

© 1977 by Editora Atlas S.A.

1. ed. 1977; 2. ed. 1980; 17. reimpressão 2010



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

Ferraz Jr., Tercio Sampaio, -

A ciência do direito/Tercio Sampaio Ferraz Jr. - 2. ed. - 17. reimpr. - São Paulo : Atlas, 2010.

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-1692-9

1. Direito - Teoria I. Título.

80-0332

CDU-340.11

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Teoria 340.11
2. Teoria geral do direito 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.

Impresso no Brasil/Printed in Brazil



Editora Atlas S.A.

Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)

01203-904 São Paulo (SP)

Tel.: (0__ _11) 3357-9144 (PABX)

www.EditoraAtlas.com.br

SUMÁRIO

I — DIFICULDADES PRELIMINARES NA CON- CEITUAÇÃO DE CIÊNCIA DO DIREITO ..	9
1. O termo "ciência"	9
2. O caráter científico da Ciência do Direito ..	12
3. A ordem dos problemas	16
II — PANORAMA HISTÓRICO	18
1. A jurisprudência romana	18
2. Os glosadores	21
3. Os jusnaturalistas da Era Moderna	22
4. A escola histórica	27
5. O positivismo	30
6. O século XX	35
III — O CAMPO TEÓRICO DA CIÊNCIA DO DI- REITO	40
1. As fronteiras do direito positivo e o espaço da positivação	40
2. A decidibilidade como problema central da Ciência do Direito	42
3. Os modelos da Ciência do Direito	47
IV — A CIÊNCIA DO DIREITO COMO TEORIA DA NORMA	50
1. O conceito de norma e suas implicações ..	50
	5

IV

A CIÊNCIA DO DIREITO COMO TEORIA DA NORMA

1 — O CONCEITO DE NORMA E SUAS IMPLICAÇÕES

O conceito de norma aparece, hoje, mais do que nunca, como uma noção integradora, capaz de determinar o objeto e o âmbito da Ciência do Direito. Na verdade, porém, nas formas e no modo pelo qual é tratada pela Dogmática Jurídica, percebemos que o conceito representa, no mais das vezes, um ponto crítico a partir do qual se põem à amostra as limitações do pensamento científico-jurídico.

Não há uma, mas inúmeras noções de norma jurídica. Uma definição exemplar, embora já surrada e que parece atravessar o tempo na consciência média do jurista, vamos encontrar em von Jhering, no seu "Der Zweck im Recht" (1877) (A finalidade no Direito). Deste livro extraímos o seguinte texto: "A definição usual de direito reza: direito é o conjunto de normas coativas válidas num Estado, e esta definição a meu ver atingiu perfeitamente o essencial. Os dois fatores que ela inclui são o da norma e o da realização através 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."¹ Jhering traça, a partir desta definição genérica, 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, porém, à medida que visam es-

¹ JHERING, Rudolf von. *Der Zweck im Recht*, 1916, p. 256.

pecificamente à ação humana. Nem por isso elas se reduzem à orientação para a ação humana, como é o caso das máximas de moral, pois a isto se acresce um novo aspecto, ou seja, o seu caráter imperativo. A norma para ele é, assim, uma relação entre *vontades*, sendo um imperativo (positivo: obrigação, ou negativo: proibição) no sentido de que manifesta o poder de uma vontade mais forte, capaz de impor orientações de comportamento para vontades mais fracas. Relação de império, as normas são interpessoais e não existem, como tais, na natureza. Conforme se dirigiam à ação humana num caso concreto ou a um tipo genérico de ação, as normas constituem imperativos concretos ou abstratos. Jhering conclui que, na sua especificidade, a norma jurídica é um imperativo abstrato dirigido ao agir humano.

Jhering é um autêntico representante da chamada Teoria Imperativista da norma. O centro nuclear da teoria é a noção de vontade, um termo privilegiado pelo vocabulário teórico já há séculos — lembremo-nos apenas da "*vontade geral*" como fundamento de legitimidade da lei e do governo em Rousseau — e que domina a teoria jurídica no século XIX. A partir daí, o empenho de Jhering está em identificar analiticamente a norma jurídica enquanto regra coativa. O conceito de *vontade* serve-lhe bem a propósito, pois lhe dá a oportunidade de ver na norma jurídica uma relação de superioridade entre o que ordena e o que recebe a ordem, explicando-se a impositividade do direito como um caso de um querer dotado de poder.

A Teoria Imperativista, aqui esboçada, permite-nos colocar uma série de problemas que acabaram por se constituir objetos centrais da Teoria Jurídica. Estes problemas estão ligados à determinação da vontade normativa (problemas das fontes do direito), do endereço da norma (problema do sujeito de direito) e das diferentes situações em que ele se encontra (direito subjetivo, interesse juridicamente protegido etc.), bem como das relações mesmas que se estabelecem entre as vontades (questão das relações jurídicas, dever ou obrigações, poder jurídico etc.). As diversas respostas dadas a estas questões levaram a Ciência do Direito a constituir-se como uma espécie de *análise das figuras jurídicas*, cuja finalidade última seria a proposição de um saber sistemático capaz de dar um quadro

coerente e integrado do direito como conexão de normas e dos elementos típicos que as compõem.

A Teoria Imperativista, contudo, já no século passado era abalada por críticas que a obrigavam a renovar-se. O conceito de *vontade* estava muito ligado à uma psicologia individualista e encontrou dificuldades em transpor-se para situações mais complexas em que a determinação de um indivíduo portador do ato de vontade era difícil de ser feita. Por exemplo, breve se percebeu que o legislador, cuja "vontade" era fonte de direito, não podia ser especificado, tratando-se antes de uma co-letividade até certo ponto abstrata, sucedendo o mesmo com o editor responsável pelas normas costumeiras. Além disso, passou despercebido aos primeiros imperativistas que, do ponto de vista de sua formulação, normas jurídicas raramente assumem formas imperativas (faça isto, proba-se aquilo), sendo antes expressas em proposições hipotéticas do tipo *se* alguém se comporta de tal modo, *então* deverá sofrer tal sanção. Não bastasse isto, observou-se que a noção de *vontade* não cabia também para muitos casos em que o detentor de um direito era, por exemplo, uma fundação, uma sociedade, tendo-se, então, de apelar para uma ficção que atribuía "vontade" a quem não se identificava sequer como um ser humano. Isto desencadeou uma série de distinções, soluções e críticas em torno de temas centrais, como "pessoa física" e "pessoa jurídica", "obrigação" e "responsabilidade", "capacidade" e "competência" etc.

Estas observações, cuja finalidade é apenas levantar algumas questões a que somos levados ao assumir para a Ciência do Direito, o que chamamos de modelo analítico, servem como introdução à apresentação didática dos diversos temas que preocupam, via de regra, o cientista do direito. Com efeito, delas podemos extrair a seguinte ordem temática que deverá servir de orientação ao leitor, interessado não apenas em conhecer a teoria sobre a ciência jurídica, mas esta ciência mesma na consecução dos seus objetivos. Posto isto, podemos dizer que o modelo analítico se propõe, inicialmente, a questão do método, tendo em vista a noção de norma como núcleo teórico. Segue-se o problema da construção jurídica, do seu encaedamento num sistema, das figuras aí aplicadas, entendendo-se por figuras as expressões conceituais construídas com o fito de dar ao próprio pensar jurídico o seu acabamento sistemático.

2 — A QUESTÃO DO MÉTODO

Não vamos desenvolver neste tópico as disputas sobre o método, coisa que fizemos já, brevemente, no capítulo inicial. Sendo este trabalho de cunho introdutório, ficamos em considerações limitadas a um critério proposto, sem a pretensão de derivações limitadas e classificações. A questão do método em longas divagações e classificações. A questão do método entende-se, por conseguinte, em atenção ao que chamamos modelo analítico, como o modo pelo qual a CIÊNCIA DO DIREITO tenta captar o fenômeno jurídico como um fenômeno normativo, realizando uma sistematização das regras para a obtenção de decisões possíveis.

Como já sugerimos anteriormente, a teoria jurídica procura, nestes termos, construir uma *analítica*. Entendemos por *analítica* um procedimento que constitui uma análise. Análise, de um lado, é um *processo de decomposição* em que se parte de um todo, separando-o e especificando-o nas suas partes. O método analítico é, neste sentido, um exame discursivo que procede por distinções, classificações e sistematizações. De outro lado, análise significa *resolução* ou *solução regressiva*, que consiste em estabelecer uma cadeia de proposições, a partir de uma proposição que por suposição resolve o problema posto, remontando às condições da solução.²

O método analítico serve-se de procedimentos lógicos, como a dedução e a indução e, no caso do direito, sobretudo a analogia. A dedução é costumeiramente apresentada como um procedimento conclusivo de proposições gerais para particulares, a indução passa do particular para o geral, e a analogia dá de um particular para outro particular. O uso da analogia dá ao método analítico no direito um caráter peculiar, que leva muitos teóricos a disputarem sobre o seu estrito rigor. De fato, a analogia tem por princípio a noção de *semelhança*, exigindo-se para a sua aplicação uma construção de certa similitude entre dois objetos estudados e, a seguir, *um juízo de valor* que mostra a relevância desta similitude sobre as diferenças, tendo em vista um problema a resolver. Ora, o princípio da semelhança revela-se, deste modo, como de validade lógica duvidosa, de caráter mais axiológico. Na verdade, a analítica jurídica mesmo quando se vale de dedução e indução raramente se guia

² Ver LALANDE, A. *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie*, Paris, PUF, 1960, verbo *analyse*.

pelas estritas regras da lógica formal, o que faz dela, como já observara Aristóteles, no passado, a propósito da argumentação judicial e deliberativa, um procedimento de natureza retórica, do qual se pode dizer que é quase lógico.³

Para explicar este procedimento podemos reduzi-lo genericamente a duas formas procedimentais básicas: *ligação* e *diferenciação*. *Ligação* é um recurso analítico que se refere ao sentido de *resolução* de análise (vide acima) e consiste na aproximação de elementos distintos, que estabelece entre eles uma solidariedade, valorizando-os, positiva ou negativamente, um pelo outro. Assim, por exemplo, na determinação da natureza das pessoas jurídicas, há uma doutrina (Doutrina da Ficção: Laurent, Windscheid) que, após reconhecer que só as pessoas físicas como tais é possível atribuir direitos, pois só os homens têm existência real, atribui também a outras "pessoas", de natureza diferente, sem existência psíquica, os mesmos direitos, *supondo* que elas sejam dotadas de algo *parecido* com *vontade* e possibilidade de *agir*, como é o caso de uma sociedade por ações. *Diferenciação*, por sua vez, é um recurso analítico que se refere ao sentido de *decomposição* da análise (vide acima), e consiste numa ruptura, que visa dissociar elementos que se admitem como formando um todo ou, pelo menos, um conjunto solidário. Assim, por exemplo, considera-se crime matar alguém, mas excluem-se os casos de legítima defesa.

Ligação e diferenciação não constituem, como se poderia pensar apressadamente, procedimentos isolados, mas apenas isólatos por abstração, à medida que se implicam e se completam: não há ligação sem diferenciação e vice-versa. Assim, ao definirmos *parentesco* como a relação que vincula entre si pessoas que descendem umas das outras, ou que descendem de um mesmo tronco, ⁴ criamos uma diferenciação entre parentesco consanguíneo e outros vínculos, como o por afinidade e o civil (respectivamente o vínculo entre uma pessoa e os parentes do seu cônjuge, e o que decorre da adoção), que são, de novo, ligados em nome de uma técnica que facilita a explicação e a compreensão da matéria.⁵

A analítica jurídica, enquanto método, está ligada ao pensamento tecnológico, ao qual nos referimos. Discutível é, por-

³ PERELMAN, Chaïm e GARRBCHTS-TYTECA, L. *Traité de l'Argumentation*, La Monnaie, *metronique*, Bruxelas, 1970, p. 259.

⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, São Paulo, Max Limonad, s/d. VI, p. 270.

⁵ RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 270, nota 160.

tanto, o seu sentido *metódico* tendo em vista o problema da verdade. Esta questão, que nos levaria a infindáveis dissensões, cuja preliminar seria o próprio conceito de verdade, será delimitada ao modelo que estamos desenvolvendo.

A questão tem relação com o problema de se saber se a Ciência do Direito, ela própria, tem caráter prescritivo ou não, problema já exposto anteriormente. Se admitimos que as proposições da Ciência do Direito são prescrições, ainda que não no sentido normativo do direito (seremos então, obrigados a a vê-las como constituindo não uma forma de saber teórico no sentido constativo, realizado mediante proposições descritivas, mas de um saber prático que nos diz o que deve ser feito em tais e tais condições. A sua "verdade" está ligada, então, à propriedade com que se respeitam as condições tendo em vista uma finalidade a cumprir. A menos que denominemos *verdade* esta fidelidade ao resultado buscado, a Ciência do Direito terá por método um instrumento que lhe garanta certa eficiência. De fato, o *pensamento tecnológico* (que não se confunde com o mero *pensamento técnico*, que diz apenas como devem ser feitas as coisas, sem qualquer reflexão sobre suas condições de possibilidade: por exemplo, um folheto explicativo de como reparar um rádio ou pô-lo em funcionamento, um manual de como requerer em juízo ou como pagar o imposto de renda são sistemas técnicos, mas não tecnológicos) está ligado ao *fazer* e à *realização de uma proposta*. Nestes termos, a Ciência do Direito não diz o que é *direito* em tal e tal circunstância, época, país, situação, mas que, assumindo-se que o direito em tais e tais circunstâncias se proponha a resolver tais e tais conflitos, estão *deve ser* compreendido desta e não daquela maneira. Esta forma *dever-ser* dá à analítica jurídica o seu caráter peculiar.

Mas há disputas sobre ela. Kelsen (Teoria Pura do Direito) afirma que os enunciados da Ciência Jurídica usam a fórmula *dever-ser*, mas são descritivos, pois apenas constatam o que é e o que não é direito em determinada situação (tempo e espaço). Quer-nos parecer, porém, que, enquanto pensamento tecnológico, o *dever-ser* que acompanha implícita ou explicitamente as proposições da teoria jurídica dá-lhes o caráter *criptonormativo* a que já nos referimos, isto é, faz das teorias jurídicas teorias com função de resolver do modo mais satisfatório possível uma perturbação social. A noção de método

analítico jurídico, com sua caracterização quase lógica, também avaliativa e crítica, esclarece-se neste quadro teórico.

A construção analítica dos conceitos jurídicos obedece, deste modo, ao predomínio descrito anteriormente, e para torná-la mais explícita vamos dar um exemplo, valendo-nos de um trabalho de Josef Esser,⁶ conforme as observações e comentários de Theodor Viehweg,⁷ aos quais acrescemos os nossos próprios.

Esser destaca que os "conceitos que são, na aparência, de pura técnica jurídica" ou "simples partes do edifício" da ciência jurídica só adquirem o seu sentido autêntico se relacionados com o problema da justiça. Diríamos que se revelam como uma analítica quase lógica, ligada a elementos axiológicos ou valorativos. Por exemplo, o conceito de "declaração" só pode ser entendido como uma "fixação" de princípios de justiça na questão da "vinculação negocial" e da "confiança negocial", mesmo quando isto não esteja expressamente assinalado nas normas positivas. Isto já revela o caráter tecnológico do pensamento, que não é mera descrição do que está no direito positivo, pois, observa Esser, se não agimos assim, ficaria sem explicação a aplicação especial que o conceito permite em muitos casos. Por exemplo, há casos em que é preciso impugnar uma "declaração de vontade" e pagar os danos de confiança, embora já esteja provada a falta prévia de uma "declaração de vontade". Observe-se que, em princípio, é impossível impugnar uma "declaração de vontade" que, por hipótese, não houve. Apesar disso, a teoria jurídica admite esta possibilidade com o fito de proteger a confiança da outra parte contratante (função social da teoria).

Algo parecido ocorre nos casos de falta, não passíveis de ser percebida, de uma vontade negocial, portanto, de responsabilidade por uma mera aparência de direito, por exemplo, quando há poder de representação ineficaz ou que tenha sido conseguido pelo uso indevido de papel timbrado de outra, firma falsa etc. Do mesmo modo, o jurista converte, de maneira aparentemente arbitrária, em "declaração" uma carta de conteúdo negocial que seu autor não enviou, mas chegou ao seu destinatário por manipulação de terceiros. Assim, o con-

6 ESSER, Josef. Elementi di diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico, in *Nuova Rivista di Diritto Comparato*, 1952, V, p. 1 ss.

7 VIEHWEG, Theodor. *Topica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964.

teúdo de conceitos jurídicos, como os de "parte integrante" de uma coisa ou "parte integrante essencial"; está formado por uma analítica peculiar que se vale 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).

3 — A CONSTRUÇÃO ANALÍTICA

Um postulado do modelo analítico da Ciência Jurídica diz que todo e qualquer comportamento humano pode ser visto como cumprimento ou descumprimento de normas jurídicas, caso contrário ele é tido como juridicamente irrelevante. Isto faz, como vimos, da norma um conceito-chave, a norma tida como *regra*. Uma das preocupações nucleares da teoria jurídica é, neste sentido, analisar a própria norma jurídica.

Não há, como dissemos, acordo sobre o conceito de norma jurídica. Na verdade, com ele pretendemos, às vezes, abarcar situações tão diversas que é difícil dizer-se se podemos falar dela como um *gênero*, ao qual pertenceriam as espécies de lei, regulamento, decreto, sentença etc. Não vamos, por isso, propor uma definição, mas fazer um levantamento das construções conceituais de que se valem os juristas para captá-la.

Uma preocupação central do modelo analítico é separar normas jurídicas de outras, como as morais, as religiosas, as de cortesia etc. Para isso, costuma-se dizer, via de regra, que as normas em geral se distinguem pelo modo como valem (questão da validade), pela sua específica estrutura condicional (questão da hipótese de incidência e da sanção), pelo modo do seu entrelaçamento num conjunto (problema das fontes do Direito e do seu sistema).

A questão da validade é disputadíssima e comportaria, por si só, uma dissertação à parte. Não podemos fazê-la no limite de nosso trabalho. Um autor contemporâneo⁸ mostra-nos que há, na teorização do direito, uma tendência a ver a validade como *uma* propriedade da norma jurídica, mas a pelo menos teorias indica que, na verdade, o jurista se serve de pelo menos

8 SCHREIBER, Rupert. *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlin-Heidelberg-N. York, Springer, 1966.

três conceitos de validade, que ele usa não de modo sistemático (como propõe, por exemplo, Miguel Reale — ver O Direito como Experiência), mas até certo ponto oportunístico. Estes três conceitos são: “validade fática”, “validade constitucional” e “validade ideal”. Uma norma *vale facticamente* no sentido de ser de tal modo efetiva que, quando o comportamento que ela configura (hipótese de incidência) ocorre, a consequência jurídica que ela prevê ocorre também (sanção). A norma *vale constitucionalmente*, no sentido de que ela é conforme às prescrições constitucionais sobre a própria validade, isto é, respeita um conteúdo superior, obedece a trâmites, faz parte de um sistema unitário. Por último, *vale idealmente* quando se impõe para a solução de um conflito de interesses, em virtude de uma proposta de um autor nos quadros argumentativos de uma doutrina. Quando se diz, portanto, que a norma é um objeto que tem por propriedade essencial a validade, podemos estar-nos referindo a um desses três conceitos.

Teoricamente, a doutrina jurídica costuma, entretanto, separá-los. A validade no sentido constitucional chama-se, de ordinário, *vigência*, e a validade no sentido fático, *eficácia*. O terceiro conceito, validade no sentido ideal, raramente é tematizado, podendo dizer-se que o tema é apreciado indiretamente quando se discute a questão da doutrina como fonte do Direito. Do modo como estamos expondo o problema, porém, cumpre distinguir entre validade constitucional e fática, de um lado, e vigência e eficácia, de outro. *Vigência* é um termo técnico que significa ter uma norma condições formais de ser aplicada, isto é, foi elaborada por órgão competente, nos limites da sua competência e em obediência aos procedimentos legais. Já a *eficácia* é também termo técnico que significa ter a norma possibilidade de ser aplicada, de exercer os seus efeitos, porque as condições para isto exigidas estão cumpridas. Assim, uma norma pode ser vigente, mas ter a eficácia dependente da regulamentação de certas condições por outra norma. Por exemplo, uma norma determina que é garantido o acesso para todos os cidadãos aos cargos públicos, quando forem preenchidos os requisitos que a lei estabelece. A norma é vigente, se elaborada corretamente, mas sua eficácia depende da lei que irá estabelecer os requisitos exigidos.

A expressão validade no sentido fático, porém, tem significado um pouco diverso, e é uma figura jurídica que explica a validade específica de certas normas jurídicas, para as quais o

critério da estrita vigência não basta. Por exemplo, no Brasil, é o caso das chamadas Súmulas do Supremo Tribunal Federal, que, a rigor, obrigam não porque estão previstas expressamente pelo sistema normativo, mas porque representam o modo pelo qual certos casos são, via de regra, julgados pelo Tribunal Superior, assinalando, assim, certa uniformidade na atividade dos órgãos aplicadores do Direito. As normas de validade fática são, pois, aquelas que expressam esta atividade do aparelho sancionador do Estado. De modo geral, o apelo do jurista, no estudo de um instituto jurídico, às decisões da jurisprudência representa, assim, um recurso à validade no sentido fático.

A validade no sentido constitucional confunde-se com a noção de vigência. Ela conduz, porém, a um conceito extranormativo, qual seja o da legitimidade do Direito. O seu modelo básico é a hierarquia das formas e das matérias, uma relação de subordinação vertical e compatibilidade horizontal, que desemboca num vértice último e supremo: a norma primeira, fundamental ou constituição. Aqui aparece, contudo, a questão de se saber como esta norma última se qualifica como válida, se mantemos o critério de que norma válida é a que respeita a norma superior. A validade da própria Constituição não pode, assim, ser, ela própria, constitucional, mas tem de apelar para outros critérios. Quer-nos parecer que a questão tem referência ao que se chama validade ideal que, embora não explique apenas este caso, tem importantes relações com ele.

A discussão em torno da legitimidade tem relevância doutrinária. As teorias divergem a esse propósito, pois o problema é tipicamente aporético e nos conduz a recuos sem fim (validade da validade da validade etc.). Aqui aparecem teorias de Direito Natural, que pressupõem normas não postas por nenhum legislador, mas ditadas pela *natureza das coisas* (argumento típico das controvérsias jurídicas), ou pela razão humana, ou por Deus, por intermédio da Bíblia etc. Também há os que optam por recuos à validade fática, no sentido de que a constituição vale porque é ato de poder efetivo. Há ainda os que, como Kelsen, vêem o fundamento da Constituição numa norma pressuposta, de natureza teórica, que apenas prescreve ao jurista que aceite a Constituição do primeiro legislador.

Esta discussão é doutrinária, e a opção por uma ou outra teoria tem uma relevância argumentativa: é mais ou menos persuasiva. Esta opção representa, contudo, um modo de validade, a validade ideal ou por força de argumento de autori-

dade. Não só neste caso extremo, porém, ela aparece mas também em outros, sobretudo naqueles onde há divergência interpretativa e não houve ainda qualquer decisão de autoridade competente. O recurso à chamada *doutrina dominante* é um exemplo típico. Também é típico o caso do artigo primeiro do Código Civil Suíço que, nos casos de lacunas, remete o juiz à doutrina e à tradição.

A noção de validade, nas suas variantes, não esgota o conceito de norma jurídica. Importante para distingui-la de outras formas normativas é a configuração da sua estrutura. O problema da estrutura é, em princípio, um problema lógico, que envolve, porém, questões que extravasam a análise formal.

De há muito se reconheceu que as normas jurídicas não têm, senão por exceção, a forma de um juízo imperativo (faça isto, não faça aquilo), mas de um juízo hipotético — caso isto ocorra, deverá ocorrer aquilo, se houver crime, segue a pena. Outros, como Cossio, falam num juízo disjuntivo: dada certa conduta deve ser a prestação ou dada a conduta contrária deve ser a sanção. Convém lembrar, contudo, que, do ponto de vista lógico-formal *implicação* (se... então) e *disjunção* (ou... ou) são conectivos reduzíveis um ao outro, sendo, na verdade, a mesma coisa dizer que “se o comportamento C ocorre, então segue a sanção S” e “ou o comportamento C não ocorre ou segue-se a sanção S” (numa linguagem simbólica: $(C \rightarrow S) \equiv (\text{não } C \text{ ou } S)$).

Os trabalhos de lógica jurídica consideram como normativas as proposições construídas mediante os operadores lógicos: é proibido que, é obrigatório que, é permitido que. Admite-se que os dois primeiros, com o auxílio da negação, sejam reduzíveis um ao outro: *é proibido fumar* equivale a *é obrigatório não fumar*. O terceiro é um caso diferente. A partir deles podemos entender o sentido lógico de figuras jurídicas, como a proibição, a obrigaçào, a permissão e outras que delas derivam, como a autorização, a facultaçào, a isençào etc. Além dos operadores, normas jurídicas se determinam pelo seu conteúdo: as ações. Von Wright⁹ define ação como uma interferência humana no curso da natureza. As ações podem ser atos, ou interferências positivas, e *omissões*, ou interferências negativas. A diferença entre ambos é relativa e depende da situação em que ocorrem. Assim, por exemplo, podemos dizer, que, alguém, ao entrar num quarto escuro, deixando de acender a luz, omitiu-

-se de fazer algo. Não é uma omissão, contudo, deixar de abrir o guarda-chuva se não está chovendo. A distinção depende de certas expectativas da situação. E pode dar-se o caso, de que a mesma ação pareça a alguém uma omissão e a outrem, um ato. Por exemplo, se entrarmos numa câmara escura de revelação fotográfica e não acendermos a luz, isso pode ser visto como omissão para quem não saiba que se trata de câmara escura, mas será um ato de ângulo do fotógrafo que está lá dentro.

Para que ocorram ações é preciso, pois, a interferência humana no curso da natureza, de tal modo que a situação (a) mude para (D), (ato), ou devendo mudar, permaneça (omissão). Esta mudança e o resultado dela estão sujeitos a *condições*. Por exemplo, para preservar *acenda a luz* é preciso que a luz esteja apagada.

Com isso podemos descrever logicamente a estrutura de uma norma como composta de 1º) um operador normativo; 2º) uma descrição de ação que é o seu argumento; e 3º) uma descrição da condição da ação. O operador determina o *caráter normativo*: norma obrigatória ou proibitiva ou permissiva; a descrição da ação constitui o *conteúdo* da norma; e a condição da ação é a sua condição de aplicação.¹⁰ A terminologia jurídica tradicional é um pouco diferente e, em termos de rigor lógico, menos precisa. Pode-se, entretanto, fazer certa aproximação entre o que os juristas chamam *hipóteses de incidência* (suposto de fato ou ainda fato-tipo) e o que os lógicos denominam conteúdo mais as suas condições de aplicações, bem como o que os juristas chamam *qualificação normativa* e o que o lógico denomina caráter normativo.

Tendo a norma um caráter implicativo (se A, deve ser B), surge aqui o problema da sanção. Discute-se se esta faz parte *essencialmente* da estrutura normativa. Alguns autores preferem excluí-la, lembrando que há inúmeras normas que não a prevêem. Outros lembram que a sanção está sempre presente, explicitamente, na própria norma, ou, implicitamente, em outra norma. Daí a distinção entre *dependentes* (as que têm sanção em outra norma) e *autônomas* (as que trazem já previstas, nelas mesmas, a sanção). A questão caracteriza o que podemos chamar problema de *conexão de normas*.¹¹

¹⁰ CAPPELLA, Juan Ramon. *Derecho y lenguaje*. Barcelona, Ariel, 1968,

p. 51.

¹¹

CAPPELLA, J. R. *Op. cit.*, p. 183.

O termo sanção, como observa Kelsen, é mais bem definido por uma sociologia jurídica. Se admitirmos chamar sanção a descrição de um fato ou ato que é um *mal* para o sujeito ao qual se aplica, percebemos que a noção de *mal* é apenas intuitiva e varia não apenas de sociedade para sociedade, mas também do ângulo do observador: por exemplo, a multa é em princípio um mal, mas pode não sê-lo em determinados casos; tributo não é um mal, embora o pagador possa percebê-lo como tal. Do ponto de vista jurídico, a sanção se caracteriza por estar prevista por uma norma, ou pela própria norma que prescreve um comportamento, ou por outra norma. Fala-se aqui, por isso, em normas de conduta, dirigidas aos cidadãos em geral, e normas de procedimento, que prescrevem a sanção e são dirigidas aos aplicadores do direito. A teoria jurídica se empenha em classificar sanções, o que já extravasa os estreitos limites de nossa exposição.

A questão de sanção, contudo, tem uma enorme importância para a Ciência do Direito, à medida que é peça-chave, segundo alguns, para a elaboração de algumas figuras jurídicas subjetivas (porque dizem respeito aos sujeitos normativos em geral), como as noções de direito subjetivo, obrigação jurídica, capacidade, competência, sujeito, pessoa jurídica e física, relação jurídica etc.

O sentido atribuído a essas noções é disputadíssimo na teoria jurídica. Não é nossa intenção desenvolvê-las todas, porque mais uma vez estaríamos indo além dos limites que nos impusemos. Interessa-nos apenas observar o seu sentido instrumental para a execução da análise jurídica. Estes conceitos são elaborados com a finalidade de cumprir certas tarefas; do nosso ponto de vista, criar condições para a decidibilidade de conflitos, dentro de um contexto geral. A decidibilidade é, porém, uma finalidade demasiado abstrata, mas pode explicar certa ordem na elaboração e diferenciação das figuras. Assim, por exemplo, o conceito de dever jurídico desempenhou um papel básico na consecução de uma ciência jurídica, embora hoje seja, talvez, como observa Carrío,¹² um conceito excessivamente geral e toco, que não serve aos propósitos teóricos e práticos que teve no passado. Ele servia e serve ainda, com limitações, para, entre outras coisas, distinguir o direito de ou-

tras ordens sociais, como a moral positiva (dever jurídico e dever moral), o que lhe assinala um papel fundamental, ao lado de outros, na determinação do conceito de relação jurídica, por exemplo. O desenvolvimento do direito exige, porém, um trabalho de especificação contínua, que vai esgotando a operacionalidade dos conceitos, ultrapassando-os ou relegando-os a fórmulas abstratas, cuja função se reduz a organizar didaticamente grandes áreas do conhecimento jurídico.

A propósito desta organização sistemática típica da análise jurídica, parece-nos interessante examinar o problema do agrupamento das normas em conjuntos normativos, enquanto uma tarefa básica da Ciência do Direito. Este agrupamento é importante porque, salvo raras exceções, as normas não constituem objeto da ciência jurídica quando tomadas uma a uma na sua individualidade, mas quando compõem conjuntos que podemos chamar modelo (para a noção de *modelo* — ver Miguel Reale: O Direito como Experiência). Existem, neste sentido, campos do comportamento humano sobre os quais incide um grupo de normas, de diferentes tipos; estas constituem um todo conexo em função do campo de incidência, o que nos permite falar, por exemplo, da família, do contrato, da sucessão, da sociedade mercantil como núcleos aglutinadores de normas às vezes extraídas de diferentes códigos e ramos do direito, mas que compõem certa unidade de regulamentação. Este tipo mas que compõem certa unidade de regulamentação. Este tipo de agrupamento, que tem por base um critério material, difere de outros que se fundam em relações formais, como, por exemplo, relações de generalidade e especialidade. Uma regulamentação deste segundo tipo constitui, neste sentido, uma textura de relações entre normas, a partir da posição de princípios, que constituem, igualmente, um conjunto.

Num trabalho recente,¹³ encontramos um excelente exemplo desta dupla possibilidade de agrupamento. Ao tentar enquadrar o fenômeno “poluição” na chamada “árvore do direito”, o autor percebe que — se ele parte do problema que tem de resolver (a situação concreta da poluição) — é obrigado a buscar normas de diferentes ramos jurídicos (constitucional, administrativo, tributário, comercial, civil, econômico, penal, trabalhista, internacional), para compreendê-lo juridicamente. Tais normas acabam, em função da matéria questionada, por

¹² CARRÍO, Genaro. *Sobre el concepto de deber jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, s/d, p. 53.

¹³ GRECO, Marco Aurélio. *Disciplina jurídica da Poluição*, São Paulo, CEAD — Ed. Resenha Tributária, 1975.

adquirir certa unidade, constituindo um modelo que chamariamos *problemático*. Por outro lado, a teoria jurídica continua a reconhecer a possibilidade do agrupamento das normas em função de princípios setoriais, que dividem, de antemão, as normas em conjuntos mais de natureza didática (como a célebre distinção *didática* do jurista romano Gaio, que atravessa os séculos, entre direito público e privado), que constituem modelos que chamariamos, então, *sistemáticos*. O uso dos termos *problemático* e *sistemático*, que tiramos de Viehweg, divide a análise jurídica em dois processos que se opõem mas se complementam, já que um *problema* pode ser visto como um conjunto de alternativas que apontam para uma série de soluções, cada uma constituindo um sistema; *sistema*, por sua vez, aparece como um conjunto de princípios válidos para determinados problemas; deste modo, quem parte do problema efetua uma seleção de sistemas, ao passo que, quem parte do sistema, efetua uma seleção de problemas.

O agrupamento das normas em modelos problemáticos e sistemáticos diz respeito à questão do ordenamento jurídico como uma unidade. Qualquer dos modos inclui normas de diferentes tipos, que são inseridas num conjunto, numa espécie de combinatoria.

O agrupamento sistemático é mais comum à tradição jurídica e se liga à chamada questão das *fontes do direito*. Na origem, a questão se funda na consciência de que o direito não é apenas um *dado*, mas também uma *construção*, isto é, não é apenas um dado para a disciplina do comportamento humano, mas também uma construção deste mesmo comportamento. Assim, por exemplo, o jurista Savigny, no início do século XIX, coloca-se esta questão, tentando distinguir a *lei* (enquanto um ato do Estado e um *dado* para o intérprete) do seu sentido ou, mais precisamente, do seu espírito, que repousa nas convicções comuns de um povo (no "espírito do povo"). Esta distinção permite-lhe separar o centro emissor (sua fonte) dos atos formais de concretização ou realização do direito, sendo *fonte* o "espírito do povo", e o Estado o instrumento de realização.

Reafirmando esta dicotomia, o jurista francês François Geny,¹⁴ um século depois, passa a falar em dois tipos básicos de fontes, conforme se encare o direito como um *dado* ou como

¹⁴ GENY, François. *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, Madrid, Reus, 1925.

um *construído*. Em primeiro lugar temos as fontes *substanciais* (dados), como os elementos *materiais* (biológicos, psicológicos, fisiológicos, que não são regras, mas contribuem para a formação do direito), os *históricos* (representados pela conduta humana no tempo, ao produzir certas disciplinas que vão, aos poucos, sedimentando-se), os *racionalis* (representados pela reflexão da razão humana sobre a própria experiência da vida, capaz de formular regras universais como a melhor correlação entre meios e fins) e os *ideais* (representados pelas diferentes aspirações do ser humano, formuláveis em postulados ou em fórmulas de valor). Em segundo lugar, temos as fontes *formais* (construído), que correspondem à elaboração técnica dos juristas, na sua atividade de manejar e elaborar os dados anteriores, como, por exemplo, as formas solenes e as regras probatórias de procedimento, que se expressam em leis, leis constituintes, regulamentos, decretos, sentenças etc.

Com o desenvolvimento das teorias do chamado Direito Público (entre outros, Duguit, Jèse, Bonnard), surge uma nova visão que parte da noção de *ato jurídico*, enquanto ato que põe o direito e que cabe a diferentes centros dotados do poder de fazê-lo, como o Estado, uma sociedade, um particular etc. Emanando o direito destes atos, eles passam a ser sua única fonte, que se diferencia, conforme os seus centros irradiadores e sua força de imposição, em leis, regulamentos, contratos, sentenças etc.

Com isto cria-se a possibilidade de se aglutinarem diferentes tipos de norma, qualificados conforme sua força impositiva, seu âmbito de atuação e sua generalidade, em agrupamentos regionais que apontam para uma ordem maior de natureza hierárquica. Hierarquia é uma relação entre quaisquer elementos de subordinação vertical, conforme as noções de superior e inferior, e uma relação de coordenação horizontal, conforme o critério de não contradição e compatibilidade, culminando num princípio único, que nos dá uma representação de ordem unitária. Característica máxima da hierarquia é, pois, subir verticalmente numa relação de subordinação que vai ganhando horizontalmente quanto mais sobe, até desembocar num vértice, que sintetiza as partes do conjunto, mantendo-as unidas. Com o fenómeno da positividade do direito, a que já nos referimos, e que se liga intimamente à visão do ato jurídico como fonte única, o modelo hierárquico toma conta do pen-

samento jurídico, aparecendo aglutinações primeiro ainda ligadas a critérios materiais, como a força de coerção — atos jurídicos do Estado no topo (leis, decretos etc.), atos jurisdicionais (sentenças), atos estatutários (regulamentos de sociedades civis, comerciais), atos negociais (contratos) —, que, então se tornam estritamente formais, como na famosa pirâmide Kelseniana que liga as normas umas às outras pelo fundamento de validade formal ou vigência.

O agrupamento problemático de normas é menos comum no sentido de que, nas exposições didáticas da Ciência do Direito, embora usado, não é tematizado como tal. Aqui se pos-tula, quanto às fontes, que não há nenhum centro absoluto e único de produção do direito, mas vários, organizados a par-tir de situações concretas, e concatenados entre si em função de critérios pragmáticos, como a possibilidade de atuação na solução de conflitos, ou seja, tendo em vista diretamente a de-cidibilidade dos conflitos. Com isso a própria noção de hierarquia passa a ser secundária, como um modo de representa-ção da ordem normativa, mas não o único, mesmo porque a linha produtora do direito não é vertical nem contínua, pois as normas agrupadas têm seu sentido potenciado umas pelas outras, nas mais diferentes funções. Assim um modelo pro-blemático pode conter normas impositivas, que vinculam o des-tinatário a uma ação sob pena de sanção, mas também e ao mesmo tempo normas interpretativas que determinem obriga-toriamente o significado de uma disposição, normas procedi-mentais que regulam as formas de sua atuação etc.

A construção analítica jurídica, portanto, oscila entre es-forços mais ou menos engenhosos para reduzir toda uma gama de fenômenos normativos, normas ou conceitos a elas ligados, a tipos genéricos e básicos, e a necessidade de uma diferen-ciação contínua, que acaba por frustrar, às vezes, sua intenção de erigir todo o saber jurídico na forma de um sistema único e abarcante. Revela-se, assim, como um empreendimento pro-gramático que faz frente a uma gama de atividades de regula-mentação cada vez mais complexa. Assim, por exemplo, o Estado regula hoje em dia a economia em todos os seus as-pectos, quer mediante a execução de políticas fiscais, mone-tárias, quer pelo controle do câmbio e do crédito, regulando o comércio exterior etc. Com isso são multiplicados os ins-trumentos de atuação, criando-se sempre novas e diferentes

formas de licenças, quotas, permissões prévias, incentivos etc. A analítica jurídica se vê forçada, assim, a remover-se no seu pêndulo entre ligações e diferenciações, superando-se continua-mente e caracterizando-se, em suma, como uma sistematiza-ção aberta, conforme mostramos no parágrafo 4.2.