

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO

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 consequências* 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 prevaiente 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 alta complexidade das relações sociais exige um direito mais voltado para papéis do que para pessoas, como condição mesma de sua funcionalidade. Assim, quando as opiniões prevalentes fazem da norma jurídica um imperativo despsicologizado, isso, na verdade, significa que privilegiamos, como agentes da relação, papéis sociais normativamente definidos, como o legislador, a administração, o poder público, o cidadão, os capazes civil e penalmente, os que estão em pleno gozo de seus direitos políticos etc. Todas essas são fórmulas de que se vale a dogmática, para qualificar os *papéis* sociais de emissores e receptores normativos, os quais se subentendem na maior parte das normas.

Podemos, nesses termos, entender a opinião dominante que, da ideia geral prevalente no século XIX, de que a norma era um imperativo psicologizado (ver a posição de von Jhering mencionada), passou a esta concepção mais abrangente e menos restrita de um comando despsicologizado. É a posição, entre outros, de Olivecrona, de Bobbio e, num certo sentido, também de Kelsen. Um imperativo despsicologizado significa que a norma não se identifica com comandos linguísticos na forma imperativa (faça isso, deixe de fazer aquilo), mas com fórmulas gerais, tais como “se a companhia tiver sido constituída por escritura pública, bastará o arquivamento de certidão de instrumento” (Art. 96 da Lei das Sociedades Anônimas, nº 6.404, de 15-12-76). É óbvio que detrás dessa expressão está uma série de agentes: *alguém* constitui a companhia, *alguém* procede ao arquivamento, a certidão interessa a *alguém*, *alguém* em nome do consenso social estabelece e impõe esses comportamentos. Na norma, concebida analiticamente, esse alguém não é uma pessoa, mas um papel social. O jurista, porém, ao proceder ao conhecimento *analítico*, *abstrai destes aspectos, os quais, porém, irão reaparecer quando ele tiver de interpretar e aplicar as normas*. A dogmática analítica, contudo, nesse passo, prescinde deles e aceita a norma apenas como uma proposição vinculante.

Essa proposição vinculante, que tem caráter impositivo, é para o jurista uma base de decisão. Analisá-la e compreendê-la é servir à decidibilidade de conflitos. Imperativo despsicologizado, a norma jurídica é critério para a conduta humana, para qualificar agentes sociais (agente capaz, incapaz), para estabelecer condições de atos e omissões, para interpretar o sentido de outras normas etc. Discute a dogmática analítica, nesse passo, os *elementos* da norma. Do ponto de vista zetético, falamos em cometimento e relato, que corresponderiam, respectivamente, ao caráter vinculante e à hipótese normativa mais a consequência jurídica (relato). Sobre o caráter vinculante já discutiremos. Por hipótese normativa entende a dogmática uma situação de fato (um comportamento, uma ocorrência natural, uma qualidade) que vem prevista na norma e à qual se imputa uma consequência, um efeito jurídico. Por exemplo, a norma que prescrevesse:

“considera-se sempre culposa a ignorância, se à deliberação foi dada a publicidade conveniente”, prevê uma hipótese: a ignorância de uma deliberação tornada suficientemente pública, e a ela atribui um efeito: será considerada culposa.

A terminologia dogmática varia quanto à denominação desses elementos. A hipótese normativa é também chamada de *tipo legal*, *hipótese de incidência*; no Direito Tributário, fala-se em *fato gerador*, às vezes se recorre à terminologia estrangeira (*Tatbestand*, do alemão, ou *fattispecie*, do italiano). Ascensão (1982:423) propõe o termo do latim medieval *facti species*.

Quanto à hipótese normativa, à *facti species*, diz a dogmática jurídica que ela é composta por atos e fatos.

A distinção entre *ato* e *fato* não é fácil de ser traçada. Por exemplo: *correr* é um ato; a *corrida* realizada é um fato. Contudo, também se pode dizer que *é fato que João está correndo*. Embora difícil de ser traçada, a distinção é importante. A intuição nos diz que há uma diferença entre a *corrida* (fato) e o *correr*.

A distinção tem a ver com as noções de *ação* (ato e omissão) e de *estado de coisas* que passa a outro *estado de coisas*, mencionadas anteriormente (p. 115). Assim, *correr* é uma ação e a *corrida* seria um *fato*, um *estado de coisas* que não existia antes e passa a existir depois que alguém corre. Todavia, o obstáculo que estava diante do corredor e que lhe provocou uma queda também é um *estado de coisas* e, assim, um *fato*.

Para a tradição dogmática, *fatos jurídicos* são *estados das coisas* que entram para o mundo jurídico sem interferência da vontade humana. Ou ainda, fatos que presumidamente prescindem da ação da vontade para entrar no campo normativo: por exemplo, a idade de alguém, um terremoto, uma relação de parentesco.

Nesses exemplos estão misturadas situações diversas. Um terremoto nada tem a ver com a ação humana. Já uma relação de parentesco pode pressupor, por exemplo, uma relação sexual. Alguém ser mais ou menos velho depende de como o tempo seja contado. A dogmática procura lidar com as diferenças entre tais situações por meio de classificações de fatos jurídicos.

Comum a todas elas está essa ausência de interferência da vontade, ou porque se reconhece que a vontade nada tem a ver com o fato ou porque foi excluída (mesmo por um artifício: ignora-se o ato de vontade). No primeiro caso, temos um acidente da natureza: o abalo sísmico. No segundo, a relação sexual, de que modo ocorreu, se foi com a intenção ou não de provocar uma geração, não entra em conta para determinar o parentesco: basta a prova de que alguém foi gerado por alguém.

O reconhecimento da ausência da vontade gera alguns conceitos jurídicos importantes, como *caso fortuito* (por exemplo, *morte acidental por um raio*), *força maior* (por exemplo, uma *inundação*). Sua entrada no mundo jurídico depende de regulamentação: por exemplo, de uma regra que exclua a responsabilidade nesses casos ou que os inclua para efeito de pagamento de seguro de vida. Se nenhuma regra houver, admite-se que, *por presunção*, eles são excludentes de responsabilidade.

Já nos fatos jurídicos, em que se prescindem da vontade para que sejam considerados meros fatos, o fato é isolado por um ato de abstração. Assim, o nascimento, a morte de alguém são considerados, em si, fatos jurídicos porque se abstraem das condutas que podem levar a sua ocorrência. Por exemplo, não importa se alguém nasceu por causa de uma violência sexual ou se alguém morreu porque bebeu veneno, o nascimento, a morte, em si, é um fato. Que é jurídico por suas consequências para o direito: ser herdeiro, deixar herança etc. Do mesmo modo, a idade de alguém é um fato, abstração feita do critério de contagem do tempo (por exemplo, calendário gregoriano, mês lunar), que entra no mundo jurídico como tal quando se quer determinar se alguém é maior ou menor para efeito de responsabilidade por seus atos.

Já quando se fala de atos jurídicos, entende a dogmática tratar-se da interferência voluntária no curso da natureza, *conforme* ou *em desconformidade* com o que diz a lei, aí incluída a interferência positiva (ato propriamente dito) ou negativa (a omissão). Fala-se, assim, em atos *lícitos* e *ilícitos*.

Quanto à consequência ou efeito jurídico, a terminologia é mais padronizada. A seu propósito, porém, emerge uma discussão importante: sendo uma das consequências mais visíveis as sanções, discute-se se estas fazem parte *necessariamente* da estrutura das normas jurídicas.

Kelsen atribui à sanção uma função primordial: é ela que caracteriza o preceito normativo. Se a norma é um dever-ser, o que se deve é a sanção, diz Kelsen. O comportamento é prescrito à medida que se lhe atribui a sanção. Assim, o preceito *não matar* é apenas *mediatamente* o objeto do dever-ser normativo. O objeto *imediato* é a sanção que se lhe imputa. Normas jurídicas são, pois, imperativos sancionadores. Ademais, são também imperativos condicionais, posto que a prescrição da sanção impera sob a condição do comportamento ao qual ela é imputada.

Essa caracterização cria um problema para Kelsen. Afinal, há normas que o jurista reconhece como jurídicas e que, não obstante, não têm sanção. Por exemplo, as normas interpretativas, como as que determinam o sentido de outra norma, as normas organizacionais, como as que estabelecem órgãos e competências etc. A essa objeção Kelsen responde com a distinção entre normas autônomas e normas dependentes: as primeiras prescrevem sanções, as segundas apenas estabelecem um comportamento, estando a sanção correspondente em outra norma, da qual dependem. Assim, por exemplo, a norma "O Brasil é uma república federativa" para Kelsen depende de outras normas que, digamos, sancionam comportamentos que visem modificar o caráter republicano e federativo.

Há, porém, uma objeção mais forte. Hart (1961) lembra-nos que afirmar que a norma é essencialmente um imperativo sancionador é eleger a sanção como elemento fundamental para seu caráter vinculante. Há normas, certamente, que prevêm sanção, podendo-se, nesse caso, falar em imperativos respaldados em ameaças. Contudo, nem todo imperativo é respaldado em ameaças. Veja, por exemplo, a diferença entre a ordem de um ladrão ao caixa do banco: "passe-me o dinheiro ou eu o mato!" e a ordem que ele

dá a seu capanga: “vigie a porta!” Ambas são imperativas. A primeira vem respaldada em ameaça: a sanção lhe é essencial; a segunda, não, pressupõe hierarquia, relação institucionalizada de autoridade: a sanção é aí secundária. Ora, diz Hart, normas jurídicas, em sua grande maioria, são mais desse segundo tipo. Ou são ou pressupõem normas de competência, que apenas determinam o agente capaz para a realização de certos atos.

Haveria uma resposta a essa objeção: as normas de competência têm uma sanção: a nulidade. Muitas normas prescrevem comportamentos *sob pena de nulidade*. Ora, se a nulidade é sanção, o ato realizado por quem não é competente ou além dos limites de competência é objeto de norma sancionadora. Hart observa, no entanto, que, se admitimos que sanção é um ato coativo socialmente reconhecido como um mal, algo desagradável, a inclusão da nulidade no conceito de sanção é fonte de confusão. Ainda que, em alguns casos, se possa dizer que a nulidade provoque uma espécie de decepção ou desapontamento pela expectativa do interessado de que determinado ato tivesse sido válido, isso não ocorre na grande maioria das normas de competência: ao juiz que prolatou uma sentença nula por incompetência absoluta não se pode imputar nenhuma decepção ou desapontamento desse tipo. Todavia, há uma objeção mais importante: se uma das funções da sanção é desencorajar atos, caso típico das normas penais, certamente não cabe dizer que a norma de competência que exige maioria qualificada para que uma norma votada no Congresso adquira o *status* de *lei complementar* esteja *desencorajando* votações minoritárias. Em suma, a nulidade, salvo casos excepcionais, não é sanção, embora seja uma consequência jurídica.

Por fim, a tese de que a sanção é elemento necessário da norma pressupõe que a ordem jurídica seja uma ordem coativa, e isso implica uma noção restritiva de sanção, típica das concepções do direito do século XIX, de fundo liberal. Trata-se da ideia de que o direito atua como comandos que obrigam ou proíbem condutas, sendo limitações ao comportamento apenas à medida que a liberdade comportamental de um possa prejudicar a liberdade do outro. Trata-se de uma concepção que tem por base o mercado livre, no qual a interferência prescritiva do Estado deve ser mínima. Ora, o Estado contemporâneo, caracterizado por sua extensiva intervenção no domínio econômico, tornou a tese da essencialidade da sanção, no sentido de um ato de coação enquanto um *mal*, demasiadamente estreita. Hoje se fala, cada vez mais, de sanções *premiais*, como são, por exemplo, os incentivos fiscais, cuja função é o encorajamento de um ato (sanção-prêmio) e não seu desencorajamento (sanção-castigo).

Segue-se daí que, conquanto normas jurídicas sejam coercivas, nem por isso são necessariamente coativas. A coercibilidade seria uma característica que diz respeito à suscetibilidade de aplicação da coação. Ora, isso nem sempre ocorre – há normas, por exemplo, de direito internacional que não são coercivas naquele sentido – o que nos faz pensar que não há relação automática entre coercibilidade e sanção-castigo. A coercibilidade tem antes a ver com a relação de autoridade institucionalizada.

Por todas essas razões, a dogmática analítica contemporânea tende a excluir a sanção como elemento *necessário* da estrutura da norma. A sanção jurídica é considerada

um elemento importante, e se aceita que, por característica, sempre vem prescrita por normas, embora nem todas prescrevam sanções. Isto é, postula-se que o direito não aceita sanções implícitas ou extranormativas como jurídicas. Por exemplo, a desaprovação moral, embora constitua uma sanção difusa, não é por isso jurídica. É o caso do desprezo social que pode cair sobre alguém que tenha cometido um crime e que perdura mesmo depois de cumprida a pena. Não obstante, a sanção é um fator importante para distinguir *tipos* de normas, mas, ao mesmo tempo, a exclusão da sanção como elemento *necessário* permitirá à dogmática identificar como normas jurídicas prescrições não sancionadoras.

Discute-se, por último, se são elementos caracterizadores da norma sua generalidade, seu caráter abstrato e a bilateralidade.

A nota da generalidade é um preconceito derivado da concepção de direito do século XIX, que identificou a norma jurídica com a lei. Ora, a lei contém *um* tipo de norma. É preciso reconhecer, porém, que é norma também a sentença do tribunal. O preconceito explica-se pelo temor dos privilégios, típicos das ordens jurídicas do Antigo Regime, anterior à Revolução Francesa. Supunha-se que a sentença deveria ser uma simples derivação lógica da norma geral, donde seu caráter normativo ser apenas derivado e não autônomo. Com isso se limitava o arbítrio judicial, tão comum na sociedade pré-revolucionária. Além do mais, a noção de generalidade não é clara: uma norma pode ser geral ou porque se dirige indiscriminadamente a todos (generalidade pelo destinatário), ou porque prescreve uma conduta genérica, uma conduta-tipo (generalidade pelo conteúdo). Assim, por exemplo, os preceitos constitucionais respeitantes ao Presidente da República, conquanto tenham um único destinatário, são gerais. Por outro lado, a norma que prescreva que *todos* os cidadãos aptos deverão comparecer às urnas no dia 15 de novembro do ano x, entre 8 e 17 horas, conquanto tenha um conteúdo particularizado, é também dita geral.

Esses exemplos mostram que a atribuição da generalidade envolve o caráter de abstração e nem sempre o distingue com clareza. Se quiséssemos separar generalidade de abstração, como notas distintas, teríamos de vincular a primeira à generalidade pelo destinatário (generalidade em oposição a individualidade) e a segunda, à generalidade pelo conteúdo (abstrato em oposição ao concreto). Isso é possível de ser feito, mas, pelos mesmos exemplos, notamos que nem toda norma jurídica é abstrata. A nota da abstração também resulta de um preconceito do liberalismo do século XIX. Seria impossível, porém, deixar de considerar, por exemplo, como jurídica uma norma que prescrevesse a revogação de determinada outra apenas porque seu conteúdo é concreto. O século XIX, com a noção de abstração, tentava contornar também o mencionado risco do arbítrio.

Por fim, a bilateralidade. Se entendermos por essa característica que toda norma estabelece relações jurídicas entre sujeitos (por exemplo, relações de obrigação), a bilateralidade não pode ser considerada nota essencial da norma jurídica. Afinal, nem todas determinam tais relações. Há normas que apenas qualificam um sujeito em termos de

sua capacidade. Há normas que simplesmente prescrevem um regime: o Brasil é uma república federativa. Obviamente, essas normas têm validade *erga omnes*, para todos. Contudo, isso significa que elas são bilaterais apenas no sentido de alteridade, isto é, que demarcam as posições socialmente relevantes dos sujeitos. Só com esse significado (alteridade) podemos dizer que todas trazem a nota da bilateralidade.

Em conclusão, podemos dizer que a dogmática analítica capta a norma jurídica como um imperativo despsicologizado. Para evitar confusões com a ideia de comando, melhor seria falar em um *diretivo vinculante*, coercivo, no sentido de institucionalizado, bilateral, que estatui uma hipótese normativa (*facti species*) à qual imputa uma consequência jurídica (que pode ser ou não uma sanção), e que funciona como um critério para a tomada de decisão (decidibilidade).

A conceituação dogmática de norma como jurídica tem a importante função de habilitar o jurista a reconhecer essa qualidade em algumas das inúmeras normas que ocorrem na interação humana. Como vimos, elas são muitas, mas nem todas são jurídicas. Existem, ademais, situações nas quais, não obstante o conceito, geram-se dúvidas. É o caso por exemplo de certas proposições classificadoras e definidoras.

Às vezes, nos códigos, encontramos classificações legais, como a classificação das coisas no Código Civil (art. 43 ss), ou definições, como a da noção de doação (art. 1.165), que, há quem diga, por pertencerem a um conjunto unitário e sistemático de normas – o código –, têm também o caráter de norma jurídica, isto é, vinculam. Muitos, porém, preferem considerá-las não como normas, mas como meros elementos de orientação, só adquirindo o caráter normativo se das classificações resulta um regime jurídico, isto é, uma disciplina global e vinculante para uma situação de fato. É o caso, por exemplo, da definição de tributo e de sua enumeração pelo Código Tributário Nacional. Não obstante, o critério para saber se da definição e da classificação resulta um regime não é pacífico na doutrina. Por isso, apesar de tudo, inúmeras são as controvérsias nos casos particulares.

4.2.2 Tipos de normas jurídicas

Como podemos ver, ao falarmos da conceituação dogmático-analítica de norma, só de uma forma muito genérica e imprecisa pode-se falar de uma *definição*. Na verdade, a doutrina possui alguns elementos que são destacados entre os muitos que aparecem, para permitir uma razoável identificação das normas como jurídicas. Por sua multiplicidade obtemos, na realidade, uma enumeração de variados exemplos de proposições prescritivas reconhecidas como normas jurídicas, de tal modo que falar de um gênero – norma jurídica – do qual as outras são espécies não é uma afirmação de rigor. Por isso mesmo, mais importante até do que a conceituação são as diversas classificações de tipos de normas.

Essas classificações não obedecem também a critérios rigorosos, não podendo encontrar-se um sistema classificatório no sentido lógico da expressão. Na verdade, os