

Direito: Estrutura ou Função?

(Publicado em “**Interesse Público**” nº 77, jan./fev. 2013. Belo Horizonte: Fórum, pp. 87 e ss.)

Antônio Carlos Cintra do Amaral

Em “*O Positivismo Jurídico*” (Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010), escrevi capítulo sob o título “*Gênese, estrutura e função do Direito*” (Capítulo 5, pp. 41 a 46). Transcrevo-o a seguir:

“

- I -

O que foi dito até aqui leva-me a uma reflexão sobre a teoria pura do Direito como teoria estrutural analítica. Vejamos.

O Direito expressa a sociedade. Mais exatamente: expressa a distribuição social do Poder.

O Poder (social, econômico, político e cultural) está concentrado em um ou mais segmentos sociais, ou distribuído entre todos ou a maioria deles. Quanto mais distribuído o Poder, mais democrática é a sociedade.

O estudo da distribuição do Poder na sociedade é objeto da sociologia, em especial da sociologia econômica e política. O estudo da relação entre essa distribuição e o Direito como ordenamento ou sistema de normas que têm como característica específica a coatividade, ou seja, o monopólio do exercício da força pelo Estado, é objeto da sociologia jurídica.

É a esta — e não à ciência do Direito — que cabe responder a três perguntas importantes: Por que é este — e não outro — o Direito vigente em uma dada

sociedade? As normas jurídicas vigentes são eficazes, ou seja, as condutas humanas que *devem ser* efetivamente *são*? Por que determinadas normas não são eficazes, ou nem sempre o são, apesar de vigentes? ¹

A crítica à distribuição do Poder entre os vários segmentos sociais é, por sua vez, objeto da filosofia política. Dela podem decorrer ações concretas com vista à manutenção do *status quo*, ou à transformação social. Esta, por sua vez, tanto pode ser defendida com observância das regras democráticas, quanto pode ser pregada revolucionariamente. Se bem que, com sua acuidade peculiar, Bobbio (1996, p. 244) acentua que a experiência histórica mostra que os revolucionários começam destruindo a ordem existente, da qual eram adversários, e terminam tornando-se seus ardorosos defensores.

Nada disso, porém, tem a ver com a ciência do Direito. Ao cientista do Direito cabe descrever o Direito tal como posto. Vale dizer: o cientista do Direito lida com o Direito vigente em uma determinada sociedade. O conhecimento jurídico-científico dirige-se à *estrutura* do Direito, e não à sua *gênese*.

Por outro lado, o Direito tem por *função* realizar interesses dos segmentos sociais, na proporção da participação de cada um no Poder. Se ele realiza ou não essa função, é problema a ser investigado pela sociologia jurídica. Resta à ciência do Direito a investigação sobre sua estrutura, e somente sobre ela.

A teoria estrutural analítica do Direito sustenta que ele pode expressar uma sociedade capitalista ou socialista. Ou, em termos atuais, uma sociedade social-democrata ou neoliberal. A Constituição brasileira, por exemplo, era social-democrata em sua origem (1988), mas inúmeras emendas constitucionais transformaram-na em expressão de uma sociedade predominantemente neoliberal. Não cabe à ciência do Direito explicar essa evolução, e muito menos por que as normas constitucionais remanescentes de caráter social-democrata tendem à ineficácia. Esta é tarefa da sociologia jurídica.

Não quer isso dizer que ao cientista do Direito seja vedado analisar e criticar a distribuição do Poder na sociedade em que vive. Só que, ao fazê-lo, não estará fazendo ciência do Direito, e sim sociologia. Ou filosofia política. Ou atuando como militante político.

Veja-se, por exemplo, a afirmação de Piero Calamandrei (1997, p. 149): “Deixemos os professores ensinarem na escola que a lei é igual para todos; caberá depois ao advogado explicar aos clientes que o direito civil é feito sobretudo para os bem situados, havendo para os demais o direito penal”. Será que Calamandrei tem razão? A resposta não pode ser dada pela ciência

¹ Dizer-se que o sistema jurídico existe quando é globalmente eficaz não significa que suas normas sejam sempre cumpridas por seus destinatários. “Decidir, então, qual é o umbral mínimo de eficácia que se requer para afirmar que um sistema jurídico existe é questão que sempre se pode discutir”. (Prieto Sanchís, 2005, p. 26) *Não há Direito (sistema jurídico) absolutamente eficaz.*

do Direito. Talvez possa ser dada pela sociologia jurídica, e certamente o pode pelo filósofo político, dependendo este de sua posição ideológica. Como diz Bobbio, apenas alguém demasiado obtuso poderia afirmar que diante do Direito não existe outra perspectiva senão a da ciência jurídica.

Isso vale para outros ramos do conhecimento jurídico. Um positivista consequente seria incapaz de negar a importância da história do direito, ou do direito comparado. Mas o objeto do seu conhecimento, enquanto cientista do Direito é o conjunto (sistema) das normas vigentes na sociedade em que vive e atua. Conhecer as constituições brasileiras anteriores à atual, por exemplo, tem grande relevância. Mas à ciência do Direito cabe descrever as normas constitucionais vigentes, assim como ao operador do Direito cabe agir na sua conformidade.

- II -

Alinho algumas observações específicas sobre a *função* do Direito. Qual será o *fim* do Direito?

Costuma-se dizer que o *fim* do Direito é a *paz social*. Mas qual paz? Francesco Carnelutti escreve (2000, p. 25) que “O fim do direito, dizíamos outro dia, é eliminar a guerra. Em ordem lógica, como em ordem histórica, o primeiro comando do chefe é: *não fazeis a guerra, pois do contrário sereis castigados*. Assim, onde impera o direito, desaparece a guerra e em seu lugar entra o delito” (grifos no original). Mas o que é, em uma sociedade, caracterizado como delito? Essa definição não tenderá a ser expressão dos interesses em conflito na sociedade, prevalecendo a concepção dos segmentos que detêm maior parcela no Poder?

Dizem outros que o *fim* do Direito é a *segurança jurídica*. Mas a segurança jurídica não será pressuposto da existência de um ordenamento jurídico globalmente eficaz? Em outras palavras, sem segurança jurídica poderia existir Direito em uma sociedade?

Note-se que quando falo em segurança jurídica como pressuposto do ordenamento jurídico estou a referir-me à efetividade desse ordenamento jurídico, e não à da força bruta, ou à do arbítrio ilimitado. Uma coisa é dizer que o Direito pode comportar qualquer conteúdo, mesmo injusto ou desvalioso. Mesmo nesse caso, *há Direito*. Outra coisa é dizer que os governantes podem praticar qualquer ato, sem que existam normas que delimitem seu poder. Nesse caso, *não há Direito*.

Outra tese é a de que o *fim* do Direito é a realização do *bem comum*. Mas existe uma definição de *bem comum* que seja comum a todos os segmentos sociais?

Assim, “...uma norma que tenda a reprimir ou a promover um determinado comportamento não tem nenhuma relevância no que diz respeito à estrutura do ordenamento” (BOBBIO, 1980, p. 261).

Ou, em outras palavras: o *fim* que o Direito busca atingir em uma dada sociedade *não é objeto da ciência jurídica*. O que não impede que o cientista do Direito, *no exercício de outro papel*, busque analisá-lo para com ele concordar ou não, ou até mesmo combatê-lo.

- III -

Acentua Bobbio (1977, p. 66-67) que Kelsen não se cansa de repetir que o Direito não é um *fim*, mas um *meio*. E que seus fins variam de sociedade a sociedade: é um problema histórico, que, como tal, não interessa à teoria do Direito. Na obra de Kelsen, não só análise funcional e análise estrutural são separadas, como esta separação é a base teórica sobre a qual ele funda a exclusão da primeira a favor da segunda. O Direito é uma “técnica de organização social”. Assim, os juristas veem o Direito de dentro (análise estrutural), enquanto os sociólogos o veem de fora (análise funcional). A análise estrutural serve não apenas para salvaguardar a teoria do Direito de contaminações ideológicas, mas também permite desmascarar as tomadas de posições políticas que se aninham nos conceitos tradicionais, aparentemente neutros, da ciência do Direito.

Bobbio nos mostra que Kelsen incorreu em uma contradição, quando na *Teoria Geral do Direito e do Estado* afirmou que “o direito é indubitavelmente um ordenamento para a promoção da paz”. Na segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, substituiu o conceito de paz pelo de “segurança coletiva”. Comenta Bobbio (1977, p. 69): “A substituição do conceito de paz pelo de segurança coletiva faz retroceder um passo o fim mínimo do direito, mas não o elimina; torna-o mais vago, menos específico, mas não o suprime”. E acentua o jurista italiano que cada vez mais o Direito tem uma função promocional, se bem que reconheça que isso não afasta a análise estrutural.

O Direito é uma técnica de organização social. Essa técnica tem uma *estrutura*, que é o conjunto de normas componentes de um ordenamento jurídico coativo estatal, ou, como diz Prieto Sanchís (2005, p. 26), “o sistema normativo que regula o uso da força mediante o estabelecimento de órgãos de produção e aplicação de normas, ou, mais simplesmente, como um sistema de força organizada”. As normas dessa estrutura constituem uma ordem dinâmica, escalonada em graus superpostos, e são objeto da ciência do Direito. Como técnica de organização social, o Direito é um *meio*, que serve a qualquer *fim*, por mais injusto que seja. Se o Direito tem uma função

promocional, esta é uma questão a ser analisada pela sociologia jurídica, assim como também é a esta que cabe analisar o que leva o Direito a buscar promover determinados comportamentos. Mais ainda: dizer que o Direito tem uma função promocional não responde à questão de saber em que sentido se dirige essa promoção. A função promocional do Direito pode estar dirigida a objetivos diferentes, em sociedades diferentes. Tais objetivos podem, até, ser conflitantes. E este, como diz Kelsen, é um problema histórico, que, como tal, não interessa à teoria do Direito.

Por último, vale notar que não se confundem o *fim* do Direito e a *finalidade* de cada norma isolada. Quando se indaga qual é a *função* ou o *fim* do Direito, quer-se referir ao ordenamento jurídico em uma dada sociedade. Quando se busca a *finalidade* da norma, o objetivo é descobrir um dos critérios orientadores de sua interpretação. A *finalidade* não está no mundo do *ser*, e sim no do *dever ser*. Vale dizer: a finalidade está *na norma*.

De qualquer maneira, porém, não me parece que esta seja uma questão relevante, porque não vejo o Direito como um sistema *fechado*, e sim *aberto* (sobre a noção do sistema jurídico como um sistema aberto, veja-se o Apêndice a este trabalho sobre *A Constituição e o Direito Constitucional sob a ótica do Positivismo Jurídico*). Mas cabe acentuar que não é objeto da ciência do Direito analisar se a *finalidade* de uma norma — assim como ocorre com o *fim* do ordenamento jurídico — é *valiosa* ou *desvaliosa*, *justa* ou *injusta*.

Síntese

1. À sociologia jurídica cabe dar respostas a três questões que se colocam na gênese do Direito:
 - a) Por que é este — e não outro — o Direito vigente em uma dada sociedade?
 - b) As normas jurídicas vigentes são eficazes, ou seja, as condutas humanas que *devem ser* efetivamente *são*?
 - c) Por que determinadas normas não são eficazes, ou nem sempre o são, apesar de vigentes?
2. Tais questões dizem respeito à distribuição do Poder na sociedade. O Direito tem como fato fundante o Poder.
3. À ciência do Direito cabe investigar a estrutura do Direito. Somente assim ela pode ser *neutra* e *objetiva* (HOERSTER). A teoria kelseniana é uma teoria *pura* do Direito, e não uma teoria do Direito *puro*.
4. Para Bobbio, apenas alguém demasiado obtuso poderia afirmar

que diante do Direito não existe outra perspectiva senão a da ciência jurídica. Como diz Hart, citado por García Amado (1996, p. 184), nenhum ser humano se limita a ser cientista ou operador do Direito. Ele pode ser sociólogo, filósofo político ou militante político. Nada impede que o cientista do Direito, *no exercício de outro papel*, busque criticar e transformar a sociedade em que vive e atua. *O que lhe é vedado é agir, nesse sentido, sob o disfarce da ciência do Direito.*

5. A teoria do Direito tem por objeto a análise estrutural do ordenamento jurídico. Assim como cabe à sociologia jurídica a análise da gênese do Direito, também a ela é atribuída a análise funcional do Direito.
6. Nesse sentido, cabe à sociologia jurídica indagar:
 - a) Por que são estes — e não outros — os fins do Direito vigente em uma dada sociedade?
 - b) As normas jurídicas vigentes asseguram a realização desses fins? Se asseguram, em que medida o fazem?
7. Assim como ocorre com a análise da gênese do Direito, também não constitui objeto da ciência jurídica a análise funcional do Direito. Não resolve afirmar-se que cada vez mais ganha importância a função promocional do Direito, como afirma Bobbio, porque permanece a indagação: Por que o Direito vigente em uma dada sociedade tem por função promover determinados comportamentos, e não outros? E a resposta cabe à sociologia jurídica.”

Desenvolvi o raciocínio jurídico a partir da reflexão sobre a realidade e da leitura de juristas, entre os quais **Norberto Bobbio**, este inclusive em sua *“Teoria generale del diritto”* (Torino: Giappichelli, 1993). Nela, o eminente jurista e filósofo político italiano reúne dois livros seus, anteriormente publicados pela mesma Giappichelli: *“Teoria della norma giuridica”* e *“Teoria dell’ordinamento giuridico”*.

Somente após publicar *“O Positivismo Jurídico”*, tive oportunidade de ler o Prólogo que **Bobbio** escreveu, em 1987, para a primeira edição castelhana das duas obras reunidas na edição italiana (Santa Fe de Bogotá – Colombia. Editorial Temis, 1994). Vale reproduzir trechos desse Prólogo:

“Não considero necessário ter que ocultar o fato, evidente a todo leitor bem informado, de que a orientação acadêmica de meus estudos daqueles anos (os anos da década de 1950) se centrava na análise estrutural do ordenamento jurídico, seguindo o ensinamento da teoria pura do direito.”

Acrescenta ele:

“Contrariamente ao que geralmente se diz, não creio em absoluto que a teoria funcionalista do direito, tão apreciada pelos sociólogos, haja substituído a estruturalista, como se tratasse de duas perspectivas incompatíveis... Ignora-se, ou se finge ignorar, por efeito do vício comum a toda escola de tender ao exclusivismo, que todo campo da realidade pode ser considerado de muitos pontos de vista, e que esta multiplicidade de enfoques ajuda sua melhor compreensão.”

E conclui:

“Se o ponto de vista estrutural é predominante em meus cursos de teoria do direito, isto se deve ao fato de que quando os desenvolvi esta era a orientação metodológica dominante em nossos estudos. Se hoje os devesse retomar, decididamente não pensaria em substituir a teoria estruturalista pela funcionalista.

Agregaria uma segunda parte sem sacrificar nada da primeira.”
(grifos meus)

Bobbio não deixou margem, portanto, à interpretação de que seus ensaios sobre estrutura e função, reunidos em *“Dalla struttura alla funzione”* (Milano: Edizioni di Comunità, 1977), significaram um abandono de suas opiniões anteriores sobre a Ciência do Direito.

Concluindo: o Direito pode ser analisado como estrutura **ou** função, dependendo do enfoque que se adote, o da Ciência do Direito **ou** o da Sociologia Jurídica. Enfoques que não se excluem: complementam-se.