

## Resenha

# Alf Ross e seu Realismo Jurídico: uma resenha crítica

## Alf Ross and his Realistic Jurisprudence: A critical review

ROSS, A. 1961. *Hacia una Ciencia Realista del Derecho – Crítica del Dualismo en el Derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 333 p.

**Diogo Luiz Cordeiro Rodrigues<sup>1</sup>**

Universidade Federal do Paraná, Brasil

diogovascol0@gmail.com

### Quem foi Alf Ross?

Nascido em 1899, na cidade dinamarquesa de Copenhague, o jurista Alf Niels Christian Ross é conhecido como um dos pais do Realismo Jurídico Escandinavo, uma escola de pensamento que também conta com a presença de outros eminentes pensadores, como os suecos Axel Hägerström (1868-1939), Anders Vilhelm Lundstedt (1882-1955) e Karl Olivecrona (1897-1980).

Alf Ross desenvolveu forte interesse pela filosofia do direito logo após sua graduação em 1922, quando pôde realizar uma viagem de estudos por França, Inglaterra e Áustria, que durou cerca de dois anos e meio (Waaben, 2003, p. 661). Em Viena, Ross chegou a entrar em contato com Hans Kelsen, cujo trabalho parece ter sido fundamental para a construção de sua própria obra (Ross e Olsen, 2011, p. 264). Ao longo da excursão, Ross elaborou a obra intitulada *Theorie der Rechtsquellen* (teoria das fontes do direito), que seria recusada como tese de doutorado na Universidade de Copenhague em 1926. Sem se deixar abater, Ross passou a trabalhar com Axel Hägerström, Professor de Filosofia Prática na Faculdade de Filosofia da Universidade de Uppsala (Suécia), permanecendo nesse departamento por dois anos (1928-1929). Em 1929, Ross reapresentou a mesma *Theorie der Rechtsquellen* à Universidade de Uppsala e, desta vez, obteve o título de doutor em filosofia. O

título de doutor em direito pela Universidade de Copenhague viria em 1935, e logo após passaria a lecionar Direito Constitucional na instituição dinamarquesa. Em 1938, contudo, Ross passou a ocupar a cátedra de Direito Internacional (Waaben, 2003, p. 662-664).

A obra de Ross compreende uma vasta coleção de artigos e livros a respeito de filosofia prática, teoria do direito, direito constitucional, direito privado, direito internacional, direito penal, além de uma miríade de textos voltados para o grande público. Além da já mencionada *Theorie der Rechtsquellen*, merecem destaque as seguintes obras: “Virkelighed og Gyldighed i Retslæren” (Realidade e Validade na Teoria do Direito, 1934), *Ejendomsret og Ejendomsøvergang* (A Transferência do Direito de Propriedade, 1935), “Imperatives and Logic” (Imperativos e Lógica, 1941), “Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law” (Rumo a uma Ciência Realista do Direito: Crítica do Dualismo no Direito, 1946), “A Textbook in International Law” (Curso de Direito Internacional, 1947), “Constitution of the United Nations” (Constituição das Nações Unidas, 1951), “Why Democracy?” (Por que Democracia?, 1952) “Tû-Tû” (1957), *On Law and Justice* (Sobre Direito e Justiça, 1959), “Directives and Norms” (Diretivas e Normas, 1968).

Para além de sua vinculação filosófica ao Realismo Jurídico, Alf Ross foi um jurista militante, tendo ocu-

<sup>1</sup> Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. Praça Santos Andrade, 50, 3º andar, Centro, 80020-300, Curitiba, PR, Brasil.

pado por mais de 40 anos o posto de consultor jurídico da Câmara de Comércio Dinamarquesa e, entre 1959 e 1972, o prestigioso cargo de juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos (Waaben, 2003, p. 665-667).

Nesta resenha, contudo, será examinada apenas a contribuição de Alf Ross ao Realismo Jurídico Escandinavo, a partir do livro *Towards a Realistic Jurisprudence*.

## Rumo a uma Ciência Realista do Direito: uma obra essencial

### Panorama geral

Em 1946, Alf Ross publica na língua inglesa o livro *Towards a Realistic Jurisprudence* (“Rumo a uma Ciência Realista do Direito”)<sup>2</sup>, cujo título já denuncia seu principal objetivo: apresentar o que o jurista entende por realismo jurídico. Embora não seja mera tradução de obra pretérita, seus argumentos principais não são propriamente novos. Ross já avançara sua teoria no livro intitulado *Virkelighed og Gyldighed i Retslaeren* (“Realidade e Validade na Ciência do Direito”), trabalho publicado em 1934 apenas no idioma dinamarquês e pelo qual havia recebido a titulação de doutor pela Universidade de Copenhague. No entanto, segundo Waaben (2003, p. 663-664), a edição inglesa traz considerações inéditas sobre o realismo americano, especialmente nas versões de John Chipman Gray e Jerome Frank.

A escolha do idioma inglês para a publicação da obra não parece ter sido casual. O jurista estava inclinado a divulgar suas ideias no mundo anglo-americano. Logo no prefácio, Ross (1961, p. 11) revela sua deliberada intenção de “restabelecer o nexos existente entre o pensamento jusfilosófico escandinavo e o americano”, já que ambas as correntes considerariam “o direito como um conjunto de fatos sociais – uma certa conduta humana e atitudes e ideias relacionadas com ela –, assim como o estudo do direito como ramificação da psicologia social”.

Conexa à busca de um vínculo com o realismo americano é a intenção rossiana de afastar-se do pensamento jurídico europeu continental, marcado profundamente pelo dualismo validade-realidade presente de forma assistemática nas diversas teorias jusnaturalistas e metafísicas. De acordo com Ross (1961, *passim*), qualquer vinculação do conceito de direito com ideias metafísicas deveria ser enxergada como um processo de

racionalização do fenômeno jurídico a partir de categorias não científicas, incapazes de dar conta do direito tal como se manifesta<sup>3</sup>. A solução tampouco estaria em abraçar a filosofia idealista kantiana, base do influente pensamento kelseniano. É que, segundo o escandinavo, a absoluta separação entre *Sein* (ser) e *Sollen* (dever ser) não daria conta da efetiva relação entre facticidade e validade no fenômeno jurídico.

Todavia, engana-se quem pensa que a simpatia nutrida por Alf Ross em relação ao realismo americano o teria tornado um mero mímico das ideias d’além-mar. Ao contrário. Como será visto adiante, o dinamarquês estrutura a sua própria ciência realista, afastando-se de seus pares estadunidenses ao preservar a categoria “validade”, que faria do direito um tipo específico de ordem social (Ross, 1961, p. 17).

Vejamos com mais detalhes o que significa, para Alf Ross, o conceito realista de direito.

### O direito à luz da ciência realista do direito

O livro principal de Alf Ross, aquele em que estrutura sua ciência realista do direito, é, antes de tudo, um manifesto contra o dualismo reinante entre as teorias do direito. Trata-se do dualismo entre realidade e validade, assim entendidas como facetas diversas do direito, muito embora coordenadas logicamente uma à outra. Essa dualidade produziria basicamente um modo de proceder em que o direito, na condição de objeto, pode ser visto, ao mesmo tempo, como fenômeno suscetível de observação no mundo dos fatos e como norma obrigatória no da moral e dos valores (Ross, 1961, p. 15). Trata-se de uma reminiscência de teorias metafísicas que, segundo Ross, teriam contribuído apenas para obscurecer o real processo de criação, imposição e aceitação do direito.

A ciência de Alf Ross é estruturada a partir da premissa de que o objeto *direito* consiste em um fato social, portanto, uma realidade. Ross não toma as proposições jurídicas como objeto de sua ciência, como fizera Kelsen. Todavia, ao contrário dos realistas americanos, Ross entende que nenhuma teoria pode afastar do direito sua dimensão *ideal*, denominada validade, que representa a categoria responsável por legitimá-lo no tecido social e distingui-lo de outras manifestações sociais. Ocorre que a validade, segundo o dinamarquês, não existiria na condição de validade especificamente ju-

<sup>2</sup> Neste trabalho, será utilizada a edição castelhana: *Hacia una Ciencia Realista del Derecho – Crítica del Dualismo en el Derecho* (Ross, 1961). As traduções para o português eventualmente expostas no texto são de exclusiva responsabilidade deste autor.

<sup>3</sup> Esse dualismo combatido por Ross será objeto de maiores considerações adiante.

rídica, assimilável à ideia de obrigatoriedade das normas num plano ideal, descolado da facticidade. Essa obrigatoriedade é desmistificada pelo autor, que a enxerga não como resultado de princípios e valores superiores ou de uma competência normativamente assegurada, mas sim como mera decorrência da aceitação dos indivíduos, os quais, induzidos por sugestão, vivenciam a validade com uma peculiar ilusão de objetividade. A noção de validade, portanto, radicaria em fenômenos psicofísicos largamente disseminados na sociedade, representando um aspecto da própria realidade: as vivências de validade (Ross, 1961, p. 16-18). Assim, diz Olsen em relação a Ross, “a ciência jurídica trata sobretudo do fato de que os participantes da prática jurídica usam a linguagem da validade jurídica e agem de maneira tal a assumir que a validade jurídica desempenha um papel em suas deliberações práticas” (Ross e Olsen, 2011, p. 267).

De acordo com Ross, o fato é que todas as teorias do direito adotam os elementos da realidade e da validade, bem como uma fórmula de interação entre eles. Na leitura do escandinavo, a realidade é considerada como “um real elemento de compulsoriedade” (Ross, 1961, p. 89), a induzir comportamentos que o dinamarquês chama de “interessados”. Melhor dizendo: condutas adotadas em razão do temor da sanção estatal. 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. Por fim, ocorreria a interação entre realidade e validade: num primeiro momento, adotam-se determinadas condutas por temor; num segundo momento, após a reiteração das mencionadas condutas, inicia-se um ciclo de atitudes desinteressadas, que já não ocorrem em virtude do temor original (realidade), mas sim por uma racionalização no sentido de que tais condutas são devidas em respeito a valores ou comandos objetivamente dados, impostos por autoridades juridicamente competentes para tanto (vivências de validade). Evidentemente, para o realista dinamarquês, esses impulsos neutros de obediência são criados por um processo de sugestão social ou por condicionamento pavloviano de reflexos e não pela autoridade, em si, das normas e dos agentes públicos (Ross, 1961, p. 91-93, 98).

Porém, segundo Ross (1961, p. 91), as vivências de validade possibilitam, reforçam e também limitam a realidade: a compulsoriedade só é legitimada se os seus destinatários acreditam que devam sofrê-la. Portanto, a coerção apenas é efetiva – ou real – se quem a sofre contempla, na figura do agente público, alguém legitimado a estabelecer o direito e a executá-lo compulsoriamente. Do contrário, quebra-se o ciclo, e o direito

torna-se um exercício precário de violência, incapaz de sustentar perenemente um sistema jurídico (Ross, 1961, p. 97-98). Com a ideia de limitação, Ross oferece ainda uma explicação realista para o Estado de Direito: não é o Estado que se limita miraculosamente às regras por ele próprio estabelecidas, como supunham Jellinek e outros; são as vivências de validade que delimitam as fronteiras do legítimo, ou seja, os marcos além dos quais o Estado agirá arbitrariamente (Ross, 1961, p. 94). Tem-se assim o direito como um fenômeno social de natureza cíclica, que se retroalimenta a partir da permanente interação entre realidade-compulsoriedade e realidade-validade.

Mas não é só. Paralelamente à teoria da validade no direito, Ross (1961, p. 19) desenvolve uma teoria histórica do direito, por ele denominada “teoria da fossilização estrutural e metamorfose histórica dos conceitos”. Isso significa, em uma primeira análise, que “o conceito tradicional de direito em seus pressupostos imanentes é de uma natureza mágica” (Ross, 1961, p. 18), na medida em que se sustenta sobre ideias supersticiosas, elementos arcaicos dos quais não estamos plenamente conscientes, mas cuja força se faz presente nos ordenamentos contemporâneos, embora implicitamente. Para Ross (1961, p. 19), tudo ocorre como se as categorias, os conceitos e os institutos jurídicos permanecessem idênticos apenas em sua forma exterior, porém desconectados da realidade atual, porquanto concebidos para contextos históricos pretéritos. Sua funcionalidade prática, no entanto, estaria assegurada pelo mesmo processo de racionalização psíquica que possibilita a aceitação da autoridade pública e das normas, seja pela via da tradição histórica ou por meio de elaborações metafísicas diversas (Ross, 1961, p. 20). O desafio, aqui, seria desfazer essa capa de racionalização, alcançando-se conceptualizações realistas e cientificamente consistentes para a teoria do direito, mas sem o déficit de efetividade gerado por teorias coerentes, porém extremadas, como o positivismo kelseniano (com seu exclusivo apego ao plano abstrato das normas, sem qualquer vínculo com a dinâmica social) e o realismo americano (com seu completo desprezo pelas noções de validade).

## **Direito e moral na Ciência Realista do Direito**

A conexão entre direito e moral costuma ser um tópico de particular interesse para os teóricos do direito e Alf Ross não foge à regra.

Em um primeiro momento, o dinamarquês argumenta que validade jurídica e validade moral apro-

ximam-se em razão do gênero ao qual pertencem, qual seja, o da validade prática (Ross, 1961, p. 98-99). A despeito disso, para Ross, trata-se de categorias diversas. A nota distintiva mais evidente entre as validades jurídica e moral está no tipo de impulso gerador de condutas. Segundo o autor, como visto, 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. Ou seja, a validade moral envolve apenas “impulsos desinteressados”, e sua aceitação pelo indivíduo resulta, em caráter exclusivo, de um julgamento favorável pelo “tribunal” da sua consciência, tendo por base apenas o conteúdo das diretrizes morais, sem qualquer ameaça de sanção. Assim, embora decorram do ambiente, as noções morais são vividas como convicções racionais de um caráter altamente íntimo e pessoal. E as assim chamadas “regras morais” nada mais são que orientações vagas, nada assimiláveis à ideia de normas jurídicas (Ross, 1961, p. 99, 127-133).

De todo modo, segundo o autor, os fenômenos morais integram o direito, a ponto de não ser possível traçar uma clara linha divisória entre essas duas esferas em determinados contextos, especialmente quando a moral é traduzida no conteúdo de normas jurídicas (Ross, 1961, p. 126).

A moral, como vivência experimentada individualmente, não se presta à construção de ordenamentos sociais. Quando exercida sobre grupamentos homogêneos, a moral pode preparar o caminho para uma organização jurídica. Ao contrário, se existem linhas sociais divisórias, a moral pode criar divergências que fazem impossível a união no direito (Ross, 1961, p. 130).

O fato é que o direito possui uma vocação eminentemente social: sua função é a de estabelecer arranjos ou compromissos, possibilitando o intercâmbio humano e, ao fim, a própria paz social. Mais do que isso, o direito é o meio ou técnica pela qual determinados interesses materiais podem ser veiculados. Esses interesses podem ser econômicos ou mesmo de ordem moral. Mas, aqui, a forma de atuação sobre os indivíduos será outra, porquanto marcada pela institucionalidade e pelo temor da sanção do Estado. Em regra, o direito não faculta ao indivíduo a possibilidade de rebelar-se em prol de sua consciência. Fosse assim, seria impossível manter a paz social. Desse modo, o direito deve ser efetivo, compulsório. Mas nem por isso prescinde de uma aura de legitimidade. Por essa razão, o direito não é poder cru, mas sim uma forma qualificada de ajuste social, uma ferramenta de compromisso marcada pelo selo

(imaginário) da validade, da justiça (Ross, 1961, p. 130). Por conseguinte, as noções morais podem estar contidas em normas jurídicas, verdadeiras fontes do direito, mas já não serão vivenciadas em sua forma pura, isto é, individual e espontaneamente. Deverão ser aceitas por amplos contingentes humanos, a despeito do que diga o “tribunal da consciência” de muitos deles. E, para essa tarefa de positivação, contará o direito com ações “interessadas” (levadas a efeito por receio da coerção do Estado) e “desinteressadas” (adotadas por crença no senso de competência, legalidade ou justiça expresso pelo direito como um todo).

### **Análise do jusnaturalismo e da metafísica no direito**

Ross possui um entendimento particular acerca do significado de jusnaturalismo, doutrina que, para ele, deve ser estudada a partir da distinção entre direito e moral. Embora essa abordagem dual permeie a obra de talvez todos os analistas do jusnaturalismo, Ross foge ao senso comum. De acordo com o jurista, é um equívoco entender a lei natural como expressão de uma validade moral-ideal, o direito tal como deveria ser de acordo com a razão e os mais altos princípios de moral. E não é menos equivocador, segundo o escandinavo, supor que a lei positiva seria a expressão de uma realidade social fáctica, conforme as circunstâncias dadas. Além disso, para o autor, também não é certo imputar ao jusnaturalismo o equívoco de confundir os conceitos de lei natural e lei positiva ao dar às proposições de direito natural pretensões de positividade (Ross, 1961, p. 27). Não é esse o objetivo do jusnaturalismo, de acordo com o dinamarquês. Na verdade, o direito natural não seria uma aplicação da moral, mas sim uma fonte própria e autônoma de validade coordenada com a moral. Nas palavras de Ross (1961, p. 27-28),

a linha decisiva de demarcação não é, como poderíamos nos inclinar a imaginar, uma horizontal entre meras positivities e uma validade superior, mas sim uma vertical que tem de um lado a moral, e de outro o direito natural e o direito positivo.

Para os cânones do jusnaturalismo, o conceito de moral teria um significado próximo àquele cunhado pelo próprio Ross. Os mandados da moral teriam pretensão de requerimentos válidos ou conselhos adequados, porém circunscritos à esfera do ideal, sujeitando-se à boa vontade dos aconselhados, sem qualquer ameaça externa. Por outro lado, o direito seria “a doutrina das faculdades jurídicas do homem, no sentido de preten-

sões que possuem um poder compulsório para sua realização” (Ross, 1961, p. 28). Recorde-se, no entanto, que o direito englobaria suas facetas natural e positiva, e, portanto, segundo o jusnaturalismo, também o direito natural seria diverso da moral por força de sua compulsoriedade. Mas, afinal, que compulsoriedade o direito natural poderia carregar se tal atributo é geralmente imputado à força do aparato do Estado? Diante de tal problema, Ross passa a investigar a noção jusnaturalista de compulsoriedade.

Em primeiro lugar, o jurista afasta de suas cogitações qualquer ideia materialista de compulsoriedade, pois, como sabemos, a distinção jusnaturalista entre direito (natural e positivo) e moral não leva em conta nenhuma instituição, tampouco as condições empíricas de poder, de modo que não se pode entender a compulsoriedade como uma função da efetividade do aparato estatal organizado (Ross, 1961, p. 35).

Outra solução seria enxergar a compulsoriedade como liberdade moral para a pessoa titular do direito levar uma ação adiante. No entanto, aqui, não haveria um dever oposto de assentimento. Com isso, ficariam as proposições jurídicas reduzidas a obrigações morais, e, assim, a divisão entre direito e moral não faria qualquer sentido (Ross, 1961, p. 35).

A terceira solução hipotética seria identificar o direito com o próprio exercício da coerção contra uma ação contrária. Mas, então, ingressaríamos em um regresso infinito, pois, nas palavras de Ross (1961, p. 36), “um direito ao exercício da coerção é o direito de exercê-la contra qualquer ato oposto ao (primeiro) exercício da coerção e assim interminavelmente”.

Diante de todas as inconsistências apontadas, porém admitindo que a compulsoriedade é para os jusnaturalistas o fator distintivo entre moral e direito (incluindo-se, aqui, o direito natural e o direito positivo), Ross (1961, p. 36) conclui que tal compulsoriedade jusnaturalista somente pode significar “um efetivo poder coercitivo, mas supersensível, metafísico”.

Na leitura jusnaturalista, portanto, haveria uma mútua interdependência entre direito natural e direito positivo e a relação entre essas facetas não corresponderia a uma absoluta distinção entre realidade empírica (*Sein*) e validade racional normativa (*Sollen*), como em Kant. Na verdade, Ross (1961, p. 38) argumenta que

o direito positivo não é concebido como um fato empírico independente, derivado do Estado como um fenômeno histórico, mas sim um desenvolvimento e manifestação no mundo dos sentidos dos direitos naturais originais.

Desse modo, tudo ocorre como se o próprio direito positivo, empírico, estivesse mesclado com as forças metafísicas do direito natural, revelando-o. E o direito natural, por sua vez, teria existência empírica própria, não se confundindo com o reino de validade moral insculpido pela razão (Ross, 1961, p. 38). Aqui, o mais interessante é constatar que esse estratagema de ordem metafísica teria impregnado as principais teorias do direito, formando o senso comum a respeito do fenômeno jurídico, ainda que implicitamente e por meio de racionalizações diversas. Assim, nas palavras de Ross, “a noção de direito como revelação de uma validade supraempírica no reino da realidade é um dos elementos fundamentais do conceito de direito” (Ross, 1961, p. 39), tal como entendido pela maior parte das teorias. Um exemplo claro dessa assertiva seria a escola histórica do direito, para a qual, segundo Ross (1961, p. 40), “o direito é uma revelação e um desenvolvimento do espírito nacional como uma genuína realidade metafísica, que é uma infraestrutura da realidade histórica”. Em suma, pode-se dizer que, para a grande maioria das teorias do direito, a metafísica teria sido o recurso comum para compreender, explicar ou dar cabo da inescapável presença, no fenômeno jurídico, dos aspectos da validade e da realidade.

### **Alf Ross e o normativismo kelseniano**

Embora Kelsen tenha sido uma importante referência intelectual para Ross, o escandinavo alinha o normativismo kelseniano e o realismo americano entre as teorias que, por excesso de coerência lógica, tendem a sofrer de um grande déficit de aceitabilidade. Isso decorreria da opção de ambas as teorias por apenas uma faceta do direito (validade ou realidade), o que as tornaria demasiado artificiosas, já que o fenômeno jurídico é caracterizado justamente por uma certa mescla entre as esferas do empírico e do legítimo.

Mas vejamos como o austríaco engenhosamente constrói sua teoria. Didaticamente, Ross (1961, p. 46-47) assim enuncia as premissas mais relevantes do sistema kelseniano: (i) ideia positivista de que existe uma dogmática jurídica diferente de uma teoria social; (ii) concepção de que o direito é um sistema de regras vinculantes, obrigatórias (válidas); (iii) disparidade metódica entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*); (iv) exclusiva preocupação com a coerência, a despeito de sua maior ou menor harmonia ou mesmo falta de harmonia com as noções tradicionais.

Kelsen, diz Ross (1961, p. 47-49), não é um revolucionário. Ele buscou na fonte de seus predecessores

muitas de suas ideias, ainda que as tenha elaborado de uma forma talvez nunca antes vista no direito. Seu diferencial foi ter levado às últimas consequências seu rigor científico, abdicando do mal explicado dualismo realidade-valor das teorias metafísicas e positivistas então predominantes. Sem renunciar a suas raízes positivistas (cf. itens “i” e “ii”) e partindo da postura kantiana de que *Sein* e *Sollen* são categorias absolutamente diversas, Kelsen circunscreve o direito ao puro *Sollen*, puro dever ser. Mas, ao fazê-lo, o pai da Teoria Pura do Direito retira do plano normativo qualquer idealismo conceptual *a priori*, reproduzindo o recurso de Windelband. Seu direito é feito de normas compostas de textos e cláusulas distintas da conduta existente (*Sein*), tornadas válidas tão somente a partir de um esquema formal hierarquizado, sem qualquer apelo ao seu conteúdo substantivo, e cujo fundamento último repousa na chamada “norma fundamental” – o artifício kelseniano usado para transformar o poder cru em direito.

Mas, segundo Ross (1961, p. 50), o empreendimento kelseniano de absoluta distinção entre *Sein* e *Sollen* será de pouca utilidade. Afinal, “se o sistema normativo há de ter algum interesse para a Ciência do Direito, há de ser porque de uma forma ou outra poderá ser usado para uma interpretação da realidade social”. Por conseguinte, para incorporar a dimensão social em sua análise, Kelsen teria de “abandonar sua fundamentação crítica e buscar sua base na metafísica de Hegel”, única maneira de associar forma e matéria sinteticamente (Ross, 1961, p. 51). É a mesma leitura que já fizera Ross (1961, p. 49-50) a respeito de Windelband:

Consequentemente, todo o sistema descansa sobre a formalização do conceito de “dever ser”.

Mas é possível empreender tal formalização? Como já se havia mencionado, a ideia deriva de WINDELBAND. A doutrina de WINDELBAND do dever ser, ou da consciência do dever ser, como uma forma absolutamente vazia que exclusivamente faz possível o conhecimento moral, enquanto que dela não se pode derivar nenhum conteúdo, coloca WINDELBAND mais próximo do materialismo histórico de HEGEL na moral que do formalismo *a priori* de KANT. Particularmente é impossível imaginar que não possa surgir nenhum conhecimento moral de uma sumária armação de forma pura de dever e experiência histórica, teórica em si mesma. Se há de ser possível que um certo material posto em contato com a pura forma do dever dê um conteúdo a este último, as experiências morais específicas devem ser mostradas como uma associação sintética de um material dado com a categoria do dever, isto é, experiências tais que seu material não possa ser nem mesmo concebido senão na forma da categoria do dever. A referência à realidade histórica, por con-

seguinte, só adquire algum significado se presumimos com HEGEL que é em si mesma uma síntese de valor e realidade, razão e matéria.

Muitos, no entanto, poderiam objetar que Kelsen retira qualquer subjetividade do dever legal. De acordo com o austríaco, o dever legal está fundado em uma relação estritamente objetiva entre fato condicionante e consequência legal. Dessa maneira, para o positivista, uma norma subjetivada como “não roubarás”, por exemplo, consiste em um mero imperativo sem existência autônoma no mundo do direito. O esquema obrigacional kelseniano, por outro lado, consiste exclusivamente em uma função do nexos objetivo do ato ilegal (o roubo, e.g.) com um ato coercitivo (o castigo): se roubas, serás castigado (Ross, 1961, p. 52). Sendo assim, não faria sentido aludir a uma suposta “consciência do dever”, como pretende Ross, pois não é um imperativo como “não roubarás” que constitui norma jurídica, mas sim a relação objetiva entre ato ilegal e consequência jurídica.

Mas o escandinavo não se mostra convencido da estratégia de Kelsen. Este, argumenta Ross, apenas transferiu a norma subjetivada “deverás” para as autoridades responsáveis pelo castigo legal (“deverás castigar em certas circunstâncias”). Ou seja, Kelsen teria transformado um imperativo categórico, dirigido a um potencial ladrão, em um imperativo condicionado, dirigido às autoridades públicas. A subjetividade ainda estaria lá, portanto.

De resto, segundo Ross, não se poderiam distinguir normas morais e jurídicas conforme a clivagem proposta por Kelsen, para quem o dever ser moral é de uma natureza substantiva e o dever jurídico é de uma natureza puramente formal. Recorde-se que, em Kelsen, a norma moral aparece como tal diretamente por virtude de seu conteúdo, materialmente deduzido desde a norma moral fundamental. A norma jurídica, por outro lado, apresentar-se-ia como tal meramente em virtude de sua gênese formal, de acordo com um método de produção que se aceita como válido, porque determinado pela norma jurídica fundamental (Ross, 1961, p. 54). Mas, na leitura de Ross (1961, p. 55), não há como distinguir em Kelsen o dever ser moral do dever ser jurídico quanto à natureza da validade. O dever ser jurídico também possuiria um certo conteúdo, qual seja, a determinação de que as normas jurídicas são compulsórias sob certas circunstâncias (observância do processo legislativo, das normas de competência, etc.). Haveria apenas uma diferença entre os conteúdos do dever ser moral e do dever ser jurídico, mas a validade pela qual as normas morais e jurídicas são assumidas como boas deve ser a

mesma (vivências de validade no sentido rossiano). Do contrário (isto é, acaso ignorada a percepção popular acerca da justeza do sistema), a norma fundamental de Kelsen será simplesmente a norma fundamental de um sistema jurídico imaginário e supérfluo. Vale recordar: tal cenário seria inadmissível segundo o próprio Kelsen, para quem apenas faz sentido pressupor uma norma fundamental em relação a um sistema de regras efetivas (Ross e Olsen, 2011, p. 266-267).

Nesse contexto, Ross (1961, p. 114) reitera que o empenho de Kelsen em reduzir o direito a um mero apanhado de proposições lógicas torna-se inócuo se considerado que as proposições normativas apenas podem ser observadas em sua real ocorrência como um fenômeno psicossocial que traz à tona outros fenômenos psicofísicos (sentimentos, atitudes, etc.). Essa conexão com a realidade seria ainda mais relevante em áreas do saber que se encontram na confluência entre direito e política, como o direito constitucional (Ross e Olsen, 2011, p. 254).

### **Alf Ross e o realismo americano**

Conforme já relatado, Alf Ross mantém com o realismo americano uma postura de admiração crítica. Por um lado, o dinamarquês aprecia a ascensão do fato social como fator explicativo do fenômeno jurídico. Por outro, denuncia que a supressão do elemento *validade* acaba por fazer do direito uma conduta social como outra qualquer, sem qualquer especificidade digna de nota. Desse modo, Ross entende necessário reelaborar a noção de validade, considerando-a “a expressão de certas experiências psicológicas peculiares” (Ross, 1961, p. 57).

Segundo as correntes realistas americanas examinadas por Ross, o direito determina-se pelo conjunto das normas resultantes da atuação dos juizes (John Chipman Gray) ou simplesmente pelas decisões judiciais individualmente consideradas (Jerome Frank). Em suma, conforme Ross, o realismo americano define o direito por sua aplicação, de modo não muito diferente do positivismo comum, que deriva o direito de um aparato coercitivo que se mantém efetivamente (Ross, 1961, p. 57-68).

Todavia, segundo o estudioso, essa concepção do direito não pode sustentar-se, uma vez que a *qualidade* e a *atividade* do juiz estão juridicamente condicionadas.

Em primeiro lugar, nas palavras de Ross (1961, p. 71), “o direito não pode [...] ser explicado em sua totalidade como as regras aplicadas efetivamente pelos juizes, porque seria necessário primeiro saber o direito para conhecer o que se quer dizer com a palavra *juiz*”.

O que Ross (1961, p. 79-80) pretende dizer, em suma, é que o direito não pode ser apenas o material resultante do trabalho do juiz, pois sua própria qualidade de magistrado depende de regras jurídicas previamente existentes, como a lei que regulamenta seu cargo e o decreto de sua nomeação.

Além disso, a própria *atividade* do juiz estaria juridicamente condicionada. Embora seu trabalho possua uma dimensão criativa, é certo que os magistrados e demais autoridades públicas são investidos para manter o mecanismo da lei, de modo que o *valor moral* de suas atividades decorre do fato de serem *válidas*, isto é, de estarem *justificadas* no direito, circunstância não só responsável por induzir a observância espontânea por parte dos cidadãos, mas também por modelar e moderar o fazer judicante e a atividade administrativa. É isso que distingue a tarefa do carrasco da ousadia do assassino (Ross, 1961, p. 72).

Assim, de acordo com Ross, não é apenas em decorrência do medo que as pessoas sucumbem às regras ditadas por magistrados e demais agentes públicos, como supõe o positivismo tradicional, com sua ênfase no poder cruamente sustentado num aparato de coerção. Se assim fosse, não seria possível pensar em organizações sociais estáveis. Em verdade, a observância das regras decorreria preponderantemente da aceitação espontânea por parte de seus destinatários, um mecanismo psíquico desenvolvido a partir da racionalização de que a sentença judicial ou o ato da autoridade executiva são legítimos porque se apresentam embasados no direito (noção de validade jurídica). Justamente por isso, Ross (1961, p. 72) argumenta que “é impossível explicar o direito como um produto do poder sem que ao mesmo tempo devamos explicar o poder como um produto do direito”.

A observação do escandinavo aplica-se ainda ao *próprio conteúdo* das normas ditadas pelos juizes. “Os juizes não são autômatos cuja conduta se decide mecanicamente”, diz Ross (1961, p. 62), “mas seres humanos cuja ação está determinada *inter alia* por noções precisamente acerca do que é o direito”. Portanto, a própria sentença está condicionada por noções jurídicas previamente assumidas pelo magistrado, ainda que tais noções não determinem integralmente o conteúdo do ato afinal proferido, como admite o dinamarquês (Ross, 1961, p. 162).

De todo modo, segundo Ross (1961, p. 81), não seria possível equiparar as regras jurídicas a “proposições com um conteúdo de conhecimento teórico acerca do futuro, predições, espécies de profecias, da mesma natureza, por exemplo, que os prognósticos do tempo”, como Jerome Frank parece supor. Isso porque, conforme já dito, os realistas consideram a norma jurí-

dica como um dos fatores causais da conduta do juiz, juntamente com ideologias, preconceitos e inclinações diversas da pessoa do magistrado (Ross, 1961, p. 78). Ora, é evidente que uma predição teórica a respeito de uma conduta futura não pode ser concomitantemente a causa desta mesma conduta, assim como a previsão do tempo não pode ser considerada a causa ativa da chuva do dia seguinte, como argumenta Ross (1961, p. 81). Desse modo, as previsões acerca da conduta futura dos juízes não constituem causas, mas apenas os resultados do conhecimento daqueles fatores que, estes sim, determinam a conduta dos juízes, a exemplo das normas jurídicas (ou, pelo menos, a racionalização psicológica de que são feitas).

## Considerações críticas e conclusão

Embora considerado um gigante da teoria do direito, Alf Ross não está isento de críticas. Comumente, aponta-se o exagero do pensador em suas críticas à metafísica no direito. Como diz Waaben (2003, p. 669), “deve-se admitir que Ross ocasionalmente viu um fantasma metafísico onde apenas havia um poste de iluminação”. Na verdade, mais do que um esforço em direção ao estudo empírico do direito, a hostilidade antimetafísica de Ross refletia a profunda influência de Axel Hägerström em seu desenvolvimento intelectual, tomando a forma de uma filosofia específica. Ao longo dos anos, tornou-se patente a incapacidade do realismo rossiano de formular uma abordagem empírica do direito. Muitas vezes, diz Martti Koskeniemi (2003, p. 654) em relação à obra internacionalista de Ross, o dinamarquês parecia oferecer realismo político sem realidade política. Nesse ponto, os realismos americano e escandinavo são primos mais do que distantes, como nota Brian Leiter (2014, p. 951, tradução minha):

Enquanto os escandinavos parecem ter adotado o rótulo de “realismo” para sinalizar a sua oposição aos idealistas metafísicos, que pensavam que a natureza da realidade era dependente da mente humana e suas categorias, os norte-americanos invocaram o sentido mais coloquial de “realismo” como sendo sinceridade sobre o que realmente acontece (especialmente quando os tribunais decidem os casos), sem ilusões sentimentais ou moralistas.

Além disso, as pesadas críticas ao formalismo jurídico são incapazes de disfarçar as evidentes marcas deixadas por Kelsen no trabalho do realista, como já pontuado neste trabalho. Aliás, a despeito das referências de Ross ao processo psicossocial de aceitação das

normas e das autoridades, não deixa de ser abertamente positivista a premissa de que o direito decorre do aparato estatal organizado, ainda que de forma parcial e mediata.

Outras críticas, por outro lado, parecem simplesmente equivocadas. Uma delas, que se generalizou após o ensaio de Herbert Hart (1983, p. 161-169) sobre o realismo escandinavo, refere-se ao papel da “prognose” na determinação das regras jurídicas vigentes, conforme a argumentação exposta por Ross no livro “On Law and Justice”. Em comum, essas críticas tendem a aproximar o realismo escandinavo de seu parente (?) americano. A de Michel Troper (2008, p. 53) é significativa. Em sua “Filosofia do Direito”, Troper cita Oliver Wendell Holmes, a quem se atribui a célebre frase segundo a qual o direito é composto pelas predições do que farão os tribunais. Logo em seguida, Troper (2008, p. 54) vincula Ross a Holmes e emenda:

A dificuldade provém do fato de que, se essa ciência é realmente empírica, perde toda especificidade e se torna indissociável da sociologia e da psicologia. Se, de fato, se trata de descrever e prever o comportamento real dos juízes, é preciso não apenas pesquisar quais normas ele aplica, mas também a que partido pertence ou que igreja frequenta. Pode-se até caricaturar essa teoria ao dizer que a decisão do juiz dependia, em definitivo, sobretudo de seu humor e, este último, da qualidade da sua digestão.

Neste ponto, a resenha de “Rumo a uma Ciência Realista do Direito” é útil para revelar quão equivocados são argumentos como o de Michel Troper. Em primeiro lugar, como já dito, o tal parentesco entre os realismos americano e escandinavo parece não encontrar respaldo na produção intelectual das duas correntes, tampouco no perfil de seus membros. Os escandinavos eram filósofos ou juristas treinados em filosofia, preocupados com a localização do direito no mundo real, ao passo que os americanos eram, em sua maioria, advogados ou professores de direito com preocupações mais cotidianas (Leiter, 2014, p. 951-952). O livro “Rumo a uma Ciência Realista do Direito” é um exemplo claro do que se afirma. Logo em suas primeiras páginas, Ross revela seu intuito de preservar a categoria “validade” como forma de circunscrever a especificidade do objeto “direito” em relação a outras formas de manifestação social. E isso, por evidente, não fazia parte dos propósitos manifestados pelos norte-americanos. De resto, Ross nunca rechaçou o fato notório de que juízes também podem decidir com base em motivações de ordem política, religiosa, entre outras. No entanto, o escandi-

navo também não afirmou que tais motivações seriam de ordem jurídica. Limitou-se a dizer que as motivações jurídicas se somariam às motivações não jurídicas no resultado decisório. O objeto da ciência do direito, portanto, resta preservado. E isso em função da categoria “validade”.

Ademais, na leitura de Waaben (2003, p. 669), a prognose rossiana sobre uma futura decisão judicial não representa em si o direito, mas apenas uma declaração sobre o direito. Em outras palavras: a prognose é apenas um útil recurso para detectar quais racionalizações normativas preexistentes são reconhecidas, aceitas e aplicadas como direito válido. Nada muito diferente da regra de reconhecimento cunhada por Herbert Hart (Leiter, 2014, p. 67-81; Ross e Olsen, 2011, p. 254).

Troper (2008, p. 54) ainda reporta uma suposta dificuldade de Ross em validar as normas jurídicas aplicadas judicialmente:

Outra dificuldade diz respeito às normas. Se estas são aplicadas pelos juízes, é necessário, evidentemente, que existam antes dessa aplicação e que, como admite Ross, eles as considerem obrigatórias. Contudo, se perguntarmos por que são consideradas obrigatórias, é preciso realmente responder que é por estarem em conformidade com uma norma superior e, então, retornamos ao esquema kelseniano.

Ora, a crítica do francês é completamente descabida. Que as normas preexistem à sua aplicação pelos juízes é um fato reconhecido pelo próprio Ross nas páginas em que critica o realismo americano (1961, p. 81-82). O mais grave, no entanto, é assumir o esquema formal kelseniano como o único possível para justificar a validade de uma norma. Como visto ao longo deste artigo, é absolutamente possível – e, na verdade, desejável – deduzir a validade normativa do plano empírico sem qualquer alusão a normas hierarquicamente superiores.

Nunca é demais dizer: para Ross, a ciência do direito apenas pode ser completa se manejada para explicar a relação entre a dogmática jurídica e as condições sociais em que essa dogmática finca raízes e é produzida (Ross e Olsen, 2011, p. 265). Em Ross, não há uma distinção absoluta entre ser e dever ser, como em Kelsen ou Hume, pois a validade em si mesma existe apenas como uma vivência, isto é, como uma prática social efetiva. Nesse contexto, o atributo de “efetividade” ou “vigência” da norma passa a depender principalmente da crença em sua validade por parte dos agentes públicos, da comunidade jurídica e até dos populares, cujo assentimento, no limite, é essencial para a manutenção da ordem. É a partir desse processo social que, segundo o dinamarquês, o magistrado identifica as normas jurídicas válidas.

## Referências

- HART, H. 1983. Scandinavian Realism. In: H. HART (ed.), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford/New York, Clarendon Press/Oxford University Press, p. 161-169.  
<http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198253884.003.0007>
- KOSKENNIEMI, M. 2003. Introduction: Alf Ross and Life beyond Realism. *European Journal of International Law*, 14(4):653-659.  
<http://dx.doi.org/10.1093/ejil/14.4.653>
- LEITER, B. 2014. Legal Realisms, Old and New. *Valparaiso University Law Review*, 47(4):67-81.
- ROSS, A. 1961. *Hacia una Ciencia Realista del Derecho – Crítica del Dualismo en el Derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 333 p.
- ROSS, A.; OLSEN, H. P. 2011. The 25<sup>th</sup> Anniversary of the Pure Theory of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 31(2):243-272.  
<http://dx.doi.org/10.1093/ojls/gqr003>
- TROPER, M. 2008. *A filosofia do direito*. São Paulo, Martins Fontes, 158 p.
- WAABEN, K. 2003. Alf Ross 1899-1979: A Biographical Sketch. *European Journal of International Law*, 14(4):661-674.  
<http://dx.doi.org/10.1093/ejil/14.4.661>

Submetido: 18/10/2015  
 Aceito: 11/12/2015