

## DIREITO E JUSTIÇA NA TEORIA DE ALF ROSS – BREVE ANÁLISE

**Juliana Almenara Andaku**

Procuradora da Fazenda Nacional,  
mestre em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RESUMO: O artigo busca analisar os principais conceitos estudados pelo jurista dinamarquês Alf Ross em seu Livro *Direito e Justiça*, em especial suas definições sobre o ordenamento jurídico, direito, moral, norma, validade, vigência, direito subjetivo e justiça. Ao interpretar a teoria de Alf Ross, foram utilizadas as doutrinas de outros juristas, de modo a tornar ainda mais claro o resumo desta obra fundamental para a compreensão da teoria do autor dinamarquês.

PALAVRAS-CHAVE: Conceito. Norma. Direito. Justiça. Alf Ross. Realismo.

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

No livro, o autor busca realizar uma análise jusfilosófica (pois a expressão filosofia do direito sugere um domínio de investigação sistematicamente restrito), dirigindo sua atenção para a ciência do direito e para a sociologia do direito, no caso restringindo-se aos problemas da política judiciária<sup>1</sup>.

O ordenamento jurídico nacional é um corpo integrado de regras que determina as condições sob as quais a força física será exercida contra uma pessoa. Deste modo, estabelece um aparato de autoridades públicas, como os tribunais e os órgãos executivos, cuja função consiste em ordenar e levar a cabo o exercício da força em casos específicos. Em resumo: o ordenamento jurídico nacional é conjunto de regras para o estabelecimento e funcionamento do aparato da força do Estado<sup>2</sup>.

Seguindo o ponto de vista realista adotado por Ross, o direito e o poder não são visto como opostos. Considerando o poder social como a possibilidade de dirigir as ações de outros seres humanos, o direito é visto como instrumento de poder, sendo uma relação de poder aquela entre os que decidem o que será direito e os que estão submetidos a esse direito. O poder, então, é algo que funciona por meio do direito. O poder político é o poder exercido mediante a técnica do direito ou mediante o aparato do Estado, que é um aparato para o exercício da força. Mas a função deste aparato está condicionada por fatores ideológicos, a consciência jurídica formal. Deste modo, todo poder político é competência jurídica<sup>3</sup>.

A diferença entre direito e moral pode ser notada pelos seus efeitos na vida social. O direito é um fenômeno social, uma ordem integrada comum que busca o monopólio da força. Deste modo, é sempre uma ordem para a criação de uma comunidade que busca a manutenção da paz. Todo ordenamento jurídico, qualquer que seja seu conteúdo, é produtor da paz, ainda que não passe da paz da prisão. Já a moral é um fenômeno individual, podendo unir ou separar as pessoas. Como

---

<sup>1</sup> ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Bauru: Edipro, 2003. p. 49-51.

<sup>2</sup> Ibid., p. 58.

<sup>3</sup> Ibid., p. 84.

resume o autor, "idéias morais conflitantes, por certo, podem constituir uma fonte de discórdia do tipo mais profundo, mais perigoso e menos confortável".<sup>4</sup>

Ao analisar o livro *Teoria Pura do Direito*, Ross critica a posição de Kelsen de afirmar que o critério do direito positivo é a efetividade e que a hipótese inicial apenas cumpre a função de outorgar validade ao direito, sendo esta exigida pela interpretação metafísica da consciência jurídica, embora ninguém saiba no que consiste tal validade. Deste modo, Kelsen, desde o início da *Teoria Pura do Direito*, ao fazer a validade de uma norma derivar da validade de outra, impediu sua teoria de trabalhar com a relação entre o conteúdo ideal normativo e a realidade social, relação esta que, para Ross, é o cerne do problema da vigência do direito<sup>5</sup>.

Para Tércio Ferraz:

[...] levanta-se contra Kelsen a objeção de excesso de formalismo. Ross acusa-o de reduzir a validade de uma categoria formal do pensamento. Para encontrar a validade das normas, diz ele, é preciso recorrer a uma hierarquia de normas, o que conduz Kelsen a uma norma básica – 'grundnorm' – acima da própria constituição, cuja única função é outorgar-lhe validade, validando, assim, todo o conjunto. A norma básica ou norma fundamental é mera hipótese (do pensamento dogmático), desprovida de qualquer conteúdo ético ou empírico. Uma norma é válida no interior de um ordenamento válido, cuja validade repousa no postulado de que esta ordem possui validade. A explicação é idealista e formal: o ordenamento é válido porque teoricamente o postulamos como válido!<sup>6</sup>

Já as teorias realistas do direito interpretam a vigência do direito em termos de efetividade social das normas jurídicas. O realismo psicológico, defendido por Olivecrona, descobre a realidade do direito nos fatos psicológicos. Deste modo, uma norma é vigente se é aceita pela consciência jurídica popular. Em certa medida, o realismo ideológico se assemelha ao idealismo formal de Kelsen, pois em ambos a validade do direito é derivada dedutivamente da Constituição e da hipótese inicial. Todavia, enquanto Kelsen considera a ideologia constitucional como uma hipótese normativa autônoma em abstrato e dissociada da realidade social, Olivecrona afirma que a ideologia é o conteúdo de concepções psicológicas reais que existem na mente dos seres humanos<sup>7</sup>.

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

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

---

<sup>4</sup> ROSS, Alf, op. cit., p. 90.

<sup>5</sup> ROSS, Alf, op. cit., p. 92/94.

<sup>6</sup> Ferraz Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 181/182.

<sup>7</sup> ROSS, Alf, op.cit., p. 98.

suficiente, pois é impossível prever a conduta do juiz por meio de uma observação puramente externa do costume<sup>8</sup>.

Para Ross, portanto, só é possível formular uma interpretação da vigência do direito por meio de uma síntese do realismo psicológico e do realismo comportamental. Em resumo, a opinião do autor:

é comportamentista na medida em que visa a descobrir consistência e previsibilidade no comportamento verbal externamente observado do juiz; é psicológica na medida em que a aludida consistência constitui um todo coerente de significado e motivação, somente possível com base na hipótese de que em sua vida espiritual o juiz é governado e motivado por uma ideologia normativa cujo conteúdo nós conhecemos.<sup>9</sup>

Para Alaôr Caffé Alves, pode-se dizer que, na teoria de Ross, a vigência jurídica é o resultado do encontro do fator comportamental, ou seja, a conduta dos tribunais ao exercerem a força contida nas regras de direito, com o fator psicológico, o sentimento de obrigatoriedade social que deriva deste comportamento judicial.

Analisando a teoria das fontes do direito, Ross explica as três teorias com maior relevância na época. No continente europeu, havia o predomínio da doutrina positivista, segundo a qual em toda comunidade existe uma vontade soberana, que é a fonte suprema de toda a validade jurídica. A expressão desta vontade, o direito legislado, é a fonte suprema. Ao seu lado, só o costume também é admitido como fonte, pois é reconhecido como tal pelo legislador. Já a teoria jusnaturalista entendia que a fonte de validade do direito é a idéia de direito ou a idéia de justiça, como princípio racional *a priori*. O direito legislado, neste caso, somente possui força obrigatória na medida em que é uma realização, ou uma tentativa de realização, da idéia do direito. Para a terceira corrente, a escola romântica ou histórica do direito, a fonte fundamental da força do direito provém da consciência jurídica popular revelada na história e na vida de uma nação. O costume, como espelho do espírito popular, é fonte suprema do direito para esta teoria, sendo a legislação somente uma tentativa de conceitualizar a consciência jurídica do espírito do povo<sup>10</sup>.

No capítulo IV, Ross analisa a doutrina da interpretação do direito, que tradicionalmente se subdivide entre as teorias subjetiva e objetiva. De acordo com a primeira, a finalidade da interpretação é descobrir a vontade do legislador. Segundo a teoria objetiva, a lei é considerada como uma manifestação objetiva da mente que, uma vez formulada, possui existência própria e deve ser compreendida unicamente com base naquilo que ela contém. Deste modo, as palavras e não a vontade que está por trás dela constitui o juridicamente obrigatório, sendo este o objeto de toda a interpretação. Esta distinção, segundo Alf Ross, é falsa, pois refere-se, na verdade, aos elementos de interpretação que são levados em consideração, ou seja, distinguindo-se as teorias pela importância que cada uma atribui à história da sanção da lei. Esse problema não pode ser resolvido com base em idéias metafísicas que discutem se a força obrigatória do direito emana da vontade ou da palavra. É possível analisar as vantagens de um ou outro ordenamento, mas, levando-se em conta um sistema jurídico vigente, é questão fática saber se os tribunais seguem um estilo de interpretação subjetiva ou objetiva<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> ROSS, Alf, op. cit., p. 99.

<sup>9</sup> Ibid., p. 100.

<sup>10</sup> Ibid., p. 132-134.

<sup>11</sup> Ibid., p. 187.

No estudo das relações jurídicas, normalmente sua análise consiste numa mera subdivisão dos conceitos correlativos de dever e direito. Esta análise, segundo nosso autor, é insatisfatória, por três motivos. Em primeiro lugar, porque não se percebe que o tema da análise é, na realidade, a linguagem do direito, sendo as diferentes modalidades simples veículos lingüísticos para expressar as diretivas contidas nas regras jurídicas. Em segundo lugar, a divisão direito/dever é demasiadamente superficial, pois o termo direito (em sentido subjetivo) abrange conceitos heterogêneos como faculdade, liberdade, poder e imunidade, não se distinguindo entre dever e as outras modalidades passivas. Por último, é um erro entender o direito como correlato de um dever, visto que o direito é um conceito sistemático no qual estão unidas muitas regras jurídicas, abarcando a idéia de uma coleção de efeitos jurídicos, cada um dos quais pode ser expresso nas modalidades comuns. Deste modo, as modalidades jurídicas devem ser interpretadas segundo a sua função, sempre tendo em mente a idéia de que, na realidade, elas são apenas ferramentas da linguagem do direito<sup>12</sup>.

No capítulo VI, Ross afirma que o conceito de direito subjetivo não corresponde, em absoluto, a uma realidade que apareça entre os fatos condicionantes e as conseqüências jurídicas, não possuindo qualquer valor a discussão se o direito subjetivo, em sua essência, é interesse, vontade ou uma terceira modalidade. Por trás das diversas idéias de uma essência substancial, ocultam-se diferentes pontos na situação típica de direito subjetivo, como a vantagem factual determinada pela restrição da liberdade alheia, o poder de instaurar processos e a competência da alienação. Assim, as dificuldades de cada teoria nascem do fato de que as funções, que estão integradas nas situações típicas, surgem fragmentadas entre sujeitos diferentes nas situações atípicas<sup>13</sup>.

Como bem explica Tércio Ferraz, ao analisar o uso dogmático da expressão direito subjetivo:

Ross assinala que sua função primeira é a de um instrumento teórico que permite apresentar situações reguladas por normas de uma forma operacional. Assim, quando dissemos que um indivíduo tem legitimamente o direito sobre uma propriedade significamos que há um fato condicionante de uma série de conseqüências, tudo regulado na forma de normas: assim possuir como algo seu uma casa significa que a situação está regulada por normas que protegem o uso e o gozo do objeto, que obrigam ao pagamento de tributos, que autorizam o recurso aos tribunais em caso de turbação, que exigem registro em órgãos públicos etc. Quando este indivíduo vende sua propriedade e transfere seu direito, todas aquelas normas passam a incidir sobre a situação e um outro indivíduo. Assim, a expressão 'transferir o direito de propriedade' funciona como uma espécie de abreviatura teórica que evita o trabalho insano de descrever todas as normas incidentes sobre a situação.<sup>14</sup>

Na divisão fundamental do direito, o principal esteio da classificação sistemática jurídica é a distinção entre direito público e direito privado, ainda que exista grande divergência sobre a maneira de realizar a divisão e sobre sua importância. Há duas teorias principais que tratam deste tema, a teoria dos interesses e a teoria dos sujeitos. Segundo a primeira, a diferença maior entre o direito privado e o público tem sua raiz no propósito das normas jurídicas, isto é, nos interesses humanos que elas visam proteger. Contudo, não é possível dividir o direito em duas partes segundo os seus propósitos, porque eles não são opostos

---

<sup>12</sup> ROSS, Alf, op. cit., p. 200-201.

<sup>13</sup> Neste capítulo, Ross analisa as teorias sobre direito subjetivo de Lundstedt, Duguit, Demogue, Nékám, Bekker, Ihering e Windscheid. *Direito e justiça* cit., p. 221/223.

<sup>14</sup> Ferraz Jr., Tércio Sampaio, op. cit., p. 151.

coordenados ao direito, mas somente duas maneiras de olhar a mesma coisa. Todo direito possui interesse público, mas considerado do ponto de vista das conseqüências jurídicas específicas, cada parte do direito se ocupa somente de interesses individuais. Já a teoria dos sujeitos entende que o direito público e o direito privado distinguem-se pelos sujeitos das relações jurídicas (público ou privado). Esta idéia, entretanto, de que o direito público se refere às relações jurídicas entre as autoridades públicas e os cidadãos, é insustentável, pois não distingue, por exemplo, o direito penal da responsabilidade por atos ilícitos civis, não enquadra as regras da legislatura, as leis processuais sobre a prova e o peso desta, entre outros casos<sup>15</sup>.

O capítulo IX trata dos fatos operativos, ou seja, os fatos relevantes pra a decisão judicial. O direito pode fazer com que quase todas as circunstâncias imagináveis sejam fatos operativos, sempre que possam ser descritos em linguagem cotidiana. Ross entende que alguns fatos operativos são descritos como condições (estado de coisas) que incluem qualidades de pessoas ou de coisas, enquanto outros fatos operativos são descritos como acontecimentos, isto é, como mudanças numa condição existente. Alguns fatos operativos são meramente fatuais, como o nascimento ou a morte, outros fatos estão juridicamente condicionados, o que significa que são definidos em relação ao direito. No âmbito dos atos jurídicos que consistem em ocorrências, é importante distinguir entre eventos e atos, pois somente os atos suscitam os problemas relativos à capacidade mental, como culpa e outras circunstâncias psicológicas que condicionam a conseqüência jurídica. Dentro da categoria dos atos, pode-se encontrar:

ações fatuais e atos jurídicos. Estes, também denominados disposições, consistem em comunicações lingüísticas cujo efeito jurídico está determinado pelo conteúdo da própria comunicação e que são, por isso, instrumentos adequados à atividade humana consciente dirigida para a criação do novo direito.<sup>16</sup>

Ao buscar definir o conceito de justiça, Ross afirma que as palavras justo e injusto têm sentido quando empregadas para caracterizar a decisão tomada por um juiz, ou por qualquer outra pessoa que deve aplicar um determinado conjunto de regras. Dizer que a decisão é justa significa que ela foi elaborada de um maneira regular, isto é, em conformidade com a regra ou sistema de regras vigentes. Neste sentido, qualquer conduta pode ser considerada reta se estiver em harmonia com regras pressupostas, jurídicas ou morais. Contudo, empregadas para caracterizar uma regra geral ou um ordenamento, as palavras justo e injusto carecem de significado. A justiça não é uma orientação para o legislador, já que, na verdade, é impossível extrair da idéia formal de igualdade qualquer tipo de exigência relativa ao conteúdo da regra ou do ordenamento jurídico. Empregadas neste sentido, as palavras não têm qualquer significado descritivo. Segundo Ross, uma pessoa que sustenta que certa regra ou conjunto de regras é injusto não indica nenhuma qualidade discernível das regras, não apresenta nenhuma razão para sua atitude. Há simplesmente a manifestação de uma expressão emocional, pois a afirmação "sou contra essa regra porque ela é injusta" somente quer dizer que "esta regra é injusta porque sou contra ela"<sup>17</sup>.

Analisando o papel da ciência e da política na teoria geral do direito, Ross conclui que a teoria política tem sido analisada somente à luz do absolutismo filosófico e do racionalismo. A ação política é considerada um problema relacionado com a discussão política, isto é, busca-se encontrar uma maneira de determinar, em relação aos princípios racionais, qual é a ação correta. O absolutismo e o racionalismo caracterizaram a teoria e a prática, os filósofos e os políticos, juristas

---

<sup>15</sup> ROSS, Alf, op. cit., p. 249/251.

<sup>16</sup> Ibid., p. 256.

<sup>17</sup> Ibid., p. 314/321.

e leigos. Deste modo, as ideologias políticas têm sido proclamadas e aceitas como verdades racionais, e a argumentação da política jurídica assumiu a forma de deduções, que partem das verdades eternas da justiça e do direito natural. A teoria política, assim, continua sob uma roupagem metafísica. Mesmo as tentativas de fundamentar a discussão política em uma base científica, não obtiveram suporte metodológico numa teoria básica da natureza da argumentação prática, de sua função e de sua mecânica. Ross argumenta que a discussão política deve basear-se no ponto de vista fundamental de que ela não se dá no plano da lógica e, portanto, não se busca provar verdades. Deve-se analisá-la no plano psicológico-tecnológico<sup>18</sup>.

A política jurídica abrange, na prática, quatro elementos, segundo Alf Ross: os problemas especificamente técnico-jurídicos de natureza sociológico-jurídica (política jurídica em sentido próprio); os outros problemas políticos estreitamente ligados àqueles na prática, que, por sua índole, pertencem ao campo profissional de outros especialistas; a atividade de pesar considerações e decidir como árbitro dos especialistas; e a formulação lingüística da decisão, numa linguagem jurídica aceitável e que se harmoniza com as normas existentes. A política jurídica serve de guia para o legislador, mas também para as autoridades que administram o direito, em particular, os juízes. A interpretação doutrinária, baseando-se nas premissas de atitude adotadas pelo nosso autor, é uma asserção teórico-jurídica sobre a maneira como os tribunais terão de reagir com toda probabilidade, ou um conselho jurídico-político que indica ao juiz como ele deve reagir<sup>19</sup>.

A primeira tarefa da política jurídica é a enunciação de premissas, ou seja, estudar os objetivos e atitudes que, de fato, predominam nos grupos sociais influentes e determinantes para os órgãos legislativos. Deve-se analisar as diversas ideologias e plataformas políticas, bem como os interesses dos diversos grupos sociais, buscando as premissas em nível mais elevado, na tradição cultural, no corpo de idéias compartilhadas relativamente permanentes. O problema da política jurídica é um problema de ajuste, pois ela aponta para uma mudança nas condições existentes, mas nunca para uma reformulação radical do direito. O espírito com que se deve empreender esta investigação é decisivo. O investigador precisa ser consciente de que suas diretivas político-jurídicas devem estar necessariamente baseadas em fatos e em atitudes pressupostas, devendo as premissas emocionais ser eleitas de forma objetiva e nunca como expressão de seu próprio credo ou vontade<sup>20</sup>.

A segunda tarefa da política jurídica é a formulação de conclusões. Assim, após a investigação político-jurídica, pode-se descrever os fatos sociais e definir as correlações sociais causais, que são operativas em relação às premissas, podendo o investigador formular conclusões sob a forma de diretivas ao legislador ou ao juiz. Estas diretivas práticas significam, em princípio, uma indicação sobre a maneira na qual se supõe que o legislador ou o juiz atuará com base em suas atitudes, supondo-se que aceite as crenças operativas colocadas diante dele. Neste caso, deve-se lembrar de incluir também o efeito produzido pelos argumentos formulados, que podem alterar algumas das atitudes prévias do legislador que eram condicionadas por crenças insustentáveis<sup>21</sup>.

Ao concluir o seu livro, Ross argumenta que a consciência jurídica deve desempenhar um papel decisivo quando as considerações práticas estão ausentes. Os argumentos práticos podem faltar, seja porque o ordenamento jurídico é indiferente às considerações práticas determinadas pelo interesse, seja porque o atual conhecimento das relações sociais não permite formar opiniões bem fundadas

---

<sup>18</sup> ROSS, Alf, op. cit., p. 374.

<sup>19</sup> Ibid., p. p. 379-380.

<sup>20</sup> Ibid., p. 382-384.

<sup>21</sup> Ibid., p. 385-386.

a respeito das conseqüências sociais das possíveis soluções, não sendo possível, por isso, realizar uma escolha racionalmente justificada entre essas soluções. Nestes casos, a consciência jurídica deve assumir o papel diretor, guiando as escolhas por meio da tradição jurídica e cultural existente na sociedade<sup>22</sup>.

A tarefa da política jurídica nesses campos consiste em lograr um suave ajuste do direito às condições técnicas e ideológicas modificadas, com a consciência jurídica como estrela polar. É mister preservar a continuidade da tradição jurídica e tentar, ao mesmo tempo, satisfazer novas aspirações. É claro, a configuração mais detalhada da consciência jurídica em regras de direito manejáveis tem que atender a considerações técnicas fundadas em conhecimento sociológicos ou em cálculos. O respeito à tradição e à consciência jurídica explicam porque o ponto de vista dos advogados é profissionalmente conservador. Este ponto de vista se justificava particularmente outrora, já que considerações ideológicas, fundadas no direito natural ou em conceitos históricos, reinavam de forma quase suprema. O papel do jurista como homem político jurídico é atuar, na medida do possível, como um técnico racional; neste papel ele não é nem conservador, nem progressista. Como outros técnicos, simplesmente coloca seu conhecimento e habilidade à disposição de outros, em seu caso aqueles que seguram as rédeas do poder político.<sup>23</sup>

## NOTAS DE REFERÊNCIAS

FERRAZ JR., Tércio Sampaio, **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OLIVECRONA, Karl. **El derecho como hecho**, Bueno Aires: Roque Depalma, 1959.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Bauru: Edipro, 2003.

ROSS, Alf, **Ret som teknik, kunst og videnskab**, Copenhague: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.

---

<sup>22</sup> ROSS, Alf, op. cit., p. 426.

<sup>23</sup> Ibid., p. 429-430.