

gulada por uma norma pertencente a um sistema jurídico. Diz-se entre os juristas que uma relação, enquanto não for regulada pelo direito, é uma relação de fato. A recepção por parte do ordenamento jurídico – recepção esta que vem a atribuir a um dos dois sujeitos uma obrigação e ao outro um dever – transforma a relação de fato em jurídica. A relação entre um vendedor e um comprador é de natureza econômica; o que a torna jurídica é o fato do ordenamento jurídico atribuir aos seus dois sujeitos direitos e deveres. A relação de fidelidade entre os cônjuges é antes de tudo de natureza ética; torna-se jurídica quando o ordenamento transforma esta relação moral em uma relação geradora de direitos e obrigações juridicamente relevantes.

A conclusão que queremos tirar dessas considerações é que a teoria da instituição e a da relação não excluem, mas incluem a teoria normativa, o que equivale a dizer que a teoria normativa permanece válida não obstante a teoria da instituição e a da relação, - ou melhor, ela é o pressuposto de validade de ambas.

Pode-se somar ainda a consideração seguinte: as três teorias não se excluem entre si, e assim é estéril toda batalha doutrinária para fazer triunfar uma ou outra. Diria até mesmo que estas três teorias se integram utilmente. Cada uma põe em evidência um aspecto da multiforme experiência jurídica: a teoria da relação, o aspecto da *intersubjetividade*; a da instituição, o da *organização social*; a normativista, o da *regularidade*. Com efeito, a experiência jurídica nos coloca frente a um mundo de *relações* entre sujeitos humanos *organizados* estavelmente em sociedade mediante o uso de *regras* de conduta. Ocorre que dos três aspectos complementares, o fundamental é sempre o aspecto normativo. A intersubjetividade e a organização são condições *necessárias* para a formação de uma ordem jurídica; o aspecto normativo é a condição *necessária e suficiente*.

CAPÍTULO II

JUSTIÇA, VALIDADE E EFICÁCIA

Sumário: 9. Três critérios de valoração – 10. Os três critérios são independentes – 11. Possíveis confusões entre os três critérios – 12. O direito natural – 13. O positivismo jurídico – 14. O realismo jurídico.

9. TRÊS CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO

O estudo das regras de conduta, em particular das regras jurídicas, apresenta muitos problemas interessantes e atuais, não só da teoria geral do direito (sobretudo depois de Kelsen), mas também da lógica e da filosofia contemporânea. Este curso se propõe a enfrentar alguns destes problemas.

O primeiro ponto que, a meu juízo, é preciso ter bem claro em mente se quisermos estabelecer uma teoria da norma jurídica com fundamentos sólidos, é que toda norma jurídica pode ser submetida a três valorações distintas, e que estas valorações são independentes umas das outras. De fato, frente a qualquer

norma jurídica podemos colocar uma tríplice ordem de problemas: 1) se é justa ou injusta; 2) se é válida ou inválida; 3) se é eficaz ou ineficaz. Trata-se dos três problemas distintos: da *justiça*, da *validade* e da *eficácia* de uma norma jurídica.

O problema da justiça é o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico. Não tocamos aqui na questão se existe um ideal de bem comum idêntico para todos os tempos e para todos os lugares. Para nós, basta constatar que todo ordenamento jurídico persegue certos fins, e convir sobre o fato de que estes fins representam os valores a cuja realização o legislador, mais ou menos conscientemente, mais ou menos adequadamente, dirige sua própria obra. No caso de se considerar que existam valores supremos, objetivamente evidentes, a pergunta se uma norma é justa ou injusta equivale a perguntar se é apta ou não a realizar esses valores. Mas, também no caso de não se acreditar em valores absolutos, o problema da justiça ou não de uma norma tem um sentido: equivale a perguntar se essa norma é apta ou não a realizar os valores históricos que inspiram certo ordenamento jurídico concreto e historicamente determinado. O problema se uma norma é justa ou não é um aspecto do contraste entre mundo ideal e mundo real, entre o que deve ser e o que é: norma justa é aquela que deve ser; norma injusta é aquela que não deveria ser. Pensar sobre o problema da justiça ou não de uma norma equivale a pensar sobre o problema da correspondência entre o que é real e o que é ideal. Por isso, o problema da justiça se denomina comumente de problema *deontológico* do direito.

O problema da *validade* é o problema da *existência* da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor sobre ela ser justo ou não. Enquanto o problema da justiça se resolve com um juízo de valor, o problema da validade se resolve com um juízo de fato, isto é, trata-se de constatar se uma regra jurídica existe ou não, ou melhor, se tal regra assim determinada é uma regra jurídica. Validade jurídica de uma norma equivale à existência desta norma como regra jurídica. Enquanto para

julgar a justiça de uma norma, é preciso compará-la a um valor ideal, para julgar a sua validade é preciso realizar investigações do tipo empírico-racional, que se realizam quando se trata de estabelecer a entidade e a dimensão de um evento. Em particular, para decidir se uma norma é válida (isto é, como regra jurídica pertencente a um determinado sistema), é necessário com freqüência realizar três operações: 1) averiguar se a autoridade de quem ela emanou *tinha o poder legítimo para emanar normas jurídicas*, isto é, normas vinculantes naquele determinado ordenamento jurídico (esta investigação conduz inevitavelmente a remontar até a norma fundamental, que é o fundamento de validade de todas as normas de um determinado sistema); 2) averiguar se não foi *ab-rogada*, já que uma norma pode *ter sido* válida, no sentido de que foi emanada de um poder autorizado para isto, mas não quer dizer *que ainda o seja*, o que acontece quando uma outra norma sucessiva no tempo a tenha expressamente ab-rogado ou tenha regulado a mesma matéria; 3) averiguar se não é *incompatível* com outras normas do sistema (o que também se chama *ab-rogação implícita*), particularmente com uma norma hierarquicamente superior (uma lei constitucional é superior a uma lei ordinária em uma Constituição rígida) ou com uma norma posterior, visto que em todo ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas (assim como em um sistema científico duas proposições contraditórias não podem ser ambas verdadeiras). O problema da validade jurídica pressupõe que se tenha respondido à pergunta: o que se entende por direito? Trata-se, querendo adotar uma terminologia familiar entre os jusfilósofos, do problema *ontológico* do direito.

O problema da *eficácia* de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou. Que uma norma exista como norma jurídica não implica que seja também constantemente seguida. Não é nossa tarefa

aqui indagar quais possam ser as razões para que uma norma seja mais ou menos seguida. Limitamo-nos a constatar que há normas que são seguidas universalmente de modo espontâneo (e são as mais eficazes), outras que são seguidas na generalidade dos casos somente quando estão providas de coação, outras, ainda, que não são seguidas apesar da coação, e outras, enfim, que são violadas sem que nem sequer seja aplicada a coação (e são as mais ineficazes). A investigação para averiguar a eficácia ou a ineficácia de uma norma é de caráter histórico-sociológico, se volta para o estudo do comportamento dos membros de um determinado grupo social e se diferencia, seja da investigação tipicamente filosófica em torno da justiça, seja da tipicamente jurídica em torno da validade. Aqui também, para usar a terminologia doutra, se bem que em sentido diverso do habitual, pode-se dizer que o problema da eficácia das regras jurídicas é o problema *fenomenológico* do direito.

10. OS TRÊS CRITÉRIOS SÃO INDEPENDENTES

Estes três critérios de valoração de uma norma dão origem a três ordens distintas de problemas, e são independentes um do outro, no sentido em que a justiça não depende nem da validade nem da eficácia, a eficácia não depende nem da justiça nem da validade. Para mostrar estas várias relações de independência, formulemos as seis proposições seguintes:

1. Uma norma pode ser justa sem ser válida. Para dar um exemplo clássico, os teóricos do direito natural formulavam em seus tratados um sistema de normas advindo de princípios jurídicos universais. Quem formulava estas normas, considerava-as justas, porque as inferia de princípios universais de justiça. Mas estas normas, a não ser que fossem escritas em um tratado de direito natural, não eram válidas. Tornavam-se válidas apenas na medida em que eram acolhidas por um sistema de direito positivo. O direito natural pretende ser o direito justo por excelência, mas somente pelo fato de ser justo não é também válido.

2. Uma norma pode ser válida sem ser justa. Aqui não é preciso ir muito longe para buscar exemplos. Nenhum ordenamento jurídico é perfeito: entre o ideal de justiça e a realidade do direito há sempre um vazio, mais ou menos grande, dependendo dos regimes. Certamente o direito, que em todos os regimes de um certo período histórico e em alguns contemporâneos que consideramos civilmente ultrapassados, admite a escravidão, não é justo, mas nem por isso é menos válido. Não faz muitos anos vigoravam leis raciais que nenhuma pessoa racional estaria disposta a considerar justa e, não obstante, eram válidas. Um socialista dificilmente conceberá como justo um ordenamento que reconhece e protege a propriedade individual; assim como um reacionário dificilmente admitirá como justa uma norma que considere a greve lícita. E ainda, nem o socialista nem o reacionário terão dúvidas sobre o fato de que, em um ordenamento positivo como o italiano, tanto as normas que regulam a propriedade individual quanto as que reconhecem o direito de greve são válidas.

3. Uma norma pode ser válida sem ser eficaz. O caso mais clamoroso é sempre o das leis de proibição de bebidas alcoólicas nos Estados Unidos da América, que vigoraram durante vinte anos entre as duas guerras. Afirma-se que o consumo de bebidas alcoólicas durante o regime proibicionista não era inferior ao consumo do período imediatamente sucessivo, quando a proibição foi abolida. Certamente se tratava de leis “válidas”, no sentido que emanadas dos órgãos que tinham competência para tanto, mas não eram eficazes. Sem ir tão longe, muitos artigos da Constituição Italiana não foram até hoje aplicados. O que significa a tão freqüente deplorável desaplicação da Constituição? Significa que nos encontramos frente a normas jurídicas que, embora válidas, isto é, existentes enquanto normas, não são eficazes.

4. Uma norma pode ser eficaz sem ser válida. Há muitas normas sociais que vão sendo seguidas espontaneamente ou pelo menos habitualmente, isto é, são eficazes, como por exemplo, entre um certo círculo de pessoas, as regras da

boa educação. Estas regras, pelo simples fato de serem seguidas, não se tornam por isso regras pertencentes a um sistema jurídico, ou seja, não adquirem validade jurídica. Poder-se-ia objetar que o direito consuetudinário constitui um exemplo evidente de normas que alcançam validade jurídica, quer dizer, chegam a fazer parte de um sistema normativo, apenas através da eficácia. E o que é o uso constante, regular, generalizado, uniforme que se exige de um costume para que ele se torne jurídico, senão aquilo que chamamos de “eficácia”? Mas a esta objeção se pode responder que nenhum costume se torna jurídico só através do uso, porque o que o faz tornar-se jurídico, o que o insere no sistema, é o fato de ser acolhido e reconhecido pelos órgãos competentes desse sistema para produzir normas jurídicas, como o legislador ou o juiz. Enquanto for apenas eficaz, uma norma consuetudinária não se torna jurídica. Transforma-se em jurídica quando os órgãos de poder lhe atribuem validade, o que confirma que a eficácia não se transforma diretamente em validade, e portanto uma norma pode continuar a ser eficaz sem por isso se tornar jurídica.

5. Uma norma pode ser justa sem ser eficaz. Vimos que uma norma pode ser justa sem ser válida. Não devemos deixar de acrescentar que pode ser justa sem ser eficaz. Quando a sabedoria popular diz que “não há justiça neste mundo”, refere-se ao fato de que muitos são aqueles que exaltam a justiça com palavras, poucos são os que a transformam em ato. Em geral, uma norma para ser eficaz deve também ser válida. Se é verdade que muitas normas de justiça não são válidas, com maior razão não são nem mesmo eficazes.

6. Uma norma pode ser eficaz sem ser justa. O fato de uma norma ser universalmente seguida não demonstra sua justiça, assim como também, o fato de não ser absolutamente obedecida não pode ser considerado prova de sua injustiça. A derivação da justiça da eficácia poderia equiparar-se a um dos argumentos mais freqüentemente discutidos entre os jusnaturalistas, o chamado *consensus humani generis*, ou simplesmente *consensus omnium*. Perguntam-se os jusnaturalistas: pode-se

considerar como máxima de direito natural a que seja acolhida por todos os povos (alguns diziam “todos os povos civilizados”)? A resposta dos mais intransigentes era a negativa explícita e com razão, pois o fato de a escravidão, por exemplo, ter sido praticada por todos os povos civilizados em um certo período histórico não a transformava numa instituição conforme a justiça. A justiça é independente da validade, mas também independente da eficácia.

11. POSSÍVEIS CONFUSÕES ENTRE OS TRÊS CRITÉRIOS

Cada um dos três critérios até aqui examinados delimita um campo bem determinado de investigação para o filósofo do direito. Pode-se inclusive sustentar que os três problemas fundamentais, de que tradicionalmente se ocupa e sempre se ocupou a filosofia do direito, coincidem com as três qualificações normativas da justiça, da validade e da eficácia. O problema da justiça dá lugar a todas aquelas investigações que visam elucidar os valores supremos a que tende o direito, em outras palavras, os fins sociais, cujo instrumento mais adequado de realização são os ordenamentos jurídicos, com seus conjuntos de leis, de instituições e de órgãos. Nasce daí a filosofia do direito como *teoria da justiça*. O problema da validade constitui o núcleo das investigações que pretendem determinar em que consiste o direito enquanto regra obrigatória e coativa, quais são as características peculiares do ordenamento jurídico que o distinguem dos outros ordenamentos normativos (como o moral), e portanto, não os fins que devem ser realizados, mas os meios cogitados para realizar esses fins, ou o direito como instrumento de realização da justiça. Daí nasce a Filosofia do Direito como *Teoria Geral do Direito*. O problema da eficácia nos leva ao terreno da aplicação das normas jurídicas, que é o terreno dos comportamentos efetivos dos homens que vivem em sociedade, dos seus interesses contrastantes, das ações e reações frente à autoridade, dando lugar às investigações em torno da

vida do direito, na sua origem, no seu desenvolvimento, na sua modificação, investigações estas que normalmente são conexas a indagações de caráter histórico e sociológico. Daí nasce aquele aspecto da filosofia do direito que conflui para a *sociologia jurídica*.

Esta tripartição de problemas é hoje geralmente reconhecida pelos filósofos do direito e, ademais, corresponde em parte à distinção das três funções da filosofia do direito (*funções deontológica, ontológica e fenomenológica*) que tem se desenvolvido desde o início do século XX na filosofia do direito italiano, principalmente por obra de Giorgio Del Vecchio. Para dar uma prova do consenso geral sobre esta concepção tripartida da experiência jurídica, cito aqui o testemunho de três teóricos do direito contemporâneo, pertencentes a três países diversos e a três tradições culturais diferentes. Eduardo Garcia Maynez, professor da Universidade do México, seguidor do filósofo espanhol Ortega y Gasset e do seu “perspectivismo”, em um ensaio, *La Definición del Derecho - Ensayo de Perspectivismo Jurídico* [A Definição do Direito - Ensaio de Perspectivismo Jurídico (México, 1948)], diz que, por “direito”, se compreende geralmente três coisas: o *direito formalmente* válido, o *direito intrinsecamente* válido, o *direito positivo* ou *eficaz*. Com a primeira expressão entende aquelas regras de conduta que “a autoridade política considera como vinculantes em um determinado território e em uma determinada época”; com a segunda, pretende indicar o direito justo, isto é, as regulamentações das relações de coexistência entre os homens que mais correspondem ao ideal de justiça; com a terceira, indica aquelas regras de conduta que “determinam efetivamente a vida de uma sociedade em um determinado momento histórico”. Não precisamos fazer muito esforço para reconhecer, nestes três modos de compreender o direito, a distinção entre validade, justiça e eficácia. Como segundo testemunho, citamos Julius Stone, professor da Universidade de Sidney (Austrália), aluno do mais influente filósofo do direito de sua época, o americano Roscoe Pound. Stone, na sua obra de maior empenho, *The*

Province and Function of Law as Logic, Justice and Social Control [O Campo e a Função do Direito como Lógica, Justiça e Controle Social (Sidney, 1946)], sustenta que o estudo do direito, para ser completo, resulta destas três partes: 1) *jurisprudência analítica*, que é aquela que chamaremos de teoria geral do direito, ou seja, o estudo do direito do ponto de vista formal; 2) *jurisprudência crítica ou ética*, que compreende o estudo dos vários ideais de justiça e, portanto, do direito ideal nas suas relações com o direito real, e coincide com a parte da filosofia do direito que chamamos de teoria da justiça; 3) *jurisprudência sociológica*, que estuda, segundo a expressão preferida de Pound, não mais o direito nos livros (*law in books*), porém o direito em ação (*law in action*), e corresponde à sociologia jurídica enquanto estudo do direito vivente na sociedade. O terceiro testemunho obtemos com Alfred von Verdross, professor da Universidade de Viena, que segue orientação jusnaturalista. Em um artigo intitulado *Zur Klärung des Rechtsbegriffes* (Para o Esclarecimento do Conceito de Direito) de 1950, depois de ter distinguido acuradamente o problema da justiça do problema da validade, precisa que existem três modos diversos de considerar o direito, segundo seja observado no seu valor ideal (que é a justiça), no seu valor formal (que é a validade), ou na sua realização prática (que é a eficácia), e assim se exprime: “O sociólogo pode com seus meios compreender somente a eficácia do direito, o teórico do direito, só a forma do direito e a conexão intrínseca das normas positivas, enquanto o filósofo moral (o teórico do direito natural) se interessa unicamente pela justiça ética das normas jurídicas e pela sua obrigatoriedade interior” (pp. 98-99).

Nota-se que esta distinção de problemas não deve ser concebida como uma separação em compartimentos estanques. Quem desejar compreender a experiência jurídica nos seus vários aspectos deverá considerar que ela é a parte da experiência humana cujos elementos constitutivos são: ideais de justiça a realizar, instituições normativas para realizá-los, ações e reações dos homens frente àqueles ideais e a estas instituições. Os

três problemas são três aspectos diversos de um só problema central, que é o da melhor organização da vida dos homens em sociedade. Se insistimos sobre a distinção e a independência dos três valores, é porque julgamos prejudicial sua confusão e, sobretudo, consideramos que não se pode aceitar outras teorias que não fazem esta distinção claramente, e tendem, ao contrário, a reduzir ora um, ora outro dos três aspectos, aos outros dois, elaborando, como se costuma dizer, através de feio neologismo da linguagem filosófica, um “reducionismo”. Creio que se podem distinguir três teorias reducionistas, à crítica das quais dedico os últimos três tópicos deste capítulo.

Há uma teoria que *reduz a validade à justiça*, afirmando que uma norma só é válida se é justa; em outras palavras, faz depender a validade da justiça. O exemplo histórico mais ilustre desta redução é a doutrina do direito natural.

Uma outra teoria *reduz a justiça à validade*, quando afirma que uma norma é justa somente pelo fato de ser válida, isto é, faz depender a justiça da validade. O exemplo histórico desta teoria é dado pela concepção do direito que se contrapõe à naturalista, que é a concepção positivista (no sentido mais restrito e limitado do termo).

Finalmente, há uma teoria que *reduz a validade à eficácia*, quando tende a afirmar que o direito real não é aquele que se encontra, por assim dizer, enunciado em uma Constituição, ou em um Código, ou em um corpo de leis, mas é aquele que os homens efetivamente aplicam nas suas relações cotidianas: esta teoria faz depender, em última análise, a validade da eficácia. O exemplo histórico mais radical é dado pelas correntes consideradas realistas da jurisprudência americana e pelas suas antecipações no continente.

Consideramos que todas as três concepções estão viciadas pelo erro do “reducionismo”, que leva à eliminação ou, pelo menos, ao ofuscamento de um dos três elementos constitutivos da experiência jurídica e, portanto, a mutilam. A primeira e a terceira não conseguem ver a importância do problema da

validade; a segunda julga poder se livrar do problema da justiça. Em seguida, as examinaremos separadamente.

12. O DIREITO NATURAL

Não é nossa tarefa ilustrar um problema tão rico e complexo como o do direito natural. Aqui, a corrente do direito natural vem à tona apenas devido ao fato de que há uma tendência geral entre os seus teóricos de reduzir a validade à justiça. Poderíamos definir esta corrente de pensamento jurídico como aquela segundo a qual uma lei para ser lei deve estar de acordo com a justiça. Lei em desacordo com a justiça *non est lex sed corruptio legis*. Uma recente e exemplar formulação desta doutrina pode ser lida na seguinte passagem de Gustav Radbruch: “Quando uma lei nega conscientemente a vontade de justiça, por exemplo concede arbitrariamente ou refuta os direitos do homem, carece de validade... até mesmo os juristas devem encontrar coragem para refutar-lhe o caráter jurídico.”; e em outra parte: “Pode haver leis com tal medida de injustiça e de prejuízo social que seja necessário refutar-lhes o caráter jurídico... tanto há princípios jurídicos fundamentais mais fortes que toda normatividade jurídica, que uma lei que os contrarie carece de validade”; e ainda: “Onde a justiça não é nem mesmo perseguida, onde a igualdade, que constitui o núcleo da justiça, é conscientemente negada em nome do direito positivo, a lei não somente é direito *injusto* como carece em geral de juridicidade. [*Rechtsphilosophie (Filosofia do Direito)*, 4ª ed., 1950, pp. 336-353].

A esta abordagem do problema da relação entre justiça e direito nós responderíamos: que o direito corresponda à justiça é uma exigência, ou se quisermos, um ideal a alcançar que ninguém pode desconhecer, mas não é uma realidade de fato. Ora, quando nos colocamos o problema do que é o direito em uma dada situação histórica, nos questionamos sobre o que é de fato direito e não sobre o que queríamos que ele fosse ou o que deveria ser. Mas, se nos perguntarmos o que de fato é o