Tercio Sampaio Ferraz Junior

Introdução ao Estudo do Direito

Técnica, Decisão, Dominação

3ª Edição

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. – 2001

© 1987 by EDITORA ATLAS S.A.

1. ed. 1988; 2. ed. 1994; 3. ed. 2001; 3ª tiragem
ISBN 85-224-2759-3

Foto da capa: Agência Keystone
Composição: Lino-Jato Editoração Gráfica

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Ferraz Junior, Tercio Sampaio,
Introdução ao estudo de direito : técnica, decisão, dominação / Tercio Sampaio Ferraz Junior. – 3. ed. – São Paulo : Atlas, 2001.

Bibliografia.
ISBN 85-224-2759-3

1. Direito 2. Direito – Estudo e ensino I. Título.

93-3637 CDU-340.11

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito : Introdução 340.11

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Cód.: 0505 50 067
Impresso no Brasil/*Printed in Brazil*

4

Dogmática Analítica ou a Ciência do Direito como Teoria da Norma

4.1 IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO COMO NORMA

Pela exposição feita até agora, sabemos que o jurista conhece o direito de forma preponderantemente dogmática. Ao fazê-lo, está preocupado com a decidibilidade de conflitos com um mínimo de perturbação social possível.

A dogmática prepara, pois, a decisão, cria para ela condições razoáveis, de tal modo que ela não apareça como puro arbítrio, mas decorra de argumentos plausíveis. O jurista, assim, capta o direito num procedimento de incidência, ou seja, na imputação de normas a situações sociais atuais ou potencialmente conflitivas. Entre a norma e a situação conflitiva há, pois, um procedimento. A relação entre a norma e a situação é *mediata*. Este conjunto – normas, procedimento, situação – compõe o fenômeno da *aplicação*. Aplica-se o direito, por um procedimento, à realidade social.

O fenômeno da aplicação exige do jurista, inicialmente, uma identificação do que seja o direito a ser aplicado. Dessa identificação se ocupa, primariamente, o pensamento dogmático. Sujeito ao princípio da inegabilidade dos pontos de partida, o pensar dogmático tem, portanto, de identificar suas premissas.

Como vimos, o direito aplicável, embora seja para o jurista um dado, algo estabelecido (pelo legislador, pelas partes que contratam, pela decisão da administração) que não pode ser trocado ou substituído, tem contudo de

ser explicitado. Afinal, *direito* é uma palavra dotada de ambigüidade e vagueza. Daí a questão: como identificar o direito?

Tomemos um exemplo para mostrar como aparece o problema. Suponhamos a seguinte situação conflitiva: alguém adquire de um comerciante móveis para uma sala de jantar. A compra é a prazo. Paga-se um sinal de 10% e o restante contra a entrega do objeto. Nesse restante estão embutidos juros e uma taxa prevista de inflação. Nesse meio tempo, ocorre – como ocorreu no Brasil – uma reforma monetária: o que estava previsto para ser pago em cruzeiros deve agora ser pago em cruzados. A proporção entre cruzeiros e cruzados, porém, é variável no tempo. Como estabelecer, então, a quantia em cruzeiros que corresponde aos cruzados?

Para resolver a questão, podemos nos valer de diferentes fórmulas. Podemos, por exemplo, verificar a paridade com uma moeda forte, como o dólar. Ou com índices oficiais, como a OTN (à época do Plano Cruzado). Ou podemos entrar em acordo, fixando por convenção, conforme o que pareça justo e razoável, o que o comprador possa pagar e o vendedor considere uma retribuição aceitável para o objeto, de tal modo que ninguém se sinta prejudicado.

Para qualquer dessas soluções, é preciso encontrar um critério comum. Esse critério, ainda que obtido por acordo, tem de guardar um mínimo de generalidade, isto é, tem de ser compatível com interesses gerais da comunidade. Se o preço for ínfimo demais, outro cliente pode reclamar um tratamento igual e isso levaria o vendedor a prejudicar-se nas outras vendas. É na busca desse critério comum que, neste exemplo, servirá de base às tratativas, que o jurista se empenha.

Esse critério é que há de ser, para ele, o ponto de partida inegável, isto é, a premissa de seu pensar dogmático. Essa premissa é, para ele, *o direito*, algo que ele toma como um dado *objetivo*. Onde buscá-lo? Numa idéia de justiça? Numa idéia de razoabilidade? Em critérios prefixados pelo poder público?

Vivendo numa sociedade juridicamente organizada, o jurista sabe que há critérios gerais, direitos comuns, configurados em normas chamadas leis, estabelecidas conforme a constituição do país. Nesse contexto, ele invoca um primeiro princípio geral para iniciar seu raciocínio: o princípio da legalidade. Ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Ele pode ter dúvidas quanto à legitimidade da ordem jurídica em que vive. Pode, por exemplo, segundo um juízo subjetivo, considerar aquela ordem como autoritária, antidemocrática. Para seus objetivos, porém, é preciso encontrar um ponto inegável de partida, que possa ser generalizado. Atém-se, pois, ao princípio. E busca nas leis do país uma regra que lhe seja conveniente.

Encontra uma norma, num decreto-lei do poder executivo (Plano Cruzado), que diz,

> "nas obrigações pecuniárias constituídas antes de 28 de fevereiro de 1986 (data em que houve a troca do padrão monetário), sem cláusula de correção, a conversão de cruzeiros para cruzados dar-se-á, *pro rata*, conforme um índice de deflação de 0,8% ao dia, mantidas as condições do contrato".

Encontrada a norma, desencadeia-se, porém, um processo de indagações dogmáticas: que é uma obrigação *constituída*? A troca de dinheiro pelos móveis é uma obrigação *pecuniária*? Se a correção e os juros estavam embutidos no preço, podemos dizer que, no caso exemplificado, estamos diante de obrigação *sem* cláusula de correção monetária? *Pro rata* significa em proporção ao tempo, à data do pagamento? Contudo, se o contrato previsse que, havendo aumento da mão-de-obra, o preço também seria alterado, a obrigação seria sem correção? Como entender, então, a proporção diária, posto que a mão-de-obra não tem seu aumento fixado diariamente?

Essas questões dogmáticas são *finitas*, isto é, têm um ponto de partida inegável: a lei, conforme um princípio dogmático: o da legalidade. Resolvê-las significa para o jurista identificar o direito objetivamente.

Para fazê-lo, o direito tem de ser *analisado*. Entendemos por *análise* procedimento que se refere, de um lado, a processo de *decomposição*: parte-se de um todo, separando-o e especificando-o em suas partes. Realiza-se, nesse sentido, um exame que procede por distinções e classificações. De outro lado, análise significa também um *procedimento regressivo*, que consiste em estabelecer uma cadeia de proposições com base em uma proposição que, por suposição, resolve o problema posto, remontando às condições globais de solução, constituindo-se num sistema.

Podemos dizer também que a análise envolve, genericamente, um procedimento de *diferenciação* e de *ligação*. Diferenciação é um recurso analítico no sentido de decomposição, que consiste numa desvinculação de elementos que se manifestam como formando um todo ou, por suposição, um conjunto solidário. Já ligação é um recurso analítico que se refere ao sentido de procedimento regressivo e consiste na aproximação de elementos distintos, estabelecendo-se entre eles uma solidariedade, tornando-os compatíveis dentro de um conjunto.

Para resolver suas questões, o jurista, com o objetivo de identificar o direito, vale-se de diferenciações e ligações. No exemplo dado, precisamos *distinguir* entre obrigações pecuniárias e não pecuniárias, definindo obrigação e classificando-as em seus diferentes tipos. Precisamos, ademais, distinguir entre obrigação constituída e a ser constituída. Ele verificará também que a constituição de uma obrigação pode ser diferente se estamos diante de

uma norma que regula interesses privados (o contrato comercial, no exemplo) e outra que regula interesses públicos (a obrigação de pagar o tributo exigido na compra e venda do imóvel).

Assim ele mostrará que a correção monetária submete-se também a critérios diferentes, quando se trata de corrigir débito privado e débito público. Terá, então, de classificar e definir o que seja público e o que seja privado. Como a norma fala em obrigações sem correção, mas tem, na verdade, uma correção embutida, ela terá de distinguir entre correção oculta e correção expressa. Ademais, terá de classificar as moedas de correção, entre aquelas que se reportam a índices oficiais, e aquelas que se reportam a índices de mercado (como a mão-de-obra).

Feitas essas diferenciações, é preciso proceder a *ligações*, para que o todo decomposto não se perca de vista. As definições, as classificações devem ser reduzidas a um sistema. Assim, a noção de obrigação, pública e privada, pecuniária, com ou sem correção monetária, oculta ou expressa, deve ser compatibilizada num todo coerente, isto é, é preciso verificar se suas distinções são compatíveis com o que prescrevem outras normas do ordenamento, com normas de outras leis, com as normas da constituição.

Para encontrar esse sistema, não lhe bastará ler o que está prescrito, mas será preciso identificar critérios de organização global, como, por exemplo, objetivos gerais que todo o estabelecimento de normas obedece. Esses objetivos poderão ser amplos: todo ato legislativo *lato sensu* visa ao bem comum, ao interesse geral, à justiça social. Poderão ser particularizados: se os interesses protegidos são privados, deve-se ter em conta a liberdade das partes em contratar (autonomia da vontade), se são públicos, prepondera o chamado interesse público. Ao proceder desse modo, o jurista procura ver seu caso dentro de uma rede de elementos interligados: o sistema.

A elaboração do sistema resulta, pois, de diferenciações e de ligações. Os sistemas não são construídos pela ciência dogmática por puro gosto especulativo (por exemplo, conforme um objetivo formal de concatenar logicamente proposições, como o faz um matemático), mas tendo em vista a decidibilidade de conflitos em geral, isto é, de conflitos concretos mas de forma compatível com conflitos que extensamente possam surgir no trato social. Por isso, os sistemas elaborados pela ciência dogmática, embora mostrem uma coerência, não são rigorosamente lógicos, no sentido da lógica formal, como o é um sistema matemático. O que aglutina as partes ou os elementos do sistema num todo coerente não é um princípio evidente, do qual tudo se deduz, um axioma ou conjunto de axiomas, mas um problema, uma dúvida permanente para a qual existe um dogma (a lei, a decisão judicial, o contrato) que, se não acaba com a dúvida, ao menos fornece um ponto de partida para que ela seja decidida. Assim, por exemplo, para construir o sistema do direito ambiental, o jurista terá diante de si, permanentemente, a dúvida: que é um estado natural ecologicamente estável? Que é, então, poluição?

Uma chaminé que expele fumaça a cem quilômetros de qualquer centro urbano estará poluindo? E se ventos levarem a fumaça? Com base nisso, é preciso buscar os critérios, as normas que a União Federal estabelece sobre o assunto. Mas essas normas têm de encontrar alguma compatibilidade com as normas que as partes estabelecem em contratos privados: a fumaça resulta da combustão necessária para a produção de bens industriais. Haverá prejuízo para a respiração dos cidadãos, mas alguns destes, os trabalhadores da fábrica, serão mais de perto atingidos. E, ademais, o município também estabelece suas normas para a instalação de indústrias. E se a fumaça de uma indústria instalada num município, levada pelo vento, atingir outro município? E se esse município está em outro Estado da União Federal? É preciso, pois, compatibilizar as normas referentes aos índices considerados poluidores com as normas referentes à instalação de indústrias, com as normas referentes ao trabalho, ao interesse econômico das empresas.

Observe o leitor que, para construir o sistema do direito (ambiental), é preciso recorrer a normas referentes a atividades e comportamentos múltiplos e distintos. Aqui vão entrar em jogo normas de direito administrativo, do trabalho, comercial, constitucional, tributário, econômico etc. Acima de tudo, porém, o núcleo organizador do sistema não será – nem pode ser – uma definição evidente do que seja poluição, pois as situações são tão variadas que, certamente, as normas proporão entendimentos diversos a respeito, variáveis conforme as situações e avaliações enfocadas. Por tudo isso, o sistema tem como centro aglutinador o *problema* da poluição. De modo mais genérico, podemos dizer (cf. Esser, 1952, v. 5:1) que, no sistema construído pela ciência dogmática, "os conceitos que são, na aparência, de pura técnica jurídica" ou "simples partes do edifício" só adquirem seu sentido autêntico se referidos ao *problema da justiça*. Diríamos que, por isso, ocultam, por de trás de uma análise quase-lógica, elementos axiológicos ou valorativos.

Assim, por exemplo, uma *declaração de vontade* é exigida pelas normas positivas para que ocorra a vinculação negocial entre as partes que celebram um contrato. Contudo, pode ocorrer que um representante comercial manifeste a vontade do representado por meio do uso indevido de seu papel timbrado, visto que, digamos, o poder de representação já tinha sido cassado, mas a outra parte contratante o ignorava. O jurista vai então classificar as representações, elaborará uma teoria da representação aparente, a fim de que tanto o representado quanto a outra parte contratante de boa-fé não se prejudiquem. Com isso, a sistematização da representação comercial estará formada de

> "juízos de valor ou de interesse sobre a publicidade, unidade de bens econômicos, proteção de seu valor funcional e seu interesse de investimento e, por conseguinte, juízos de preferência, por exemplo, do interesse do credor em poder executar uma coisa ou determinar o seu destino real" (Esser, 1952).

Protege-se a *confiança negocial* a fim de enfrentar um problema de justiça.

Em suma, ao distinguir, definir, classificar, sistematizar, a ciência dogmática está às voltas com a identificação do direito, tendo em vista a decidibilidade de conflitos. Estudar a ciência jurídica é aprender a elaborar esses sistemas, é dominar-lhe os princípios de construção, é saber distinguir para depois integrar de forma coerente. Para realizar essa construção é que o jurista elabora seus conceitos, que têm ostensiva função *operacional*. Eles servem para *operacionalizar* a tarefa de sistematização. São por isso conceitos operativos: com eles se operam definições, classificações, sistemas.

Numa disciplina introdutória ao estudo do direito é preciso, pois, apresentar, ainda que de forma perfunctória, quais são, entre aqueles conceitos e os princípios a que se referem, os de aplicação mais geral, posto que, com base neles, em tese, é possível entender a construção dos demais.

4.1.1 Conceito de norma: uma abordagem preliminar

A ciência dogmática contemporânea encontrou no conceito de norma um instrumento operacional importante para realizar sua tarefa analítica de identificar o direito. Um dos grandes teóricos contemporâneos chegou a ver nele a noção e o objeto central, se não exclusivo, de toda a ciência do direito. Em sua obra *Teoria Pura do Direito*, Kelsen afirma que os comportamentos humanos só são conhecidos mediatamente pelo cientista do direito, isto é, enquanto regulados por normas. Os comportamentos, a conduta de um ser humano perante outro, diz ele, são fenômenos empíricos, perceptíveis pelos sentidos, e que manifestam um significado. Por exemplo, levantar o braço numa assembléia é uma conduta. Seu significado tem um aspecto subjetivo e outro objetivo. O significado subjetivo desse ato pode ser, conforme a intenção do agente, um simples movimento de preguiça, o ato de espreguiçar-se. Entretanto, no contexto, esse ato pode ter um significado objetivo: manifestou-se, ao levantar a mão, um voto computável para tomar uma decisão. Esse significado objetivo é constituído por uma norma, a norma segundo a qual o ato de votar será contado pelo erguimento do braço.

É claro que as normas, como esquemas doadores de significado, podem manifestar uma objetividade relativa: o que é norma para um ou para um grupo pode não ser norma para outro. O significado objetivo geral é obtido por normas jurídicas. São elas o objetivo e o princípio delimitador das ocupações teóricas do jurista.

Essa posição de Kelsen, radical em sua formulação, sofre muitas objeções. A principal decorre de questão metodológica: como isolar a norma jurí-

dica das intenções subjetivas que a acompanham? Como isolá-la dos condicionamentos sociais, eles próprios constituídos de fenômenos empíricos dotados, por sua vez, de significado dependente de outras? Assim, por exemplo, o ato de matar alguém: o significado do ato vem dado por uma norma penal que o pune. Trata-se, porém, de conduta circunstanciada, o agente sofre influência do meio, de sua educação, de sua condição mental. A norma, em sua frieza formal, apenas prescreve: deve ser punida com uma sanção a conduta de matar. Em que medida os fatores subjetivos devem ser também levados em conta? Kelsen nos diz que eles devem ser abstraídos pelo jurista e tão-somente levados em conta se e quando a própria norma o faz. A função da ciência jurídica é, pois, descobrir, descrever o significado objetivo que a *norma* confere ao comportamento. No entanto, qual o critério para operar essa descrição? Kelsen afirma que ele se localiza sempre em alguma outra norma, da qual a primeira depende. O jurista deve, assim, caminhar de norma em norma, até chegar a uma última, que é a primeira de todas, a norma fundamental, fechando-se assim o circuito. O direito é assim, para ele, um imenso conjunto de normas, cujo significado sistemático cabe à ciência jurídica determinar.

Por seu caráter restritivo, a teoria de Kelsen recebe a objeção de empobrecer o universo jurídico. Não vamos discutir essa questão. Contudo, sua posição põe em relevo a importância da norma como um conceito central para a identificação do direito. A possibilidade de ver o direito como conjunto de normas repousa em sua correta apreensão. A teoria de Kelsen aplica-se no contexto do que chamamos anteriormente de fenômeno da positivação, portanto num contexto histórico dominado pelo direito entendido como algo posto por atos humanos, os atos de legislar, que mudam pressionados pela celeridade das alterações sociais provocadas pela industrialização, que exigem sempre novas disciplinas e a revogação de disciplinamentos ultrapassados. Assim, já no século passado, o jurista Von Jhering, em 1877, em seu *Der Zweck im Recht* (*A finalidade no direito*), afirmava (1916:256):

> "A definição usual de direito reza: direito é o conjunto de normas coativas válidas num Estado, e essa definição a meu ver atingiu perfeitamente o essencial. Os dois fatores que ela inclui são o da norma e o da realização por meio de coação... O conteúdo da norma é um pensamento, uma proposição (proposição jurídica), mas uma proposição de natureza prática, isto é, uma orientação para a ação humana; a norma é, portanto, uma regra conforme a qual nos devemos guiar."

Jhering traça, com base nessa definição, os caracteres distintivos da norma jurídica. Observa, em primeiro lugar, que, em comum com as regras gramaticais, a norma tem o caráter de orientação, delas separando-se, po-

rém, à medida que visam especificamente à ação humana. Nem por isso elas se reduzem à orientação para a ação humana, pois isso ocorre também com as máximas da moral. Por isso, diz ele, deve-se acrescer-lhe o caráter imperativo, sua impositividade contra qualquer resistência. A norma, portanto, está numa relação de vontades, sendo um imperativo (obriga ou proíbe) visto que manifesta o poder de uma vontade mais forte, capaz de impor orientações de comportamento para vontades mais fracas. Relação de império, comando, as normas são interpessoais e não existem, como tais, na natureza. Conforme se dirijam à ação humana num caso concreto ou a um tipo genérico de ação, as normas constituem imperativos concretos ou abstratos. Jhering, movido pela ideologia liberal que exclui do direito o privilégio, a regra que não pode ser generalizada, conclui que, em sua especificidade, a norma jurídica é um imperativo abstrato dirigido ao agir humano.

A questão sobre o que seja a norma jurídica e se o direito pode ser concebido como um conjunto de normas não é dogmática, mas zetética. É uma questão aberta, típica da filosofia jurídica, que nos levaria a indagações infinitas, sobre pressupostos e pressupostos dos pressupostos. Sendo uma questão zetética, ela não se fecha. As teorias filosóficas fornecem explicações sobre ela, mas o tema continua renovadamente em aberto: a norma é um comando ou um simples diretivo? Uma regra de organização? A sanção faz parte de sua constituição ou trata-se de elemento aleatório que apenas aparece quando a norma é violada?

Não é nossa intenção, nos limites desta Introdução, enfrentar essa questão – zetética – própria da filosofia do direito. Apenas com objetivo didático gostaríamos, porém, de classificar três modos básicos conforme os quais a questão do que seja a norma costuma ser enfocada.

Os juristas, de modo geral, vêem a norma, primeiramente, como *proposição*, independentemente de quem a estabeleça ou para quem ela é dirigida. Trata-se de uma proposição que diz como *deve ser* o comportamento, isto é, uma proposição de dever-ser. Promulgada a norma, ela passa a ter vida própria, conforme o *sistema de normas no qual está inserida*. A norma pode até ser considerada o produto de uma vontade, mas sua existência, como diz Kelsen, independe dessa vontade. Como se trata de uma proposição que determina como devem ser as condutas, abstração feita de quem as estabelece, podemos entender a norma como imperativo condicional, formulável conforme proposição hipotética, que disciplina o comportamento apenas porque prevê, para sua ocorrência, sanção. Tudo conforme a fórmula: se A, então deve ser S, em que A é conduta hipotética, S a sanção que segue à ocorrência da hipótese; o dever-ser será o conectivo que une os dois termos. Nesse caso, a norma seria propriamente um diretivo, isto é, uma qualificação para o comportamento que o tipifica e o direciona.

De um modo ou de outro, nessa primeira concepção, a norma é *proposição*.

Os juristas, porém, também costumam conceber normas como *prescrições*, isto é, como atos de uma vontade impositiva que estabelece disciplina para a conduta, abstração feita de qualquer resistência. A *norma* como *prescrição* também se expressa pelo dever-ser, que significa então impositivo ou impositivo de vontade. Dessa vontade não se abstrai, permanecendo importante para a análise da norma a análise da vontade que a prescreve. Na verdade, para o reconhecimento da prescrição como norma jurídica, essa vontade é decisiva, posto que vontade sem qualidades prescritoras (inabilitada, ilegítima, sem autoridade, sem força) não produzirá norma. Normas são, assim, imperativos ou comandos de uma vontade institucionalizada, isto é, apta a comandar.

Por fim, há também a possibilidade de considerar a norma como um fenômeno complexo que envolve não só a vontade de seu comando, mas também diferentes situações estabelecidas entre partes que se comunicam. Nesse caso, a norma é vista como *comunicação*, isto é, troca de mensagens entre seres humanos, modo de comunicar que permite a determinação das relações entre os comunicadores: subordinação, coordenação. Para a análise da norma como comunicação, torna-se importante não só a mensagem (proposição), não só as qualidades do prescritor, mas também a identificação dos sujeitos, seu modo de reação às prescrições, sua própria qualificação como sujeito. Tomada como um complexo comunicativo, a norma torna-se o centro de um série de problemas: a determinação da vontade normativa (teoria das fontes do direito), a determinação dos sujeitos normativos (teoria dos direitos subjetivos, capacidade, competência, responsabilidade), a determinação das mensagens normativas (teoria das obrigações, das permissões, das faculdades, das proibições normativas) etc.

Como vemos, seja como *norma-proposição*, seja como *norma-prescrição*, seja como *norma-comunicação*, o conceito de norma jurídica é um centro teórico organizador de uma dogmática analítica. Mesmo sem *desconhecer* que o jurista, ao conceber normativamente as relações sociais, a fim de criar condições para decidibilidade de seus conflitos, também é um cientista social, há de se *reconhecer* que a norma é seu critério fundamental de análise, manifestando-se para ele o fenômeno jurídico como um dever-ser da conduta, um conjunto de proibições, obrigações, permissões, por meio do qual os homens criam entre si relações de subordinação, coordenação, organizam seu comportamento coletivamente, interpretam suas próprias prescrições, delimitam o exercício do poder etc. Com isso, é também possível encarar as instituições sociais, como a família, a empresa, a administração pública, como conjuntos de comportamentos disciplinados e delimitados normativamente.

4.1.2 Concepção dos fenômenos sociais como situações normadas, expectativas cognitivas e normativas

Estas observações conduzem-nos diretamente ao problema de concepção da própria sociedade. A dogmática analítica permite ao jurista compreender a sociedade normativamente, isto é, captá-la como uma ordem. Entendemos, neste contexto, por sociedade um sistema de interações, comportamentos mutuamente dirigidos e referidos uns aos outros, formando uma rede de relações. Definimos *comportamento* como estar em situação. Quem está em situação transmite mensagens, quer queira quer não. Comportar-se é estar em situação com os outros, os endereçados das mensagens, os quais também estão em situação. De onde, comportamento é troca de mensagens, comunicação. Essa troca de mensagem é o elemento básico da sociedade, do sistema social. Trata-se de um dado irrecusável, posto que o homem sempre se comporta, se comunica: é impossível não se comportar, não se comunicar. Ou seja, a comunicação não tem contrários: mesmo que não queiramos nos comunicar estamos comunicando que não queremos nos comunicar (cf. Watzlawick, Beavin, Jackson, 1973:44).

Assumindo esse postulado, podemos conjecturar em seguida que a comunicação humana ocorra em dois níveis: o nível *cometimento* e o nível *relato*. Esse último corresponde à mensagem *que emanamos*, ao conteúdo *que transmitimos*. Por exemplo, quando dizemos: *sente-se*! o conteúdo transmitido é o ato de sentar-se. O cometimento corresponde à mensagem *que emana de nós*, na qual se determinam as relações (de subordinação, de coordenação), e que, em geral, é transmitido de forma não verbal (pelo tom da voz, pela expressão facial, pelo modo como estamos vestidos etc.). Por exemplo, o cometimento (mensagem sobre a relação) é diferente se a mensagem *sente-se*! é transmitida por um professor ao aluno, ou por um aluno a outro aluno, ou por este ao professor.

Assim, quando nos comportamos, na troca de mensagens, está presente, de parte a parte dos agentes, uma *expectativa* mútua de comportamento. Quem diz *sente-se*! espera que o outro comporte-se *de certo modo* (sentando-se – *relato* – e subordinando-se – *cometimento*). Essas expectativas podem ser, por sua vez, objeto de expectativas prévias. Quem diz *sente-se*! não apenas tem a expectativa de um movimento (sentar-se) e de um acatamento (subordinação), mas tem também a expectativa de qual seja a expectativa do endereçado (este espera de mim uma ordem, ele me vê como superior) que também pode ou não confirmar-se, e vice-versa, isto é, o endereçado também tem expectativas sobre as expectativas do emissor. Com isso, criam-se situações complexas, que se confirmam ou que se desiludem, em que os homens se apresentam claramente ou escondem suas intenções, ou em que agem sem

reflexão, descuidadamente etc. Daí se segue um conjunto instável de relacionamentos de relações de expectativa, os quais são sempre, em número de possibilidades, maiores do que as possibilidades atualizáveis. Esta desproporção (quem diz: *sente-se*! espera pelo menos quatro possibilidades: sentar-se ou não sentar-se, com ou sem subordinação) nos permite dizer que as situações comunicativas são, em princípio, caracterizadas pela complexidade, entendendo-se por *complexidade* um número de possibilidades de ação maior que o das possibilidades atualizáveis (cf. Luhmann, 1972, v. 1:40).

No entanto, na medida em que as situações comportamentais são complexas, há nelas também uma compulsão para *selecionar* expectativas e possibilidades atualizáveis de interação: *seletividade* é uma segunda característica do comportamento. Quem diz: *sente-se*! já selecionou uma possibilidade. Contudo, selecioná-la não significa que ela se atualize. O endereçado pode não sentar-se ou pode sentar-se sem subordinação, por exemplo, desdenhosamente. A desilusão, portanto, faz parte das situações comportamentais. A *possibilidade* da desilusão mostra-nos que a interação humana é sempre *contingente*. Contingência (possibilidade de ocorrer ou não a expectativa selecionada) é uma terceira característica da situação comunicativa. Por isso, para a ocorrência dos sistemas comunicativos sociais são desenvolvidos *mecanismos* que garantem, num certo grau de confiança, as expectativas em jogo contra a possibilidade de desilusões. Esses mecanismos, que conferem à rede instável de relações certa estabilidade, uma estabilidade dinâmica, compõem sua *estrutura*. A estrutura é, assim, uma espécie de seletividade fortalecida, uma dupla seletividade. Por exemplo, uma refeição tomada em conjunto: se todos se atiram vorazmente ao alimento, expectativas serão mutuamente desiludidas. A seletividade de um (ficar com os melhores bocados) pode ferir a mesma seletividade do outro. A contingência é controlada, por exemplo, por meio de regras de boa educação à mesa. Essas regras *estruturam* as relações, garantindo-lhes certa estabilidade. As estruturas, assim, aliviam os agentes da carga da complexidade e da contingência que se mostra na seletividade.

Toda estrutura, nesses termos, ao assegurar um limitado campo de possibilidades como esperáveis, no fundo nos *ilude* a respeito da real complexidade das situações. De onde segue o caráter *dinâmico* das estruturas sociais. Essa dinâmica ocorre já em virtude do *tempo*: o que se espera hoje pode não ser esperável amanhã. A simples desilusão pela passagem do tempo é controlada, atribuindo-se, pela estrutura, certa *duração* às expectativas. Expectativas *duráveis* são obtidas pelo desenvolvimento de dois mecanismos estruturais: atitudes *cognitivas* e *normativas*.

Atitudes *cognitivas* são expectativas cuja durabilidade é garantida pela *generalização* de possibilidades, por meio de observação. Observamos, por exemplo, que alguém agredido com violência tende a reagir com violência. Se generalizamos essa observação, obtemos uma regra empírica, que nos

permite assegurar certa estabilidade à previsão das expectativas sociais. Se, porém, essa generalização é desiludida por novas observações (nem sempre alguém reage com violência), a regra cognitiva *se adapta* aos fatos (sempre se reage à violência com violência, salvo...). Atitudes cognitivas são, pois, atitudes *adaptativas* manifestadas em regras igualmente adaptativas. Exemplo delas são as leis científicas, que descrevem a *normalidade* do comportamento e nos permitem controlar a contingência dos sistemas sociais (a ciência como instrumento de previsão).

Atitudes normativas são, de outro lado, expectativas cuja durabilidade é garantida por uma generalização não adaptativa, isto é, admitem-se as desilusões como um fato, mas estas são consideradas como irrelevantes para a expectativa generalizada. Por exemplo, diante da possibilidade de reação violenta de um indivíduo contra a ação violenta de outro, estabelece-se a proibição da violência privada. Mesmo que a violência ocorra, a expectativa de que esta não devia ocorrer fica genericamente garantida. As expectativas normativas se manifestam por meio de *normas*. Normas, nesse contexto, manifestam expectativas cuja duração é estabilizada de modo *contrafático*, isto é, a generalização da expectativa independe do cumprimento ou descumprimento da ação empiricamente esperada. Elas não referem *regularidades* do comportamento, mas prescrevem sua *normatividade*. Ou seja, a diferença entre uma lei científica e uma lei jurídica, nesse caso, estaria em que a primeira *descreve* a normalidade, e a segunda *prescreve* a normalidade do comportamento.

As estruturas sociais, portanto, são constituídas por uma combinatória de expectativas cognitivas e normativas, de modo a conferir durabilidade às relações sociais dinamicamente em transformação. Quando, por exemplo, dirigimos um automóvel, o tráfego pode ser visto como um conjunto de interações e, pois, uma rede complexa de expectativas. Algumas são cognitivas – *em média*, ninguém corre loucamente pelas ruas, pois o risco de abalroar outro carro confronta-se com o risco de causar um dano a si próprio –, outras são normativas – é obrigatório dar preferência a quem vem da direita. As primeiras são garantidas por generalizações empíricas, as segundas por prescrições. Para conferir durabilidade, porém, em caso de conflito entre as duas (as cognitivas e as normativas), devemos reconhecer que, em última instância, o comportamento se estabiliza preponderamente pelas normativas (mesmo que os motoristas *tendam* a correr loucamente, as normas continuarão a *proibir* comportamentos negligentes).

Podemos, assim, entender o que significa, para o jurista, captar a sociedade como *ordem*. Não se desprezam as regularidades empíricas; elas constituem a estrutura social como uma rede de possibilidades explicáveis por nexos causais. A *causalidade* é, assim, uma categoria do conhecimento que faz parte do saber jurídico, mas como sua condição. A dogmática analíti-

ca dá preferência, em última instância, à compreensão do comportamento em termos normativos, estabelecendo relações de *imputação*: dada a conduta *x*, imputa-se a ela a conseqüência *y*. A categoria da *imputação* permite à dogmática analítica captar a sociedade como rede de expectativas normativas, isto é, de regularidades não adaptativas: por mais que se disseminem assaltos e crimes, o jurista capta o fenômeno como conduta proibida, imputando ao fato a generalização normativa: é proibido furtar, matar, sob pena da sanções. O jurista sabe que há entre causalidade e imputação certa interdependência: de um lado, as normas reforçam a regularidade empírica; de outro, se esta não se verifica absolutamente, podemos chegar a uma situação de *anomia* (as normas não são respeitadas em absoluto e não podem mais ser reconhecidas como tais, não estabilizando quaisquer expectativas). Em regra, porém, seu enfoque é predominantemente imputativo, o jurista parte das normas como dogmas, tomadas como premissas que ele não pode trocar, pois seu saber dogmático não é adaptativo, é fundamentalmente paraprescritivo. Assim, ele encara os fenômenos sociais, as interações, como conjuntos normados, isto é, unidades firmes e permanentes, objetivas e concretas, dotadas de organização e estrutura. O núcleo identificador dessas unidades (por exemplo, a família, a empresa) é o centro geométrico de convergência de normas que conferem durabilidade às expectativas normativas dos agentes. Esses agentes, eles próprios, são centros geométricos de normas, isto é, papéis sociais normativamente prescritos (o pai, a mãe, os filhos, o empregador, o empregado). O objetivo do conhecimento dogmático-analítico não são propriamente as *pessoas concretas*, fisicamente identificáveis, mas papéis tipificados por normas que configuram responsabilidades, deveres, faculdades, poderes etc. (ver por exemplo a figura do *pai* no art. 338 do Código Civil Brasileiro).

4.1.3 Caráter jurídico das normas: instituições e núcleos significativos

Neste ponto é preciso reconhecer que, sendo norma um conceito nuclear para a dogmática analítica, o jurista se vê às voltas, na estrutura social, com uma multiplicidade delas, dentre as quais estão aquelas que lhe interessam peculiarmente: as jurídicas. Assim, por exemplo, a confiança é fato social, que pode existir ou não nas interações, e que corresponde a um mecanismo regulativo do intercâmbio de expectativas. Confiar significa selecionar possibilidades e controlar a contingência das expectativas selecionadas. Ela tem base em expectativas cognitivas (as pessoas tendem a manter sua própria imagem, não são falsas) e, sobretudo, expectativas normativas (nem a quebra factual da confiança altera a *exigência* de que as pessoas *devem* manter sua própria imagem). As normas que regulam a confiança são de variado

tipo: falamos em normas *costumeiras, morais, religiosas* etc. Portanto, a estrutura normativa da confiança envolve várias normas que podem, inclusive, não ser compatíveis umas com as outras. Na verdade, as estruturas sociais em geral manifestam mais normas que a sociedade pode suportar. À expectativa normativa de *A* (a palavra dada deve ser cumprida) pode contrapor-se a expectativa normativa de *B* (a palavra dada deve ser cumprida, desde que as condições em que foi dada sejam as mesmas).

Surgem, assim, conflitos das projeções normativas que resultam da superprodução de normas. Esses conflitos não são a exceção, mas o comum na vida social. A dogmática tem de se haver com esse problema. O princípio da inegabilidade dos pontos de partida exige a postulação de normas *preponderantes* que, em caso de conflitos, devem prevalecer. A teoria dogmática do direito pressupõe que essas normas preponderantes são as consideradas *jurídicas*. Como identificá-las?

Essa questão, importante para a dogmática, tem uma relevância zetética: multiplicam-se as hipóteses e o problema permanece em aberto. Trata-se de matéria típica da filosofia do direito. Não vamos tratá-la em sua amplitude. Para os objetivos desta Introdução, vamos limitar-nos, didaticamente, a apresentar um ponto de vista que servirá de orientação para nosso estudo da dogmática analítica.

Do ponto de vista zetético, observamos que a identificação de normas como jurídicas, realizada pelos juristas, se dá conforme critérios variáveis no espaço e no tempo. No século XVII, Pufendorf, por exemplo, distinguia as normas jurídicas (direito natural) das normas morais, por se referirem as primeiras ao sentido e à finalidade das ações humanas *desta vida*, enquanto as segundas eram referentes às ações *da outra vida*, tomando-se por critério a distinção das ações em *internas* e *externas*, assumindo, pois, que o que permanecia guardado no coração humano e não se manifestava exteriormente deveria pertencer ao âmbito moral. Não obstante a dificuldade de um critério universal, sem, portanto, perder de vista o fato de que, historicamente, não reconhecem o caráter jurídico de suas normas pelo mesmo critério, vamos buscar na forma de um postulado teórico um ângulo de abordagem suficientemente genérico, capaz de dar conta do problema, tendo em vista a norma como comunicação. Nesse sentido, propomos que o caráter da jurisdicidade das normas está no grau de *institucionalização* da relação entre o emissor e o receptor da mensagem normativa.

Ao examinarmos a noção de norma-comunicação, verificamos que, ao comunicar-se, o homem o faz em dois níveis: o relato, isto é, a mensagem que emanamos (sentar-se) e o cometimento, a mensagem que emana de nós, ou seja, a simultânea determinação da relação entre os comunicadores ("*por favor*, sentem-se" ou "sentem-se!"). É nessa relação que se localiza o caráter prescritivo das normas. É nela que se pode descobrir o caráter prescritivo jurídico.

Essa relação, no caso do cometimento das normas ou comunicação normativa, é baseada na *diferença* (entre os comunicadores), e é uma relação *complementar* (um manda, outro obedece; um recomenda, outro acata; um coordena, outro se enquadra etc.).

A relação complementar manifesta uma espécie de *controle* do receptor pelo emissor. Esse controle, socialmente, pode ocorrer de diferentes modos e por diferentes razões: pelo uso de superioridade física (força), por superioridade culturalmente definida (conhecimento, na relação médico e paciente), por característica antropológica (relação pais e filhos) etc. Essa superioridade do emissor sobre o receptor da mensagem é de natureza hierárquica: o emissor se põe como *autoridade* perante o receptor, que se enquadra como *sujeito*. A relação (cometimento) que caracteriza qualquer norma é a *relação autoridade/sujeito*.

A relação autoridade/sujeito ou relação de autoridade pode ser descrita de vários modos. Propomos esclarecê-la tomando como critério as reações e contra-reações possíveis entre emissores e receptores de uma comunicação. No âmbito do cometimento, a mensagem emitida por alguém sobre o modo como a relação entre ele e seu receptor deve ser por este encarada admite três possibilidades: a relação ou é confirmada, ou é rejeitada, ou é desconfirmada. Suponhamos um comando dirigido pelo professor aos alunos: "não fumem na sala de aula". O relato ou conteúdo da comunicação é a abstenção de fumar na sala. O cometimento se percebe, digamos, no tom da voz ou no uso da forma imperativa, cuja mensagem é: "aqui mando eu, vocês obedecem". Essa mensagem sobre a relação é confirmada quando os alunos, abstendo-se de fumar, não manifestam, por exemplo, nenhum protesto. Ela será rejeitada se os alunos fumam, mas o fazem escondidos (o que significa que os alunos, porque se escondem, reconhecem a posição de mando, mas a negam). Ela será desconfirmada se os alunos, ostensivamente, põem-se a fumar, como se nenhuma ordem tivesse sido dada. A confirmação, portanto, é uma reação de reconhecimento da relação. A rejeição é uma reação de negação da relação. A desconfirmação é uma reação de desconhecimento da relação. Ora, a relação de autoridade é aquela em que o emissor aceita a confirmação, rejeita a rejeição, isto é, a reconhece para negá-la, e desconfirma a desconfirmação, isto é, não a reconhece como tal, mas a toma como mera negação. Ou seja, a relação de autoridade admite uma rejeição, mas não suporta uma desconfirmação. A autoridade rejeitada ainda é autoridade, sente-se como autoridade, pois a reação de rejeição, para negar, antes reconhece (só se nega o que antes se reconheceu). Contudo, a desconfirmação elimina a autoridade: uma autoridade ignorada não é mais autoridade.

A norma, em seu cometimento, instaura uma relação de autoridade, exigindo, pois, a desconfirmação da desconfirmação. Para que isso ocorra, porém, é preciso que o emissor, em face do receptor, sinta-se respaldado pela

confirmação de terceiros, isto é, dos outros, daqueles que não participam da relação. A confirmação de terceiros não precisa ser ostensiva, não precisa o emissor de sua manifestação concreta, bastando-lhe supô-la. A suposição bem-sucedida da confirmação de terceiros (podemos falar em consenso social) significa que a autoridade está *institucionalizada*. A institucionalização do emissor da norma em seu mais alto grau numa sociedade dada nos permite dizer que estamos diante de uma norma jurídica. Que uma institucionalização ocorre em seu mais alto grau significa que o presumido consenso social prevalece sobre qualquer outro consenso real ou suposto. Por exemplo, ainda que possamos presumir consenso para uma norma que, em nome da liberdade negocial, exija de um comprador de determinada marca de refrigerante que o transporte das bebidas para seu estabelecimento só se faça pela transportadora do fabricante, sob pena de o refrigerante não lhe ser vendido, prevalecerá o consenso social presumido para a norma que proíbe a chamada venda casada, isto é, presumimos o consenso para a lei do Estado como de mais alto grau que a simples imposição da vontade de uma parte sobre outra parte: a lei como instituição.

Decorre dessa explicação que, se o reconhecimento do caráter jurídico de uma norma depende do grau de institucionalização da relação de autoridade manifesta em seu cometimento, o fundamento do direito não está na força (*vis*, de onde violência). Isso não quer dizer que o direito nada tenha a ver com a força, base para o ato de coação que executa, por exemplo, uma sanção de prisão ou de pagamento compulsório de uma multa. Embora o ato de coação (força) faça *parte* do direito, isso não quer dizer que ele seja responsável por sua existência. Um assaltante que, de arma na mão, exige a entrega de dinheiro de sua vítima, tem dessa entrega uma expectativa normativa (expressa na prescrição: "passe-me o dinheiro!"). Por medo de sua violência, a vítima pode até entregar-lhe o dinheiro. Mesmo nesse caso, porém, o fundamento de sua prescrição não é sua força, mas o grau de institucionalização da relação de sujeição que sua ordem manifesta. Só que esse grau é inferior ao grau de institucionalização da norma que proíbe o roubo, isto é, o consenso social suposto para essa norma é superior ao de sua ordem.

Ora, o que vai dar caráter jurídico à norma é a *institucionalização* dessa relação de autoridade. O cometimento jurídico constrói-se por referência básica das relações entre as partes a um *terceiro* comunicador: por exemplo, o juiz, o costume, o legislador. É pela referência a esse terceiro comunicador que se institucionaliza, na comunicação normativa, a relação complementar autoridade/sujeito. Assim, por exemplo, a norma firmada entre duas partes segundo a qual o não-pagamento do aluguel até o dia aprazado implica uma multa de 10% sobre o valor da prestação requer, para ser jurídica, o consenso presumido da sociedade, de terceiros, o que é obtido por instituições como o contrato. O contrato é uma instituição visto que as partes podem *presumir*

que a expectativa global e anônima da sociedade é esperar o cumprimento do que foi pactuado livremente na forma contratual.

Modernamente, a institucionalização de normas, isto é, a configuração do caráter jurídico de sua relação de autoridade, depende da inserção delas em grandes sistemas disciplinares, em termos desta poderosa instituição chamada de *Estado*. Obviamente, o Estado não é a única instituição a garantir o consenso suposto e anônimo de terceiros para as normas ou comunicações normativas jurídicas. Quando falamos em *direito costumeiro*, invocamos para certas expectativas normativas a institucionalização conferida pela força vinculante de usos consagrados pelo tempo. No entanto, genericamente, as normas enquanto expectativas contrafáticas de comportamento são jurídicas por seu grau de institucionalização, de sua inserção em sistemas normativos que representam, por pressuposição, o consenso anônimo e global de terceiros (leia, por suposição, de toda sociedade).

As instituições repousam, na verdade, não sobre acordos fáticos, mas sobre suposições comuns a respeito da expectativa comum dos outros (Luhmann, 1972). Sua homogeneidade é, por isso, visivelmente fictícia. Trata-se de abstrações sociais, apoiadas em procedimentos como a eleição, a decisão em assembléia, o voto solene e público. O jurista reconhece o caráter jurídico das normas por seu grau de institucionalização, isto é, pela *garantia do consenso geral presumido de terceiros que a elas confere prevalência*. Daí a busca, no discurso dos juristas, da conformidade das expectativas normativas com os objetivos do *interesse público*, do *bem comum*, do *Estado*. Daí a importância de procedimentos institucionalizados (como o processo civil e criminal, o inquérito policial e administrativo, a eleição política e a organização partidária, o processo legislativo) para a identificação de normas como jurídicas. Aqueles objetivos e/ou estes procedimentos garantem a algumas normas, isto é, a algumas expectativas contrafáticas, em face de outras, um grau prevalecente de institucionalização de seu cometimento (relação autoridade/sujeito), de tal modo que a complementaridade de relação fica ressalvada de antemão: torna-se *meta*complementaridade, impõe-se, vincula as partes à complementaridade. Metacomplementaridade significa, pois, que a relação complementar de autoridade entre as partes está garantida por outra relação complementar de autoridade que tem a primeira por objeto. Assim, por exemplo, não obstante possa o devedor entrar num *acordo* com o credor para diminuir ficticiamente o preço a fim de que seja menor o imposto incidente, essa norma entre ambos não prevalece contra a norma tributária que, tendo sido *procedida* pelo Congresso, *sancionada* e *promulgada*, tem um grau de *institucionalização*, isto é, *de consenso presumido*, global e anônimo, muito maior.

É verdade que, para a identificação de normas como jurídicas, o critério do grau de institucionalização – numa dada sociedade são jurídicas as normas de maior grau de institucionalização – pode parecer demasiadamente

formal, por parecer ignorar o problema dos conteúdos, isto é, do *relato* normativo. Afinal, embora primordial para o reconhecimento do caráter prescritivo das normas, o cometimento ou relação autoridade/sujeito não esgota o fenômeno normativo. É de se perguntar, então, se os cometimentos institucionalizados suportam qualquer conteúdo ou ainda, se a relação metacomplementar institucionalizada pode conter qualquer relato. Por exemplo, conquanto manifeste uma relação autoridade/sujeito de alto grau de institucionalização, poderíamos perguntar se uma norma *legal* que *instituísse* (cometimento) a esterilização sexual de loucos e de criminosos irrecuperáveis (conteúdo) seria ainda jurídica, tendo um relato deste teor. Poderíamos argumentar, de um lado, que, sendo *lei*, isto é, procedimentada conforme as regras burocráticas do Estado e manifestando *por isso* o consenso presumido, anônimo e global, de terceiros, a norma seria jurídica. De outro lado, porém, poderíamos invocar o conteúdo para desempenhar um papel que, em princípio, não lhe cabe: retornar (ou conferir) juridicidade à norma.

Autores chamados positivistas, como Kelsen, por exemplo, enfrentam essa questão, lembrando que os conteúdos *em si* não são nem jurídicos nem antijurídicos; são neutros. Assim, o ato de matar alguém, se conteúdo de uma norma de proibição que imponha sanção ao ato, torna-se algo ilícito e reprovável. O mesmo ato, porém, se objeto de norma que discipline a obrigação do militar em ação de eliminar o inimigo, torna-se um ato lícito e aprovável. Portanto, matar, em si, seria juridicamente neutro.

Já autores chamados jusnaturalistas, que defendem que o direito positivo, posto por autoridade, deve respeitar os ditames da natureza humana, a natureza das coisas, os princípios éticos e religiosos, sob pena de não ser direito, reclamam para a identificação da jurisdicidade um elemento material, de conteúdo. Assim, não bastaria, nos termos de nossa exposição, a relação institucionalizada, o cometimento autoridade/sujeito, mas se exigiria também certo tipo de relato ou conteúdo.

A pendência entre positivistas e jusnaturalistas, entre aqueles que negam e os que aceitam, ao lado do direito *positivo* (posto por autoridade) um direito *natural* (não posto, dado pela natureza e reconhecido pela razão humana) é antiga. Ela se tornou peculiarmente problemática desde o advento do fenômeno da positivação, no século XIX. São muitas as teorias filosóficas que buscam uma explicação para o direito natural, para a relação entre ele e o direito positivo, estabelecendo uma subordinação do segundo ao primeiro. Trata-se de um problema de filosofia do direito. Não vamos discuti-lo aqui. Contudo, nem por isso podemos ignorar a questão do conteúdo das normas em face da institucionalização do cometimento, da relação autoridade/sujeito.

Recapitulemos. Partimos da idéia de que os sistemas sociais desenvolvem mecanismos capazes de garantir dinamicamente certa estabilidade às interações humanas, cuja seletividade está sempre sujeita à contingência.

Expectativas normativas, assim, garantem *duração* às interações, em face da simples passagem do *tempo*, que modifica, torna contingente as expectativas em jogo nas interações sociais. Para garantir aquela estabilidade, porém, não bastam as expectativas normativas, posto que sempre haverá mais normas do que o suportável. Por isso, encontramos nos sistemas sociais um segundo mecanismo estrutural, a institucionalização, que confere a certas expectativas normativas uma preeminência. Com isso, a contingência de várias expectativas normativas contrapostas, que afetam a estabilidade do sistema, ou seja, a existência de múltiplos agentes sociais que imprimem a suas ações orientações normativas diferentes e contrapostas, é controlada por meio de instituições, isto é, expectativas presumidas a respeito das expectativas globais e anônimas dos outros, dos terceiros em face das interações que ocorrem. Contudo, como acabamos de ver, os conteúdos das interações institucionalizadas manifestam variedade de *sentido* que também precisa ser garantido contra a contingência. A mera expectativa *normativa institucionalizada* não dá conta dessa tarefa.

Os sistemas sociais desenvolvem, nesses termos, mecanismos de estabilização, chamados *núcleos significativos*, isto é, centros integradores de sentido que conferem à variedade certa unidade aceitável para as interações sociais (Luhmann, 1972). Quando estamos diante de uma instituição de pequena complexidade, por exemplo, uma família, é possível integrar os sentidos dos conteúdos das interações por meio de uma mecanismo simples: *a pessoa. Pessoa* é um feixe de papéis sociais desempenhados por um indivíduo, papéis estes compondo uma unidade, de tal modo que um papel desempenhado afeta os demais papéis. Assim, *pai* é papel social que o indivíduo desempenha, mas também é papel social ser pagador de impostos, ser profissional, ser membro de um clube recreativo etc. Cada um desses papéis se determina por uma série de qualidades institucionalizadas.

O pai é, por exemplo, a figura masculina, o conselheiro, o responsável pela geração etc. O indivíduo, ao agir, agrega a essas qualidades caracteres idiossincráticos, próprios – o pai bondoso, autoritário, responsável etc. Quando isso se reduz a uma unidade e essa unidade afeta também os demais papéis exercidos (o profissional, o amigo, o membro do clube, o homem religioso etc.), compondo uma unidade de múltiplas possibilidades, estamos diante de uma *pessoa*. Conhecer a pessoa é, pois, conhecer a sua história particular, os caracteres que ela imprime a todos os seus papéis e que dá *consistência* a sua ação. A integração deste complexo numa unidade pode ser mais ou menos coerente, podendo falar-se, então, em diversos tipos de personalidade. Quando é possível, numa situação social, identificar a *pessoa*, estamos diante de um mecanismo capaz de integrar o *sentido conteúdo* da ação. Assim, na relação familiar, o filho conhece o pai (pessoa) e, quando este *promete* dar-lhe um presente, gera uma expectativa normativa, que tem certo

grau de institucionalização do cometimento (promessas devem ser cumpridas), mas também um conteúdo esperável. Conhecendo a pessoa, o filho terá um mecanismo integrador, ele saberá conferir a sua expectativa normativa institucionalizada um conteúdo esperável (não será qualquer coisa que constituirá o cumprimento da promessa). Controla-se, assim, a contingência dos conteúdos normativos.

Obviamente, isso é muito limitado. A anonimidade complexa das sociedades exige, por isso, outros núcleos significativos, mais abstratos, talvez menos confiáveis, mas que se revelam capazes de cumprir sua função. Estes podem ser os *papéis sociais* antes referidos. Quando estamos doentes e precisamos ser operados, procuramos um médico e não um enfermeiro (o que, é claro, não garante uma *boa* operação, ao menos confere ao conteúdo da expectativa certa estabilidade: problema da medicina socializada e despersonalizada). Em termos de expectativas normativas institucionalizadas, se, diante de um contrato de empréstimo, de um lado está o banqueiro, de outro, o tomador, o papel social *banqueiro* confere ao conteúdo da transação um sentido que podemos generalizar: sabemos, pelo conhecimento do papel social, quais suas características mais gerais. O conteúdo da interação torna-se mais controlável.

Em situações mais complexas, porém, nem mesmo os papéis funcionam a contento. Por isso os sistemas sociais conhecem outros núcleos significativos, como os *valores*. Trata-se de centros significativos que expressam uma *preferibilidade* (abstrata e geral) por certos conteúdos de expectativa, ou melhor, por certos conjuntos de conteúdos abstratamente integrados num sentido consistente. Por exemplo, podemos confiar que, numa interação, a *justiça* (valor do *justo*) prevalece, podendo ser esperado com maior garantia. Valores são, assim, símbolos de preferência para ações indeterminadamente permanentes, ou ainda, fórmulas integradoras e sintéticas para a representação do sentido de consenso social. No exemplo dado, é preciso, pois, examinar se a esterilização sexual de loucos e criminosos irrecuperáveis é um conteúdo que tem sentido do justo, do respeito à vida e à liberdade etc.

Como é intuitivo, sendo os valores núcleos significativos muito abstratos, é preciso ainda outro mecanismo integrador, capaz de conferir-lhes um mínimo de consistência concreta, ainda que genérica. Isso é função das *ideologias*. Estas são conjuntos mais ou menos consistentes, últimos e globais de avaliações dos próprios valores. Assim, enquanto os valores, por sua abstração, são expressões abertas e flexíveis, as ideologias são rígidas e limitadas. Elas atuam, ao avaliar os valores, no sentido de tornar conscientes os valores, estimando as estimativas que em nome deles se fazem, garantindo assim o consenso dos que precisam expressar seus valores, estabilizando, assim, em última análise, os conteúdos normativos. Temos, pois, a justiça *no sentido liberal, comunista, fascista* etc. As ideologias, portanto, conjugam os

valores, hierarquizando-os, permitindo que se os identifique, quando em confronto, que se opte pela justiça contra a ordem ou pela ordem contra a liberdade, pela dignidade contra a vida etc.

Ao contrário dos valores, que são núcleos significativos mais abstratos e podem, por isso, representar mais genericamente o sentido do consenso social, as ideologias são fachadas, delimitadas, não dialogam, mas polemizam entre si e buscam a *hegemonia* de umas sobre as outras. Há, certamente, ideologias mais ou menos rígidas. Todavia, todas, indistintamente, opõem-se entre si como universos fechados. Assim, uma ideologia liberal pode aceitar, na vida política, a presença de uma ideologia socialista, desde que esta respeite o valor máximo da liberdade entendida de forma liberal, com suas conseqüências sobre propriedade, as relações econômicas etc. Em sua contraposição polêmica, as ideologias funcionam, pois, como mecanismo *estabilizador*, mas também atuam como mecanismo de *denúncia* de outras ideologias. No primeiro caso, falamos de ideologia crítica; no segundo, de crítica de ideologia. Trata-se de uma função única, vista de ângulos diferentes.

Em suma, não é qualquer conteúdo que pode constituir o relato das chamadas normas jurídicas, mas apenas os que podem ser generalizados socialmente, isto é, que manifestam núcleos significativos vigentes numa sociedade, nomeadamente por força da ideologia prevalecente e, com base nela, dos valores, dos papéis sociais e das pessoas com ela conformes. Assim, por exemplo, na cultura ocidental de base cristã, conteúdos normativos que desrespeitem o valor da pessoa humana (direitos fundamentais) serão rechaçados, como seria o caso de norma que admitisse a tortura como forma de obtenção de confissão para efeitos de processo de julgamento.

4.1.4 Norma jurídica: um fenômeno complexo

Temos, agora, condições de examinar a norma jurídica em sua complexidade estrutural. Falamos, em síntese, de *expectativas contrafáticas*, que se expressam por meio de proposições de dever-ser (*deve, é obrigatório, é proibido, é permitido, é facultado*), estabelecendo-se entre os comunicadores sociais relações complementares *institucionalizadas* em alto grau (relação metacomplementar de autoridade/sujeito), cujos *conteúdos* têm sentido generalizável, conforme núcleos significativos mais ou menos abstratos.

Quanto a este último elemento, nas sociedades complexas de nossos dias, observamos forte presença da ideologização dos conteúdos na forma de *programas consistentes de ação* em face da crescente estabilização e burocratização dos sistemas sociais. Se, antes do século XIX, o sentido dos conteúdos podia ser generalizado consistentemente com base em noções difusas, tecnicamente menos especializáveis, como o *direito natural*, a *moral*, os *costumes*,

o direito contemporâneo partiu para uma programação daquelas prescrições de forma racionalizante e tecnicamente controlada. É o fenômeno do *constitucionalismo* e do *legalismo*, que, de certo modo, positiva, por procedimentos regulados, o direito natural, a moral e o costume. Supomos que estes sejam núcleos significativos expressos, integradores do sentido de todas as normas jurídicas, numa forma consistente, em virtude dos procedimentos que os positivam. O direito, como conjunto de normas, adquire, assim, o acabamento racional de um programa formal de ação: se está na constituição ou foi estabelecido por lei, é um conteúdo jurídico.

Obviamente, essa consistência não é um dado, mas algo construído. Nessa construção, a própria dogmática analítica desempenha um papel relevante. Os diferentes mecanismos referidos, que se integram na norma jurídica, não são necessariamente congruentes entre si. Expectativas contrafáticas, institucionalizações, núcleos significativos podem estar contidos em uma norma, de forma a se contradizerem mutuamente. Por exemplo, numa norma de trânsito, a expectativa contrafática de que, diante do semáforo vermelho, deve-se parar, pode estar em contraposição com a institucionalização, conforme a qual, numa rua sem movimento, o motorista do carro de trás supõe o consenso geral de que, nessa condição, deve-se ir adiante: ele buzina e irrita-se. Nem sempre há congruência entre o valor ideologizado (conteúdo) de que no trânsito a liberdade de um limita-se pela liberdade do outro e a instituição segundo a qual se espera, de cada um, um comportamento agressivo. Nesses termos, quando dizemos que o saber jurídico trabalha com normas jurídicas, é preciso reconhecer nelas um fenômeno complexo que a ciência dogmática do direito, num primeiro momento, recorta, reduz e simplifica, para poder dominá-las como objeto de conhecimento (dogmática analítica), para depois interpretá-las (dogmática hermenêutica) e aplicá-las (dogmática da decisão). Por essa razão, ao reduzir e simplificar o fenômeno normativo, a dogmática analítica, visando à congruência dos mecanismos estabilizadores nele contidos, cria uma espécie de ilusão funcional sobre a realidade fenomênica, imunizando seu próprio saber contra os fatos, em termos de, até certo ponto, poder atuar de modo indiferente em relação a eles: indiferença controlada. Daí a impressão – correta – de que o conhecimento dogmático-analítico distancia-se, por abstração, da realidade, passando a ver o direito – fenômeno social – como conjunto de normas, elas próprias concebidas como prescrições gerais e abstratas que, em seu conjunto, devem manifestar um sistema congruente e racional. A norma jurídica, da qual fala o jurista, é, portanto, verdadeira construção teórica da própria ciência jurídica, em que os diferentes mecanismos estabilizadores manifestam, idealmente, uma congruência consistente. É isso que lhe permite fazer suas classificações, suas distinções, suas sistematizações. Contudo, para isso, ele precisa de uma linguagem própria, com conceitos operacionais que lhe dêem condições de realizar o recorte teórico da realidade.

Posto isto, do ponto de vista estrutural, podemos dizer que, em síntese, em sua totalidade, normas jurídicas são expressões de expectativas contrafáticas, institucionalizadas e de conteúdo generalizável. Compõem-se, destarte, de mensagens, emissores e agentes receptores. As mensagens ocorrem em dois níveis: o da relação ou cometimento e o do conteúdo ou relato.

O cometimento normativo, a relação metacomplementar ou institucionalizada entre autoridade e sujeito expressa-se *verbalmente* por meio de operadores lingüísticos como: *é proibido, é vedado, é facultado, é obrigatório, é permitido, deve-se, poderá, será,* os quais podem estar explícitos ou implícitos (às vezes, a norma apenas descreve uma ação-tipo e atribui-lhe uma sanção: o caráter proibitivo está implícito). O cometimento pode expressar-se também analogicamente, por modos não verbais: o olhar silencioso da multidão, reprovando o comportamento de um adulto que espanca uma criança na rua. No direito moderno, prevalecem as formas verbais. Mesmo as normas costumeiras tendem a ter verbalizados seus cometimentos.

O relato ou conteúdo normativo é constituído por descrições de ações, de suas condições e suas conseqüências.

Vamos entender por ação (cf. von Wright, 1970:369) a interferência negativa ou positiva do homem no curso da natureza. A interferência positiva chama-se *ato* (por exemplo, cortar uma árvore). A interferência negativa chama-se *omissão* (por exemplo, não construir uma casa). O conceito de omissão é um pouco difícil de captar. Na linguagem comum, omitir não significa simplesmente *não fazer,* mas *não fazer algo.* Só omitimos o que devemos ou estamos habituados a fazer. Por exemplo: não abrir o guarda-chuva, estando a chover. A omissão aparece, pois, como uma relação entre algo que *foi* e como *poderia ter sido.* Por isso nem sempre é fácil distinguir um ato e uma omissão. Assim, se alguém entra num quarto escuro e acende a luz, há um *ato,* do ponto de vista do agente. Entretanto, do ponto de vista de quem lá estivesse abrindo uma máquina fotográfica para rodar o filme preso por um defeito, o agente *omitiu* deixar a luz apagada. Em suma, ações não são apenas interferências no curso da natureza, mas interferências em relação a como poderia ou deveria ter ocorrido do ponto de vista dos agentes, emissores e receptores.

Essa concepção implica ademais que se parte de um *estado de coisas* que muda para *outro estado de coisas* (a luz está apagada para a luz está acesa). Para que a ação ocorra, é preciso alguma *condição* (por exemplo, que a luz *esteja apagada,* para passar a *estar acesa*). Do relato das normas faz parte também a *descrição da condição.* Esta pode ser explícita (no dia 12 de novembro, *não sendo feriado,* o devedor pagará a quantia de...) ou implícita (*matar alguém,* o que faz supor a condição de que *alguém* esteja vivo: não há crime de morte atirando-se em alguém morto). Por fim, há também a *descrição das*

conseqüências da ação: por exemplo, se alguém matar alguém, será punido com a *sanção* de prisão por um número de anos.

Vemos, afinal, que essa análise da norma (comunicação) revela-nos diversos elementos em correlação: os agentes, a relação entre eles, o conteúdo das mensagens. A dogmática-analítica, para captá-los juridicamente, desenvolve uma série de conceitos. Em primeiro lugar, é preciso conceituar *dogmaticamente* a norma jurídica (*até agora tratamos de seu conceito zetético* e de quais seus tipos).

A diferença é importante: a expressão *norma jurídica*, para a *zetética*, é tomada como algo que seja comum a uma *classe* de normas postas em vários âmbitos: o direito brasileiro, o direito português, o direito francês etc.; para a *dogmática*, o problema está em identificar *norma jurídica* dentro de *um* âmbito, que o jurista recebe como um dado. Para a dogmática, portanto, não é preciso defini-la, basta que se possa assinalá-la. Tem-se de examinar seu caráter prescritivo, para mostrar se são apenas comandos, se são também proposições qualificativas da conduta, se são ainda regras organizacionais. Em segundo lugar, que tipos de relações se estabelecem entre os agentes sociais, qual a diferença entre relações jurídicas, públicas e privadas, quem são os sujeitos dessas relações e como se qualificam dogmaticamente (o que é um sujeito de direito, o que é pessoa, física e jurídica). Em terceiro lugar, como qualificar os atos e as omissões, que é um ato lícito, que é um delito, que são fatos juridicamente relevantes. Por fim, como se comporta a noção de impositividade do direito em face da liberdade humana. Obviamente, na exposição que se segue, não trataremos desses temas em sua abrangência, mas apenas em sua generalidade.

4.2 TEORIA DOS CONTEÚDOS NORMATIVOS OU DOGMÁTICA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

4.2.1 Conceito dogmático de norma jurídica

A opinião prevalecente na doutrina dogmática é de que a norma jurídica é uma espécie de imperativo despsicologizado, isto é, um *comando* no qual não se identifica o comandante nem o comandado, posto que, de um lado, a figura do legislador ou quem quer que seja o emissor de normas parece perder sua importância depois de posta a norma e, de outro, os destinatários da norma não se identificam, posto que normas jurídicas são *comandos* genéricos e universais. Há por isso quem diga não se tratar, em absoluto, de um comando.

Isso é correto, se entendemos por *comando* apenas um ato comunicativo interpessoal. No entanto, sabemos que, na sociedade contemporânea, a