



KARL OLIVECRONA E A LINGUAGEM DO DIREITO

KARL OLIVECRONA AND THE LANGUAGE OF LAW

Rodrigo Martiniano Tardeli¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Realismo Jurídico como Conexão não voluntarista do direito. 2. Crítica da teoria da vontade. 3. As normas jurídicas como “Imperativas Independentes”. 4. Linguagem jurídica e realidade. Conclusão. Referências.

Introdução

Knut Hans Karl Olivecrona (1897-1980) foi um importante jusfilósofo sueco. Filho e neto de juristas, estudou em Uppsala, onde foi aluno de Axel Hagerstrom, o pai da corrente conhecida como “realismo escandinavo”. Foi professor de direito processual e filosofia do direito na Universidade de Lund, também na Suécia. Em 1939, publica a primeira edição de sua mais importante obra “*Law as Fact*”, que o colocou definitivamente entre os grandes nomes da filosofia do direito contemporânea.

Neste artigo, apresentamos algumas ideias de Olivecrona, principalmente a concernentes à concepção voluntarista do Direito, uma crítica à teoria da vontade, as normas como imperativos (ponto central de sua filosofia do direito) e alguns aspectos do Realismo no que tange à linguagem jurídica.

Para a nossa tradição mais baseada em Kelsen do que em outro jusfilósofo, este artigo pode ser vir como ponto introdutório a pesquisas mais avançadas, para se ampliar a cultura jurídica e as possibilidades de discussão. Entretanto, existem pontos de

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho – Uninove.



semelhança e dessemelhança entre Kelsen e Olivecrona: (i) ambos compartilham do entende-se por força: (a) monopólio institucionalizado do uso da violência legítima pelo Estado; (b) ambos afirmam pela independência entre Direito e Moral, todavia sugerem caminhos diversos. Por um lado, Kelsen afirma a possibilidade de um caminho normativo, indene de valoração, senão que afirma pelo conjunto de normas válidas e justificadas unicamente por sua validade, enquanto dinâmica e estática. Norma é válida, se (i) existir no espaço e tempo; (ii) remissão da norma e sua norma superior e (iii) mínimo de eficácia. De outro lado, Olivecrona afirma pela não possibilidade de cognição da norma jurídica. Não há um mundo do dever-ser, senão que tal categoria “dever-ser” remete-se a dois fins: declaração do estado de emoção de quem enuncia e tentativa de influenciar na conduta do receptor deste enunciado.

1. O realismo jurídico como conexão não voluntarista do direito. “Goodbye to positive law” (Adeus ao direito positivo)

A qualificação de positivo que o positivismo jurídico atribui ao direito (e que ao mesmo tempo serve para definir o movimento) na realidade, segundo o autor, tem um significado que não teve nenhum ponto de vista positivo, se com este fim se entende “empírico” e “não metafísico” é dizer que não transcende o mundo espaço-temporal. Assim. A locução “direito positivo” deriva do direito imposto onde se esconde, inevitavelmente, como se pode facilmente constatar mediante um estudo histórico de seu desenvolvimento, a ideia de uma vontade que a estabelece e sua consequência, a ideia de um sujeito titular de tal vontade.

O positivismo jurídico é uma concepção voluntarista do direito, e o voluntarismo, frisa o autor, é seu vício de origem e a causa principal de sua falta de fundamento.

2. A crítica à teoria vontade (“will-theory”)

A crítica à teoria voluntarista foi desenvolvida por Olivecrona a partir da análise de Hagerstrom, que resultou em algo mais simplificada.



O argumento principal da crítica é: não existe nenhum tipo de “law-giving authority” (autoridade da lei), que seja independente do ordenamento jurídico e que, como tal, possa ser considerada anterior ao direito. Os casos que se apresentam são três:

a) A autoridade do feito como fonte do direito: segundo a teoria de Bentham e de Austin, a autoridade como fonte do direito estaria constituída por aquele indivíduo ou grupo de indivíduos que possuir o poder de feito interno de um determinado grupo social; sem dúvida a funcionalidade de qualquer poder depende da existência de uma ordem. Organização significa “um conjunto de regras em que membros sentem como vinculadas e seguem de forma mais ou menos contínua.”² De tal maneira, cada vez que se fala em soberano (soberania), faz-se referência indireta a algumas normas constitucionais que regulam o exercício do poder. Por tal motivo, a Constituição não pode ser a expressão da vontade das pessoas que dependem das normas constitucionais para poder exercer, com efeitos práticos e concretos, sua atividade legislativa³.

“É verdade que toda sociedade moderna existe um grupo detentor do poder que tem em suas mãos o aparato do governo e da legislação. Sem dúvida, esta posição apoia-se na existência de um efetivo ordenamento social, determinado por um conjunto de normas, mais ou menos reconhecidas e obedecidas.”⁴

Segundo a teoria de Bentham e de Austin, o respeito à lei é constituído pela tendência geral à obediência em relação com aqueles que detenham o poder, porém na realidade nós sentimos legalidade não em relação às pessoas que eventualmente a detenha, mas com

² OLIVECRONA, *La struttura dell'ordinamento giuridico*. Milano, 1972, p. 115

³ Idem, p. 116

⁴ Idem, p.118



relação às próprias instituições. Não se pode confundir a possibilidade que os governantes têm de modificar a legislação existente e de introduzir novas normas, com a existência de ordenamento jurídico que é anterior e que é a condição para o trabalho do legislador.

b) “O estado como fonte do direito”. Posto que atualmente as comunidades estão organizadas como estados, sustenta-se que o Estado é a fonte do direito. Sem dúvida, o Estado, assim como qualquer outro tipo de organização, supõe um ordenamento jurídico, ou melhor, “o estado e o direito são coexistentes e mutuamente interdependentes”.⁵ Por outro lado, o Estado aparece na história das organizações humanas, muito mais tarde que o direito. O direito consuetudinário pareceu durante muito tempo o estado e, todavia, hoje a legislação estatal está formada por um número igual de normas que nasce de maneira diferente.

c) “O povo como fonte do direito” Com relação à esta hipótese é necessário que se tenha presente que o povo, quando quer participar deve estar organizado. O povo atua por meio de seus representantes e, para que haja organização e representantes, é necessário que existam normas. “O povo não existe sem lei”⁶. Se não existe uma autoridade da lei independente e preexistente ao direito, é evidente que este não pode ser considerado como o conjunto de seus mandatos e declarações de vontade. Esta afirmação faria supérflua qualquer outra crítica à teoria da vontade tendente a demonstrar como as normas jurídicas não são nem mandatos (mandamentos), nem manifestações, nem expressões de vontade. Para poder entender as razões desta segunda parte da crítica à teoria voluntarista do direito, parece-me oportuno proceder ao exame da natureza das normas jurídicas, segundo Olivecrona.

⁵ Idem, p. 119

⁶ OLIVECRONA. *Law as fact*. 1947, p. 73



3. As normas jurídicas como “imperativas independentes”

O objetivo da atividade legislativa é influenciar na conduta dos homens. As normas são representações imaginárias de ações e de situações, ou seja, ações que o legislador quer que sejam cumpridas pelas pessoas (cidadãos ou juízes) que se encontrem numa situação determinada. Olivecrona fala de “padrões de comportamento”, de linhas de conduta que constituem o elemento ideal (imaginativo) das regras jurídicas, ou seja, segundo o termo introduzido por Olivecrona na segunda edição de “Law as fact”, o “ideatum”⁷ (“ideatum” é diferente dos elementos: o “requisitum”, ou seja, a representação das situações em que se encontram pessoas que estariam obrigadas a uma determinada ação e o “agendum”, ou seja, a representação da dita ação.

Ademais do “ideatum” é de grande importância a “forma” como as representações são descritas. Faz-se na forma imperativa, faz-se com a linguagem do “tu deves” ou com a linguagem do “deve-se”. Desta forma o autor cunha o termo “imperatum”. Sustenta que é a forma imperativa a que induziu, equivocadamente a afirmar que as normas são mandatos são habitualmente entendidos em determinado sentido). Ainda afirma que nem todas as expressões na forma imperativa são mandatos e que, ademais, estes últimos não são (nunca) expressões ou manifestações de vontade.

Começamos por este último ponto. Se os mandatos fossem declarações de vontade, poderiam ser expressas na forma assertiva, sem alterar o significado. Sem dúvida, é claro que o significado de “feche a porta”, é substancialmente diferente do significado de “neste momento sinto o desejo de que você feche a porta”. No primeiro caso não estamos frente a um juízo de fato, mas frente a um enunciado dirigido a suscitar a concordância prática a provocar como repostas, nos termos de Hare, um “sim, farei”. No segundo caso, ao contrário, estamos frente a um juízo de fato, ou seja, um

⁷ OLIVECRONA. *La struttura dell'ordinamento giuridico*, p.156



enunciado endereçado a transmitir conhecimento a suscitar a concordância teórica, um “sim, é verdade”. Certamente uma simples declaração de vontade poderia produzir efeitos práticos, mas não teve esse efeito objetivo e não se pode afirmar que eventual efeito prático será verificado.

Se as normas não são expressões ou declarações de vontade, falta-nos responder a dúvida sobre se as normas são (ou não) mandatos. Com relação a este segundo ponto, novamente a resposta é negativa. Os mandatos atuam diretamente sobre a vontade exercendo um forte poder de sugestão, ou seja, tendem a suscitar, diria Hagerstrom um impulso ou uma constrição a atuar em conformidade com a ideia de uma certa ação.

Olivecrona retorna de forma explícita a argumentação de Hagerstrom sobre a natureza das ordens. Em particular, afirma que o mandato tende a suscitar no destinatário um impulso incondicionado a atuar, ou seja, um impulso desvinculado da perspectiva de um prêmio ou de um castigo, o que é precisamente a dita perspectiva a que no mais das vezes faz o “background” às disposições pré-fabricadas para a obediência. Típico exemplo é o adestramento militar. Os mandatos consistem numa expressão de vontade de por parte do sujeito em relação ao comportamento de outro sujeito, que tende a transmitir o impulso de cumprir uma determinada ação. Para obter tal propósito é muito importante o tom, a energia e o comportamento como qual o mandato se pronuncia, assim como e, sobretudo, e uma posição de subordinação do destinatário em relação com quem comanda. Neste ponto entram em jogo diferentes fatores, como a superioridade física ou intelectual, as habilidades particulares de um indivíduo, o posto que ocupa na sociedade, a fé na capacidade carismática de uma pessoa ou em sua especial investidura reconhecida por uma autoridade sobre humana e, mais, mesmo que neste caso encontram-nos no âmbito de uma organização bem articulada (por exemplo a militar), um específico condicionamento à disciplina. O mandato implica sempre uma relação pessoal, entre dois sujeitos. Sem dúvida, creia seja possível estabelecer uma graduação progressiva que parte do caso mais simples no qual o mandato é obedecido quando o sujeito de quem emana é fisicamente mais forte (e neste caso que o medo conserva toda a importância incluído o nível consciente),



passando à sugestão exercida por causa da superioridade social de quem comanda (maior riqueza, superioridade de status etc) até a baseada numa relação de autoridade (por exemplo entre pai e filho). O ponto final da graduação seria o poder de sugestão de um mandato até uma pessoa à outra num contexto determinado, onde os dois sujeitos estão inseridas numa rede de relação muito maior com base na qual se criam precisos condicionamentos que levam a aceitar os mandatos seus discutir sobre a fonte superior que a emanar (seria o caso da vida militar).

Com a definição de mandato como relação pessoal pode-se demonstrar com facilidade como as normas jurídicas não podem ser consideradas mandatos: “A teoria imperativa pode constituir uma explicação aceitável de fenômenos jurídicos somente se se puder comprovar que as normas coincidem com os mandatos de uma ou mais pessoas pertencentes à organização estatal.”⁸ Sem dúvida isso não é impossível posto que uma inumerável quantidade de pessoas em contínuo movimento ativam a máquina do direito. Cada uma delas pode introduzir qualquer coisa de novo no ordenamento jurídico já existente, mas sem sequer à distância em considerar como próprias todas as normas (e são, obviamente, a maioria) que estavam em vigor antes de sua chegada e que continuarão quando a vida da comunidade depois de sua partida. Basta observar o papel de cada legislador durante o processo de elaboração de uma lei: uma comissão se encarrega de preparar um projeto legislativo que posteriormente é examinando pelo ministério competente e a continuação do projeto é submetido à votação e, finalmente, é promulgado.

Não é necessário que o sujeito que atua formalmente como legislador tenha conhecimento do conteúdo da lei (os projetos podem ser preparados por uma comissão e, ao legislador formal compete apenas assinar) e mais ainda, os mesmos legisladores comumente estão sujeitos às leis por eles elaboradas. Quem manda de verdade? Ninguém, evidentemente.

⁸ OLIVECRONA. *Law as fact*, p.29



Na verdade forma imperativa não é exclusiva dos mandatos. Há numerosos enunciados formulados de maneira imperativa que tem o objetivo de influenciar o comportamento e, apesar dele, não implicar na relação direta típica do mandato. Por exemplo, todas as normas éticas mesmo que sejam princípios, foram estendidas como ordens de Deus, expressam-se na forma impessoal do “deve-se, “não se deve”. De outra parte, além das fórmulas verbais é necessário ter presente outros tipos de imperativos (regras) como os sinais de trânsito, os semáforos, incluindo os muros que demarcam uma propriedade.⁹

Olivecrona usa a expressão de “imperativas independentes” para marcar esta ampla categoria de “signos e sinais”, que se bem exercem uma função diretiva (proibitiva ou permissiva), prescindem da relação pessoal da transmissão da vontade de um sujeito a outro. Sua força de sugestão já não dependendo impactos psicológico provocado por um tom ou pelo prestígio pessoal de quem o emita, senão pelo que se acredita completamente do comportamento preexistente a respeito de certas convenções, especialmente no caso das normas jurídicas que se referem a determinados procedimentos formais.

De outra parte é importante observar a dificuldade que existe para estabelecer uma fronteira precisa entre os mandatos e os imperativos impessoais. No interior da categoria dos mantados existem muitas matizes: a manifestação imperativa depende de uma ampla gama que parte do mandato típico carregado de energia até a diretiva neutra. De fato as mandatas podem adotar a forma expressiva do desejo da exortação, do conselho. Não existe uma diversão precisa entre as diversas meios com as quais influenciam-se as ações dos demais homens. Os tipos mais acentuadas distinguem-se com muitas claridade como acontece com as cores mais definidas do arco-íris. Para estes, como o arco-íris, há uma gama de formas que se confundem imperceptivelmente.

⁹ OLIVECRONA. *L'imperativo della legge*, p. 461



O autor distingue entre manifestações imperativas “espontâneas” e manifestações imperativas “convencionais”. Nas primeiras encontramos as expressões mínimas e as verbais simples (“faça assim” ou “deve fazer assim”). As convencionais estão caracterizadas por uma estandarização e por sua inclusão num contexto onde predomina a disciplina: é o exemplo típico dos mantados militares. Em primeiro lugar seu significado está estabelecido pelo regramento (do contrário e, não maioria das vezes, se reduziria a um conjunto de gestos e significados sem sentido) e, em segundo lugar, “constrói (...), um pressuposto necessário para a eficácia do imperativo convencional, o fato de que os destinatários do mandato tenham adquirido o hábito de reagir de uma forma determinada”. O imperativo independente, ao contrário, apresenta-se quando a expressão que o contém separa-se da pessoa que o pronuncia e circula como uma espécie de mandato abstrato (“deve-se dizer a verdade), que se ativa automaticamente em determinadas circunstâncias na consciência do indivíduo, orientada de uma determinada maneira como consequência da educação e do condicionamento social.

A definição anterior seria o exemplo mais simples de um imperativo independente. Sem dúvida, parece-me que é possível individualizar numerosas portas de contato entre o mandato de um sargento a quem se obedece enquanto possuir um certo grau de hierarquia militar, e a sentença ditada por um juiz que se aceita como vinculante tanto que é pronunciada por um sujeito que se considera legitimado em decorrência da Constituição. Ou seja, a distinção entre mandato “convencional” baseada sobre a pré-constituída atitude à disciplina e a norma jurídica fundamentada no respeito à Constituição e a certas procedimentais formais apresenta-se como uma tarefa difícil e complexa. O mesmo autor reconhece a tal dificuldade:

“Obviamente também neste campo (o da distinção entre “mandato e ‘imperativo independente’) não é possível traçar uma linha que delimite uma fronteira nítida, tanto que existe uma pluralidade de configurações intermediárias. A relação pessoal esvai-se



cada vez mais até desaparecer completamente, como quando escutamos a voz interna “deves dizer a verdade.”¹⁰

Um fator de extrema importância em relação com os efeitos do poder que têm as imperativas impessoais (ou independentes) de influenciar o comportamento encontra-se no sentido de dever objetivo que reformou gradualmente entre os homens e que constitui um dos fundamentos mais importantes da conduta humana. Hagerstrom explicou em termos de exteriorização e de objetivação do impulso construtivo a atuar impulsionando por mandatos, onde teve lugar a causa do progressivo crescimento dos grupos sociais e dos centros de mando e autoridade que se foram distanciando, cada vez mais, do indivíduo, ao mesmo tempo que sua organização fez-se mais complexo. Assim os indivíduos acostumaram-se, com o tempo, a viver em meio a vários mandatos e proibições de onde surgiram preceitos fundamentais que adquiriram uma espécie de vida autônoma, ou seja uma força vinculante objetiva. Pois bem, sobre o plano linguístico o processo de objetivação do sentido do dever deu-se quando “faça assim!” O que constrói a resposta ao mandato, é dizer, a expressão do impulso em geral, ou seja, a crença na existência de direitos subjetivos e deveres, como poderes vinculantes de caráter real.

Retornando ao problema da natureza das normas jurídicas, demonstra-se como não sendo nem expressões ou declarações de vontade, nem mandatos. Qual foi o motivo para esta última demonstração, levando-se em conta que a mesma se apresenta implicitamente supérflua, partindo-se da impossibilidade de provar a existência de um sujeito titular da vontade (ou fonte da ordem) que seja independente da estrutura e da organização jurídica?

Como possível resposta poderia se pensar numa eventual distinção entre leis constitucionais e leis ordinárias, posto que, deixando claro que a existência das primeiras é necessária para poder falar-se da autoridade da lei, uma vez que esta última

¹⁰ Idem, p.460



se consolida, seria possível falar de normas emanadas por dita autoridade em norma de mandatos ou declarações de vontade. A argumentação de Olivecrona faria justiça à sua constituição.

De fato, retorna-se à distinção feita pelo autor relativa a todos os tipos de positivismo jurídico, “naturalista” e “idealista” (que o autor formulou na crítica ao naturalismo) vemos o seguinte: em primeiro lugar o atacou demonstrando como não pode existir uma autoridade “de fato” independente de uma estrutura jurídica; enquanto que, em segundo lugar, o idealista, o atacou demonstrando como as normas não são expressões ou declarações de vontade. De fato, a característica peculiar do positivismo idealista (em relação com a naturalista) coexistia em afirmar que a força vinculante não se limita à mera possibilidade da imposição de uma sanção (e de fato não se entende como que uma simples constrição possa gerar uma obrigação) senão como a que se apresenta como um poder supraindividual de vontade do Estado, do país, do ordenamento jurídico etc, datado evidentemente de uma igualdade sobre natural. Sem dúvida a entender da norma como um imperativo independente, quer dizer, como o conteúdo de uma ideia na mente dos homens com referência à sua própria conduta e que exerce uma forte pressão psicológica na raiz de diversos motivos, perde fundamento e necessidade de postular a noção de vontade supraindividual que nada mais é do que o produto de uma personificação cuja natureza ninguém havia explicado de maneira clara. O anterior, sem voltar à posição de Bentham e de Austin, quer dizer, sem reduzir a obrigação ao termo da sanção, nem à simples possibilidade de estas submetido à esta. Olivecrona, e com ele os demais realistas escandinavos, são conscientes da diferença existente entre uma obrigação e uma sanção. Afirmam que o dever jurídico e a força vinculante do direito são considerados pela sociedade como entidades objetivas, como algo que realmente existe, como uma qualidade própria do ordenamento jurídico (o mesmo raciocínio serve, obviamente, em relação ao sentido do dever moral). Tal convicção não pode ser ignorada devido à sua imensa relevância social. De fato, todo o aparato das correntes jurídicas fundamentais está construído em função desta crença. Sem dúvida, na perspectiva realista, a diferença da teoria idealista, formula-se uma explicação em âmbito psicológico e histórico da dita crença, ao mesmo tempo, por



mérito de Olivecrona, busca-se neutralizar definitivamente os resíduos mágicos e suprassensíveis presentes, tanto no âmbito psicológico como na pratica-operativo (utilização futura) para assim reduzi-la ao uma técnica convencional de controle social que se faz efetivamente mediante um certo uso da linguagem.¹¹

4. Linguagem jurídica e realidade

As normas são representações (“ideata”) de ações e situações expressas em forma imperativa, cujo objetivo é influenciar o comportamento para garantir que as ações representadas sejam realizadas pelos destinatários. Em linguagem jurídica, é uma típica linguagem diretiva onde uma de suas características mais importantes é a utilização de termos que não têm um referente semântico. Pensamos na noção de direito subjetivo e na de dever: nenhum fenômeno do mundo espaço-temporal corresponde a tais locuções. Examinemos, por exemplo, a prosperidade como típico direito subjetivo. Os fatos conectados a tal direito são: a) a coisa, o bem que é objeto do direito; b) as normas, entendidas como imperativas independentes”; c) a máquina da justiça; d) a posição favorável de alguém goza – o proprietário – em relação com a mesma máquina da justiça (quando seu direito seja violado, o proprietário pode movimentar o aparato judicial e, na maior parte dos casos, para não dizer todos, obter a restituição de seu direito ou ao menos o ressarcimento pelos danos: e) as sanções; f) a relativa segurança do proprietário em relação com o gozo da coisa; g) as várias causas que determinaram o respeito à propriedade alheia, entre as quais se destaca a pressão psicológica exercida pelas “machinery of law”

A qual destes elementos corresponde o direito de propriedade? Claramente não corresponde à coisa, nem à lei, nem à máquina da justiça ou sua influencia psicológica, nem tampouco as sanções que são aplicadas em caso de violação. Faltaria unicamente a posição favorável do proprietário frente ao mecanismo judicial e a sua relativa

¹¹ OLIVECRONA. *La struttura dell'ordinamento giuridico*, p. 93



segurança com relação ao uso do bem¹². Sem dúvida, em relação à primeira colocação, é necessário observar que o direito normalmente é considerado como algo que antecede a proteção por parte do ordenamento jurídico, e inclusive pode ser considerada a causa específica de tal proteção. Para vencer o processo judicial é necessário satisfazer inúmeras condições substanciais e processuais, motivo pelo qual o acesso à autoridade judicial pode ser negativo; sem contar que o direito se considera existe independentemente da proteção jurídica, ou seja, quando não se apresenta nenhum tipo de violação. Sobre o segundo ponto, é suficiente recordar que a propriedade e possuidor nem sempre coincidem e que o proprietário continua como tal, inclusive quando for privado de desfrutar da coisa.

O conceito de direito subjetivo é a sombra de uma coisa que não se consegue prender, a proteção em nosso universo linguístico de uma realidade que foge ante qualquer esforço de individualização. Mas mesmo assim, trata-se de um “living concept”, existem fatos chamados operativos (um contrato, por exemplo) que criam efeitos legais (direitos e deveres) com base nos quais apresentam-se modificações nas situações concretas dos sujeitos e em seus comportamentos.

Hagerstrom deu uma explicação em termos mágicos e psicológicos de origem das noções de direito subjetivo e de dever jurídico entendidos como poderes vinculantes e reais. Segunda Olivecrona a maior parte das tentativas de redução que foram feitas sobre o direito subjetivo não são satisfatórias. Por exemplo a teoria imperativa do direito, que no lugar dos direitos e dos deveres apresenta a ideia de “reflexos dos mandatos do estado”. Segundo essa teoria, no caso do direito de propriedade, existiria na realidade uma pluralidade de mandatos que proibiriam a disponibilidade do bem a todos os sujeitos menos um. Por sua parte, este último é chamado proprietário, enchendo um espaço vazio na rede de mandatos enquanto outros imporiam a certos órgãos do Estado intervir para tutelar a posição do proprietário. Desta maneira, a teoria

¹² OLIVECRONA. *Law as fact*. pp. 66 a 74



imperativa – assinala Olivecrona¹³ – conduziria a negociação da existência dos direitos subjetivos; sem dúvida na realidade, parece impossível liberar-se destes e considera-los como um simples reflexo daquela única realidade constituída pelas normas entendidas como mandatos. Seria absurdo falar, como se faz atualmente na linguagem e na prática jurídica, da transmissão da propriedade como se esta expressão se entendesse somente na aplicação de certas normas.¹⁴

Na realidade encontramos-nos frente a uma grande dificuldade posto que a noção de direito subjetivo aparece no requisito, ou seja, no conteúdo da maior parte das normas. Em consequência, as ditas normas terão de ser reformuladas e expressas em termos de fato, intento, certamente pouco simples.

Assim, como se vê, as noções de direito subjetivo e de dever jurídico, qualquer que seja a sua origem, cumpre uma função insubstituível no âmbito da linguagem jurídica, função cuja natureza deve ser estudada. Inclusive Lundstedt que é o autor mais radical entre aqueles que tem negado a objetividade dos direitos e dos deveres, não conseguiu libertar-se do uso do termo correspondente e acabou unicamente por propor o uso entre aspas, em sua última tentativa de neutralizar o atual significado.

Existe, ainda, afirma Olivecrona, outra particularidade que deve ser ressaltada: os termos direito e dever. Não só não fazem referência a uma entidade real, como tampouco a uma entidade imaginária. A ideia do centauro, por exemplo, evoca a imagem, mesmo que apenas mental de um ser metade cavalo e metade homem. A ideia do direito subjetivo, ao contrário, não corresponde nem sequer a uma imagem fantástica existente na mente humana. Quando se fala em direito subjetivo pensa-se vagamente num poder sem conseguir em absoluto focalizar numa imagem bem definida. Em verdade não existe mais que a locução “direito subjetivo”, acompanhada da ideia de uma ação ou de uma série de ações que se pode levar a cabo. A expressão direito

¹³ OLIVECRONA. *Linguagem Jurídica e realidade*. p. 22

¹⁴ OLIVECRONA. *La struttura dell'ordinamento giuridico*. p. 193



subjetivo não se pode traduzir, não pode ser substituída por nenhum outro termo ou frase e mesmo assim refere-se a um certo poder imaginário fictício.

Temos a ilusão que a palavra direito refere-se a um poder sobre um objeto; sem dúvida é um poder que não se consegue separar. Está ilusão nasce sobretudo quando uma certa situação de favor coloca no sujeito um sentimento de poder, de força, um sentimento que é objetivado e que gera a ideia de possuir uma espécie de poder independente da situação de força e que encontra num nível mais elevado.¹⁵

Sem importar qual tenha sido a origem da ideia deste poder imaginário (magia, psicologia ou ambas) o mesmo se introduziu profundamente num modo comum de pensar e na engrenagem jurídica tornando impossível sua eliminação. Sua tarefa não é descritiva (como poderia ser entendida por autores como Hugo Grócio e Samuel von Pufendorf, que acreditavam na realidade de poderes de tipo espiritual criados pela vontade), senão diretiva, ou seja, tendente a influenciar o comportamento. Cumpre uma função signo-diretiva praticamente insubstituível enquanto serve como signo permissivo para o chamado titular de direito e como signo proibitivo em relação aos demais sujeitos

Segundo Olivecrona, analogias de palavras que não tenham nenhum referente semântico real ou imaginário, e que sem dúvida são utilizados cotidianamente sem efeitos práticos de enorme importância, também podem ser individualizadas fora da linguagem jurídica, como no caso das unidades monetárias.

O elemento que destaca o discurso de Olivecrona é a falta de referente semântico de algumas palavras (certamente não de todas) que explicam funções sociais práticas diferentes das descrições. Os termos “direito e dever” também tem um significado informativo, fato que a primeira vista e depois de todas as considerações envolvidas neste artigo, pode parecer ao menos estranha.

¹⁵ Idem, p. 215



As especulações de Olivecrona são possíveis unicamente ao interior de um (working legal system), enquanto pressupõe a existência de normas básicas, geralmente aceitas e feitas respeitando a máquina do direito.

Conclusão

Pensar o direito para além da expressão de uma vontade, abandonando inclusive as referências metafóricas a uma *vontade da lei*, foi um desafio da teoria jurídica do século XX, cujo enfrentamento exigiu uma superação dos pressupostos jusnaturalistas que permaneceram presentes no positivismo do século XIX.

Nesse sentido, a percepção de Olivecrona do aspecto *voluntarista* das teorias tradicionais e no parece ter sido um diagnóstico preciso, que permitia uma compreensão inovadora dos modos como os positivismos contemporâneos se distinguem dos positivismos do século XIX, bem como estimulou o desenvolvimento de concepções sociológicas que não se prendiam ao quadro conceitual do voluntarismo.

A parte crítica da teoria de Olivecrona baseia-se nos mesmos argumentos que Hägerström estabelece em sua polêmica contra o voluntariado, que Hägerström considera em particular a base do positivismo jurídico. A nota principal dos argumentos de Olivecrona é que não pode haver autoridade de lei independente do sistema legal e, portanto, anterior à própria lei

Olivecrona tem em conclusões semelhantes em relação às concepções sob as quais fonte da lei está no Estado e no povo. O Estado, como todas as outras organizações, pressupõe a lei, uma reivindicação apoiada pela consideração de que "o Estado faz sua aparição na história muito mais tarde do que a lei (o direito consuetudinário, Olivecrona aponta, a título de exemplo, tomou forma muito antes de surgirem os direitos estatutários – A Lei). Da mesma forma, as pessoas estabelecem a lei através de seus representantes, mas nenhum desses representantes pode existir sem uma organização, ou seja, sem regras ou lei. Provavelmente, não existe uma autoridade de lei independente



da lei e antes dela, a lei não pode ser considerada o conjunto de comandos de qualquer autoridade ou de suas declarações de vontade. Além disso, a teoria voluntarista considera as normas em geral como comandos, mas - argumenta Olivecrona, novamente desenvolvendo algumas intuições dos comandos de Hägerström - sempre exigem uma relação cara a cara entre dois assuntos, e essa relação simplesmente não existe no caso de normas legais.

Por fim, cremos poder enxergar nas ideias de Olivecrona também um prenúncio da passagem das teorias da interpretação (muitas vezes ligadas ao voluntarismo que está na base da busca da vontade do legislador) para teorias da argumentação mais atentas para o modo como os sentidos são socialmente construídos, trânsito esse que estava em pleno curso na época em que foi publicada *Law as fact*.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

BILLIER, Jean-Cassien e MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Barueri, SP: Manole, 2005.

BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CARRIÓ, Genaro R. *Sobre los limites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Astrea, 1973.

CASTIGNONE, Silvana. *La maquina del derecho – La escuela del realismo jurídico em Suecia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007

CASTILHO, Ricardo. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

DURANT, Will. *História da Filosofia*. 11 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1962.



DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LUCCA, Newton de. *Da Ética Geral à Ética Empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*. São Paulo: Campo Jurídico, 2009.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Manual Esquemático de História da Filosofia*. 1 ed. São Paulo: LTr, 1997.

OLIVECRONA, Karl. *Linguagem jurídica e realidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2005

_____ *Law as fact*. New York: Oxford, 1947.

_____ *La struttura dell'ordinamento giuridico*. Milão: Etas Kompass, 1972.

_____ *L'imperativo della legge*. enJus, 1954.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20 ed. 6 tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Fundamentos de Filosofia do Direito – Da Antiguidade a nossos dias*. São Paulo: Atlas, 2007.



LEGALIS SCIENTIA

ISSN - 2527-1067

REVISTA CIENTÍFICA DA FACULDADE
DE DIREITO DA UNIVERSIDADE
METROPOLITANA DE SANTOS

