do direito, de modo que o movimento teórico de Ross não pode ser considerado um rompimento com a primeira fase, mas sim um desenvolvimento da teoria rossiana. Isso se evidencia no esquema reproduzido neste capítulo, no qual a relação simbiótica entre atitudes desinteressadas e atitudes interessadas é representada em um fluxo que abastece a crença nas autoridades produtoras de normas jurídicas. Ao propor tal retrato do funcionamento da máquina social, Ross discorre sobre a necessidade científica de eliminar o dualismo existente nas teorias sobre as fontes do direito e tornava mais clara a ideia antes apresentada como “método lógico-transcendental”.

3.2.3. Esclarecimentos sobre a validade jurídica e a validade moral

A terceira observação está intrinsecamente ligada à segunda, pois é concernente à relação entre direito e moral ou, mais especificamente, entre a validade jurídica e a validade moral.

A parte deste trabalho que aborda o esquema de funcionamento da máquina social de acordo com a relação simbiótica entre atitudes de condutas interessada e desinteressada abarca considerações sobre a influência da moral na formação do direito por autoridades – notadamente pelo Judiciário. Por isso, é necessário fazer distinção entre o fenômeno jurídico e o fenômeno moral – se é que é possível.

Primeiro, nota-se que Ross (1961 [1946], p. 121-126) se referiu ao caráter coercitivo do direito como um possível fator apto a distinguir o conjunto de regras morais (moralidade) que podem existir em uma sociedade. Ainda assim, o autor considerava um erro atribuir à coerção ou à coação o posto de fator hábil a caracterizar o direito frente à moralidade, tendo em vista que as experiências de validade, que compõem o fenômeno

jurídico no esquema anteriormente aqui apresentado, não dependem do temor ou da imposição de sanções.

Em segundo lugar, observa-se que Ross (1961 [1946], p. 126-129) se valeu de uma ideia tradicional em sua tentativa de distinguir direito e moral, isto é, a ideia segundo a qual haveria diferenças entre as gêneses do fenômeno jurídico e do fenômeno moral.

Por um lado, a moralidade (conjunto de regras de ordem moral) teria origem em uma ordem social, sendo fruto de anos de convivência com outras pessoas, por meio da educação, sendo internalizada de forma “desorganizada, irracional e irrefletida”, contemplando “esperanças, desejos, ideias e preconceitos” de determinado ambiente (ROSS, 1961 [1946], p. 127). A ordem social moral seria absorvida pelos indivíduos, gozando de um “selo de validade” desinteressada, pois os mandamentos morais são experimentados como “convicções racionais de um caráter altamente pessoal”, como se o conhecimento do que é moralmente correto fosse obtido de forma racional por meio de intuições que independem de qualquer tipo de “experiência externa ou de autoridade” (ROSS, 1961 [1946], p. 127-128). Por isso, o autor sustentou que a moralidade é tida como autônoma, porque “não reconhece nenhum outro tribunal senão a consciência”. Além disso, as regras morais seriam autocráticas, ou seja, só poderiam ter cumprimento ao se apelar à “boa vontade” do indivíduo (ROSS, 1961 [1946], p. 128). Dessa forma, embora a origem da moralidade resida em uma ordem social – cujos preceitos são contingentes –, a validade moral depende inteiramente do indivíduo, da internalização da obrigatoriedade das normas morais.

Quanto ao fenômeno jurídico, o autor entendia que a validade não dependeria do indivíduo, mas sim de uma vivência relacionada com instituições sociais. Assim como ocorre com a moralidade, a validade jurídica dependeria da racionalização concernente à obrigatoriedade das regras do direito, ou seja, dependeria do entendimento de que há direitos e deveres que objetivamente devem ser respeitados. Porém, diferentemente da validade moral, a validade jurídica estaria relacionada com a existência de pressão externa, caracterizada pela coerção ou pela coação emanadas de uma autoridade: a organização social existente. Por isso, o direito seria heterônimo e heterocrático (ROSS, 1961 [1946], p. 129)¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Segundo o autor, “[...] a validade jurídica é função de um processo de sugestão social calcado, em parte, sobre o elemento coercitivo do Estado. Quanto à validade moral, parece claro que seu êxito também depende de um processo de sugestão social, porém fundamentado na verdade moral considerada em si mesma” (RODRIGUES, 2016, p. 120).

Neste ponto, a exposição que se propõe a esclarecer as diferenças entre as validades moral e jurídica pode estar fracassando, tornando ainda mais obscura a relação entre direito e moralidade. Foi dito aqui que o selo de validade moral seria decorrente de atitudes desinteressadas. Mas não foi exatamente isso o que foi proposto no esquema apresentado neste capítulo, ao se discorrer sobre o selo de validade jurídica? Qual a diferença, afinal? Para alterar esse possível cenário de confusão é preciso salientar que a exposição pelo autor dessas ideias tradicionais (moral como ordem autônoma e autocrática e direito como ordem heterônoma e heterocrática) não implicam aceitação plena de seus preceitos. Isso fica evidente com a seguinte proposição de Ross (1961 [1946], p. 130): “[o] direito é a forma na qual os fatores de força de tipo moral e econômico, os interesses e as ideias se integram e se fazem efetivos”¹⁷¹. Nesse sentido, a validade moral influenciaria a validade jurídica, por meio da incorporação de regras da moralidade ao corpo de regras jurídicas¹⁷². Por outro lado, é possível imaginar como o estabelecimento de uma ordem jurídica pode influenciar a ordem moral em uma sociedade – pessoas podem acreditar que fumar maconha é errado (regra moral válida), porque a lei e os tribunais apresentam essa conduta como ilícita (regra jurídica válida).

As experiências de validade jurídica e as de validade moral compartilham uma característica: a percepção de que determinadas regras devem ser seguidas. Porém, isso não significa que sejam fenômenos idênticos. Basta pensar no caso de uma pessoa que não acredita ser moralmente errada a conduta de fumar maconha, mas ainda assim deixa de fazê-lo, porque entende que a lei proibitória deve ser seguida, já que ela foi criada pela observância dos trâmites prescritos pela Constituição. O que distingue a regra que não considera errada a conduta de fumar maconha e a regra que postula que tal conduta não deve ser realizada, posto ser ilícita? Enquanto, no primeiro caso, a regra é fruto da racionalização de ideias concernentes à justiça (certo e errado), no segundo caso a regra é decorrente do entendimento de que a ordem social jurídica (autoridade externa) deve ser obedecida. Foi nesse sentido que Ross (1961 [1946], p. 134) afirmou que o direito requer cumprimento, seja pela via espontânea (desinteressada), seja pela via da coerção ou coação

¹⁷¹ Tradução livre de: “*El derecho es la forma en la cual los factores de fuerza de tipo moral y económico, los intereses y las ideas se integran y hacen efectivos.*”

¹⁷² Salienta-se a contingência no que concerne a quais regras morais são incorporadas, tendo em vista a pluralidade de moralidades existentes em uma sociedade.

(interessada), diferentemente da moral, cuja validade não demanda cumprimento algum, somente a aceitação de que algo é certo ou errado¹⁷³.

Essa situação hipotética exemplifica como a validade moral e a validade jurídica não se confundem, mas também não são completamente apartadas: elas se influenciam, e essa reciprocidade torna as ordens jurídica e moral constantemente fluídas, nunca estagnadas.

Por fim, é preciso observar que pode haver regras morais e não jurídicas cuja violação acarreta algum tipo de sanção social, havendo, portanto, pressão externa nesses casos. Significaria isso uma fragilidade da distinção rossiana entre validade jurídica e validade moral? Talvez Ross (1961 [1946], p. 137-138) tenha contemplado a plausibilidade de tal crítica, tendo em vista que ele propôs uma divisão trilateral – e não bilateral – dos fenômenos de validade: (a) o tipo moral pessoal superior; (b) o tipo moral convencional; (c) o direito.

No tocante ao tipo (a), as regras não seriam convencionais nem executáveis por autoridade externa (autonomia e heterocracia), sendo a validade vivida de forma radicalmente individual.

O tipo (b) parece ter sido inserido por Ross para funcionar como espécie de ponte entre a moralidade representada pelo tipo (a) e o direito. Trata-se de costumes, usos, práticas idiomáticas, entre outras convenções, que, na visão do autor, seriam heterônomas (impostas por uma organização social externa) e autocráticas. Nesses casos, a validade dependeria de uma experiência relacionada àquilo que é externa ao indivíduo.

Por fim, ao tipo (c) corresponde o direito, apresentado como heterônimo e heterocrático, vivenciado por meio de uma combinação entre validade externa e compulsão.

Apresentada a divisão rossiana trilateral dos fenômenos da validade, é oportuno retornar à questão: haveria fragilidade na distinção entre as validades moral e jurídica? Para a formulação de uma resposta, deve-se voltar a atenção ao tipo (b) de fenômeno da validade. É possível pensar em costumes, usos e regras idiomáticas que sejam heterônomas e heterocráticas. Nesse sentido, um bom exemplo está nos estádios de futebol. O ato de

¹⁷³ Alguém ainda poderia argumentar que a obediência a uma regra jurídica pautada no temor da sanção ou na imposição coativa (via decisão judicial, por exemplo) não diz respeito à validade jurídica, que só poderia ser verificada nas atitudes desinteressadas. Contudo, esse argumento reside no esquecimento de que, na teoria rossiana, a coerção e a coação só são possíveis devido à existência de um estado de coisas que permite as experiências (vivências) de validade, assim como a existência de tais experiências depende de um estado de coisas que compreende autoridades aptas a causar a coerção e a atuar de forma coativa.

gritar “gol!” antes de o gol ter realmente ocorrido consiste em uma violação de regra a ser observada pelos membros que compõem a torcida presente no estádio. Na hipótese de um torcedor gritar “gol!” antes de o gol ter ocorrido e, por azar, ele acabar não ocorrendo, uma reação será verificada: os demais torcedores o repreenderão, seja por meio de expressões como “não grita gol antes de sair!”, seja por outros meios, como olhares irritados e tapas na cabeça do torcedor ansioso¹⁷⁴.

Ross não pareceu contemplar esse tipo de situação quando propôs o tipo (*b*) de fenômeno de validade. Por isso, essa proposta não parece ser muito útil à distinção entre validades jurídica e moral. Parece ser plausível dizer que um caminho mais fácil seria reconhecer que o fenômeno da moralidade pode envolver tanto sanções internas quanto sanções externas, sendo que o traço distintivo com relação ao direito consistiria no fato de que as experiências de validade jurídica integram um fenômeno que abarca autoridades, como um tribunal, o Congresso ou a Presidência da República. Com isso, é preciso sempre ter em mente que a própria existência das autoridades remete às experiências de validade jurídica, nos termos do esquema da associação simbiótica apresentado neste capítulo. Dessa forma, ter-se-ia a concepção de regras de origem social (com gênese social), as regras morais (autônomas e heterônomas, autocráticas e heterocráticas) e as regras jurídicas. Ambas as categorias relacionar-se-iam na forma apresentada por Ross, isto é, por meio da introdução de preceitos morais no ordenamento jurídico, bem como pelas formações de regras morais decorrentes do condicionamento causado pelo funcionamento da máquina social do direito¹⁷⁵.

3.3. O saldo da segunda fase da teoria rossiana

A segunda fase da teoria rossiana rendeu algumas ideias basilares do pensamento do autor dinamarquês. Trata-se do momento em que Ross aprofundou a sua teoria sobre as fontes do direito por meio do amadurecimento da ideia de “método lógico-transcendental”,

¹⁷⁴ Outro exemplo pode ser retirado do futebol: um torcedor que compareça ao jogo do Corinthians para integrar a torcida do time alvinegro, trajando alguma peça na cor verde será, com certeza, repreendido pelos demais torcedores. Da mesma forma, um palmeirense que vá ao estádio com uma camiseta da cor preta terá de enfrentar as represálias de seus colegas. As críticas apresentadas a esses torcedores desprovidos de conhecimento sobre as regras dos estádios de futebol são tidas como válidas, pois a conduta de utilizar vestimentas com determinadas cores é considerada pelas torcidas como objetivamente errada.

¹⁷⁵ “A moral é composta por desejos piedosos e sábios conselhos que devem ser pregados aos ouvidos dos homens para ganhar seus corações. O direito não é pregado: tem poder em si mesmo” (ROSS, 1961 [1946], p. 28). Tradução livre do espanhol: “*La moral se compone de piadosos deseos y sabios consejos que deben predicarse a los oídos de los hombres para ganar sus corazones. El derecho no se predica: tiene poder en sí mismo.*”

que passou a ser descrito como a relação interdependente entre atitudes interessadas e desinteressadas. Foi esse o passo que caracterizou a entrada de Ross no panteão do realismo escandinavo, ao lado de Hägerström, Lundstedt e Olivecrona, pois a sua concepção de experiências (vivências) de validade depende inteiramente do entendimento do direito como um fenômeno psicossocial. Ao mesmo tempo, ele se distinguiu de seus colegas ao se dedicar à construção de um conceito de validade compatível com o realismo, cujas críticas, até então, haviam se restringido à denúncia do idealismo (da metafísica) no pensamento jurídico do fim do século XIX e do início do século XX.

Na esteira da construção do conceito de validade, os esforços de Ross resultaram em uma ideia sobre a função do direito, que teria uma “vocação eminentemente social”, apta a “estabelecer arranjos ou compromissos, possibilitando o intercâmbio humano e, ao fim, a própria paz social”, sendo também “o meio ou técnica pela qual determinados interesses materiais podem ser veiculados” – inclusive interesses de ordem econ mica ou moral (RODRIGUES, 2016, p. 120)¹⁷⁶.

Há ainda outro ponto de contato entre a teoria rossiana da segunda fase e o realismo escandinavo: o tratamento crítico dado por Ross a categorias dogmáticas do direito civil nos últimos capítulos de *Rumo a uma Ciência Realista do Direito*. Seguindo os passos de H gerstr m, Ross (1961 [1946], p. 293 e ss.) denunciou o misticismo existente na doutrina sobre direitos reais e pessoais, identificando no âmbito dogmático dos estudos jurídicos as tensões provocadas pelo dualismo caracterizado pelo bin mio realidade e validade. Por exemplo, para o autor, as ideias de seu tempo concernentes aos direitos reais consistiriam em reproduções das ideias jusnaturalistas romanas que se referiam ao domínio místico exercido sobre um objeto (ROSS, 1961 [1946], p. 224-232)¹⁷⁷.

Tendo em vista a similaridade entre as exposições de Ross e de H gerstr m sobre o tema, que foi abordado no primeiro capítulo deste trabalho, opta-se, neste momento, por somente indicar esse alinhamento entre os autores. Porém, isso não significa que a atenção

¹⁷⁶ Sendo Ross (1961 [1946], p. 130) um realista, pode-se entender que a expressão “paz social” não abarca o contentamento das pessoas em geral com a ordem jurídica estabelecida, mas tão somente um estado social no qual não há conflitos frequentes e intensos o suficiente para inviabilizar o convívio.

¹⁷⁷ Pode-se notar, no trecho seguinte, como Ross ecoou os postulados de H gerstr m: “Quando digo que o conceito de direitos reais permaneceu imutável desde os dias do direito romano até os nossos, não quero dizer [...] que a crença mágico-mística primitiva que originalmente criou o conceito ainda sobrevive, mas meramente que a estrutura ainda persiste como uma forma que restringe [limita] o pensamento e torna difícil o conhecimento adequado dos fen menos jurídicos.” (ROSS, 1961 [1946], p. 281).

Tradução livre do seguinte excerto: “*Cuando digo que el concepto de derechos reales há permanecido inmutable desde los días del derecho romano hasta los nuestros, eso no quiere decir [...] que la primitiva creencia mágico-mística que originalmente creara el concepto todavía sobrevive, sino meramente que su estructura todavía persiste como una forma que coarta el pensamiento y hace difícil el conocimiento adecuado de los fen menos jurídicos.*”

dedicada por Ross a questões dogmáticas não será abarcada neste capítulo. A formulação de uma teoria sob a influência hägerströmiana – com o parcial afastamento do normativismo kelseniano¹⁷⁸ – constituiu um esforço para explicar “a relação entre a dogmática jurídica e as condições sociais sobre as quais a dogmática repousa e é produzida” (ROSS; OLSEN, 2011 [1936], p. 265)¹⁷⁹. Na terceira fase do pensamento jurídico-teórico rossiano, as críticas à dogmática jurídica avançaram, assim como as ideias sobre a validade do direito se desenvolveram. Para compreender esses novos passos da teoria rossiana, é necessário passar à próxima seção deste capítulo, com vistas às influências exercidas pelo positivismo lógico sobre o autor dinamarquês.

Ressalta-se que a afirmação da passagem de uma fase a outra é uma ferramenta empregada neste trabalho, especialmente útil na sistematização do pensamento de Alf Ross. Porém, é preciso ter em mente que as três fases aqui apresentadas não correspondem a períodos estanques da vida acadêmica do autor e, por isso, não se deve entender que houve um rompimento com as fases anteriores. Assim como a influência kelseniana sobreviveu à influência realista escandinava, a influência realista escandinava conviveu com a absorção de ideias advindas do positivismo lógico do Círculo de Viena. Uma das tarefas deste trabalho é apontar como isso ocorreu e quais foram os impactos na teoria de Ross.

4. A terceira etapa do pensamento de Alf Ross: validade, vigência, predição e *Tû-Tû*

4.1. Acenos ao Círculo de Viena e ao realismo americano, mas de mão dada com a Escola de Uppsala

A terceira fase do pensamento de Ross talvez seja alicerçada sobre a mais famosa contribuição do autor aos estudos jurídicos. Assim como nas duas etapas anteriores, é

¹⁷⁸ Troper (2002, p. 55) afirma que não há real diferença entre os conceitos de validade de Ross e de Kelsen, mas tão somente diferenças entre as condições para a verificação da validade. Para Kelsen, seria necessário conferir se uma norma foi produzida de acordo com uma norma superior. Já para Ross, uma norma válida seria aquela aplicada e concebida como obrigatória em uma sociedade. Porém, é difícil compreender como condições de verificação tão distintas levariam ao mesmo conceito. É possível que a confusão de Troper tenha origem na distinção rossiana entre direito válido e direito vigente, a ser apresentada neste capítulo durante a abordagem da terceira fase da teoria rossiana.

¹⁷⁹ Tradução livre do seguinte excerto, escrito por Olsen, em 2011, seguindo a sua tradução de artigo de Alf Ross datado de 1936: “*Through his critique of Kelsen, Ross makes the crucial point that legal science can only be complete if it can grasp and explain the relationship between normative legal doctrine and the social conditions on which this doctrine rests and is being produced.*”

possível identificar uma obra na qual se reúnem os elementos caracterizadores da terceira parte da trajetória acadêmica de Alf Ross: *Om ret og retfærdighed*, publicada em 1953. Em 1958, o livro foi traduzido para o inglês em uma versão intitulada *On Law and Justice (Sobre o Direito e a Justiça)*¹⁸⁰. Foi o texto na língua inglesa que impulsionou o nome do autor dinamarquês nos círculos da teoria jurídica – e, por outro lado, tornou Ross alvo de críticas de pensadores como Herbert Hart, como será apontado adiante.

Segundo Símon, García e Pietsch (2007, p. 25-26), os traços marcantes do pensamento rossiano da década de 1950 são “uma visão na qual predomina a crítica às categorias dogmáticas tradicionais e a tentativa de aplicação das teses verificacionistas do Círculo de Viena à teoria da ciência jurídica”¹⁸¹. O Círculo de Viena, por sua vez, consistia em um “grupo de filósofos do início do século XX que buscava reconceituar o empirismo por meio de uma interpretação dos [então] recentes avanços nos campos da física e das ciências formais” (UEBEL, 2019 [2006])¹⁸². Evald (2014, p. 74-75) aponta que os membros do Círculo de Viena se dedicavam eminentemente aos estudos sobre as bases da lógica e da matemática, com incursões na filosofia. O objetivo do grupo de estudiosos – que eram provenientes de diversas áreas – era fundar uma básica única para o conhecimento humano, orientada pela empiria, eliminando fronteiras entre as tradicionais áreas de estudo, como a psicologia, filosofia e física.

A partir dessa breve descrição generalista do empirismo lógico vienense (positivismo lógico, neopositivismo) é possível começar a traçar alguns paralelos entre as fontes filosóficas que influenciaram Alf Ross. Isso porque a Escola de Uppsala e o Círculo de Viena compartilhavam a rejeição à metafísica e a compreensão da ciência como meio de apreender a verdade – necessariamente empírica – concernente à realidade consistente na estrutura espaço-temporal (ELIASZ; JAKUBIEC, 2016, p. 107; EVALD, 2014, p. 219-220; SANDIN, 1962, p. 496,)¹⁸³. Nesse ponto, é preciso destacar que o positivismo lógico foi composto por um número considerável de pensadores, dando ao movimento um caráter heterogêneo. Tendo em vista que o objetivo deste trabalho não é tratar minuciosamente das

¹⁸⁰ Neste trabalho, a tradução argentina da publicação em inglês é utilizada.

¹⁸¹ Tradução livre do seguinte trecho: “[...] una visión en la cual predomina la crítica a las categorías dogmáticas tradicionales y un intento de aplicación de las tesis verificacionistas del Círculo de Viena a la teoría de la ciencia jurídica.”

¹⁸² Tradução livre do seguinte trecho: “The Vienna Circle was a group of early twentieth-century philosophers who sought to reconceptualize empiricism by means of their interpretation of then recent advances in the physical and formal sciences.”

Trata-se de um artigo publicado integralmente *on-line*.

¹⁸³ Alguns dos expoentes do Círculo de Viena: Moritz Schlick (1882-1936), Hans Hahn (1879-1934), Rudolf Carnap (1891-1970) e Otto Neurath (1882-1945).

diferentes correntes que compuseram o Círculo de Viena, o foco será aqui localizado sobre uma das teses gerais do neopositivismo: o princípio de verificação, que foi, de certo modo, incorporado à terceira fase da teoria rossiana.

O princípio da verificação, nos dizeres de Romanini (2013, p. 309), poderia ser dividido em três postulados: (i) todo conhecimento advém da empiria ou da formalização tautológica no campo das ciências formais; (ii) “o papel da filosofia é elucidar proposições que à ciência cabe verificar”; (iii) é desnecessário que a filosofia se ocupe com questões metafísicas¹⁸⁴. Por um lado, esses postulados se alinham ao naturalismo ontológico proposto por Hägerström. Por outro lado, é de se notar que o realismo psicológico não confiava suas bases à lógica, como algumas vertentes existentes no Círculo de Viena o faziam. Ademais, a missão assumida pelos realistas escandinavos era a de eliminar a metafísica especificamente dos estudos jurídicos, por meio de uma construção teórica (a máquina social) que abarcasse a explicação de fenômenos psicológicos em nível social. Por isso, a afirmação de alinhamento entre a Escola de Uppsala e o Círculo de Viena deve ser feita com cautela: embora as duas correntes prezem pela empiria no desenvolvimento da ciência, seus objetivos eram diferentes, assim como seus fundamentos. Castignone (1974, p. 15-18), por exemplo, indicou pontos de contato entre as duas escolas, mas sem afirmar completo alinhamento. Com a mesma cautela deve ser feita a afirmação de que o empirismo lógico influenciou Alf Ross, já que, em sua teoria, a verificação reflete uma versão mais “ampla e simples” do princípio vienense (ELIASZ; JAKUBIEC, 2016, p. 119), pois o autor dinamarquês, como será abordado adiante, almejava somente propor a verificação de determinadas consequências (atos), notadamente no campo judicial¹⁸⁵.

O ponto de contato entre Ross e o Círculo de Viena indica uma preocupação que já surgira em *Rumo a uma Ciência Realista do Direito* e que persistiu em *Sobre o Direito e a Justiça*: a predição de decisões judiciais. Por isso, pode-se dizer que a versão rossiana do

¹⁸⁴ Segundo Uebel (2019 [2006]), o princípio da verificação expressava demandas formalistas em dois sentidos. No primeiro sentido, havia a demanda para que toda análise do significado de conceitos e proposições fosse levada a cabo por meio da lógica, sem exceções. No segundo sentido, havia a demanda para que os conceitos e proposições só fossem estudados com relação lógica com outros conceitos e proposições, valendo-se do instrumental analítico da lógica formal.

¹⁸⁵ O entendimento de que a influência do empirismo lógico na teoria realista de Ross pode ser mitigada é um contraponto ao argumento apresentado por Holtermann (2014), para quem seria necessária uma “reconstrução filosófica” da teoria rossiana, por meio da qual o fracassado neopositivismo seria substituído pela filosofia naturalista inspirada no pensamento de Willard van Orman Quine (1908-2000). O entendimento exposto neste trabalho é alinhado ao posicionamento de Eliaz e Jakubiec (2016, p. 119), para quem a refutação do princípio da verificação vienense é irrelevante para o realismo escandinavo. Não serão feitas considerações sobre a possibilidade de uma reconstrução das bases filosóficas da obra de Ross nos termos propostos por Holtermann, tendo em vista que isso demandaria uma incursão na filosofia de Quine, que não é objeto deste trabalho. Para breve abordagem sobre esse ponto, ver Barros (2019).

princípio da verificação, além de implicar alguma aproximação com relação ao empirismo lógico, também denota compartilhamento de interesse quanto ao realismo americano. Adiante, a importância da atividade preditiva no pensamento de Alf Ross será abordada mais detidamente. Por ora, basta ter em mente o que foi exposto neste capítulo sobre as similaridades e as diferenças entre o realismo rossiano e aquele dos EUA.

Diante do que foi apresentado sobre a terceira etapa da teoria de Ross até este ponto, pode-se afirmar que o empirismo lógico vienense teve fraca influência no pensamento do autor dinamarquês, que demonstrou, mais uma vez, algum alinhamento às preocupações dos realistas americanos. Isso, porém, não significa um rompimento com o realismo escandinavo – ao contrário, como será mostrado adiante, Ross ainda conduzia a sua versão da máquina social do Direito de mão dada com a Escola de Uppsala.

O prefácio da primeira edição da versão em inglês de *Sobre o Direito e a Justiça* fornece pistas sobre as principais influências que atuaram sobre Ross na década de 1950. Nela, o autor expressou a esperança de fortalecimento entre os laços das culturas nórdica e anglo-saxã, citando Austin e Holmes, bem como afirmou a necessidade de que o estudo do direito fosse orientado pelos “tradicionalis padrões de observação e verificação que inspiram toda a ciência empírica moderna” (ROSS, 1997 [1958], p. 17)¹⁸⁶. Com isso, poderia ser argumentado que a dupla vinculação de Ross ao realismo americano e ao empirismo lógico é evidente. Contudo, ao continuarmos a leitura do prefácio, deparamos com elementos que indicam a mitigação do neopositivismo no pensamento rossiano. Ao se referir aos citados “padrões de observação e verificação que inspiram toda a ciência empírica moderna”, Ross (1997 [1958], p. 17) afirmou que deles “surge também a exigência analítica de que as noções jurídicas fundamentais sejam interpretadas exclusivamente como concepções sobre a realidade social, sobre a conduta do homem na sociedade”¹⁸⁷. Nesse sentido, o autor dinamarquês, por um lado, não se comprometeu com a missão verificacionista pautada na lógica, conforme o neopositivismo vienense. Por outro lado, o autor expressamente se propôs a reinterpretar a ideia de validade jurídica em termos de fatos sociais, uma proposta que denota forte influência realista escandinava (ROSS, 1997 [1958], p. 17). Além disso, há algo mais que confirma o não abandono da parte de Ross de suas raízes teóricas: ao se referir aos guias e às inspirações para a sua filosofia do

¹⁸⁶ Tradução livre da versão em espanhol: “[...] los tradicionales patrones de observación y verificación que inspiran a toda la ciencia empírica moderna.”

¹⁸⁷ Tradução livre da versão em espanhol: “De ella surge también la exigencia analítica de que las nociones jurídicas fundamentales sean interpretadas exclusivamente como concepciones sobre la realidad social, sobre la conducta del hombre en sociedad.”

direito, ele citou Kelsen e Hägerström, mas não fez menção aos membros do Círculo de Viena (ROSS, 1997 [1958], p. 18).

A persistência do alinhamento com o realismo escandinavo na terceira fase da teoria rossiana também pode ser percebida em um dos mais célebres artigos do autor dinamarquês, “*Tû-Tû*” (1957 [1951]), que é fruto de uma análise da linguagem jurídica embasada nos postulados antimetafísicos da Escola de Uppsala – nesse ponto, também se pode dizer que a tarefa de eliminar a metafísica é algo comum entre os realistas escandinavos e os representantes do Círculo de Viena, embora os caminhos das duas correntes voltados para essa missão destrutiva não sejam idênticos (ELIASZ; JAKUBIEC, 2016, p. 121). No artigo em questão, o autor dinamarquês forneceu a sua contribuição a um tema que também fora explorado por seus colegas escandinavos: o vazio semântico de palavras essenciais nos discursos de profissionais do direito.

Com base no que foi exposto até este momento, é possível afirmar que Ross foi um autor com fundamentos teóricos muito mais diversificados do que aqueles de Lundstedt e Olivecrona. Essa diversidade justifica posicionamentos como os de Solon (2000, p. 87-88), que põe em questão o pertencimento de Ross à Escola de Uppsala. Há, de fato, escritos do autor dinamarquês que permitem identificar algum distanciamento com relação a Hägerström. Talvez o exemplo mais eloquente desse suposto distanciamento consista no artigo “*On the logical nature of propositions of value*”, no qual Ross afirmou que a parte da teoria hägerströmiana concernente à natureza psicológica (emocional, sentimental) dos juízos valorativos seria injustificadamente generalizante e referente somente a supostos fatos que, à época do autor, ainda não poderiam ser plenamente explicados pela psicologia (ROSS, 1945, p. 186-189 e p. 209)¹⁸⁸.

Depois da exposição de sua breve crítica a Hägerström, Ross se destinou à busca por uma explicação lógica para a natureza de proposições de valor. Nesse sentido, algum alinhamento ao empirismo lógico pode ser identificado, mas, ainda assim, de forma vaga e que não indica a rejeição ao realismo escandinavo tão abertamente aceito na segunda fase rossiana. Isso porque, as conclusões às quais Ross chegou em seu artigo são compatíveis com os postulados da teoria lançada por Hägerström: (i) não é possível extrair um dever ser de um ser (ROSS, 1945, p. 207); (ii) juízos de valor (*evaluation*) não podem ser considerados, logicamente, verdadeiros ou falsos (ROSS, 1945, p. 206); (iii) a valoração (juízos de valor) é uma “reação comportamental” causada por algo (por exemplo, uma

¹⁸⁸ A parte do pensamento de Hägerström concernente aos juízos de valor, ao nihilismo axiológico e à teoria do erro foi explorada no primeiro capítulo deste trabalho. Por isso, ela não será revisitada neste momento.

conduta alheia) em combinação com uma série de fatores responsáveis pela predisposição do indivíduo, como a educação e o ambiente (ROSS, 1945, p. 210)¹⁸⁹. Por fim, Ross (1945, p. 210) afirmou que a “atitude valorativa é ela mesma logicamente constituída de certas “experiências”” [emoções], que “só se refeririam ao próprio organismo e às suas reações” comportamentais¹⁹⁰.

Com base nas conclusões apresentadas por Ross (1945), nota-se que não houve ruptura com o realismo psicológico de Hägerström, algo que se evidencia nas explicações do autor dinamarquês que fazem referência à dimensão comportamental dos indivíduos que realizam juízos de valor, levando à aceitação do ceticismo moral proposto pelo fundador da Escola de Uppsala. Pode-se dizer que Ross (1945, p. 186) criticou a teoria hägerströmiana por ser demasiadamente “psicologista”, mas acabou seguindo o mesmo caminho do autor sueco, assumindo um discurso vagamente pautado na análise lógica do mundo proposta pelo neopositivismo.

Apesar do tom crítico, é possível entender que o propósito de “*On the logical nature of propositions of value*” foi apresentar a Escola de Uppsala como uma corrente teórica em alguma medida compatível com o Círculo de Viena (EVALD, 2014, p. 220). Essa interpretação é corroborada pelo seguinte trecho da parte introdutória do artigo em questão:

Três correntes em particular podem ser destacadas na filosofia científica. Historicamente, elas se desenvolveram em centros diferentes, mas apesar de todas as consequentes diferenças elas ainda assim são estreitamente [intimamente] aliadas em suas aspirações científicas. Trata-se da filosofia de Uppsala, do empirismo lógico e da filosofia de Cambridge (ROSS, 1945, p. 173).¹⁹¹

Por fim, deve ser apresentado um último argumento contra a possível alegação de ruptura entre Alf Ross e o realismo escandinavo. O texto “*On the logical nature of propositions of value*” contém as passagens críticas mais contundentes contra Axel Hägerström, embora, como demonstrado aqui, Ross não tenha realmente se apartado de

¹⁸⁹ A expressão “reação comportamental” foi livremente traduzida e retirada do seguinte trecho: “*The evaluation, as we saw, contains no determination of the thing, it does not constitute the thing but expresses a behaviourist reaction of the organism caused by the thing in combination with a number of predisposing factors (upbringing, environment etc.)*” (ROSS, 1945, p. 210).

¹⁹⁰ Tradução livre de parte do seguinte trecho: “*The evaluation attitude is itself logically constituted of certain “experiences”. But these refer only to the organism itself and its reactions. That is why they are called emotions.*”

¹⁹¹ Tradução livre: “*Three trends in particular can be pointed out in scientific philosophy. Historically they have grown up each around its own centre, but despite all consequent differences they are still closely allied in their scientific aspirations. These are the Uppsala philosophy, logical empiricism, and the Cambridge philosophy.*”

seu mentor sueco¹⁹². Esse texto foi publicado em 1945, um ano antes da publicação da versão em inglês de *Rumo a uma Ciência Realista do Direito*, obra na qual, como visto neste capítulo, Ross assume abertamente a influência hägerströmiana. Nota-se, então, que a suposta ruptura entre Ross e o realismo escandinavo – que, na verdade, não ocorreu – teria ocorrido no período anterior à obra que marcou a segunda fase do pensamento do autor dinamarquês, de caráter notadamente realista.

Como explicar essas aparentes inconsistências na obra do autor dinamarquês? Só é possível fazer conjecturas e uma hipótese plausível é a seguinte: Alf Ross, assim como inúmeros outros pensadores dos campos do direito e da filosofia, teve contato com diferentes correntes teóricas, o que lhe proporcionou experimentações observáveis em seus escritos. Um texto como *On the logical nature of propositions of value* pode ser considerado uma incursão sincera com inspiração no empirismo lógico, que, ironicamente, resultou na reafirmação da relação entre as teorias rossiana e hägerströmiana¹⁹³.

Em suma, o entendimento correto é aquele segundo o qual a terceira fase do pensamento rossiano continuou orientada pelo realismo escandinavo, sem que se exclua dela alguns “acenos” ao empirismo lógico e ao realismo americano. Esse retrato do pensamento de Ross se tornará mais nítido nas próximas páginas, orientadas, principalmente, pelo livro *Sobre o Direito e a Justiça* e pelo célebre artigo “Tû-Tû”.

4.2. Validade, vigência e predição

4.2.1. Validade: consciência jurídica material, consciência jurídica formal e força

A abordagem da segunda etapa do pensamento de Alf Ross teve como núcleo a noção realista de validade jurídica, caracterizada pelas atitudes desinteressadas que, combinadas com atitudes interessadas, formam uma associação simbiótica que proporciona o fenômeno psicossocial do direito. Essa ideia persistiu na terceira fase do pensamento rossiano, com algumas reformulações em nomenclaturas voltadas para a distinção entre validade jurídica e validade moral.

¹⁹² Em um sentido crítico similar, ver também *On the illusion of consciousness* (ROSS, 1941).

¹⁹³ Ver, nesse sentido, Evald (2014, p. 221-222). Outras hipóteses podem ser levantadas. Por exemplo, pode-se sugerir, com uma dose de cinismo, que Ross pretendeu, após a morte de Hägerström, em 1939, “sair da sombra” de um de seus antigos guias filosóficos e criar algo com uma dose maior de sua própria identidade, recorrendo a traços vagos do Círculo de Viena para tanto. Porém, é preciso salientar que a pesquisa que resultou neste trabalho não rendeu uma resposta determinante para as duras críticas apresentadas por Ross contra Hägerström.

Assim como em *Rumo a uma Ciência Realista do Direito* (1961 [1946]), Ross postulou, em *Sobre o Direito e a Justiça* (1997 [1958], p. 80-81), a existência de uma ligação entre impulsos interessados e desinteressados¹⁹⁴. Mas ele não se limitou a repetir suas ideias, preferindo dedicar algumas linhas à distinção teórica entre validades jurídica e moral. O objetivo da afirmação de tal diferença consiste na intenção de apontar que uma pessoa pode se comportar de tal modo que consista nas experiências (vivências) de validade, sem que isso implique uma aceitação moral do regramento jurídico – ou seja, uma pessoa poderia experimentar a vivência de validade jurídica sem experimentar, concomitantemente, a experiência de validade moral (ROSS, 1997 [1958], p. 82-86). Explica-se: uma pessoa pode se ver em uma situação na qual ela entende haver um dever de agir conforme uma regra jurídica (experiência de validade), sem que ela também entenda que a atitude que ela deve observar seja correta (justa). Pode-se pensar, nesse sentido, em um homem que acredita dever pagar determinado tributo, pois assim exige a lei. Porém, esse mesmo homem também acredita que tal tributação é moralmente incorreta (injusta). Foi para distinguir casos como esse que Ross atribuiu à validade moral a denominação “consciência jurídica material ou moral”, enquanto a experiência de validade estritamente jurídica foi denominada de “consciência jurídica formal ou institucional” (ROSS, 1997 [1958], p. 82)¹⁹⁵.

Nesse ponto, uma observação sobre a moralidade de ambos os tipos de consciência jurídica parece ser necessária. Como o próprio autor reconheceu (ROSS, 1997 [1958], p. 82 e 90-91), “moral” é um termo ambíguo. Por isso, pode-se depreender que o fenômeno social denominado “consciência jurídica formal” não é desprovido de uma dimensão valorativa (moral), já que se trata de uma demonstração de um tipo de ideologia, que pode ser descrito, genericamente, como o entendimento de que as instituições (o Direito, o Judiciário, a lei etc.) devem ser respeitadas¹⁹⁶. Há, portanto, uma valoração e, com isso, é necessário admitir o caráter moral da consciência jurídica formal (institucional). Também é possível que uma pessoa experimente ambos os tipos de consciência jurídica, em um

¹⁹⁴ Nota-se que Ross (1997 [1958], p. 437-443) não limitou os impulsos interessados ao temor das sanções – embora esse fator tenha destaque em sua tese da vigência, como será mostrado –, tendo também se referido a interesses que pessoas podem racionalmente elaborar, como o desejo de dispor de um terreno para lá explorar algum tipo de atividade econômica. Dessa forma, Ross apresentou os impulsos interessados em uma dimensão reativa (o temor referente às autoridades) e em uma dimensão propositiva (interesses articulados pelas pessoas em busca de benefícios individuais ou sociais).

¹⁹⁵ Tradução do espanhol: “*conciencia jurídica formal o institucional*” e “*conciencia jurídica material o moral*”.

¹⁹⁶ Salienta-se o caráter genérico dessa descrição. As razões para que se entenda que as instituições devem ser respeitadas são inúmeras, dependendo da ideologia de cada indivíduo, que, por sua vez, pode ser mais ou menos difundida no meio social em que ele vive, bem como mais ou menos condicionada por tal meio social.

fenômeno que “mescla” a espécie material e formal. Basta pensar no caso em que uma pessoa obedeça à lei em razão da crença de que tal conduta é a correta (justa), sendo que a ideia de correção é atrelada à ideia de que a lei deve ser obedecida¹⁹⁷.

A distinção rossiana, dessa forma, não tem como objetivo esvaziar as experiências de validade de sua natureza moral. Por um lado, ela apenas fornece denominações que facilitam a descrição do funcionamento da dimensão psicológica da máquina social do direito. Por outro lado, a distinção permite enunciar, de modo mais claro, a concepção rossiana dos objetivos da ciência do direito realista. Para Ross (1997 [1958], p. 85-86), ao se debruçar sobre o fenômeno psicossocial do direito, um jurista não deveria se orientar por noções ideológicas que caracterizariam o estado de coisas, por exemplo, como uma “democracia” ou uma “ditadura”, porque tais caracterizações dependeriam das lentes (fatores ideológicos) que pessoas diferentes têm para enxergar o mundo¹⁹⁸. De um ponto de vista realista, a existência de diferentes lentes ideológicas não mudaria o fato de que há uma ordem social, de caráter jurídico, constituída pela relação simbiótica entre experiências de validade e pelo temor de sanções. Por isso, o papel de um cientista do direito consistira na identificação e na descrição das características da ordem social, não na realização de juízos de valor sobre a conformidade de um regramento jurídico com aquilo pregado pela “consciência jurídica material”, que é outra denominação para crenças metafísicas (jusnaturalistas).

A proposta realista rossiana também tem um impacto no entendimento sobre o uso da força (coerção ou coação) em uma ordem social:

[u]m ponto de vista realista não vê o direito e o poder como coisas opostas. Se por poder social entendemos a possibilidade de dirigir as ações de outros homens, então o direito é um instrumento de poder, e a relação entre os que decidem o que será o direito e aqueles que estão a ele submetido é uma relação de poder. O poder não é algo que se encontra “atrás” do direito, mas sim algo que funciona por meio do direito¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Uma pessoa também pode experimentar a coincidência de ambas as consciências jurídicas em um caso, enquanto em outro caso essa coincidência não se verifica. Pensemos no exemplo anteriormente dado do homem que considera o tributo injusto. Nesse caso, não há coincidência de consciências jurídicas. Mas a mesma pessoa pode considerar que fumar maconha é moralmente errado e, ao mesmo tempo, acreditar que o consumo de maconha merece ser punido, em razão da tipificação penal. A coincidência das consciências jurídicas não parece permitir separação clara entre elas, porque o tipo material remete ao tipo formal, e vice-versa.

¹⁹⁸ Há, no Brasil, claro exemplo disso. Enquanto algumas pessoas enxergam o regime iniciado em 1964 como uma ditadura, outras pessoas o enxergam como um regime legítimo.

¹⁹⁹ Tradução livre do espanhol: “*Un punto de vista realista no ve el derecho y el poder como cosas opuestas. Si por poder social entendemos la posibilidad de dirigir las acciones de otros hombres, entonces el derecho es un instrumento de poder, y la relación entre los que deciden qué ha de ser derecho y aquellos que están sometidas al mismo, es una relación de poder. El poder no es algo que se encuentra “detrás” del derecho, sino algo que funciona por medio del derecho.*”

Sob as lentes do realismo escandinavo rossiano, a caracterização do exercício do poder como justa ou injusta (legítima ou ilegítima, correta ou incorreta, aceitável ou inaceitável) em nada impactaria a identificação do fenômeno psicossocial do direito. Isso não significa que a existência de ideologias que se voltam para tal tipo de caracterização seja irrelevante para a máquina social. Como apontado na abordagem da segunda etapa do pensamento de Ross, as experiências de validade moral (a consciência jurídica material) podem atuar diretamente na configuração do direito. Por isso, o realismo escandinavo contempla a possibilidade de uma revolução (um movimento de pessoas que compartilham determinada ideologia) alterar o sistema jurídico. O essencial, na visão científica realista, é não confundir esse tipo de possibilidade com a ideia de que um governo pode ser feito exclusivamente pela força ou por um apelo único à ideologia. Mesmo uma revolução, após a tomada do aparelho estatal, terá de se transformar em um governo que funcionará por meio da associação simbiótica entre atitudes interessadas e desinteressadas: “[t]odo poder político é competência jurídica. Não existe um poder “nu”, independente do direito e de seu fundamento” (ROSS, 1997 [1958], p. 86)²⁰⁰.

Com a exposição sobre o pensamento de Ross concernente às relações entre direito, ideologia e força, nota-se que a terceira fase de seu pensamento conservou uma característica da segunda etapa: a caracterização de uma ordem jurídica por meio da alusão à possibilidade de imposição de sanções externas ao indivíduo. Embora a sua descrição da ordem jurídica não se limite à alusão à força, Ross (1997 [1958], p. 87) continuou postulando que “o direito consiste em regras concernentes ao exercício da força”, que se manifestaria na “pressão para provocar a conduta desejada”²⁰¹. A externalidade do exercício monopolizado da coação, dessa forma, continuou sendo fator determinante na distinção entre o direito e outros fenômenos normativos, como a moral e o direito internacional²⁰². No que concerne especificamente às diferenças entre o direito e a moral,

²⁰⁰ Tradução livre do espanhol: “*Todo poder político es competencia jurídica. No existe un poder “desnudo”, independiente del derecho y de su fundamento.*”

²⁰¹ Tradução livre de partes do seguinte trecho: “*En primer lugar, el derecho consiste en reglas concernientes al ejercicio de la fuerza. [...] la fuerza aparece como una sanción, esto es, como una presión para provocar la conducta deseada.*”

²⁰² Apesar de entender que os fenômenos sociais que caracterizam o direito nacional e o direito internacional são distintos, em razão da ausência de um monopólio do uso da força entre os países (ROSS, 1997 [1958], p. 88), Ross dedicou três trabalhos à seara do direito internacional: *A Textbook in International Law* (1947), *The Constitution of the United Nations* (1950) e *United Nations: Peace and Progress* (1966). Esta dissertação não se debruçará sobre essas obras, tendo em vista o objeto de estudo definido: a escola jurídico-teórica denominada realismo escandinavo. Para Ross (1997 [1958], p. 57 – meu destaque), “[a] função da ciência do direito é expor um determinado sistema *nacional individual de normas*”, distinguindo de outros tipos de

também é de se notar que Ross preservou o argumento já presente na segunda fase, segundo o qual o direito é um fenômeno social (institucional), enquanto a moral se manifesta individualmente (ROSS, 1961 [1946], p. 137-138) – ainda que essa manifestação possa ser reproduzida em larga escala em uma sociedade –, porque “[no] domínio da moral ou dos usos convencionais não há legislador nem juiz” e, com isso, “[c]ada indivíduo decide por si mesmo o que considera moral ou próprio” (ROSS, 1997 [1958], p. 89)²⁰³.

Diante dessas ideias, nota-se como Ross revisitou, na terceira fase de sua teoria, o elemento que o distingue entre os realistas escandinavos: a validade jurídica. Nesse mesmo sentido, ele cunhou novas expressões, com o objetivo de tornar o seu pensamento mais claro aos leitores, especialmente no tocante a dois pontos: (i) a relação do direito com a ideologia e com a força e (ii) a distinção entre direito e moral. Com isso, não é possível falar em inovação da teoria rossiana da validade, mas sim de reformulação por meio do uso de novos termos e expressões²⁰⁴. Conforme será mostrado adiante, é preciso apurar se a mesma coisa pode ser sustentada no que concerne à concepção de vigência do direito e à ideia de predição no campo teórico. Porém, antes de avançar a esses pontos, é oportuna uma breve observação sobre a compatibilidade entre o pensamento de Max Weber e alguns traços do realismo jurídico escandinavo.

4.2.1.1. Weber e o realismo escandinavo: uma possibilidade de combinação de lentes teóricas

Dado o exposto sobre a relação estabelecida por Ross entre direito, ideologia e poder (coerção e coação), é interessante traçar um paralelo entre a teoria rossiana e o pensamento de Max Weber (1864-1920). Isso porque a leitura de *Sobre o Direito e a Justiça* indica que a aceitação de um regramento social como uma ordem jurídica obrigatória pode ser entendida como uma forma de estabelecimento da dominação

sistemas normativos, como o direito internacional. Sobre os trabalhos de Ross concernentes ao direito internacional, ver Spiermann (2003).

²⁰³ Tradução livre da versão em espanhol: “*En el dominio de la moral o de los usos convencionales no hay legislador ni juez. Cada individuo decide por sí mismo lo que considera moral o propio.*”

Salienta-se que o critério utilizado por Ross para distinguir entre moral e usos convencionais é a existência ou inexistência de conflito entre as regras e os desejos do indivíduo: se há conflito e o indivíduo, ainda assim, sente que há uma demanda moral para que ele abandone o seu próprio desejo em prol da regra, trata-se de moral; se não há conflito, como no caso da moda, trata-se de uma regra convencional (ROSS, 1997 [1958], p. 89).

²⁰⁴ Os postulados de Ross concernentes às relações entre direito, moral e força consistem em um modo de apresentação da tradicional tese positivista de não vinculação necessária do direito a uma moralidade específica, pode ser erroneamente entendida como uma tese de separação entre direito e moral.

(submissão ao ordenamento), que, conforme o entendimento weberiano, pode tomar diversas formas:

Em cada caso individual, a dominação (“autoridade”) assim definida pode basear-se nos mais diversos motivos de submissão: desde o hábito inconsciente até considerações puramente racionais, referentes a fins (WEBER, 2012 [1972], p. 139).

O “hábito inconsciente” corresponde às atitudes desinteressadas, enquanto as considerações puramente racionais correspondem às atitudes interessadas, como aquelas do homem mau retratado por Oliver Wendell Holmes (1997 [1897])²⁰⁵. Por um lado, o fenômeno psicossocial proposto pelo realismo rossiano pode ser explicado em termos weberianos ao se recorrer ao conceito de dominação legal, caracterizada pela impessoalidade, pela objetividade e pelo estabelecimento de critérios para identificação de pessoas que ocupam cargos superiores (WEBER, 2012 [1972], p. 141). A impessoalidade se deve à desvinculação do direito a uma vontade (do soberano, do Estado, da nação etc.); a objetividade; à identificação das normas jurídicas e instituições como fontes do dever-ser (a vivência de validade); e o estabelecimento da autoridade por meio da alusão à determinação legal de cargos superiores (juízes, policiais, promotoras etc.).

Por outro lado, não se submete da mesma forma um indivíduo que, através de suas lentes ideológicas, enxerga na ordem social somente um regime de violência (uma ditadura, um governo ilegítimo) em vez de um regime jurídico válido, pois com relação a ele não se verifica a dominação legal, mas, no máximo, a submissão em razão do temor de sanções impostas pelo exercício de poder (coerção ou coação), que “significa toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade” (WEBER, 2012 [1972], p. 33). Nesse sentido, um anarquista, por exemplo, pode interpretar a situação social como um conjunto de imposições de vontades de grupos de pessoas poderosas que oprimem a população de diversas maneiras. Ainda assim, o anarquista pode temer a represália policial que uma manifestação contundente contra o governo poderia acarretar e, com isso, escolher nada fazer. Em uma situação como essa, não se verifica o reconhecimento de uma validade moral ao ordenamento jurídico, mas a validade jurídica é reafirmada pelo temor das sanções a serem impostas por instituições. Ainda que esse temor não constitua uma atitude

²⁰⁵ Nas palavras de Weber (2012 [1972], p. 139), “[c]erto mínimo de vontade de obedecer, isto é, de interesse (externo ou interno) na obediência, faz parte de toda relação autêntica de dominação”. Pode-se interpretar “interesse interno” como o “hábito inconsciente”, a vivência de validade jurídica.

desinteressada, ele compõe o funcionamento da relação simbiótica que move a máquina social do direito.

A possibilidade e a utilidade da combinação de lentes realista e weberiana não se limitam ao que foi exposto aqui. Buscou-se somente tornar mais clara a proposta de Ross sobre a relação entre direito, validade e força por meio da alusão a conceitos propostos por Max Weber, cuja exposição sobre os tipos puros de dominação fornece um ponto de vista interessante para se pensar sobre os diferentes fatores que influenciam a configuração da máquina social do direito, sejam eles fatores institucionais, tradicionais ou carismáticos. Nesse sentido, parece ser interessante a aludida combinação de lentes, com o objetivo de estabelecer um marco teórico para a compreensão do fenômeno social do direito²⁰⁶.

4.2.2. Vigência e predição

A proposta rossiana concernente à vigência do direito talvez seja o ponto mais polêmico na terceira fase do pensamento de Alf Ross, devido a sua capacidade de tornar problemática uma teoria que antes poderia ser considerada coerentemente construída – embora, é claro, não imune a críticas. A seguir, a proposta rossiana em questão é apresentada e submetida a uma análise crítica à luz do que foi desenvolvido pelo próprio Ross no campo de uma teoria da validade jurídica.

Como introdução à noção de vigência jurídica, o autor apresentou a seguinte premissa:

[...] um sistema normativo (ordenamento jurídico) é “vigente” se ele serve como um esquema de interpretação para um conjunto correspondente de ações sociais, de modo que torne possível compreender esse conjunto de ações como um todo coerente de significado e motivação e, dentro de certos limites, prevê-las [as ações] (ROSS, 1997 [1958], p. 60)²⁰⁷.

Nota-se, no trecho acima transcrito, um traço de inspiração kelseniana, já que a expressão “esquema de interpretação” parece remeter a uma ideia presente em *A Teoria Pura do Direito*²⁰⁸. Porém, essa premissa representa o início de um movimento em direção

²⁰⁶ Para um aprofundamento sobre os tipos puros de dominação, ver Weber (2012 [1972], p. 139-198).

²⁰⁷ Tradução livre da versão em espanhol: “Partimos de la hipótesis de que un sistema de normas es “vigente” si puede servir como esquema de interpretación para un conjunto correspondiente de acciones sociales, de manera tal que se nos hace posible comprender este conjunto de acciones como un todo coherente de significado y motivación y, dentro de ciertos límites, predecirlas.”

²⁰⁸ A ideia foi preservada na segunda edição de *A Teoria Pura do Direito* (KELSEN, 2005 [1967], p. 3-4). Trata-se da compreensão de que uma norma jurídica confere a determinados fatos certos significados

a uma tentativa de fusão entre os realismos escandinavo e americano, não uma reaproximação no que diz respeito ao normativismo abstrato de Kelsen. Um indício de tal tentativa é a preocupação com a predição de ações sociais, uma característica que pode ser atribuída, genericamente, ao realismo estadunidense.

As intenções do autor se tornam mais claras à medida que ele aprofunda a sua concepção de vigência do direito. Depois de fazer uma afirmação abrangente sobre o tema, referindo-se às “ações humanas reguladas pelas normas jurídicas”, Ross (1997 [1958], p. 61) afirmou que um ordenamento jurídico nacional vigente “pode ser definido como o conjunto de normas que efetivamente operam no espírito do juiz, porque ele as vive como socialmente obrigatórias e por isso as obedece”²⁰⁹. Nesse sentido, somente a aplicação das regras jurídicas pelos tribunais seriam decisivas para determinar a vigências das normas, não bastando a observação das relações cotidianas pautadas entre indivíduos, como a celebração de contratos (ROSS, 1997 [1958], p. 61-62). Esse entendimento do autor se mostra ainda mais evidente com a proposta de que tanto as normas de conduta quanto as normas de competência²¹⁰ sejam entendidas como dirigidas, primariamente, aos tribunais e, secundariamente, às pessoas em geral, que agiriam em conformidade ao ordenamento jurídico para evitar a imposição de sanções pelos tribunais²¹¹.

Considerando que a formulação de uma tese rossiana da vigência do direito dependeu da alusão a fatos consistentes em ações humanas (dos tribunais) reguladas por normas jurídicas, seria de se esperar que o método para aferição da vigência consistira na observação de fatos, e, de certa forma, foi isso que Ross propôs. Contudo, com o aparente intuito de não se vincular completamente ao realismo americano, o autor recusou a ideia de que a mera observação da aplicação de determinadas regras jurídicas (constituição, leis

independentes da dimensão “natural”. Nesse sentido, a execução de uma pena de morte conforme uma norma penal não é tida, simplesmente, como um ato por meio do qual uma pessoa tirou a vida de outra, mas sim como um ato juridicamente adequado, em conformidade com a previsão legal. Por essa razão, a morte, nessa hipótese, adquire certo significado jurídico.

²⁰⁹ Traduções livres de trechos do seguinte excerto da versão em espanhol de *Sobre o Direito e a Justiça*: “Ahora bien, ¿cuáles son esos hechos sociales que, en tanto que fenómenos jurídicos, constituyen la contrapartida de las normas jurídicas? Ellos no pueden ser sino las acciones humanas reguladas por las normas jurídicas. [...] De acuerdo con esto, un orden jurídico nacional, considerado como un sistema vigente de normas, puede ser definido como el conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque éste las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece.”

²¹⁰ Ver Ross (1997 [1958], p. 58-59). As normas de conduta e as normas de competência correspondem, respectivamente, aos conceitos hartianos de regras primárias e de regras secundárias. Sobre a distinção entre regras primárias (que prescrevem condutas) e regras secundárias (que determinam critérios para julgamento, alterações legislativas e reconhecimento daquilo que é jurídico), ver o quinto capítulo de *O Conceito de Direito* (HART, 2011 [1994]).

²¹¹ Na nota de rodapé número 6, Ross (1997 [1958], p. 62) explicou que por “tribunais” ele se refere, principalmente, ao Judiciário, mas sem excluir outras autoridades (polícia, Ministério Público).

etc.) seria um método suficientemente hábil a delinear a vigência. Com isso, Ross (1997 [1958], p. 63-65) buscou evitar uma concepção radicalmente behaviorista da vigência do direito, já que a simples mudança no corpo de regras jurídicas também acarretaria uma alteração no comportamento dos juízes, que deixariam de aplicar a lei A (revogada), para aplicar a lei B (recentemente aprovada), fazendo com que o critério de vigência não fosse a atuação dos tribunais, mas a aprovação de textos legais *lato sensu*. Por essa razão, o autor postulou que a vigência do direito também deveria ser verificada por meio de uma “interpretação ideológica”, isto é, de uma hipótese referente a certa ideologia que “anima o juiz e motiva a sua ação” (ROSS, 1997 [1958], p. 64)²¹². Nesse sentido, o fato de os tribunais continuarem aplicando alguma lei – ainda que a lei A tenha sido revogada pela lei B – denunciaria a ideologia normativa subjacente à atividade das autoridades.

Dessa forma, a vigência seria identificável por meio da combinação de dois elementos: (i) a regularidade no comportamento das autoridades (a aplicação de determinadas regras jurídicas) e (ii) o fato de que as pessoas tidas como “autoridades” vivenciam a obrigatoriedade de submissão às regras que compõem o ordenamento jurídico (ROSS, 1997 [1958], p. 64). O elemento (i) seria referente ao plano dos fatos, de maneira alinhada a uma pretensão behaviorista de análise do fenômeno jurídico, enquanto o elemento (ii) remeteria ao plano das ideias atinentes ao dever-ser. A oposição entre (i) e (ii) resultaria nas antinomias denunciadas e combatidas em *Rumo a uma Ciência Realista do Direito*, o que levou Ross (ROSS, 1997 [1958], p. 64-65) a reafirmar a necessidade de o jurista não se embrenhar no dualismo que obscureceu o estudo do direito por tanto tempo.

É possível identificar na formulação da tese rossiana da vigência os aludidos “acenos” ao empirismo lógico (verificação de fatos) e, principalmente, ao realismo americano. Resta saber se esses gestos acarretaram comprometimento da coerência interna da teoria jurídica de Alf Ross, que, em sua terceira fase, continuou a ser pesadamente influenciada pela Escola de Uppsala. Por isso, feita a reconstrução dos argumentos do autor, é necessário passar a uma análise crítica da ideia de vigência do direito.

²¹² Tradução livre de parte do seguinte trecho: “Nada se logra, pues, con una interpretación conductista. La cambiante conducta del juez sólo puede ser comprendida y predicha mediante una interpretación ideológica, esto es, mediante la hipótesis de una cierta ideología que anima al juez y motiva su acción.”

4.2.2.1. Vigência do direito: “mais do mesmo” disfarçado?

Caso a tese rossiana da vigência seja lida à luz da previamente estabelecida teoria da validade jurídica, ela poderia corresponder à observação externa das vivências de validade. De fato, Ross (1997 [1958], p. 61) pareceu sugerir isso, ao afirmar que a possibilidade de predição das ações pautadas em regras jurídicas só existe em razão do fato de que, de modo geral, as condutas das pessoas correspondem àquelas promovidas pelas regras do direito, “que são vividas como socialmente obrigatórias”. Nesse sentido, tanto a observação do comportamento de indivíduos comuns quanto de “autoridades” apontaria a existência de uma ideologia normativa largamente difundida na sociedade, consistente na crença de que determinado corpo de regras (o ordenamento jurídico) deve ser obedecido.

Porém, Ross não se limitou a atribuir à vigência esse posto mais modesto em sua teoria. Em busca de uma combinação entre os realismos escandinavo e americano (Castignone, 2008, p. 115), ele alçou “os tribunais” ao protagonismo em seu esquema que descreve o fenômeno psicossocial, desestabilizando a proposta teórica de relações interdependentes entre atitudes interessadas e desinteressadas. Essa desestabilização (o superdimensionamento do papel dos tribunais no fenômeno jurídico) se torna evidente com a defesa da tese de que as regras jurídicas se dirigem, primariamente, às autoridades, e somente de forma secundária, às pessoas comuns, que só se conformariam com as normas prescritas em razão do temor de sanções (ROSS, 1997 [1958], p. 61-62)²¹³.

Essa proposta entra em conflito com a ideia de que o temor às sanções é um dos elementos componentes do funcionamento da máquina social do direito, aliado às atitudes desinteressadas (vivências de validade). Isso porque, em um esquema de interdependência, não é possível conferir protagonismo a um dos elementos, já que eles estão unidos em uma relação simbiótica. Por isso, a tese da vigência, como foi apresentada em *Sobre o Direito e a Justiça*, é uma incoerência na teoria rossiana da validade²¹⁴. Salienta-se que essa incoerência interna não existiria se Ross houvesse abandonado suas ideias concernentes à validade jurídica concebida a partir de um ponto de vista realista, substituindo-as por uma teoria centrada no exercício da coerção e da coação. Entretanto, como já demonstrado nesta

²¹³ Ross (1997 [1958], p. 78-79) sustentou essa tese inclusive no tocante às chamadas regras de competência. É um exemplo dessa espécie de regra a previsão constitucional sobre as competências do Congresso Nacional. A tese de Ross, neste ponto, não é convincente, como apontado por Guastini (2014, p. 109): como sustentar que o referido tipo de previsão constitucional é dirigido, primariamente, aos “tribunais”? Parece ser correto entender que, no exemplo dado, a regra constitucional de competência é dirigida aos parlamentares.

²¹⁴ Sobre a falta de uma teoria consistentemente desenvolvida em *Sobre o Direito e a Justiça*, ver Evald (2014, p. 222).

parte do capítulo dedicada à terceira fase de seu pensamento, Ross não propôs tal abandono.

É possível notar que a proposta de uma tese da vigência abarca a reafirmação da preocupação de Ross com o dualismo nos estudos jurídicos. Ao sugerir que a vigência seja verificada por meio da combinação de dois elementos – um behaviorista e outro ideológico –, Ross somente repetiu com outras palavras algo que já fora afirmado em *Rumo a uma Ciência Realista do Direito*: o fenômeno psicossocial é composto pela relação interdependente entre a atuação das autoridades, o temor das sanções e as experiências de validade. Com isso, a tese da vigência do direito pode ser interpretada como “mais do mesmo” disfarçado, cujo objetivo era atuar como um catalisador na aproximação entre os realismos escandinavo e americano. Tal objetivo foi expressamente enunciado por Ross (1997 [1958], p. 102), que afirmou só ser possível “alcançar uma interpretação sustentável da vigência do direito se realizarmos uma síntese do realismo psicológico e do realismo behaviorista”²¹⁵. Dessa forma, Ross (1997 [1958], p. 100) pretendia não se comprometer unicamente com o realismo psicológico, que somente ofereceria a compreensão de fenômenos individuais, reduzindo o direito a um fenômeno normativo similar ao da moral: poderia haver tantas normas quanto fossem as pessoas. Por outro lado, o autor também não desejava se alinhar absolutamente ao behaviorismo americano, excessivamente factual e desprovido de explicações sobre a normatividade do fenômeno jurídico (ROSS, 1997 [1958], p. 101-102).

Merece destaque a crítica de Ross ao realismo psicológico, segundo a qual ele somente seria capaz de descrever fatos em um plano individual. O autor não oferece explicações para tal posicionamento, algo que gera estranheza, pois a associação psicológica entre a ideia de uma conduta e uma ideia de dever-ser, nos moldes propostos por Hägerström e ecoados por Lundstedt, Olivecrona e pelo próprio Ross, não é somente uma construção teórica voltada para o indivíduo, porque ela (a associação) depende do convívio social e da difusão de ideias em dada comunidade. Dessa forma, a tese realista iniciada por Hägerström não trata de um fenômeno puramente individual, mas de um fenômeno que só poderia na psique do indivíduo em determinadas condições sociais. Ross, em mais de uma oportunidade, reproduziu esse entendimento – a concepção de vivência de validade e de seu papel na máquina social é o maior exemplo disso –, o que gera a mencionada estranheza de sua crítica dirigida ao realismo psicológico.

²¹⁵ Tradução livre da versão em espanhol: “*Sólo podremos alcanzar una interpretación sostenible de la vigencia del derecho, si efectuamos una síntesis del realismo psicológico y el realismo conductista.*”

O efeito da tentativa de combinação feita por Ross, considerada de forma ampla a sua teoria, foi o de tornar obscuro algo que antes era claro, complicando algo que, apesar de complexo, era coerente. Foi a proposta de “síntese” entre os realismos que motivou as críticas de Hart (1959), que viu na obra de Ross uma reprodução das intenções americanas de predição das decisões judiciais. Hart (1959) considerava o pensamento de Ross uma espécie de teoria voltada à previsão de decisões judiciais, incapaz de compreender o caráter compulsivo de comportamento humano que caracteriza o ponto de vista interno do direito – nesse sentido, ver Leiter (2007, p. 191). A crítica hartiana é largamente motivada pelas ideias apresentadas em *Sobre o Direito e a Justiça*, tendo deixado de considerar detidamente outras fases da teoria rossiana e, por isso, é necessário ressaltar que a leitura de Hart é insuficiente, apesar dos exageros cometidos por Ross na terceira fase de seu pensamento, caracterizada por acenos ao realismo americano e ao neopositivismo. Ademais, as propostas contidas em *Sobre o Direito e a Justiça* não permitem a conclusão de que há identidade entre o realismo rossiano e o realismo americano²¹⁶. Na verdade, apesar da análise crítica de Hart, a concepção das vivências de validade – que compõem a vigência do direito juntamente com o método behaviorista – pode ser entendida como a identificação por Ross daquilo que foi denominado “ponto de vista interno” por Hart (2011 [1994], p. 111-135)²¹⁷.

Algumas palavras também devem ser dedicadas ao método de verificação de enunciados (proposições) referentes ao direito vigente proposto por Ross (1997 [1958], p. 65-79). Segundo o autor, que manifesta neste ponto a importação do princípio da verificação vienense, uma proposição sobre a vigência do direito poderia ser considerada verdadeira contanto que houvesse “boas razões” para crer que certa predição será cumprida (ROSS, 1997 [1958], p. 69). Depreende-se da leitura de *Sobre o Direito e a Justiça* que dentre essas “boas razões” está a aplicação de regras pelas autoridades²¹⁸. Ainda assim,

²¹⁶ Este trabalho não se propõe a explorar detidamente as obras de autores vinculados ao realismo americano. Ainda assim, é oportuno ressaltar que realistas estadunidenses tinham objetivos diferentes daqueles dos escandinavos. A preocupação americana era de ordem eminentemente prática, orientada por duas questões: “Como as cortes realmente decidem os casos apresentados a elas?” e “O que advogados e estudantes precisam saber para terem uma atuação profissional satisfatória para os seus clientes?” (LEITER, 2012, p. 951).

²¹⁷ Possibilidades de aproximação entre o realismo escandinavo e a teoria hartiana são exploradas em Barros (2019). No presente trabalho, essas questões não serão aprofundadas, pois não são condizentes com os objetivos desta dissertação. Nesse mesmo sentido, ver artigo do próprio Ross (2004 [1962]).

²¹⁸ Além da jurisprudência consolidada, outras “boas razões” para considerar verdadeira uma proposição sobre direito vigente seria a opinião consolidada na doutrina ou uma prática social largamente difundida. A verificação ou a ausência de tais fatores indicariam o “grau de vigência” de uma regra (ROSS, 1997 [1958], p. 72-73). A proposta de “graus de vigência” soa arbitrária e, por essa razão, contrária a uma pretensão científica. Além disso, o próprio autor reconheceu que alguns dos indícios da vigência do direito, como a

mesmo que um tribunal aplicasse determinada lei X, o enunciado “a lei X é direito vigente” só poderia ser tido como provado relativamente à decisão que já aplicou a regra em questão, porque, em relação a julgamentos futuros, a proposição “a lei X é direito vigente” só poderia ser considerada um enunciado ainda a ser comprovado – e esse enunciado seria “verdadeiro” contanto que tivéssemos “boas razões” para acreditar que ele se realizará no mundo dos fatos (ROSS, 1997 [1958], p. 69).

[...] as asserções referentes ao direito vigente são, de acordo com seu conteúdo real, uma predição de acontecimentos sociais futuros. Eles são fundamentalmente indeterminados e não é possível formular a seu respeito predições isentas de ambigüidade. Toda predição é ao mesmo tempo um fator real que pode influir sobre o curso dos acontecimentos e é, nessa medida, um ato político. Fundamentalmente, em consequência, a ciência do direito não pode ser separada da política jurídica (ROSS, 1997 [1958], p. 76)²¹⁹.

Nota-se, com isso, que a conclusão de Ross acima transcrita é outra face de algo que já fora afirmado por ele e por outros realistas escandinavos: a moral (a ideologia política, o idealismo jurídico etc.) influencia a configuração daquilo que se denomina “direito”²²⁰. Nesse sentido, é uma demonstração de ideologia político-jurídica (moral) a conduta de uma doutrinadora hipotética que afirme, em seu livro sobre direito penal, que o furto de alimentos para consumo próprio ou de dependentes da pessoa que furta não configura, materialmente, crime. Esse entendimento, eventualmente, pode embasar uma decisão judicial absolutória, tornando-se um fator atuante na formação da conduta das autoridades. A possibilidade de ocorrência desse tipo de acontecimento já fora contemplada pelo próprio Ross (1961 [1946], p. 163), quando a moral foi incorporada ao

opinião doutrinária, podem servir como profecias autorrealizáveis, pois “é fundamentalmente impossível estabelecer uma distinção nítida entre a teoria e a intervenção política” (ROSS, 1997 [1958], p. 75).

²¹⁹ Tradução livre de: “[...] las aserciones referentes al derecho vigente son, de acuerdo con su contenido real, una predicción de acontecimientos sociales futuros. Éstos están fundamentalmente indeterminados y no es posible formular a su respecto predicciones exentas de ambigüedad. Toda predicción es al mismo tiempo un factor real que puede influir sobre el curso de los acontecimientos y es, en esa medida, un acto político. Fundamentalmente, en consecuencia, la ciencia del derecho no puede ser separada de la política jurídica.”

²²⁰ Salienta-se que Ross não equiparou a ciência do direito e a política. Enquanto a ciência seria voltada para o apontamento dos fatos que compõem um fenômeno social, a política se ocuparia de “produzir acordos práticos influenciando sobre o ponto de vista de um oponente por meio da argumentação e da persuasão” (ROSS, 1997 [1958], p. 396). Não se descarta que a produção de tais acordos no campo político possa ser baseada em produções científicas (da sociologia, da economia, da psicologia etc.), mas, ainda assim, ciência social e política são campos distintos, na visão do jurista dinamarquês. Além disso, Ross (1997 [1958], p. 401-405) sugeriu, na parte final de *Sobre o Direito e a Justiça*, que juristas não estariam capacitados apenas para a prática forense (advogar, julgar etc.) e para a ciência social, mas também poderiam desenvolver o que ele denominou “política jurídica”, isto é, a utilização de conhecimento técnico na produção de textos legais *lato sensu* (projetos de leis, por exemplo), com ou sem o auxílio de especialistas de outras áreas, a depender das demandas do caso. A produção de entendimentos doutrinários também era considerada pelo autor como “política jurídica”, no sentido de que se tais entendimentos seriam voltados para orientar as atividades dos tribunais (ROSS, 1997 [1958], p. 405-406).

esquema de explicação teórica do fenômeno jurídico. Substancialmente, não se pode dizer que há real inovação. Porém, a forma na qual a ideia é apresentada é, sem dúvida, diferente daquela que surgiu em *Rumo a uma ciência do Direito*.

A manifestação da influência do empirismo lógico está intimamente relacionada com a manifestação da intenção de se aproximar do realismo americano. Os critérios para verificação da vigência do direito, vagamente inspirados no neopositivismo vienense, são argumentos para sustentar o superdimensionamento do papel dos “tribunais” no fenômeno psicossocial do direito. Pode-se dizer que Ross, em *Sobre o Direito e a Justiça*, “aceno” ao empirismo lógico em busca de uma justificativa metodológica para o seu anterior “aceno” ao realismo americano. Conforme o sustentado até este ponto, a mescla dessas influências pontuais é prejudicial à coerência da teoria da validade jurídica previamente concebida e mantida na terceira fase²²¹.

Tendo em vista as inconsistências na teoria de Ross causadas pela introdução da tese da vigência do direito, é de se questionar o que levou o autor a seguir esse caminho em um de seus principais livros. É possível que a intenção de fortalecer os laços que entre a cultura nórdica e a cultura anglo-saxã (ROSS, 1997 [1958], p. 17) tenha levado o autor a superdimensionar o papel dos “tribunais” em seu esquema de funcionamento da máquina social do direito, em uma tentativa de “americanizar” a filosofia do direito concebida em Uppsala. O resultado, como visto, é problemático, pois entra em conflito com o desenvolvimento de sua teoria das fontes do direito, como nesta passagem:

[...] uma doutrina realista das fontes do direito tem de se ocupar da ideologia que efetivamente anima os tribunais, que os motiva na busca das normas que serão tomadas como fundamentos em suas decisões. Tal ideologia só pode ser descoberta por meio do estudo da conduta efetiva dos tribunais (ROSS, 1997 [1958], p. 136)²²².

Caso Ross houvesse abandonado suas ideias anteriormente construídas em prol de uma teoria do direito centrada na coerção e na coação promovidas pelas autoridades, seria absolutamente compreensível que Ross tivesse de lidar com as tradicionais críticas ao realismo americano e a outras propostas de explicação do direito pautadas principalmente na força das autoridades. Porém, o fato de ele não ter renunciado à sua herança de Uppsala

²²¹ Sobre a manutenção da teoria da validade, ver Ross (1997 [1958], p. 79-86).

²²² Tradução livre: “[...] una doctrina realista de las fuentes del derecho tiene que ocuparse de la ideología que efectivamente anima a los tribunales, que los motiva en la búsqueda de las normas que han de tomar como fundamento de sus decisiones. Tal ideología sólo puede ser descubierta estudiando la conducta efectiva de los tribunales.”

e de ter reforçado a sua intenção de se valer de ideias do realismo psicológico criaram uma tensão teórica que não pôde ser dissipada.

Essa análise crítica, contudo, não tem como objetivo negar as contribuições da terceira fase do pensamento de Ross à teoria do direito. Como notado por Olsen (2014, p. 79), as considerações de Ross concernentes à tese da vigência e à predição são incompatíveis com a teoria sobre as fontes do direito desenvolvidas nas duas primeiras fases de seu pensamento. Porém, também conforme Olsen (2014, p. 79), a rejeição de tais considerações de Ross pode ser feita sem o comprometimento do restante de sua teoria. Como este trabalho é uma revisão bibliográfica das obras que compuseram o realismo escandinavo, é necessário apontar problemas sempre que eles forem encontrados. Ainda assim, a etapa da teoria rossiana ora abordada rendeu frutos que podem ser considerados úteis à compreensão do fenômeno jurídico. Nesse sentido, a revisitação de um tema já presente na segunda fase (a relação entre direito, moral e força) com a apresentação das ideias de consciência jurídica formal e consciência jurídica material pode ser considerada uma adição esclarecedora ao que fora sugerido em *Rumo a uma Ciência Realista do Direito*. Houve, ainda, outra contribuição, resultado de reflexões do autor no campo da filosofia da linguagem, com inspiração naturalista ontológica. É esse ponto que se trata no tópico a seguir.

4.3. Termos *tû-tû*: vazio semântico e discurso jurídico

Na caracterização da terceira fase do pensamento rossiano apresentada neste capítulo, foi mencionado o potencial crítico no tocante à dogmática jurídica. Ross dedicou atenção a termos que ocupam posições de destaque nos discursos jurídicos. Com isso, ele seguiu, de certa forma, uma tradição inaugurada por Hägerström e continuada por Lundstedt e Olivecrona, que postulavam o vazio semântico (a falta de referentes no mundo real) de certos termos jurídicos, como “propriedade”. Embora Ross compartilhasse a premissa naturalista ontológica de que determinadas palavras jurídicas não se referem a algo realmente existente na estrutura do universo, ele não se contentou com a repetição dos postulados de seus colegas escandinavos. Isso ficou evidente com o famoso artigo “*Tû-Tû*” (ROSS, 1957), fruto de uma avaliação da linguagem jurídica baseada nos postulados antimetafísicos da Escola de Uppsala e do Círculo de Viena (ELIASZ; JAKUBIEC, 2016, p. 121).

O que distingue Ross dos demais realistas escandinavos é o desenvolvimento do postulado de que os termos que designam direitos e deveres são vazios. O autor somou a essa ideia a proposta de que, apesar de desprovidos de referentes no mundo dos fatos, termos como “propriedade” seriam dotados de uma função técnica de apresentação no discurso jurídico. Essa função consistiria na promoção de uma conexão entre fatos condicionantes e consequências jurídicas condicionadas (ROSS, 1957, p. 820; 1997 [1958, p. 211-216]). Uma pessoa pode dizer que (i) Núbia comprou um imóvel e por isso ela é titular do direito de propriedade; (ii) Núbia pode reivindicar o imóvel por ser a proprietária. A afirmação (i) indica um fato condicionante (comprar algo), enquanto a afirmação (ii) indica uma consequência condicionada (poder reivindicar o imóvel adquirido). Logo, conforme a proposta de Ross, seria possível e correto dizer que Núbia pode reivindicar o imóvel por tê-lo comprado, sem sequer mencionar a palavra “propriedade”, em razão de se tratar de um termo desprovido de referencial semântico (ROSS, 1957, p. 816). Entretanto, isso não significa que Ross afirmou a inutilidade de palavras que designam direitos e deveres. A utilidade da palavra “propriedade”, por exemplo, residiria no fato de que ela pode ser instrumentalizada para sistematizar um plexo de fatos condicionantes com relação a um plexo de consequências condicionadas (ROSS, 1957, p. 820)²²³. Os fatos condicionantes podem ser indicados por palavras do vocábulo jurídico como “compra”, “usucapião” ou “transmissão por herança”, enquanto as consequências condicionadas abarcam todas as possibilidades advindas da verificação de algum daqueles fatos, como a possibilidade de vender a coisa ou de usá-la. Ambos os conjuntos (fatos e consequências), na linguagem jurídica, orbitam ao redor de um eixo semanticamente vazio: “propriedade”²²⁴.

Para Ross, termos desprovidos de referentes estariam em todas as searas do direito, possibilitando a sistematização de asserções e prescrições de caráter jurídico, bem como a caracterização de asserções como falsas ou verdadeiras – bastaria verificar que

²²³ Ross (1997 [1958], p. 199) chegou a sugerir que, no campo doutrinário, poderia ser útil eliminar o uso do termo “dever”, focando somente na “conexão jurídico-funcional entre os fatos condicionantes e as reações condicionadas”. Porém, o próprio autor reconheceu que essa ideia é inviável, em razão da tradição do pensamento jurídico e sua relação com fatores ideológicos. O incômodo demonstrado pelo autor com a linguagem jurídica, nesse sentido, tem a mesma base que as insatisfações presentes nos escritos de Hägerström, Lundstedt e Olivecrona: a recusa à metafísica subjacente aos termos jurídicos corriqueiramente empregados por juristas para descrever o fenômeno psicossocial do direito. Neste capítulo, optou-se por não abordar, novamente, a insurgência realista escandinava contra o jusnaturalismo em suas variadas formas, dado fato de que esse ponto foi suficientemente abordado nos capítulos anteriores. Para apontamentos contra o jusnaturalismo, ver os capítulos X, XI, XII e XIII de *Sobre o Direito e a Justiça* (ROSS, 1997 [1958]).

²²⁴ Salienta-se que além da utilidade da função técnica de apresentação, palavras do vocábulo jurídico também podem ter impacto psicológico sobre as pessoas, como já foi exposto neste trabalho. Nesse sentido, ver Ross (1997 [1958], p. 198-199).

Núbia adquiriu legalmente o imóvel para dizer, verdadeiramente, que ela é a proprietária. No âmbito penal, por exemplo, o autor apontou o termo “responsabilidade” como outro caso de palavra semanticamente vazia, mas tecnicamente útil. Para Ross (1975, p. 20-23), dizer que alguém é responsável por um crime pode significar que tal pessoa cometeu, antijurídica e culpavelmente, certo ato proibido (fato condicionante), ou que tal pessoa deve ser punida por seus atos (consequência condicionada)²²⁵. A responsabilidade penal serviria à técnica de apresentação que viabiliza a sistematização de asserções próprias ao âmbito penal, como “Antônio é o responsável pela morte de Túlio, portanto, deve ser punido”.

O fato de que “responsabilidade” não tem referencial semântico não significa que frases que se referem à responsabilidade são vazias. A sua função é expressar a conexão entre culpa e punição, fatos condicionantes e consequência condicionada. Elas [as frases] podem ser usadas de acordo com o contexto para chamar atenção aos fatos condicionantes – culpa – ou à consequência condicionada – a exigência de punição (ROSS, 1975, p. 23)²²⁶.

No contexto brasileiro, podemos pensar na primeira parte do artigo 2º do Código Civil (“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”) como um exemplo do uso de uma expressão para conectar fatos condicionantes e consequências condicionadas. A expressão desprovida de referentes na estrutura do universo, no caso, é “personalidade civil”, enquanto o fato condicionante é o “nascimento com vida” e as consequências condicionadas são todas as possibilidades “juridicamente advindas” do nascimento com vida, como a possibilidade de pleitear indenização pelo uso não autorizado do nome em propaganda comercial (artigo 18 do Código Civil).

A descrição rossiana da característica marcante da linguagem jurídica encontra companhia no pensamento de Hart (1983, p. 25), para quem os juristas sofrem com a incapacidade de definir palavras cruciais do âmbito jurídico em termos factuais. A tese da função técnica de apresentação de termos jurídicos também pode ser relacionada com a

²²⁵ Utilizei nesta passagem termos próprios da dogmática penal brasileira (antijuridicidade e culpabilidade), fazendo um paralelo com o que Ross (1975, p. 21) apresentou como possibilidade de punição legítima (*rightfull punishment*).

²²⁶ Tradução livre do seguinte trecho: “*The fact that “responsibility” lacks semantic reference does not mean that sentences referring to responsibility are vacuous. Their function is to express the connection between guilt and punishment, conditioning facts and conditioned consequence. They can be used according to context to draw attention to the conditioning facts – guilt – or to the conditioned consequence – the demand for punishment.*”

É oportuno observar que o emprego da palavra “culpa” (*guilt*) na explicação de Ross deve ser entendido como a verificação de conduta ilícita e culpável, isto é, um fato passível de ser observado nos termos psicossociais da teoria rossiana.

ideia hartiana concernente à textura aberta do direito (HART, 2011 [1994], p.148-149). Isso porque as palavras semanticamente vazias também podem estar situadas em uma zona cinzenta no que diz respeito à sua função, isto é, em um caso pode haver dúvidas sobre qual o conjunto de fatos condicionantes ou sobre o conjunto de possíveis consequências jurídicas condicionadas. Nesse sentido, podemos recorrer, mais uma vez, ao exemplo da aplicação do princípio da insignificância ao furto de barras de chocolate, já utilizado neste capítulo. À luz da proposta rossiana atinente à função técnica de termos jurídicos, a expressão “princípio da insignificância” seria *tû-tû*, isto é, semanticamente vazia, mas ainda assim capaz de conectar certos fatos condicionantes (furto de chocolate) à consequência condicionada (absolvição). Contudo, o emprego de expressões do tipo *tû-tû*, depende do juízo de valor que o julgador fizer quanto aos fatos condicionantes, porque a “insignificância” só entrará na decisão caso o juiz entenda, por meio de um juízo de valor, que a conduta foi insignificante, o que juridicamente demandaria a aplicação do referido princípio. Em outras palavras, é insignificante o que o juiz determinar, discricionariamente, como insignificante – a tautologia denuncia o vazio semântico (a falta de referentes no mundo dos fatos) da expressão “princípio da insignificância”²²⁷. Dessa forma, a proposta de Ross pode ser conjugada com a tese da discricionariedade judicial apresentada por Hart (2011 [1994], p. 335-339; 2013)²²⁸.

Ainda no tocante à vagueza de termos jurídicos empregados cotidianamente pelas autoridades, as considerações de Ross (1997 [1958], p. 188-191) sobre a interpretação judicial indicam que o autor não via o exercício da discricionariedade como algo necessariamente malicioso, porque o julgador, frequentemente, teria a crença de que está simplesmente aplicando o direito posto, seja por meio de uma interpretação literal, restritiva, extensiva ou por analogia. Tome-se como exemplo o artigo 59, *caput*, do Código Penal, que prescreve parâmetros para a fixação da pena. O enunciado em questão elenca a “conduta social”, a “personalidade do agente”, os “motivos” para o cometimento do delito, as “circunstâncias e conseqüências do crime”, bem como o “comportamento da vítima” como elementos a serem considerados pela magistrada com vistas à necessária e suficiente

²²⁷ A aplicação de normas jurídicas, segundo Ross (1997 [1958], p. 267), “determina quais são os fatos relevantes para a decisão” (“[...] *determina cuáles son los hechos relevantes para la decisión*”). Ross (1997 [1958], p. 267-268) denominou “fatos operativos” aqueles que se mostram relevantes na aplicação de regras jurídicas. Destaca-se que a relevância de fatos para a aplicação de um enunciado jurídico (um texto de lei, por exemplo) pode estar mais ou menos submetida à discricionariedade judicial, como no caso do princípio da insignificância.

²²⁸ Sobre os problemas semânticos da interpretação no âmbito jurídico e a conseqüente discricionariedade, ver Ross (1997 [1958], p. 170-171).

“reprovação e prevenção do crime”²²⁹. Essas expressões abrem larga margem para o exercício da discricionariedade judicial, já que as referências, por exemplo, à conduta social da pessoa acusada de ter cometido um crime e à pena suficiente e necessária em razão de tal infração serão, através da ótica rossiana, valorações morais que traduzem as representações do julgador sobre os fatos a ele apresentados durante o processo penal. Porém, isso não significa que a autoridade judicial não se sinta *obrigada* a aplicar o artigo 59, *caput*, do CP. Isso porque as vivências de validade das pessoas dotadas de autoridade (juízes, por exemplo) acobertam o fato de que valorações morais influenciam a aplicação dos textos legais, enquanto certa ideologia (o postulado de que o Judiciário só deve aplicar o direito, mas não o criar) reafirma um estado de coisas no qual a atividade criativa judicial é negada ou repudiada. Ross, com isso, não buscava promover a aceitação do ativismo judicial desenfreado, mas tão somente frisar que o Judiciário ocupa importante posto na produção de normas. Por isso, cientistas do direito orientados por uma proposta realista teriam de se libertar de preconceitos dogmáticos – como as doutrinas que se propõem a apresentar tipos de interpretação como caminhos para o silogismo (ROSS, 1997[1958], p. 171-181) –, de modo a compreenderem o fenômeno social do direito.

5. Algumas considerações sobre Alf Ross e a sua incursão nos âmbitos da filosofia da linguagem e da lógica deôntica

Neste capítulo, o desenvolvimento do pensamento de Alf Ross foi apresentado em três etapas, cada uma com um traço marcante. Trata-se de uma divisão voltada para a apresentação sistemática da teoria rossiana, mas ela não deve ser entendida como um apontamento de fases estanques entre si. Um dos objetivos das páginas anteriores foi mostrar como as diversas influências que atuaram sobre Ross se misturaram, fazendo com que sua obra se tornasse mais complexa que as de Lundstedt e de Olivecrona. Por isso, o leitor e a leitora devem entender a divisão em três etapas como uma escolha metodológica deste trabalho, com o objetivo de tornar mais fácil a reconstrução da teoria rossiana.

Além das três fases apresentadas neste capítulo, seria possível sugerir ainda mais uma, na qual figuraria como obra paradigmática o livro *Directives and Norms* (ROSS,

²²⁹ “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]”.

1968). O traço caracterizador dessa possível quarta etapa seria a preocupação de Ross centrada na filosofia da linguagem, com pautas relacionadas com a lógica deôntica, com o pensamento de John Langshaw Austin²³⁰ e, novamente, com algumas referências a membros do Círculo de Viena. Apesar da possibilidade de identificar a quarta fase do pensamento rossiano, optou-se, neste trabalho, por não proceder nesse sentido. A justificativa para tanto é a de que o desenvolvimento de estudos sobre a filosofia da linguagem não impactaram a teoria rossiana sobre o fenômeno psicossocial do direito e, portanto, tal parte dos escritos de Alf Ross não está abarcada pelo objetivo desta dissertação, que é apresentar o realismo jurídico escandinavo e identificar possíveis contribuições dessa corrente para os debates contemporâneos sobre teoria do direito. Com essa justificativa, não se pretende, de modo algum, afirmar que os escritos sobre filosofia da linguagem de Ross não são úteis aos estudos jurídicos, mas apenas que eles não impactaram a sua teoria das fontes do direito, que foi desenvolvida nas três etapas aqui apresentadas²³¹.

Feitas essas considerações sobre a incursão de Ross nos âmbitos da filosofia da linguagem e da lógica deôntica – que pode constituir o objeto de outra pesquisa –, podemos seguir para o último item deste capítulo, no qual algumas potenciais contribuições de Alf Ross para o debate teórico-jurídico contemporâneo são apresentadas.

6. As contribuições de Ross para a teoria do direito contemporânea: o outro lado da validade e os usos de termos *tû-tû*

Este capítulo buscou retratar o desenvolvimento do pensamento de Alf Ross como uma construção de uma teoria das fontes do direito, que compreende uma tese da validade jurídica distinta daquela proposta por normativistas como Kelsen e Hart. Essa tese foi trabalhada nas três fases abordadas nas páginas anteriores, tendo seu início na formulação vaga de um “método lógico-transcendental”, depois evoluindo para a proposta teórica de relação interdependente (simbiótica) entre atitudes interessadas e desinteressadas e, por

²³⁰ Ver, especificamente sobre a filosofia de Austin, o artigo “*The Rise and Fall of the Doctrine of Performatives*” (ROSS, 1972). Como mostrado no terceiro capítulo, Olivecrona foi outro realista que estudou o pensamento de John Langshaw Austin.

²³¹ Em sua incursão no âmbito da filosofia da linguagem, Ross (1972, p. 209) se valeu de ideias já por ele consolidadas anteriormente, como o uso de termos jurídicos para conjugar fatos condicionantes e consequências jurídicas condicionadas e a ideia de “fatos operativos”, bem como o postulado de que uma norma jurídica – entendida como uma diretiva – encontra correspondência em fatos sociais (ROSS, 1968, p. 82).

fim, assumindo a forma de uma tese do direito vigente alicerçada no superdimensionamento do papel das autoridades (“tribunais”) no fenômeno psicossocial.

Neste trabalho, propõe-se que a formulação teórica da segunda fase russiana seja entendida como o auge de sua teoria das fontes do direito. As ideias apresentadas por Ross naquele período – notadamente em *Rumo a uma Ciência Realista do Direito* – constituem uma concepção do fenômeno psicossocial do direito que liga a teoria normativista à visão sociológica dos fatos que formam uma ordem social. Para tanto, Ross, assim como os demais realistas escandinavos, baseou-se amplamente na recusa do valor científico de idealismos (metafísica, jusnaturalismo) e, com isso, apresentou uma proposta de visão “desracionalizada” do fenômeno jurídico, no qual a validade é identificada na dimensão psicológica dos indivíduos que formam a sociedade.

Essa contribuição à teoria do direito continua sendo ímpar e, embora divergente de outras teses positivistas, é compatível com vertentes do pensamento jurídico que abrem as portas à sociologia do direito, como o normativismo hartiano e a ideia de ponto de vista interno. Ao descrever o direito como um grande organismo no qual relações simbióticas estabilizam a organização social, Ross reproduz o ceticismo moral sugerido por Hägerström: não há justiça, não há uma tábua salvadora com valores norteadores da prática jurídica, mas tão somente fatos identificados nos comportamentos dos seres humanos. Com isso, Alf Ross forneceu uma base teórica robusta para estudos sociológicos no campo jurídico. Assim como seu antecessor Olivecrona, o jurista dinamarquês afirmou a proximidade dos interesses da sociologia e da psicologia no tocante à compreensão do funcionamento da máquina social do direito e, por isso, seu trabalho pode ser entendido como uma possível contribuição para uma agenda de pesquisa orientada por uma visão positivista do direito, em oposição às orientações jusnaturalistas existentes no debate teórico contemporâneo²³².

Ao desenvolver, por meio da concepção dos termos *tû-tû*, a ideia realista escandinava referente ao postulado de que termos nucleares do discurso jurídico (“propriedade”, “direitos”, “deveres”) são desprovidos de referentes no “mundo real”, Ross deu continuidade à tarefa de “desracionalização” dos estudos do direito, aliando o naturalismo ontológico à filosofia da linguagem. A utilidade contemporânea de sua teoria, nesse ponto, está conectada com o que foi sugerido no parágrafo anterior. Pode-se pensar na teoria russiana como um ponto de partida para estudos prevalentemente indutivos do

²³² Nesse sentido, refiro-me, por exemplo, à influência do pensamento de Ronald Dworkin.

discurso jurídico de autoridades (juízas, tribunais, polícia, Ministério Público etc.)²³³. Em quais condições, por exemplo, o “princípio da insignificância” é instrumentalizado em decisões judiciais sobre furtos em São Paulo? Qual o papel que o termo “culpa” assumiu nas discussões ocorridas no Supremo Tribunal Federal sobre execução provisória da pena? Tomando-se a teoria russiana como marco teórico, estudos orientados por questões como essas são meios de se compreender a configuração de “direitos fundamentais” em nossos tempos, sem que se tome como ponto de partida noções místicas sobre direitos e deveres.

Com o exposto nesta seção, sustento que as lentes realistas russianas são instrumentalizáveis em estudos com potencial descritivo do fenômeno jurídico. Isso pode ocorrer por meio de uma aliança entre a sociologia jurídica e a psicologia ou por análises de conteúdo de discursos que se baseiam em termos cujos significados nem sempre são claros. Nesse sentido, o realismo russo possui o potencial de embasar críticas fundamentadas em fatos a serem dirigidas à dogmática, sempre que ela não contemplar a complexidade de elementos constitutivos do fenômeno jurídico²³⁴. Tal complexidade pode se revelar, por exemplo, no uso confuso e indeterminado da palavra “culpa” no debate judicial sobre a execução provisória da pena ou na arbitrariedade com que as autoridades aplicam ou deixam de aplicar o “princípio da insignificância”. Isso porque, adotando-se uma concepção russiana do estudo do direito, a dogmática pode servir como um elemento ideológico influenciador de práticas jurídicas, mas sem que isso signifique que ela possa se desincumbir de considerações atinentes à realidade de tais práticas. A doutrina, nesse sentido, seria encarregada do papel ideológico de sugerir o conteúdo do dever-ser, mas com atenção ao estado das coisas na prática jurídica (dos advogados, dos tribunais, da polícia etc.). Com isso, a eliminação do dualismo no estudo do direito pode ter também um lugar no campo da dogmática.

Por fim, é de se notar que o percurso das três fases da teoria de Ross não foi isento de incoerências internas, em razão da introdução de uma tese da vigência do direito. A terceira fase, embora inclua a obra mais famosa do autor (*Sobre o Direito e a Justiça*), abalou a constância do desenvolvimento da teoria russiana ao exagerar o papel do Poder Judiciário no funcionamento da máquina social. Ainda assim, o pensamento de Ross pode

²³³ A teorização fundamentada nos dados (*grounded theory*) é exemplo de um método prevalentemente indutivo para análise de conteúdo de discursos – ver Cappi (2017) e Glaser e Strauss (1967).

²³⁴ Sobre a importância do estudo não formalista da dogmática jurídica, ver Rodriguez, Püschel e Machado (2012, p. 36), para quem a dogmática é capaz de reduzir “a incerteza do direito ao cobrar congruência das decisões da autoridade em relação a decisões passadas, emprestando à série temporal alguma consistência e delimitando um campo de modelos de aplicação das normas jurídicas.”

ser entendido como uma das partes mais sofisticadas do positivismo do século XX e a sua teoria, assim como as de Hägerström e de Olivecrona, pode ocupar posições de destaque na agenda de pesquisa teórico-jurídica contemporânea. A efetiva ocupação desse lugar, contudo, é contingente, pois depende do grau de receptividade que o realismo jurídico escandinavo pode encontrar na academia jurídica, inclusive no Brasil, onde autores como Olivecrona e Ross são conhecidos, mas não tão estudados quanto outros filósofos do direito. Porém, a questão sobre a receptividade do realismo na academia foge do escopo desta dissertação, que é um trabalho de revisão bibliográfica de obras que compuseram a Escola de Uppsala. A seguir, essa revisão chega ao fim, com a apresentação de algumas questões referentes ao movimento realista escandinavo e à localização da máquina social fora dos museus da teoria e da filosofia do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: Um lugar para a máquina social do direito

“Constituição íntima das cousas”...
“Sentido íntimo do universo”...
Tudo isto é falso, tudo isto não quer dizer nada.
É incrível que se possa pensar em cousas dessas.
É como pensar em razões e fins
Quando o começo da manhã está raiando, e pelos lados das árvores
Um vago ouro lustroso vai perdendo a escuridão.

Alberto Caeiro (Fernando Pessoa), *O Guardador de Rebanhos*

1. As imagens das máquinas sociais com base nos pensamentos dos quatro realistas

Este trabalho, desde seu título, refere-se à máquina social do direito, metáfora frequentemente utilizada pelos realistas para designar o fenômeno jurídico de natureza psicossocial. Porém, como demonstrado no curso destas páginas, não é possível dizer que a máquina seja exatamente a mesma aos olhos de Hägerström, Lundstedt, Olivecrona e Ross. Embora esses autores tenham constituído a vertente positivista conhecida como realismo jurídico escandinavo, há traços marcantes e distintos em suas obras, se elas forem consideradas separadamente. Por isso, é possível dizer que o sentido da metáfora em questão é, por um lado, compartilhada pelos quatro realistas, enquanto, por outro lado, ela apresenta variações na visão de cada um deles.

O sentido compartilhado da metáfora consiste no seu caráter *funcionalista*. A figura da máquina social do direito é uma ferramenta empregada em prol da elaboração teórica sobre o *funcionamento* de diversos fatores na constituição de uma ordem social, notadamente o condicionamento que se manifesta no sentimento de dever-ser, o temor de sanções e as ações de autoridades. A “máquina” traduz a ideia de relação necessária entre determinados fatores: para que o fenômeno psicossocial do direito seja verificado, é necessário que as “engrenagens” *funcionem* bem e, para tanto, são necessárias condições sociais adequadas, conforme o que foi sustentado por Hägerström (1953c [1939], p. 352), que discorreu sobre instinto social, disposição moral positiva e temor de sanções. Nas palavras de Castignone (2008, p. 179) a imagem da máquina social traduz “o mecanismo de aplicação da força institucionalizada com o objetivo de obter certos comportamentos socialmente desejáveis e alcançar certos fins”, sendo que a aplicação de tal força depende vários elementos, como “as origens mágico-religiosa de regras sociais hábito, a educação,

o medo de sanções, o senso moral, o interesse e, finalmente, as ideias de direitos e deveres²³⁵. Embora a contribuição da autora italiana seja esclarecedora, uma ressalva deve ser feita: a metáfora da máquina social *não* se resume à aplicação da força institucionalizada, pois ela também diz respeito à espontaneidade no comportamento humano tendente ao cumprimento das regras jurídicas, algo que foi bem retratado por Ross, por meio da noção de atitudes desinteressadas.

O parágrafo anterior apresenta a figura básica da máquina social do direito, isto é, a imagem compartilhada pelos quatro autores. Porém, o estudo das obras teóricas de cada um deles revela algumas diferenças na construção da metáfora. Busca-se, a seguir, indicar os traços caracterizadores dessas construções.

Hägerström, o fundador, introduziu na filosofia e na teoria do direito a imagem da máquina social. Ao aludir a um conjunto de “peças” que, unidas, formam um todo funcional, pode-se dizer que, de certa forma, Hägerström deu continuidade a um modo de expressão próprio da filosofia política voltada à teoria do Estado. Nesse sentido, um exemplo célebre é *Leviatã*, a imagem do corpo político apresentado por Thomas Hobbes (1651) por meio da analogia referente às funções do organismo de um homem artificial. O que torna a metáfora hägerströmiana inovadora é o seu embasamento psicológico: o berço do realismo escandinavo é caracterizado pela ideia de que o fenômeno do direito é, fundamentalmente, irracional. A imagem da máquina, com base no pensamento do filósofo sueco, é aquela de um conjunto de engrenagens humanas que servem à dinâmica social graças, principalmente, aos seus sentimentos conativos. Com isso, a metáfora hägerströmiana é marcada pela ideia de condicionamento capaz de gerar a internalização de um estado psicológico generalizado, algo que foi repercutido pelos demais realistas.

Lundstedt levou adiante as ideias de Hägerström – com alguns exageros, inclusive. O que distingue a sua imagem da máquina social daquela de seu mestre são dois elementos de sua obra: a introdução de uma teoria sobre o método de bem-estar social e a ênfase no papel do legislador no funcionamento da ordem jurídica em uma sociedade. A diferença da maquinaria de Lundstedt pode ser evidenciada pela percepção de que o jurista sueco concedeu protagonismo a um fator que já estava presente no pensamento de Hägerström,

²³⁵ Tradução livre de parte do seguinte trecho: “Con l'espressione “macchina del diritto” i realisti intendono il meccanismo di applicazione della forza istituzionalizzata allo scopo di ottenere determinati comportamenti socialmente desiderabili e di raggiungere certi fini. Con l'avvertenza, di grande rilievo, che tale meccanismo riesce a funzionare grazie ad un condizionamento psicologico che viene da lontano, che ha radici storiche profonde, e che è il risultato di un complesso di svariati elementi quali le origini magico-religiose delle regole sociali, l'abitudine, l'educazione, il timore delle sanzioni, il senso morale, l'interesse, e infine le idee immaginarie di diritti e doveri”

pois a atuação de autoridades legislativas já fora por ele contemplada. Contudo, ao discorrer sobre a aplicação do método do bem-estar social pelos legisladores, Lundstedt tornou a função legiferante *mais importante* do que outros elementos atuantes no fenômeno psicossocial do direito. Por isso, a máquina de Lundstedt é caracterizada pela hipertrofia de sua parte correspondente às autoridades do Legislativo, o que possivelmente está ligado ao fato de que o autor era um parlamentar. Ademais, a introdução de noções sobre “bem-estar” podem ter conferido à metáfora de Lundstedt uma aura metafísica e, com isso, uma contradição em relação aos parâmetros realistas estabelecidos por Hägerström. O segundo capítulo deste trabalho se deteve sobre essa questão e, por essa razão, ela não será retomada aqui.

Olivecrona foi outro autor que, ao seguir Hägerström, enfatizou fatores do fenômeno jurídico já contemplados por seu mestre. Nesse caso, a força recebeu destaque nas formulações teóricas do jurista. Contudo, esse destaque não permaneceu inalterado durante o avanço dos escritos de Olivecrona, porque, pela leitura de suas obras, nota-se uma evolução nos apontamentos referentes à *fonte* da força do direito. Na primeira edição de *Law as Fact* (1939), a coação e a coerção surgem como elementos impostos às pessoas, que temem o sofrimento de sanções. Porém, sob a influência de John Langshaw Austin, perceptível na segunda edição da obra citada, a atuação da força do direito ganhou novas dimensões: a linguagem e o impacto psicológico decorrente de seu uso possibilitaram a formulação teórica sobre os imperativos independentes, o que viabilizou um entendimento mais amplo sobre o que significa a força no fenômeno psicossocial. Dessa forma, Olivecrona dedicou muita energia à ênfase de algo que já fora percebido por Hägerström. Contudo, diferentemente de Lundstedt, isso não implicou uma hipertrofia de uma das partes da máquina social, pois a elaboração da teoria constante na segunda edição de *Law as Fact* traz a imagem de uma máquina social *forte* e alinhada com o realismo psicológico hägerströmiano, graças à influência da filosofia da linguagem presente naquela obra, que marca o ápice do amadurecimento teórico do jurista sueco. Em outras palavras, Olivecrona não exagerou um elemento antes contemplado por Hägerström (a força), e sim promoveu um aprofundamento sobre esse ponto.

Ross também foi responsável por inovações na imagem utilizada para descrever teoricamente o direito. Conforme o que foi sustentado no quarto capítulo deste trabalho, o pensamento do autor dinamarquês pode ser dividido em três fases. Entretanto, a metáfora da máquina social só ganha maior importância a partir do segundo estágio do

desenvolvimento da teoria rossiana, em razão do contato do jurista com Hägerström. Pode-se dizer que há duas imagens marcantes da máquina social nos escritos de Ross. A primeira é caracterizada pela relação simbiótica entre atitudes interessadas e desinteressadas, que uniu o medo de sanções e os sentimentos conativos em um esquema de funcionamento chancelado pela *validade*. Assim como Olivecrona, Ross foi capaz de aprofundar algo já contemplado por Hägerström (o papel dos sentimentos conativos no cumprimento espontâneo de regras jurídicas), tornando mais claras as elaborações teóricas concernentes às condições sociais adequadas para a realização de uma ordem jurídica. Já a segunda imagem, presente na terceira fase do pensamento rossiano, é marcada pela hipertrofia do papel das autoridades judiciais no funcionamento da máquina social. Nesse sentido, assim como no caso de Lundstedt, trata-se de um desalinhamento em relação aos parâmetros estabelecidos por Hägerström, que não concedeu protagonismo a uma das “funções estatais” em seu esquema de descrição do fenômeno psicossocial do direito. Com isso, a imagem final da maquinaria proposta por Ross tem como figura central o Judiciário – também merece destaque a introdução da ideia de função técnica dos termos tû-tû nos discursos jurídicos, que significou o aperfeiçoamento do postulado realista sobre a ausência de referentes no “mundo real” no que se refere às palavras que designam direitos e deveres.

Espera-se que, com as linhas anteriores, tenha sido evidenciado o fato de que as imagens funcionalistas propostas por cada um dos autores têm uma base comum, mas assumem alguns traços diferentes no decorrer do século XX. Essas diferenças não implicam, necessariamente, divergências insuperáveis, a não ser no tocante ao pensamento de Lundstedt, devido às suas referências a um suposto elemento apriorístico e norteador da conduta humana no campo político (o bem-estar social) – mesmo assim, esse ponto está aberto para diferentes interpretações.

Saliente-se que a análise do papel da metáfora nas obras realistas torna mais fácil a percepção da abrangência da relevância dessa vertente positivista, que não está limitada aos campos de estudo da filosofia e da teoria do direito, pois o constante esforço de denúncia da “antropomorfização” de elementos constitutivos do fenômeno jurídico aponta para a inserção das ideias realistas no campo da teoria do Estado, com foco no papel do direito no estabelecimento de uma ordem social.

2. A oposição ao jusnaturalismo: uma simplificação teórica?

Além da metáfora da máquina social, outro ponto é encontrado nas obras dos quatro realistas: a oposição ferrenha ao jusnaturalismo, embasada na concepção filosófica de *realidade* proposta por Hägerström. Como será sustentado no item seguinte, essa oposição implícita ou explícita aos discursos sobre o direito natural permite dizer que o realismo escandinavo constituiu uma das versões positivistas mais severas no tocante à busca pela formação de uma ciência do direito. Entretanto, esse posicionamento radical não estaria baseado em uma simplificação teórica, isto é, em uma oposição simplista entre *realismo* e *jusnaturalismo*? Essa distinção não seria falha por ocultar a diversidade de correntes existentes no campo da filosofia e da teoria do direito, reduzindo tudo às etiquetas “realista” ou “jusnaturalista”?

De fato, os escritos realistas, geralmente, se referem a um corpo indefinido de obras, de discursos jurídicos e de ideias tidas como jusnaturalistas. Frise-se que, desde Hägerström, a maior preocupação da Escola de Uppsala foi a de denunciar o misticismo em teorias pertencentes ao positivismo, principalmente aquelas que promoviam alguma forma de visão voluntarista sobre o direito. Com isso, os realistas buscavam apontar como representantes do positivismo, que pretendiam fundamentar os estudos jurídicos na identificação de fatos e de normas estabelecidas por autoridades, sucumbiam à milenar racionalidade jusnaturalista, que remonta à Antiguidade, segundo os estudos de Hägerström sobre o direito romano. Contudo, proponho que isso não significa que o realismo escandinavo não possa ser situado dentro dos quadros do positivismo jurídico. Isso porque, ao postularem uma concepção de realidade cujos alicerces remetem ao naturalismo ontológico, os realistas também fundamentaram suas teorias sobre fatos – inclusive fatos psicológicos – e normas decorrentes das atuações de autoridades – a diferença, como se verá adiante, é que essa fundamentação foi mais intensa do que aquelas de outras vertentes positivistas.

Essas considerações são importantes para as respostas às questões postas neste item, porque a admissão de um universo pautado nos termos propostos por uma visão existencial naturalista ontológica explica a dicotomia caracterizada pela oposição entre realismo e jusnaturalismo. Através das lentes escandinavas, a identificação de noções metafísicas (místicas, mágicas, idealistas) em uma teoria é suficiente para viciá-la, no

sentido de que ela falharia em perceber a real natureza do fenômeno psicossocial do direito e, portanto, seria um fracasso científico. Tendo em vista essa peculiaridade epistemológica e filosófica, é preciso reconhecer que o termo *jusnaturalismo*, nas obras realistas, é relativamente abrangente e, por isso, o uso do termo “jusnaturalista” deve sempre ser contextualizado por meio da alusão ao papel fundamental ocupado pelo naturalismo ontológico no realismo escandinavo. Dessa forma, a oposição entre os discursos realistas e jusnaturalistas não se mostra simplista, e sim uma construção filosoficamente embasada a partir das contribuições de Hägerström.

Com o exposto nesta seção, não se pretende afirmar que a Escola de Uppsala não possa ser alvo de críticas no que se refere à questão ora abordada – adiante, inclusive, trata-se de um possível exagero epistemológico por parte dos autores escandinavos. O que se pretende comunicar é que, com certo cuidado interpretativo, o realismo escandinavo não pode ser visto como uma vertente promotora de simplismos e de oposições teóricas reducionistas. Além disso, as disputas entre propostas positivistas e jusnaturalistas são tratadas pela literatura jurídica há muito tempo e continuam a representar um interessante foco de estudo²³⁶. Situadas nesse cenário de estudos sobre filosofia e teoria do direito, as obras de Hägerström, Lundstedt, Olivecrona e Ross oferecem uma interpretação da racionalidade jurídica segundo a qual o idealismo é muito mais presente nos discursos jurídicos do que geralmente se pensa. É por isso que, como se verá a seguir, a Escola de Uppsala foi uma importante fonte de desencantamento do direito.

3. O direito desencantado

Os capítulos deste trabalho retratam uma cruzada à qual os realistas escandinavos se propuseram: a destruição da metafísica nos estudos teórico-jurídicos. Para criar esse retrato, foi necessário apresentar as ideias daqueles que formam o panteão do realismo: Hägerström, Lundstedt, Olivecrona e Ross, autores cujas obras culminaram na proposta do direito como uma máquina social²³⁷. Porém, como visto nas páginas que antecederam estas

²³⁶ Conferir, nesse sentido, Tamanha (2015). Embora as classificações referentes às correntes teóricas oferecidas pelo autor possam ser criticadas – ele não explica, por exemplo, a razão de estudos sociológicos serem uma *alternativa* ao positivismo –, seu artigo é um bom exemplo sobre a relevância contemporânea da oposição teórica aqui abordada.

²³⁷ Sobre as posições de destaque de Hägerström, Lundstedt, Olivecrona e Ross, ver, por exemplo, Sherbaniuk (1962) e Spaak (2014). Esses quatro autores construíram o que hoje se denomina realismo jurídico escandinavo, movimento que abarca outros nomes, como Adolf Phalén (1884-1931) e Ingemar Hedenius (1908-1982). Infelizmente, não foi possível obter material suficiente para a produção de capítulos

considerações finais, apesar do objetivo comum e de bases filosóficas compartilhadas entre os autores, a cruzada realista não foi desprovida de variações nas formulações de ideias sobre o fenômeno jurídico²³⁸. Espera-se que a leitura deste trabalho possa evidenciar o fato de que o movimento jusfilosófico em questão não deixa de ser um movimento (uma escola dotada de certa confluência de premissas e objetivos) em razão de tais variações, pois é possível identificar um núcleo duro que orientou as obras dos realistas escandinavos: a intenção de promoção do desencantamento do direito.

As constantes denúncias da presença de noções metafísicas (idealistas, jusnaturalistas) unem os quatro realistas, deixando em segundo plano as diferenças – que nem sempre são divergências – em seus pensamentos. Com relação a esse propósito destrutivo, a ideia de desencantamento do mundo²³⁹, elaborada por Max Weber, é útil à caracterização do movimento realista escandinavo:

Quanto mais o intelectualismo reprime a crença na magia, “desencantando” assim os fenômenos do mundo, e estes perdem seu sentido mágico, somente “são” e “acontecem”, mas nada “significam”, tanto mais cresce a urgência com que se exige do mundo e da “condução de vida”, como um todo, que tenham uma significação e estejam ordenados segundo um “sentido” (WEBER, 2012 [1972], p. 344).

A tarefa de eliminar a crença na magia jurídica dependeu, como visto, da afirmação do naturalismo ontológico e do ceticismo moral em prol da desmistificação da natureza do direito por meio de uma abordagem teórico-sociológica, que enfatiza os papéis da irracionalidade e da força (coerção e coação) na configuração do fenômeno social jurídico. Nesse sentido, é preciso reconhecer que o realismo escandinavo não se propôs somente a destruir, pois a formulação de uma abordagem teórica que vislumbra a utilidade da sociologia e da psicologia para a compreensão de uma das dimensões da nossa realidade social (a do direito) abriu portas a possíveis novos entendimentos sobre como diversos fatores (moralidade, respeito à tradição, internalização irrefletida de padrões de conduta, temor de sanções) constituem uma ordem jurídica. Em suma, este foi o modo pelo qual os

sobre esses dois autores, devido à pequena quantidade de textos disponíveis em inglês, francês, espanhol, italiano ou português. Sobre a influência do movimento realista fora da Suécia e da Dinamarca, mais especificamente na Noruega, ver Slagstad (1991).

²³⁸ Para exemplificar essas variações, podemos adotar o pensamento de Hägerström, apresentado no capítulo I, como marco comparativo. Com relação ao fundador do realismo escandinavo, Lundstedt se diferenciou ao enfatizar o método do bem-estar social, enquanto Olivecrona enfatizou a força (coerção e coação) e os imperativos e Ross se preocupou com uma teoria da validade jurídica.

²³⁹ O “desencantamento do mundo” é um conceito criado por Weber, que permeia a parte mais tardia de sua obra. Pierucci (2003) dedicou um livro à análise das aparições desse conceito nos escritos do sociólogo. O trecho aqui transcrito, retirado do primeiro volume de *Economia e Sociedade* (WEBER, 2012 [1972]), também foi utilizado por Pierucci (2003, p. 105) para exemplificar a noção de desencantamento do mundo.

realistas deram um novo sentido à teoria do direito: eles depuseram a metafísica e, em seu lugar, colocaram os fatos a serem estudados pela sociologia e pela psicologia, pois somente em *fatos* pode residir a natureza do direito.

No tocante à “desmagificação” do direito, é necessário reconhecer que os realistas não foram os pioneiros. O positivismo, se entendido como uma grande corrente do pensamento jurídico, é uma manifestação específica do desencantamento do mundo no ramo jurídico. As obras de autores como Austin e Kelsen buscaram livrar o estudo do direito de misticismos, atraindo a atenção de juristas para fatos e para a estrutura de sistemas normativos, o que viabilizaria a ciência jurídica. Apesar disso, nota-se um traço distintivo do realismo escandinavo em relação às outras teorias positivistas: a *intensidade* da “desmagificação”. Isso se evidencia pelo fato de que realistas voltaram suas críticas aos trabalhos de outros positivistas, que teriam falhado na missão de desembaraço do véu jusnaturalista – nesse sentido, os melhores exemplos são as críticas ao voluntarismo. As ênfases na irracionalidade do comportamento humano e na ausência de princípios morais *a priori* capazes de guiar um ordenamento jurídico constituem um encaminhamento para o niilismo e, por isso, o realismo é a versão positivista mais potente de desencantamento do direito²⁴⁰. Se levada às últimas consequências, a falta de fundamento moral *verdadeiro* para direitos, deveres e exercício da autoridade deságua na falta de fundamento para qualquer tipo de organização estatal, inclusive as democráticas.

Anthony Kronman (1983, p. 173-175), em obra sobre Max Weber, identifica um aparente paradoxo decorrente do desencantamento do mundo na esfera jurídica: apesar de ter se tornado mais humano e menos mágico, o direito continua a não ser compreendido pela maior parte das pessoas, a não ser alguns especialistas. Com isso, o desencantamento não teria como resultado o amplo acesso ao conhecimento sobre o direito – a dependência de técnicos (juristas) mesmo em questões de menor complexidade sinalizaria essa restrição à compreensão do direito. As considerações realistas, notadamente as críticas às outras vertentes positivistas, explicam esse aparente paradoxo: o misticismo jamais foi expurgado

²⁴⁰ As “intensidades” de “desmagificação” devem ser entendidas nos seguintes termos: o positivismo entendido como uma grande corrente de pensamento eliminou forças misteriosas como “a vontade de Deus” ou o cosmos das teorias explicativas sobre o direito. Porém, outras noções mágicas foram introduzidas no pensamento jurídico e político nas comunidades de juristas e de pessoas leigas: “a vontade do povo”, “a vontade do Estado” ou “o legislador”. Esse tipo de noção é denunciado pelos realistas, que, desde Hägerström, apontam a “antropomorfização” do fenômeno psicossocial do direito. Se antes tínhamos elementos externos, de natureza mística, sobre os quais o pensamento jurídico era construído, passamos a ter outros elementos externos, mas “humanizados”, que supostamente explicam e justificam o ordenamento jurídico e o funcionamento do Estado. Ao identificar a antropomorfização, os realistas promoveram uma desmagificação mais intensa em relação às outras vertentes do juspositivismo.

do pensamento jurídico, ele só sofreu transformações tendentes à antropomorfização do fenômeno psicossocial. Além disso, as compreensões da lógica do direito – a dogmática – e de questões técnicas de organização do Estado (funcionamento do Judiciário ou do Legislativo, por exemplo) continuam sendo reservadas a uma parcela das pessoas treinadas profissionalmente nas faculdades de direito.

Ao promover um desencantamento do direito mais intenso, a visão realista proporciona a formação de uma agenda de pesquisa jurídica empírica, com a conjugação de conhecimentos técnicos de diversas áreas, como o direito, a economia, a psicologia, a sociologia e a antropologia. As partes finais de cada um dos quatro capítulos deste trabalho buscaram mostrar a possibilidade de utilização do realismo jurídico escandinavo como marco teórico para estudos científicos do direito. É plausível, por exemplo, verificar no realismo escandinavo o potencial para integrar debates contemporâneos, como aquele entre positivistas e pós-positivistas. No campo teórico dos dias atuais, a escola realista não estaria contraposta à corrente positivista hartiana. A mesma coisa não pode ser dita com relação ao que se convencionou denominar pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, já que a análise dessa corrente através da lente realista implica identificação de noções jusnaturalistas que ocultam a realidade sobre o fenômeno jurídico²⁴¹. Com esse exemplo, busco sustentar que a exploração mais frequente e detida do realismo no ensino e na pesquisa jurídica pode ser alocada na agenda acadêmica atual e que a integração do realismo escandinavo às discussões contemporâneas sobre teoria do direito não encontra obstáculos intransponíveis. No que concerne ao cenário brasileiro, as dificuldades residem no fato de que autores como Ross e Olivecrona são pouco utilizados na educação jurídica e em produções acadêmicas. Como afirmado na parte final do capítulo IV, a alteração desse estado de coisas é contingente. Como resultado da pesquisa que originou este trabalho, afirma-se que o realismo jurídico escandinavo é apto a ocupar um lugar importante nos estudos jurídicos, seja por meio de contextualizações em debates correntes – como positivistas *versus* neoconstitucionalistas –, seja por meio da promoção de uma ponte entre a teoria do direito e outras ciências sociais, como a psicologia.

Por outro lado, o desencantamento do direito pode ser interpretado como um duro golpe contra a busca por um norte normativo em nossa sociedade. Afinal de contas, se não há moralidade a ser necessariamente seguida, se a objetividade moral é uma falácia e é

²⁴¹ Não ignoro a dificuldade de conceituar o pós-positivismo (neoconstitucionalismo), assim como não descarto o problema em afirmar que se trata de uma escola do pensamento jurídico. Minhas considerações, nesse ponto, remetem somente a autores que, como Dworkin, colocam-se como adversários daqueles que se identificam como positivistas, como Hart. Sobre esse embate, ver Shapiro (2007).

impossível que autoridades tomem decisões moralmente corretas, a qual guia devemos recorrer para orientar os rumos normativos de nossa sociedade? O ser humano, cuja organização social é regida, principalmente, pela irracionalidade racionalizada (as experiências de validade, por exemplo) e pela combinação eficaz da coerção e da coação, torna-se uma criatura mais fraca, menos senhora de si mesma, uma engrenagem na máquina social²⁴². Apresentada dessa forma, a situação de desamparo seria tal qual aquela transmitida por Edgar Allan Poe (1809-1849):

Minha mão grãos de areia segura/ com bem força, que é de ouro essa areia./ São tão poucos! Mas fogem-me, pelos/ dedos, para a profunda água escura./ Os meus olhos se inundam de pranto./ Oh! Meu Deus! E não posso retê-los,/ se os aperto na mão, tanto e tanto?/ Ah! Meu Deus! E não posso salvar/ Um ao menos da fúria do mar?/ O que vejo, o que sou e suponho/ será apenas um sonho num sonho?²⁴³

Caso a visão realista sobre o fenômeno psicossocial do direito esteja correta, os sonhos (as noções metafísicas) vão ruindo, um a um, até que restem somente a irracionalidade e a força. Os preciosos grãos de areia referidos por Poe – que no contexto deste trabalho são as orientações morais capazes de conferir ao direito a legitimidade e a certeza da segurança da decisão – se perdem na pretensão da consolidação de uma ciência jurídica capaz de descrever o que realmente é a ordem jurídica e em que ela se baseia.

Esse cenário dramático não é demasiadamente pessimista? A resposta a essa pergunta dependerá da necessidade individual: enquanto algumas pessoas precisam de um solo moral firme sobre o qual pisar, outras somente precisam saber que o solo é irregular e, em algumas trilhas, inconstante e perigoso. Conforme será argumentado a seguir, a segunda opção parece ter sido aquela admitida pelos seguidores de Hägerström, que, não obstante seus compromissos com a promoção de uma ciência realista do direito, tiveram em suas vidas momentos de engajamento ideológico.

4. As ideologias dos realistas: contradição e/ou condição humana?

²⁴² Nesse sentido, ver *Obedience to Authority: an experimental view*, do psicólogo Stanley Milgram (1933-1984). Na obra em questão, por meio de experimentações controladas consistentes em observação de comportamentos de seres humanos, Milgram (1974) constatou o poder da noção de hierarquia na determinação de condutas de pessoas comuns.

²⁴³ Utilizo aqui a tradução de Oscar Mendes e Milton Amado. Vide Poe (2009, p. 47-48). A versão original pode ser consultada em: <https://www.poetryfoundation.org/poems/52829/a-dream-within-a-dream>. Acesso em: 01 ago. 2019.

A cruzada pelo desencantamento do mundo, em alguns momentos, assumiu ares de sacerdócio, tamanha a obstinação dos realistas em revelar à comunidade jurídica a verdade desprovida dos misticismos jusnaturalistas sobre a natureza do direito. Os termos “crença”, “mágico”, “idealismo”, “jusnaturalismo” e “ideologia” são tratados, nos escritos realistas, como sinônimos que indicam a projeção de sentimentos e emoções humanas na teoria do direito. Não seria uma contradição, então, que realistas como Lundstedt, Olivecrona e Ross tenham se engajado, cada um à sua maneira, ideologicamente em questões sociais?

Como vimos, Lundstedt foi um parlamentar do partido socialdemocrata e, ao fazer política, agia ideologicamente em prol do que julgava ser o bem-estar social. Olivecrona também forneceu amostras significativas de seu posicionamento político ao se manifestar favoravelmente ao regime nazista alemão durante a Segunda Guerra Mundial, pois ao afirmar que o destino da Europa seria melhor nas mãos da Alemanha do que nas da Inglaterra, ele necessariamente fez juízos sobre o que seria bom para a comunidade europeia, o que pressupõe valorações morais. Ross, por sua vez, também não deixou de agir ideologicamente. A maior prova disso é a obra *Why Democracy?*, a qual Ross (1989 [1952], p. 11) destinou, logo na primeira linha do prefácio, “às pessoas democráticas”²⁴⁴. Foi por meio da versão em inglês daquele livro que o autor buscou apresentar aos seus leitores estadunidenses a socialdemocracia (orientação política dinamarquesa àquela época), distinguindo-a do regime comunista. O engajamento político de Ross é patente naquela obra, que foi publicada em inglês no tempo da Guerra Fria: ele repudiou o nazismo, o fascismo, o comunismo soviético e o capitalismo desenfreado (sem preocupações sobre igualdades sociais por parte do governo), pregando a defesa de liberdades, o “respeito pelo ser humano que há em todo indivíduo”, a “solidariedade” e a luta pela democracia em prol de “uma sociedade mais feliz e mais justa” (ROSS, 1989 [1952], p. 242 e 246)²⁴⁵. Não seria isso uma evidência de metafísica no pensamento de Ross? Segundo o próprio autor, sim: suas considerações sobre a necessidade da democracia constituiriam “uma interpretação metafísica da vida”, restando àqueles comprometidos exclusivamente com a ciência “guardar silêncio” sobre o assunto (ROSS, 1989 [1952], p. 242)²⁴⁶. Aliás, a existência de um espírito ideológico-prescritivo no

²⁴⁴ Utilizo aqui a tradução espanhola: “*Este libro está destinado a las personas democráticas.*”

²⁴⁵ Tradução livre do espanhol: “[...] *el respeto por el ser humano que hay en todo individuo, y en una estrecha solidaridad con él*” (ROSS, 1989 [1952], p. 242). Eis o outro trecho citado parcialmente: “*Todos somos igualmente responsables por su resultado. No es sólo nuestra libertad la que está en disputa, sino también el sueño de una sociedad más feliz y más justa*” (ROSS, 1989 [1952], p. 246).

²⁴⁶ Tradução livre de partes deste trecho: “*Estamos aquí en el borde mismo de una interpretación metafísica de la vida, y quien desee permanecer en el terreno de la ciencia, haría mejor en guardar silencio.*”

pensamento de Ross pode ser observado, inclusive, em um de seus escritos dotados de propósitos científicos. Em uma passagem de *Sobre o Direito e a justiça* referente ao papel do direito no direcionamento moral de uma sociedade, o autor afirmou que “os homens devem ser livres para realizar aqueles atos que não concernem aos demais, ainda que as pessoas os considerem [os atos] pecaminosos” (ROSS, 1997 [1958], p. 453)²⁴⁷. Com isso, o realista mostrou inequivocamente o seu posicionamento moral sobre as liberdades individuais.

As atitudes motivadas por juízos de valor, que se traduzem na exteriorização de postulados sobre a vida política, não constituiriam uma contradição frente à proposta realista de erradicação do jusnaturalismo no estudo do fenômeno social jurídico? Ao prescrever o silêncio dos cientistas em matéria de ideologia política posta em prática, Ross não teria se contradito e se tornado um idealista, assim como teria ocorrido com Lundstedt e Olivecrona?

Realmente, não parece ser absurda a crítica hipotética consistente no apontamento de que os realistas, na dimensão prática do cotidiano político existente em todas as sociedades, abandonaram a postura pautada no ceticismo moral. Esse abandono, então, seria uma *contradição* quanto às pretensões de uma ciência realista do direito, visto que os próprios cientistas não seriam capazes de se desembaraçar dos laços ideológicos que os prendem à vida em sociedade. Porém, outra interpretação pode ser dada ao fato de que autores como Lundstedt, Olivecrona e Ross manifestaram seus ideais no âmbito político: isso não seria nada mais que uma expressão da condição humana.

Ao proporem uma ciência do direito com base no naturalismo ontológico e no ceticismo moral, os realistas construíram a ideia de que as valorações morais (juízos de valor) jamais poderiam ser verdadeiras, por não corresponderem a entidades componentes da estrutura do universo. Por outro lado, eles não negaram que a produção de valorações morais seja inerente à convivência humana, ainda que os produtos (os juízos de valor, os ideais) não encontrem correspondência imutável no espaço-tempo. Ao contrário, a moralidade é um elemento que os quatro realistas reputaram essencial ao funcionamento da máquina social do direito, justamente porque a racionalização de sentimentos é um traço marcante do comportamento humano ligado intrinsecamente à internalização de normas jurídicas e morais. Nesse sentido, a razão humana não revela verdades sobre postulados morais a serem seguidos, mas a sua manifestação no cotidiano constitui uma verdade sobre

²⁴⁷ Tradução livre do seguinte trecho: “[...] *los hombres deben ser libres de realizar aquellos actos que no conciernen a los demás, aunque éstos los consideren pecaminosos.*”

a nossa condição: a moral é o resultado da convivência de seres humanos, racionalizações voltadas para a consolidação da coesão social²⁴⁸. Sendo animais racionais, nós desenvolvemos esse instrumento em prol da sobrevivência por meio da convivência. Com isso, não se afirma que essa convivência não possa ser conflituosa, já que temos diversos exemplos de divergências morais em nossa sociedade (os embates políticos durante eleições ou as divergências no tocante à política de enfrentamento ao tráfico de drogas, por exemplo). Ainda assim, o tecido social que permite a vida em comum de tantas pessoas depende da moralidade, que, a partir de uma visão realista, é uma ilusão proporcionada pela racionalidade – aqui, o termo “ilusão” não carrega um sentido pejorativo.

Com base no exposto no parágrafo anterior, pode-se afirmar que as atuações políticas (morais, idealistas) dos realistas foram manifestações da condição humana. Enquanto cientistas, eles adotaram o ponto de vista externo para descrever teoricamente a máquina social do direito. Por outro lado, os autores nunca negaram serem eles mesmos engrenagens da máquina. Por isso, talvez a melhor palavra para se referir à atuação moral dos realistas não seja *contradição*, mas sim *tensão*. Isso porque o teórico do direito, orientado pelo realismo escandinavo, encontra-se em uma situação na qual ele se propõe a observar cientificamente, com o máximo de objetividade, um fenômeno do qual ele mesmo faz parte – essa é a tensão comum a todos os ramos das ciências sociais. Ainda assim, é factível e plausível que alguém enxergue essa situação como contraditória. Diante desse possível questionamento, talvez nos reste admitir que a tensão seja contradição e, dessa forma, o próprio exercício de estudo da organização social humana seria contraditório. Isso não mudaria o fato de que uma pessoa pode olhar para si sem deixar de ser ela mesma, assim como um cientista social pode olhar para a sociedade sem deixar de a ela pertencer.

Nesse ponto, pode-se notar que essas considerações adentram o terreno da epistemologia. A pretensão realista de descrever a realidade do fenômeno social não estaria em alguma medida comprometida pela tensão decorrente da aludida condição humana? Não seria demasiadamente ambiciosa a missão de identificar uma realidade social? O próximo tópico se propõe a enfrentar essas questões.

5. Realismo jurídico escandinavo: um exagero epistemológico?

²⁴⁸ O papel da moralidade e do direito repressivo – notadamente o direito penal – na consolidação e na manutenção da coesão social foi apontado por Émile Durkheim (1858-1917) por meio do que ele denominou solidariedade mecânica (DURKHEIM, 1991 [1930], p. 73-78).

Na seção anterior, as manifestações dos realistas no campo político receberam atenção, pois, por serem amostras ideológicas, podem ser interpretadas como fatores em tensão com relação às pretensões científicas da Escola de Uppsala. Mas não seriam tais pretensões outro tipo de manifestação ideológica? Posta a questão de outro modo: a base epistemológica realista, consistente no naturalismo ontológico e no ceticismo moral, não seria uma opção interpretativa da realidade decorrente de um ideal concernente ao conhecimento jurídico e, por isso, estaria sujeita a críticas similares às aquelas que Hägerström e seus discípulos fizeram aos jusnaturalistas em geral?

Álvaro Pires (2010 [1997], p. 56) alerta contra o risco de o cientista social adotar radicalmente um modelo epistemológico, teórico ou metodológico a ponto de confundir tal modelo com a “própria imagem da ciência”, relegando a todas as outras propostas divergentes a classificação de tentativas “primitivas” de produção científica. Tendo em mente as questões do parágrafo anterior, é de se questionar se a visão de realidade proposta pelos realistas é fruto da radicalização contra a qual Pires precaveu. A “redução” da “realidade” – com ênfase nas aspas – à estrutura do universo observável pelas ciências não seria uma ideologia epistemológica apresentada como uma verdade a partir da qual os estudos científico-jurídicos deveriam ser desenvolvidos? A busca por uma resposta a essas perguntas pressupõe algumas considerações sobre a instrumentalidade do realismo escandinavo nas dimensões epistemológica e metodológica.

No que se refere ao plano epistemológico, o realismo escandinavo estabelece um critério para a identificação de algo como real: fatos passíveis de serem observados e descritos pelas ciências naturais e sociais. As implicações teóricas da aceitação desse critério foram expostas nos quatro primeiros capítulos deste trabalho e, por isso, elas não serão novamente abordadas. Neste momento, é necessário ressaltar que qualquer teoria que se proponha a discorrer, direta ou indiretamente, sobre a realidade do mundo em que vivemos terá de adotar critérios para definir aquilo que é real, e o realismo jurídico escandinavo não é diferente. Também é preciso notar que o embasamento da Escola de Uppsala no naturalismo ontológico e no ceticismo moral foi um “esforço de *objetivação* e de divisão entre o verdadeiro e o falso”, algo do qual as ciências sociais não podem prescindir em sua busca pelo “conhecimento sistemático do real válido empiricamente” (PIRES, 2010 [1997], p. 57 – destaque no original). Embora esse esforço não isente o realismo de críticas referentes ao seu modelo de realidade social, deve-se admitir não ser possível dizer que a proposta epistemológica da Escola de Uppsala é simplesmente

arbitrária. Trata-se de uma construção da realidade capaz de fundamentar uma visão do fenômeno jurídico e estimular estudos sobre o direito. Nesse sentido, as seguintes palavras de Pires são úteis à compreensão do que se pretende comunicar nesta passagem deste trabalho:

Todas as observações do mundo empírico (científicas ou não) são impregnadas – *em diferentes graus* – de “teorias” (mais, ou menos válidas, conforme o caso). A orientação teórica dada à descrição de um conjunto de fatos objetivos numa pesquisa é sempre, portanto, uma forma de construção da realidade, mas isso não impede que haja construções mais válidas (tanto de um ponto de vista empírico quanto sob o ângulo dos valores), do que outras. [...] o projeto científico de construção do objeto não é necessariamente incompatível com a busca de uma determinada forma e de um certo grau de objetivação ou de precisão na descrição do real. Ele deve “dar conta” do real (PIRES, 2010 [1997], p. 58).

Dessa forma, pode-se dizer que o projeto realista de consolidação de bases teóricas para o desenvolvimento de uma ciência do direito dependeu da construção de um objeto (o fenômeno psicossocial jurídico) situado no universo ontologicamente definido por Hägerström. O apontamento, no plano teórico, de fatos constituintes de tal objeto é o que caracteriza o esforço de objetivação próprio das ciências sociais. Com isso, o realismo escandinavo “dá conta do real” ao fornecer formas e cores a um retrato da realidade a partir do qual o direito pode ser estudado sociologicamente, antropologicamente, psicologicamente etc.

No tocante ao plano metodológico, as contribuições da Escola de Uppsala não são muito significativas em termos práticos de pesquisa. Embora o realismo escandinavo possa ser instrumentalizado epistemologicamente, de modo a ser adotado como a lente teórica através da qual o mundo é visto – este trabalho é um esforço de apresentação de tal visão –, é preciso reconhecer que o campo metodológico não foi muito explorado pelos realistas. A maior prova disso é o fato de que Hägerström, Lundstedt, Olivecrona e Ross não produziram pesquisas empíricas sobre o direito. Por isso, no que concerne aos modos pelos quais o conhecimento jurídico pode ser produzido por meio de estudos empíricos, é preciso se debruçar sobre a metodologia das ciências sociais, de maneira a possibilitar que a prática da pesquisa sobre o fenômeno psicossocial seja baseada na opção (na construção) de métodos adequados a cada investigação considerada individualmente²⁴⁹. Com isso, a

²⁴⁹ Recentemente, Machado (2017) organizou uma publicação voltada especificamente para os estudos metodológicos destinados à pesquisa empírica em direito. É possível dizer que o direito é relativamente atrasado no desenvolvimento de métodos para pesquisas empíricas, se comparado com outras áreas do

instrumentalização epistemológica do realismo pode ser aliada à adoção de métodos empíricos de pesquisa com vistas à objetivação necessária a um compromisso com a prática das ciências sociais, o que nos leva ao próximo e último ponto deste trabalho²⁵⁰.

6. Um lugar para a máquina social do direito: a ponte entre teoria jurídica e ciências sociais

O objetivo desta dissertação foi responder à pergunta “quais as contribuições do realismo jurídico escandinavo para a teoria do direito contemporânea?”. Para tanto, a apresentação das teses que estruturam a Escola de Uppsala foi feita de modo a proporcionar a avaliação da possibilidade de situar o realismo nos debates atuais. A persistência da utilidade desse marco teórico já foi indicada em algumas passagens deste texto, podendo ser condensada na afirmação – que é o resultado da pesquisa – de que o realismo jurídico escandinavo pode ser uma ponte entre a teoria do direito e as ciências sociais (sociologia, psicologia, antropologia, ciência política, economia etc.). Nesse sentido, a obra formada pelo conjunto dos esforços de Hägerström, Lundstedt, Olivecrona e Ross é aqui entendida como uma produção teórica pertencente ao campo do positivismo jurídico, com uma abordagem pautada em uma observação externa do fenômeno psicossocial. No movimento realista, essa observação pode ter ênfase em diferentes elementos – por exemplo, a internalização psicológica do dever-ser, a força (coerção e coação) ou o papel da linguagem na configuração da dimensão jurídico-normativa de nossa sociedade. A diversidade de elementos enfatizados pelos quatro autores denota a pluralidade de leituras válidas de nossa realidade social e, por isso, o realismo escandinavo deve ser entendido como uma opção de lente teórica através da qual podemos enxergar o mundo. Contudo, a obtenção de uma visão sobre a realidade do fenômeno psicossocial não exaure a função da teoria realista. Isso porque, além de fornecer uma base epistemológica, o realismo convida ao desenvolvimento de pesquisas empíricas sobre o direito. Assim, podemos voltar nossos olhos para a máquina social, cuja existência se deve, racional e irracionalmente, a nós, as engrenagens.

conhecimento científico, como a sociologia, a economia e a antropologia. Sobre as causas desse atraso, ver Nobre (2004) e Barros e Barros (2018).

²⁵⁰ “Considerando o tipo de descobertas feitas pelas ciências sociais, descobertas estas que consistem, geralmente, em desmistificar discursos justificadores de certas práticas institucionais, em questionar algumas falsas certezas e algumas formas de leitura espontânea e ilusória do social para deixar ver o que ocorre “realmente” e que está debaixo dos nossos olhos, é impossível não levar o debate, ao menos em grande parte, para o terreno empírico” (PIRES, 2010 [1997], p. 57).

REFERÊNCIAS

AUSTIN, John. **Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law**. The Student's Edition. London: John Murray, 1880. Disponível em: <https://archive.org/details/lecturesonjuris00campgoog>. Acesso em: 11 fev. 2018.

AUSTIN, John Langshaw. **How to do things with words: the William James Lectures delivered at Harvard University in 1955**. URSOM, J. O. (ed). London: Oxford University Press, 1962.

BARROS, Matheus de. Realismo jurídico escandinavo e a noção de ponto de vista interno. **Redes - Revista Eletrônica Direito E Sociedade**, 2019. No prelo.

BARROS, Matheus de; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme. Os desafios e os novos caminhos da pesquisa em direito no Brasil. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 25-48, mar. 2018. Disponível em: <http://reedpesquisa.org/revista/index.php/reed/article/view/177>. Acesso em: 09 ago. 2019.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Whitefish: Kessinger, 2005 [1781].

BENTHAM, Jeremy. Anarchical fallacies. **Headline Series**, n. 318, p. 56-67, 1998 [1796]. Disponível em: <https://search.proquest.com/openview/8e5f00298e221b3b720f8a95c3069b8f/1?pq-origsite=gscholar&cbl=41871>. Acesso em: 09 ago. 2019.

BJARUP, Jes. **Reason, Emotion and the Law: studies in the philosophy of Axel Hägerström**. 1982. 471 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Edimburgo, Edimburgo, Escócia, 1982.

BJARUP, Jes. The philosophy of Scandinavian legal realism. **Ratio Juris**, v. 18, n. 1, p. 1-15, 2005. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/raju18&div=3&g_sent=1&casa_to_ken=Jl2tcznz_eMAAAAA:6gAUok5GWvjMph5_mflkk5fYzfJHADMwmHyvoFf3HY5QP1LGrM_sY_tWrQ3S8cUrwyrr--ZIJRA&collection=journals. Acesso em: 09 ago. 2019.

CAEIRO, Alberto (PESSOA, Fernando). O Guardador de Rebanhos. *In*: MARTINS, Fernando Cabral; ZENITH, Richard (eds.). **Poesia completa de Alberto Caeiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 15-76.

CAEIRO, Alberto (PESSOA, Fernando). Poemas Inconjuntos. *In*: MARTINS, Fernando Cabral; ZENITH, Richard (eds.). **Poesia completa de Alberto Caeiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 87-164.

CAPPI, Riccardo. A “teorização fundamentada nos dados”: um método possível na pesquisa empírica em Direito. *In*: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 391-422. Disponível em: <http://reedpesquisa.org/publicacoes/volume-2-no-1-2014/>. Acesso em: 09 ago. 2019.

CASTIGNONE, Silvana. **Introduzione alla filosofia del diritto**. 7. ed Roma: Laterza, 2008.

CASTIGNONE, Silvana. **La macchina del diritto: il realismo giuridico in Svezia**. Milan: Ed. di Comunità, 1974.

COTTERRELL, Roger. Northern lights: From Swedish realism to sociology of law. **Journal of Law and Society**, v. 40, n. 4, p. 657-669, 2013. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-6478.2013.00644.x>. Acesso em: 09 ago. 2019.

COTTERRELL, Roger. The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context. *Ratio Juris*, v. 28, n. 1, p. 1-14, 2015. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/raju.12064>. Acesso em: 09 ago. 2019.

DURKHEIM, Émile. **De la division social du travail**. 2 ed. Paris: Quadrige/Presses Universitaires de France, 1991 [1930].

ELIASZ, Katarzyna; JAKUBIEC, Marek. The Vienna Circle and the Uppsala School as philosophical inspirations for the Scandinavian Legal Realism. **Semina Scientiarum**, v. 15, n. 1, p. 107-123, 2016. Disponível em: <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=494034>. Acesso em: 02 jul. 2019.

EVALD, Jens. **Alf Ross: A Life**. Tradução de Sarah Pedersen. Tilst: Djøf Publishing, 2014.

FARALLI, Carla. Law as Fact. **Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, n. 24, p. 57-67, 2014. Disponível em: <https://journals.openedition.org/revus/3001>. Acesso em: 19 jul. 2019.

FREUD, Sigmund. O Futuro de uma Ilusão. In: SALOMÃO, Jayme (org.). **Os Pensadores: Freud**. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. 1978 [1927], p. 85-128.

FREUD, Sigmund. O Mal-Estar na Civilização. In: SALOMÃO, Jayme (org.). **Os Pensadores: Freud**. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. São Paulo: Abril Cultura, 1978 [1929], p. 131-194.

FREUD, Sigmund. O Futuro de uma Ilusão. In: SALOMÃO, Jayme (org.). **Os Pensadores: Freud**. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. 1978 [1927], p. 85-128.

FREUD, Sigmund. Totem e Tabu. In: SALOMÃO, Jayme (ed.). **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas completas de Sigmund Freud: Volume XIII**. Rio de Janeiro, Imago Editora, 1996 [1913], p. 13-168.

GLASER, Barney G; STRAUSS, Anselm L. **The discovery of grounded theory: strategies for qualitative research**. New York: Aldine de Gruyter, 1967.

GUASTINI, Riccardo. Les juges créent-ils du droit?. Les idées de Alf Ross. **Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, n. 24, p. 99-113, 2014. Disponível em: <https://journals.openedition.org/revus/3027>. Acesso em: 17 jul. 2019.

HÄGERSTRÖM, Axel. General View. *In*: OLIVECRONA, Karl (ed.). **Inquiries Into the Nature of Law and Morals**. Traduzido por C.D. Broad. Uppsala: Almqvist & Wiksell, 1953a [1927], p. 1-16.

HÄGERSTRÖM, Axel. Is Positive Law an Expression of Will?. *In*: OLIVECRONA, Karl (ed.). **Inquiries Into the Nature of Law and Morals**. Traduzido por C.D. Broad. Uppsala: Almqvist & Wiksell, 1953b [1916], p. 17-55.

HÄGERSTRÖM, Axel. On Fundamental Problems of Law. *In*: OLIVECRONA, Karl (ed.). **Inquiries Into the Nature of Law and Morals**. Traduzido por C.D. Broad. Uppsala: Almqvist & Wiksell, 1953c [1939], p. 348-366.

HÄGERSTRÖM, Axel. On the idea of duty. *In*: HÄGERSTRÖM, Axel. **Philosophy and Religion**. Tradução de Robert T. Sandin. London: George Allen & Unwin Ltd, 1964a [1917], p. 97-172.

HÄGERSTRÖM, Axel. On the Question of the Notion of the Law. *In*: OLIVECRONA, Karl (ed.). **Inquiries Into the Nature of Law and Morals**. Traduzido por C.D. Broad. Uppsala: Almqvist & Wiksell, 1953d [1917], p. 56-256.

HÄGERSTRÖM, Axel. On the Truth of Moral Propositions. *In*: HÄGERSTRÖM, Axel. **Philosophy and Religion**. Tradução para o inglês de Robert T. Sandin. London: George Allen & Unwin Ltd, 1964b, p. 77-96.

HART, Herbert L. A. Definition and theory in jurisprudence. *In*: HART, Herbert L. A. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Clarendon, 1983, p. 21-48.

HART, Herbert L. A. Discretion. **Harvard Law Review**, v. 127, p. 652-665, 2013. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hlr127&div=19&g_sent=1&casa_token=VsHnKuf5wq8AAAAA:Ab6nD-18KSjmjQiiTefKUyIFm8jjEzkevuZFOaKYpdlu8PO_ht8UxhIrcSE60akydiLNpmygow&collection=journals. Acesso em: 09 ago. 2019

HART, Herbert L. A. **Essays on Bentham: studies in jurisprudence and political theory**. Oxford: Clarendon, 1982.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 6ª ed. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011 [1994].

HART, Herbert L. A. Scandinavian realism. *The Cambridge Law Journal*, v. 17, n. 2, p. 233-240, nov. 1959.

HOBBS, Thomas. **Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill**. London: 1651. Disponível em: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/hobbes/Leviathan.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2019.

HOLMES, Oliver Wendell. The path of the law. **Harvard Law Review**, v. 110, n. 5, p. 991-1009, 1997 [1897]. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1342108?casa_token=wLhdWj3MN6sAAAAA:MHLwWtDhOgX-2E04IH0wj4QeAs5X-INsygYSLn4V8pwnXmKvbvrHN75ZdjrF002r4kchvdTmXWxbHmA6tObFf6xZWKMfvAmxVIpTKGjISzMixX4SviNI&seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em: 09 ago. 2019.

HOLTERMANN, Jakob. Naturalizing Alf Ross's Legal Realism. A Philosophical Reconstruction. **Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, n. 24, p. 165-186, 2014. Disponível em: <https://journals.openedition.org/revus/3087>. Acesso em: 04 jul. 2019.

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996.

KELSEN, Hans. On the basis of legal validity. **American Journal of Jurisprudence**, v. 26, p. 178-189, 1981. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ajj26&div=13&g_sent=1&casa_token=vy7BD5xnuHYAAAAA:NdSIxEsnxyUTuliotK2KoK6KAI1nkrtAvWknp2UGUdimFdaskQWJNmV8gybM5ifvoBjil7Hd4Q&collection=journals. Acesso em: 09 ago. 2019.

KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. Tradução de Max Knight. 5. reimpressão. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005 [1967].

KRONMAN, Anthony T. **Max Weber**. London: Edward Arnold, 1983.

LEITER, Brian. Legal realisms, old and new. **Valparaiso University Law Review**, v. 47, p. 949-963, 2012. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/valur47&div=38&g_sent=1&casa_token=-iAW-pxvSScAAAAA:JjSKuh_Xfc1JIMftj0FunJGMZd3dpN-1Bp1E7NuLZQDjm2AadF12Z8zWCE5o1kjzWYPg9CR4mw&collection=journals. Acesso em: 09 ago. 2019.

LEITER, Brian. Postscript to Part II: Science and Methodology in Legal Theory. In: LEITER, Brian. **Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 183-199.

LUNDSTEDT, Anders Vilhelm. **Legal Thinking Revised**. Uppsala: Almqvist & Wiksell, 1956.

LUNDSTEDT, Anders Vilhelm. **Superstition or rationality in action for peace? Arguments against founding a world peace on the common sense of justice: a criticism of jurisprudence**. London: Longmans, Green and Co., 1925.

LUNDSTEDT, Anders Vilhelm. The Relation Between Law and Equity. *Tulane Law Review*, v. 25, p. 59-69, 1950. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=LUNDSTEDT%2C++Vilhelm.+The+Relation+Between+Law+and+Equity&btnG=. Acesso em: 09 ago. 2019.

LUNDSTEDT, Anders Vilhelm. The responsibility of legal science for the fate of man and nations. *NYULQ Rev.*, v. 10, p. 326-340, 1933. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/nylr10&div=33&g_sent=1&casa_token=bb6vbNmR4noAAAAA:lBdkMmn9Hak7iok5e4ou8c_swh7q3VJ8x32zyziJg0AljB4J6OIA3_7o5ubZsLzla3IRw_RnA&collection=journals. Acesso em: 09 ago. 2019.

LYLES, Max. **A call for scientific purity:** Axel Hägerström's critique of legal science. 2006. Tese de Doutorado - Institutet för rättshistorisk forskning (The Ohlin Foundation for Legal History), Estocolmo, 2006.

MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito.** São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. Disponível em: <http://reedpesquisa.org/publicacoes/volume-2-no-1-2014/>. Acesso em: 09 ago. 2019.

MACKIE, John L. **Ethics:** inventing right and wrong. London: Penguin, 1977.

MILGRAM, Stanley. **Obedience to Authority:** an experimental view. London: Tavistock, 1974.

MILL, John Stuart. **Utilitarianism.** New York: Oxford University Press, 2011 [1861].

MINDUS, Patricia. **A Real Mind:** the life and work of Axel Hägerström. Dordrecht: Springer, 2009.

MINDUS, Patricia. Social Tools and Legal Gears: Hägerström on the Nature of Law. *In:* ELIAESON, Sven; MINDUS, Patricia; TURNER, Stephen P. (eds). **Axel Hägerström and modern social thought.** Oxford: The Bardwell Press, 2014, p. 257-282.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. **Cadernos Direito GV**, n. 1, 2004. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2779>. Acesso em: 09 ago. 2019.

OLIVECRONA, Karl. Bentham's "Veil of Mystery". **Current Legal Problems**, v. 31, n. 1, p. 227-237, 1978.

OLIVECRONA, Karl. **¿Inglaterra o Alemanha?** Lübeck, 1941. Disponível em: <https://archive.org/details/OlivecronaInglaterraOAlemania>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

OLIVECRONA, Karl. Is a sociological explanation of law possible?. **Theoria**, v. 14, n. 2, p. 167-207, 1948.

OLIVECRONA, Karl. **Law as Fact.** London: Oxford University Press, 1939. Disponível em: <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.275271>. Acesso em: 09 ago. 2019.

OLIVECRONA, Karl. **Law as Fact.** 2 ed. London: Stevens & Sons, 1971.

OLIVECRONA, Karl. **Lenguaje jurídico y realidad**. México, D.F.: Fontamara, 1991 [1962].

OLIVECRONA, Karl. Realism and idealism: Some reflections on the cardinal point in legal philosophy. **NYUL Rev.**, v. 26, p. 120-131, 1951. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/nylr26&div=14&g_sent=1&casa_token=xMoQHSJfUYgAAAAA:IVfP5d6xTFB7hhfxLWCOBJkkKS2UMnIC45O9mQw2KoK5ayK_CY5cbyBNZvM2QiVj4QPci4N9EA&collection=journals. Acesso em: 09 ago. 2019.

OLIVECRONA, Karl. The imperative element in the law. **Rutgers Law Review**, v. 18, p. 794-810, 1964. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/rutlr18&div=55&g_sent=1&casa_token=&collection=journals. Acesso em: 09 ago. 2019.

OLIVECRONA, Karl. The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt. **Scandinavian Studies in Law**, v. 3, p. 125-150, 1959. Disponível em: <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/3-5.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2019.

OLIVECRONA, Karl. The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of a Law. **Am. J. Juris.**, v. 20, p. 95-110, 1975. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ajj20&div=10&g_sent=1&casa_token=ZOPNUx86JYAAAAA:I4XIADWo0x2usk7LpbP1ROYtRTFHeph0w1zZH0N-e4lmWxYxlq0JfY42T2FNrcrHSu6FBGSABw&collection=journals. Acesso em: 09 ago. 2019.

OLIVECRONA, Knut. **De la peine de mort**. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1868. Disponível em: https://play.google.com/books/reader?id=OfOvlhCqFAUC&hl=pt_BR&pg=GBS.PP10. Acesso em: 05 fev. 2019.

OLSEN, Henrik Palmer. Prédiction et interprétation du droit. **Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, n. 24, p. 69-79, 2014. Disponível em: <https://journals.openedition.org/revus/3055>. Acesso em: 17 jul. 2019.

PETERSSON, Bo. Axel Hägerström and his early version of error theory. **Theoria**, v. 77, n. 1, p. 55-70, 2011. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1755-2567.2010.01085.x>. Acesso em: 09 ago. 2019.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PIERUCCI, Antônio Flávio. **O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Max Weber**. São Paulo: Editora 34, 2003.

PIRES, Álvaro P. Sobre algumas questões epistemológicas de uma metodologia geral para as ciências sociais. In: POUPART, Jean; DESLAURIERS, Jean-Pierre; GROULX, Lionel-H; LAPERRIÈRE, Anne; MAYER, Robert; PIRES, Álvaro P. Tradução de Ana Cristina

Arantes Nasser. **A pesquisa qualitativa: Enfoques epistemológicos e metodológicos**. 2 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2010 [1997], p. 43-94.

POE, Edgar Allan. **Poemas e ensaios**. 4 ed. Tradução de Oscar Mendes e Milton Amado. Revisão técnica e notas de Carmen Vera Cirne Lima. Posfácio de Charles Baudelaire. São Paulo: Editora Globo, 2009.

RODRIGUES, Diogo Luiz Cordeiro. Alf Ross e seu Realismo Jurídico: uma resenha crítica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 8, n. 1, p. 117-125, jan./abr. 2016. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2016.81.12/5324>. Acesso em: 09 ago. 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. O raciocínio jurídico-dogmático e suas relações com o funcionamento do Poder Judiciário e a democracia. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (orgs.). **Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica**. São Paulo, 2012, p. 33-54.

ROMANINI, Mateus. Crítica de Karl Popper ao problema de indução e suas consequências para o princípio de verificabilidade. **Kalagatos: Revista de Filosofia**, Fortaleza, v. 10, n. 20, p. 305-335, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.23845/kgt.v10i20.214>. Acesso em: 03 jul. 2019.

ROSS, Alf. **¿Por que Democracia?**. Tradução de Roberto j. Vernengo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989 [1952].

ROSS, Alf. **Directives and Norms**. London: Routledge & Kegan Paul Ltd., 1968.

ROSS, Alf. Le concept de droit selon Hart. *In*: ROSS, Alf. **Introduction à l'empirisme juridique: textes théoriques**. Tradução de Eric Millard e Elsa Matzner. Paris: Bruylant, 2004 [1962], p. 183-190.

ROSS, Alf. Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit. *In*: ROSS, Alf. **Introduction à l'empirisme juridique: textes théoriques**. Tradução de Eric Millard e Elsa Matzner. Paris: Bruylant, 2004 [1934], p. 23-37.

ROSS, Alf. **On guilt, responsibility, and punishment**. University of California Press, 1975.

ROSS, Alf. On the Illusion of Consciousness: Do Mental Data ('Phenomena of Consciousness') Exist?. **Theoria**, v. 7, n. 3, p. 171-202, dec. 1941.

ROSS, Alf. On the Logical Nature of Propositions of Value. **Theoria**, v. 11, n. 3, p. 172-210, dec. 1945.

ROSS, Alf. **Teoría de las fuentes del derecho: una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas**. 1 reimpressão. Tradução de José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García e Pablo López Pietsch. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007 [1929].

ROSS, Alf. The rise and fall of the doctrine of performatives. *In*: OLSON, Raymond E.; PAUL, Anthony M. (eds.). **Contemporary philosophy in Scandinavia**. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1972, p. 197-212. Disponível em: <https://archive.org/details/contemporaryphil00olso>. Acesso em: 19 jul. 2019.

ROSS, Alf. Tû-Tû. **Harvard Law Review**, v. 70, n. 5, p. 812-825, mar. 1957 [1951]. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1337744?casa_token=KQ6Vkf49kaYAAAAA:0Zm7tkTrLgPkZ_BI8_jHKMKsGepC3mEVfyUn4hRttp9fiSoIijhyf1iKS2ZVuZKo84OPykbIvzxF3MIZ3qv9PhhiJ3URDxojOLdicOq77ls1yQZFStLA&seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em: 09 ago. 2019.

ROSS, Alf. **Hacia una ciencia realista del derecho**: crítica del dualismo en el derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961 [1946].

ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997 [1958].

ROSS, Alf; OLSEN, Henrik Palmer. The 25th Anniversary of the Pure Theory of Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 31, n. 2, p. 243-272, 2011 [1936].

RYDSTRÖM, Jens. Sweden 1864-1978: Beasts and Beauties. *In*: RYDSTRÖM, Jens; MUSTOLA, Kati (eds.). **Criminally queer**: Homosexuality and criminal law in Scandinavia 1842–1999. Aksant Academic Publishers, Amsterdam, 2007, p. 183-214.

SANDIN, Robert T. The founding of the Uppsala School. **Journal of the History of Ideas**, v. 23, n. 4, p. 496-512, oct./dez. 1962. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/pdf/2708171.pdf?casa_token=Gg94mzne3qUAAAAA:9bh1CpT_NW1yddGZOCd5vLcHiUJeS6hdTnszXXV8_8OL0Aza3qtYBDpn9H7VlpPgMXFkoBWCtcfq3r5tjQVP9XhjL5vJ5OJnrCxzHv8Lw20ank8zkF3E. Acesso em: 02 jul. 2019.

SANDSTRÖM, Marie. Law-Fact, Fiction or in between? Axel Hägerström's Quest for Legal Realism. **Scandinavian Stud. L.**, v. 48, p. 329-339, 2005. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/65cc/465d12e7a02d870a3aaac5d896bade9dfa82.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2019.

SHAPIRO, Scott J., **The Hart-Dworkin Debate**: A Short Guide for the Perplexed (March 5, 2007). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=968657>. Acesso em: 01 ago. 2019.

SHERBANIUK, Douglas J. Scandinavian Realism. **Alberta Law Review**, v. 2, p. 58-75, 1962.

SIMÓN, José Luis Muñoz de Baena; GARCÍA, Aurelio de Prada; PIETSCH, Pablo López. Estudio Preliminar. *In*: ROSS, Alf. **Teoría de las fuentes del derecho**: una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas. 1 reimpressão. Tradução de José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García e Pablo López Pietsch. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007, p. 25-45.

SLAGSTAD, Rune. Norwegian Legal Realism Since 1945. **Scandinavian Studies in Law**, v. 35, p. 215–233, 1991. Disponível em: <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/35-8.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2019.

SOLON, Ari Marcelo. **Dever Jurídico e Teoria Realista do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

SPAACK, Torben. **A critical appraisal of Karl Olivecrona's legal philosophy**. London: Springer, 2014.

SPIERMANN, Ole. A National Lawyer Takes Stock: Professor Ross' Textbook and Other Forays into International Law. **European Journal of International Law**, v. 14, n. 4, p. 675-702, sept. 2003. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/14/4/675/542359>. Acesso em: 19 jul. 2019.

STAVROPOULOS, Nicos. The relevance of coercion: Some preliminaries. **Ratio Juris**, v. 22, n. 3, p. 339-358, 2009. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-9337.2009.00429.x>. Acesso em: 09 ago. 2019.

SUNDELL, Jan-Olof. Vilhelm Lundstedt. A Biographical Sketch. **Scandinavian Studies in Law**, v. 48, p. 465-478, 2005. Disponível em: <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/48-27.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2019.

TAMANAHHA, Brian Z. The Third Pillar of Jurisprudence: Social Legal Theory. **William & Mary Law Review**, v. 56, n. 6, p. 2235-2278, mai. 2015. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/wmlr56&i=2303>. Acesso em: 30 nov. 2019.

TROPER, Michel. Ross, Kelsen et la validité. **Droit et société**, v. 50, n. 1, p. 43-57, 2002. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2002-1-page-43.htm>. Acesso em: 01 jul. 2019.

UEBEL, Thomas. Vienna Circle. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Spring 2019 [2006]. Disponível em: <https://stanford.library.sydney.edu.au/entries/vienna-circle/>. Acesso em: 03 jul. 2019.

WAABEN, Knud. Alf Ross 1899–1979: A biographical sketch. **European Journal of International Law**, v. 14, n. 4, p. 661-674, 2003. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/14/4/438.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2019.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Volume 1. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 2012 [1972].

ZAMBONI, Mauro. **Law and Legal Politics: Vilhelm Lundstedt and the Law-Maker Function** (August 2006). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=927070>. Acesso em: 20 fev. 2019.