

# INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO

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 assembleia 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 jurídica 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 posituação, 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, porém, 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 acrescentar-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, veem 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 normati-

vamente, 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 preponderadamente 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 analítica 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 consequência *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 *peças 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,