

Miguel Reale



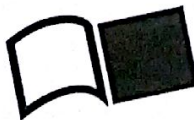
LIÇÕES PRELIMINARES
DE DIREITO



FILOSOFIA E TEORIA
GERAL DO DIREITO
BIBLIOTECA

27ª edição ajustada ao novo
Código Civil
8ª tiragem

2009



Editora
Saraiva

DIREITO DO ESTADO
BIBLIOTECA

CORTESIA
DA
EDITORIA E DO AUTOR

CAPÍTULO IX

DA ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA

SUMÁRIO: Das normas jurídicas em geral. Tipos primordiais de normas. Estrutura das regras jurídicas de conduta. Estrutura trivalente da norma jurídica.

DAS NORMAS JURÍDICAS EM GERAL

Já nos é dado inferir das lições anteriores que a Ciência do Direito tem por objeto a experiência social na medida em que esta é disciplinada por certos esquemas ou modelos de organização e de conduta que denominamos *normas ou regras jurídicas*.

Sendo a norma um elemento constitutivo do Direito, como que a célula do organismo jurídico, é natural que nela se encontrem as mesmas características já apontadas, quando do estudo daquele, a saber, a sua natureza objetiva ou heterônoma e a exigibilidade ou obrigatoriedade daquilo que ela enuncia.

Alguns autores, sob a influência de Hans Kelsen, que efetivamente trouxe uma preciosa contribuição ao esclarecimento do assunto, começam por dizer que a norma jurídica é sempre redutível a um juízo ou *proposição hipotética*, na qual se prevê um fato (F) ao qual se liga uma consequência (C), de conformidade com o seguinte esquema:

Se F é, deve ser C.

Segundo essa concepção, toda regra de direito contém a previsão genérica de um *fato*, com a indicação de que, toda vez que

um comportamento corresponder a esse enunciado, *deverá* advir uma conseqüência, que, por sinal, na teoria de Kelsen, como veremos logo mais, corresponde sempre a uma *sanção*, compreendida apenas como *pena*.

Entendemos, porém, que essa estrutura lógica corresponde apenas a certas categorias de normas jurídicas, como, por exemplo, às destinadas a reger os comportamentos sociais, mas não se estende a todas as espécies de normas como, por exemplo, às de organização, às dirigidas aos órgãos do Estado ou às que fixam atribuições, na ordem pública ou privada. Nestas espécies de normas nada é dito de forma condicional ou *hipotética*, mas sim *categorica*, excluindo qualquer condição.

Se desejarmos alcançar um conceito geral de regra jurídica, é preciso, por conseguinte, abandonar a sua redução a um juízo hipotético, para situar o problema segundo outro prisma. A concepção formalista do Direito de Kelsen, para quem o Direito é norma, e nada mais do que norma, se harmoniza com a compreensão da regra jurídica como simples enlace lógico que, de maneira hipotética, correlaciona, através do verbo *dever ser*, uma conseqüência C ao fato F, mas não vemos como se possa vislumbrar qualquer relação condicional ou hipotética em normas jurídicas como estas:

- a) "Compete privativamente à União legislar sobre serviço postal" (Constituição, art. 22, V);
- b) "Brasília é a Capital Federal" (Constituição, art. 18, § 1.º);
- c) "Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil" (Código Civil de 2002, art. 1.º);
- d) "Os filhos estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores" (Código Civil de 2002, art. 1.630).

Poderíamos multiplicar os exemplos de regras jurídicas que se limitam a enunciar, de maneira objetiva e obrigatória, algo que deve ser feito ou constituído, sem que, nem sequer implicitamente, se pense em termos condicionais.

Somente por um artifício verbal poder-se-á dizer que o citado art. 18, § 1.º, da Carta Magna quer dizer que, *se* uma cidade for

Brasília, *deverá ser* considerada Capital Federal; ou então que, pelo art. 1.º da Lei Civil de 2002, *se* algum ser for pessoa, *deverá ser* capaz de direitos e obrigações... A mera conversão verbal extrínseca de uma proposição normativa, que enuncia simplesmente um dever ou confere poderes, em uma outra, que apresente esse dever sob forma condicional, não é bastante para conferir a uma norma o caráter hipotético.

Na realidade, as regras que dispõem sobre a organização dos poderes do Estado, as que estruturam órgãos e distribuem competências e atribuições, bem como as que disciplinam a identificação, modificação e aplicação de outras normas não se apresentam como juízos hipotéticos: o que as caracteriza é a *obrigação objetiva de algo que deve ser feito*, sem que o dever enunciado fique subordinado à ocorrência de um fato previsto, do qual possam ou não resultar determinadas conseqüências. Ora, não havendo a alternativa do cumprimento ou não da regra, *não há que falar em hipoteticidade*.

O que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de ser *uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória*. Esclareçamos melhor esta noção.

Dizemos que a norma jurídica é uma estrutura proposicional porque o seu conteúdo pode ser enunciado mediante uma ou mais proposições entre si correlacionadas, sendo certo que o significado pleno de uma regra jurídica só é dado pela integração lógico-complementar das proposições que nela se contêm.

Afirmamos que uma norma jurídica enuncia um *dever ser* porque nenhuma regra descreve algo que *é*, mesmo quando, para facilidade de expressão, empregamos o verbo *ser*. É certo que a Constituição declara que o Brasil *é* uma República Federativa, mas é evidente que a República não é algo que esteja aí, diante de nós, como uma árvore ou uma placa de bronze: aquela norma enuncia que "o Brasil *deve ser* organizado e compreendido como uma República Federativa". Esta, por sua vez, só tem sentido enquanto se ordena e se atualiza através de um sistema de disposições que traçam os

âmbitos de ação e de competência que *devem ser* respeitados pelos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. A República Federativa é, pois, uma *realidade de dever ser*, uma construção cultural de tipo finalístico, ou, por outras palavras, é uma realidade normativa, na qual fatos e valores se integram. As considerações todas que fizemos sobre a natureza das realidades culturais, — que *são* enquanto *devem ser*, — dispensam maiores explicações sobre a forma pela qual os entes e atos jurídicos *são* ou se desenvolvem.

Dizemos, outrossim, que a regra jurídica enuncia um dever ser de *forma objetiva e obrigatória*, porquanto, consoante já foi exposto em aulas anteriores, *é próprio do Direito valer de maneira heterônoma, isto é, com ou contra a vontade dos obrigados*, no caso das regras de conduta, ou sem comportar alternativa de aplicação, quando se tratar de regras de organização.

Pensamos que o conceito de normas que acabamos de dar abrange todos os tipos de regras jurídicas, sem esvaziá-la de sua referibilidade ao seu possível conteúdo (a conduta humana e os processos de organização social) e sem reduzi-la a mero enlace lógico.

TIPOS PRIMORDIAIS DE NORMAS

A nossa próxima aula será destinada ao estudo das diversas espécies de normas jurídicas, mas é preciso desde logo estabelecer algumas distinções que se vinculam, de modo imediato, ao exposto quanto à estrutura da norma jurídica.

A Teoria Geral do Direito contemporânea, graças a investigações conjugadas de filósofos do Direito e juristas, tem procurado esclarecer o problema da norma jurídica, à luz da análise de suas categorias fundamentais, que depois se refletem nas diferentes espécies a serem examinadas.

A primeira distinção que se impõe é entre *normas de organização e normas de conduta*, à qual já nos referimos nas páginas anteriores. Na realidade, há regras de direito cujo objetivo imediato é disciplinar o comportamento dos indivíduos, ou as atividades

dos grupos e entidades sociais em geral; enquanto que outras possuem um *caráter instrumental*, visando à estrutura e funcionamento de órgãos, ou à disciplina de processos técnicos de identificação e aplicação de normas, a fim de assegurar uma convivência juridicamente ordenada.

Surge, desse fato, a tendência natural a considerar *primárias* as normas que enunciam as formas de ação ou comportamento lícitos ou ilícitos; e *secundárias* as normas de natureza instrumental.

De certa forma, embora com alcance bem mais restrito, essa distinção já era feita por Jhering, ao se referir às normas que estabelecem o que deve ou não deve ser feito, e àquelas outras que se destinam aos órgãos do Poder Judiciário ou Executivo, para assegurar o adimplemento das primeiras, na hipótese de sua violação.

Como bem observa Norberto Bobbio, a distinção entre normas *primárias* e *secundárias* tem o inconveniente de ter duas acepções, uma *cronológica*, indicando uma precedência no tempo, e outra *axiológica*, significando uma preferência de ordem valorativa, razão pela qual aquele teórico do Direito italiano prefere indicá-las como sendo de *primeiro e segundo graus*.

Em verdade, nem sempre os autores coincidem em chamar primárias ou secundárias as normas, por exemplo, que prevêm a conduta, ou aquelas que estabelecem as sanções, no caso de ser violada a disposição. Típica é, a esse propósito, a posição de Hans Kelsen, para quem norma primária é aquela que enuncia a sanção, ficando em segundo plano, quase que eliminada por supérflua, como ainda nota Bobbio, a regra que fixa o que deve ou não ser feito.

Um outro jusfilósofo contemporâneo, Herbert Hart, que desenvolve a sua teoria jurídica no âmbito do Direito inglês, isto é, à luz do *common law*¹, dá um sentido diverso às expressões *nor-*

1. *Common law* é o nome que se dá à experiência jurídica da Inglaterra, dos Estados Unidos da América, e de outros países de igual tradição. O que caracteriza o *common law* é não ser um Direito baseado na lei, mas antes nos usos e costumes consagrados pelos *precedentes* firmados através das decisões dos tribunais. É, assim, um Direito costumeiro-jurisprudencial, ao contrário do Direito continental europeu e latino-americano, filiado à tradi-

mas primárias e secundárias, que não coincide com a distinção tradicional, nem com a de Kelsen.

Segundo Hart, as normas primárias se distinguem por se referirem à ação ou criarem uma obrigação (o que, no fundo, corresponde à doutrina tradicional), enquanto que as secundárias, que se reportam às primárias e delas são subsidiárias, não se limitam a estabelecer sanções, mas são mais complexas, importando na atribuição de poderes. As normas secundárias, no seu modo de ver, abrangem três tipos de normas, que ele denomina *de reconhecimento*, *de modificação* e *de julgamento*.

Normas de reconhecimento são aquelas que se destinam a identificar as normas primárias, possibilitando a verificação de sua validade e, por conseguinte, se elas podem ou não ser consideradas pertencentes a dado sistema ou ordenamento, como, por exemplo, ao ordenamento jurídico brasileiro. *As regras de modificação* regulam o processo de transformação das normas primárias, sua revogação ou ab-rogação, enquanto que as *normas de julgamento* disciplinam, da maneira mais precisa possível, a aplicação das normas primárias.

Não resta dúvida que essas discriminações de Hart têm o mérito de demonstrar o equívoco daqueles que, nas pegadas de Kelsen, timbram em ver a regra de direito apenas sob o seu aspecto sancionatório, ou penal, mas as três espécies de normas por ele apontadas não representam, a nosso ver, senão modalidades das *normas de organização*.

As *normas de organização* podem, de uma forma relativa, ser consideradas *secundárias* ou de *segundo grau*, pelo fato de pressuporem as que estabelecem as formas de atividade ou de comportamento obrigatórios, isto é, as *primárias* ou de *primeiro grau*, mas

ção romanística, do Direito Romano medieval, no qual prevalece o processo legislativo como fonte por excelência das normas jurídicas. Note-se que o Direito Romano clássico não era um Direito "legislado", mas antes o fruto da doutrina dos juriconsultos e da jurisdição dos pretores, o que levou Gibson a dizer que, em matéria de técnica jurídica, a Inglaterra estaria mais perto de Roma do que as Nações latinas...

essa qualificação não deve significar uma escala de importância: no fundo, todas as regras jurídicas têm maior ou menor grau de instrumentalidade, como meios que são à consecução de valores e interesses individuais e coletivos.

As *regras de organização* não desempenham, porém, apenas as funções de reconhecimento e legitimação das normas primárias, ou de determinação dos processos de sua revisão e aplicação, como pretende Hart, mas apresentam também outros característicos, de ordem funcional ou estrutural, como é o caso, por exemplo, das *normas interpretativas*, que não visam a apurar a validade, nem a modificar a regra interpretada, mas apenas a esclarecer-lhe o significado. Sob o aspecto estrutural, temos, por exemplo, as normas que constituem os órgãos da Administração pública e lhes conferem atribuições, não sendo possível separar a estrutura do órgão e as atividades que lhe cumpre realizar. As *normas de organização*, com efeito, não vêm depois das *normas que fixam as atividades administrativas*, mas surgem concomitantemente com estas, razão pela qual o qualificativo de "normas primárias" e "secundárias" não nos parece relevante, sujeito que está à diversidade e concretude da experiência jurídica.

O essencial é reconhecer que as normas jurídicas, sejam elas enunciativas de *formas de ação ou comportamento*, ou de *formas de organização e garantia* das ações ou comportamentos, não são modelos estáticos e isolados, mas sim *modelos dinâmicos que se implicam e se correlacionam*, dispondo-se num sistema, no qual umas são *subordinantes* e outras *subordinadas*, umas *primárias* e outras *secundárias*, umas *principais* e outras *subsidiárias* ou *complementares*, segundo ângulos e perspectivas que se refletem nas diferenças de qualificação verbal. Veremos a importância desta observação quando tivermos de caracterizar o Direito como sistema ou ordenamento.

ESTRUTURA DAS REGRAS JURÍDICAS DE CONDUTA

Na classe das regras que disciplinam as formas de atividade e de conduta, que abrangem tanto a atividade do Estado como os

comportamentos individuais, mister é destacar as regras de conduta, que são propriamente aquelas que têm os indivíduos como seus destinatários.

É com referência a essas normas que podemos dizer que, do ponto de vista lógico, elas se estruturam como juízos hipotéticos, segundo o esquema já lembrado:

Se F é, C deve ser.

No concernente a esse tipo de normas jurídicas cabe observar, inicialmente, que elas se estruturam de maneira binada, articulando logicamente dois elementos que denominamos, respectivamente, *hipótese* ou *fato-tipo* (*Tatbestand*, em alemão; *fattispecie*, em italiano); e *dispositivo* ou *preceito* (*Rechtsfolge*; *disposizione*)².

A previsão do legislador raro é de um fato ou evento particular e único, mas sim de uma “espécie de fato”, ou um “fato-tipo”, ao qual poderão corresponder, com maior ou menor rigor, múltiplos fatos concretos. Quando, na experiência social, se verifica uma correspondência razoável entre um fato particular e o fato-tipo *F*, previsto na norma, o responsável por aquele fato particular (em geral, o agente, ou o autor daquilo que resultou de seu ato) goza ou suporta as conseqüências predeterminadas no *dispositivo* ou *preceito*.

Comumente se diz que o agente sofre ou frui os “efeitos” prefigurados na regra jurídica, mas ao empregarmos a palavra “efeito” devemos despojá-la de todo sentido *causal*: a conseqüência ou efeito jurídico não sobrevém, em virtude de uma relação de “causa e efeito”, mas sim de uma subordinação ou subsunção lógico-axiológica do fato particular à regra, donde resulta o “nexo de imputabilidade”, como veremos mais tarde, ao cuidarmos da “aplicação do Direito”.

2. Pontes de Miranda emprega o termo “supedâneo fático”, para indicar o “fato-tipo” ou “espécie fática”, mas nos parece qualificação inadequada, correspondente à compreensão *fisicalista* do Direito daquele ilustre jurisconsulto. Note-se, outrossim, que, geralmente, empregamos a parte pelo todo chamando a regra de *preceito* ou *disposição*, quando este é apenas um de seus elementos.

Voltando, porém, ao estudo da regra jurídica de conduta, verificamos que nela há a previsão de uma “espécie de fato”. Daí a afirmação de Benedetto Croce de que a lei é “um ato volitivo que tem por conteúdo uma classe ou série de ações”. Deixando de lado a discussão cerebrina sobre a possibilidade de se “querer” uma classe de ações, sob a alegação de que só se pode querer algo de determinado e concreto, é inegável que o legislador, ao enunciar uma regra jurídica de comportamento:

- a) prefigura a ocorrência de um fato-tipo, isto é, uma classe ou série de situações de fato (*Se F é...*);
- b) liga a essa classe ou espécie de fato uma dada conseqüência, também predeterminada, com as características de *objetividade* e *obrigatoriedade* (...*C deve ser*).

Numa concepção formalista, como a de Kelsen, e mesmo nas posições ulteriores de Hart ou de Bobbio, basta dizer que a norma de conduta tem a estrutura de um juízo hipotético, mas quem não se contenta com os enlaces lógico-formais deve perguntar por que a norma jurídica tem essa estrutura.

O problema é de suma importância, visto como se refere à natureza mesma do Direito que, enquanto ordena os comportamentos sociais, só pode fazê-lo partindo do pressuposto da *liberdade do homem* de cumprir ou descumprir o previsto na regra.

Em toda regra de conduta há sempre a *alternativa* do adimplemento ou da violação do dever que nela se enuncia. Não é dito que o legislador queira a violação; ao contrário ele a condena, tanto assim que lhe impõe uma sanção punitiva, embora sem poder deixar de pressupor a liberdade de opção do destinatário.

Como se vê, a hipoteticidade ou condicionalidade da regra de conduta não tem apenas um aspecto *lógico*, mas apresenta também um caráter *axiológico*, uma vez que nela se expressa a *objetividade de um valor a ser atingido*, e, ao mesmo tempo, se *salvaguarda o valor da liberdade do destinatário*, ainda que para a prática de um ato de violação.

Toda a eticidade do Direito brilha nessa estrutura lógica e axiológicamente binada da norma jurídica, que, a um só tempo,

54540/10

FILOSOFIA E TEORIA
GERAL DO DIREITO
BIBLIOTECA

afirma a *objetividade de um dever* e salvaguarda a *subjetividade de um poder*.

Podemos, por conseguinte, dizer que, levando-se em conta a correlação essencial desses dois aspectos, toda a regra jurídica de conduta se desdobra em duas normas que se conjugam e se complementam, a saber:

Se F é, C deve ser

Se não-C, SP deve ser.

SP, nesse esquema, significa a “sanção punitiva”³ que sobrevém quando a norma é infringida, a fim de que se preserve o valor de C, isto é, da consequência objetivada pelo legislador, ou melhor, consagrada pela norma, pois, como veremos, ao estudarmos as formas de interpretação do Direito, a regra não fica vinculada à intenção do legislador.

Kelsen, como já dissemos, só considera jurídica a norma que prevê a sanção punitiva, enquanto que, no nosso entender, a concreta juridicidade só se realiza através da conjunção ou complementaridade das duas normas que, a bem ver, se integram numa só, de natureza ao mesmo tempo lógica e axiológica.

É a razão pela qual, quando o art. 121 do Código Penal determina: “Matar alguém: Pena — reclusão de seis a vinte anos”, não se enuncia um simples juízo lógico de natureza hipotética (se alguém matar deverá ser punido com reclusão de seis a vinte anos) porque nesse juízo está implícito o valor da vida, expresso no imperativo “não matar” que se subsume na hipoteticidade da norma jurídica, como seu fundamento moral.

ESTRUTURA TRIVALENTE DA NORMA JURÍDICA

Sendo a regra jurídica o elemento nuclear do Direito, é evidente que ela não pode deixar de ter uma estrutura tridimensional.

3. A “sanção punitiva” pode ser de natureza civil ou penal, como, por exemplo “paga uma indenização” ou ser “condenado à reclusão”.

Se do ponto de vista lógico-formal, uma norma jurídica de conduta se reduz a uma proposição hipotética, ou melhor, à conjunção de duas proposições hipotéticas, esse aspecto lógico, por mais importante que seja, não exaure o problema do modelo normativo.

Esse problema já foi aflorado numa das aulas anteriores, mas ele exige algumas considerações complementares, pois, temos visto que mesmo autores, que se dizem infensos ao formalismo jurídico, se limitam a apresentar a norma de direito apenas sob a sua veste lógico-formal.

Para simplificar nossa exposição, tomemos o juízo normativo na sua formulação hipotética:

Se F é, C deve ser.

Como se vê, há no modelo normativo a previsão de um fato ou de um *complexo fático (F)*, que é a base necessária à formulação da hipótese, da qual resultará uma consequência (C).

Se, por outro lado, se enuncia dada consequência, declarando-a obrigatória, é sinal que se pretende atingir um objetivo, realizando-se algo de *valioso*, ou impedindo a ocorrência de *valores negativos*.

Finalmente, essa correlação entre *fato* e *valor* se dá em razão de um enlace deôntico, isto é, em termos *lógicos de dever ser*, com que se instaura a norma.

Desse modo, verifica-se que o momento lógico expresso pela proposição hipotética, ou a *forma da regra jurídica*, é inseparável de sua *base fática* e de seus *objetivos axiológicos: fato, valor e forma lógica* compõem-se, em suma, de maneira complementar, dando-nos, em sua plenitude, a estrutura lógico-fático-axiológica da norma de direito. Isto não impede, é claro, que, por abstração, sejam postos entre parênteses os aspectos *fático* e *valorativo*. Quando se quer, porém, ter um conceito integral da norma é necessário estudar os três fatores em sua correlação dinâmica.

Quando, pois, dizemos que o Direito se atualiza como fato, valor e norma, é preciso tomar estas palavras significando, respectivamente, os momentos de referência *fática, axiológica e lógica*

que marcam o *processus* da experiência jurídica, o terceiro momento representando a composição superadora dos outros dois, nele e por ele absorvidos e integrados.

É essa a teoria que denominamos “normativismo concreto”, para cujo estudo esperamos que consultem uma de nossas obras fundamentais, *O Direito como Experiência*.

O certo é que, enquanto que para um adepto do *formalismo jurídico* a norma jurídica se reduz a uma “proposição lógica”, para nós, como para os que se alinham numa compreensão concreta do Direito, a norma jurídica, não obstante a sua estrutura lógica, assinala o “momento de integração de uma classe de *factos* segundo uma ordem de *valores*”, e não pode ser compreendida sem referência a esses dois fatores, que ela dialeticamente integra em si e supera.

Há, em suma, em toda norma jurídica um elemento lógico ou proporcional que pode ser estudado de duas maneiras distintas: ou em si mesmo, isto é, em seu significado formal (Lógica Jurídica Analítica, como, por exemplo, a Deôntica Jurídica) ou em sua correlação dialética com os elementos factuais e valorativos (Lógica Jurídica Dialética)⁴.

4. Sobre essa distinção entre Analítica e Dialética Jurídicas, *vide, infra*, págs. 335 e segs.