

RESUMO

O artigo procura abordar as diversas teorias explicativas do conceito de norma de uma maneira sintética e pragmática. A tarefa de se definir um conceito único para o fenômeno "norma" parece não ser possível. O texto analisa as normas morais e jurídicas, e os momentos em que se interpenetram. As teorias, antes de se apartarem, se completam, como a teoria institucionalista, que considera a norma fruto de instituições previamente estabelecidas, e a teoria puramente normativa, que considera o fenômeno norma preexistente às instituições, criadora das próprias instituições. O texto, ainda, não se furta à análise e conceituação da palavra "direito", com igual dificuldade. Aspectos da norma como a sanção também são analisados, e a conclusão surpreenderá o leitor, eis que mais de uma escolha é posta à mesa.

Palavras-chave: Norma. Teoria normativa. Teoria institucionalista. Teoria subjetivista. Conceito de direito. Sanção.

ABSTRACT

The article seeks to address the various theories explaining the concept of a rule, in a way synthetic and pragmatic. The task of defining a unique concept to the phenomenon "norm" or "rule" does not seem to be possible. The text analyzes the moral and juridical norms/rules and the moments where they come intertwined. Theories, before they departed, complement each other, as the institutionalist theory, which considers the rule as a result of institutions previously established, and the theory purely normative, which considers the phenomenon of the rule as preexisting the creation of institutions. The text also does not shirk the analysis and conceptualization of the word "right", with equal difficulty. Aspects of the norm/rule and the penalties are also analyzed, and the conclusion will surprise the reader, for there is more than one choice put to the table.

Keywords: Norm. Theory institutionalist. Theory subjectivist. Concept of law. Sanction.

* O Autor é Procurador da Fazenda Nacional em São Paulo, Professor de Direito Constitucional do Curso de Graduação em Direito da Universidade Paulista – UNIP, Professor de Direito Constitucional do Curso de Graduação em Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU em São Paulo, Especialista em Direito Tributário, Especialista em Formação de Professores, Mestre em Direito e Doutorando em Direito.

Introdução

Não é tarefa fácil definirmos a palavra “direito”. Também não é fácil definirmos o que seja “norma”. O direito encontra muitas perplexidades quanto à sua definição. A definição mais comum, popularmente utilizada por professores e doutrinadores ao lecionar no bacharelado ou proferir palestras, é a de que o “direito é um conjunto de normas”. “Vejam, alunos, o direito possui normas cogentes, dotadas de sanção. A este conjunto de normas dá-se o nome de direito”.

Outros definem direito como “Ciência”. Apartam-se da Filosofia para asseverar que o direito deve ser estudado metódica e empiricamente. O direito, quando observado de modo crítico, requer método de estudo e fórmulas rígidas de exame e explanação. Direito, então, seria uma “Ciência”. Se pretender uma sistematização, aí teremos uma “Teoria do Direito”.

Mais estudiosos, ainda, definem direito como uma “faculdade” ou “poder”. É o direito subjetivo, isto é, inerente ao sujeito. Direito que o sujeito tem de fazer valer suas prerrogativas. “Eu compreí. É meu. Posso reivindicar”. “Eu processarei o inquilino, ele está depredando meu imóvel”. Direito, aqui, é uma “faculdade”, um “poder” ou um “poder fazer”. Quase uma força física, no sentido de “poder exigir e se opor”.

Há, ainda, a definição de direito como “justo”. Aqui cabem algumas ponderações.

“Lex” e “jus” confundiam-se na Antiguidade. “Lex” estava ligada ao trabalho e “jus” à ação. Assim, “jus” seguia os passos de “lex”, mas quem dava estabilidade e força à “jus” era o Justo, a Virtude e a Justiça¹.

O vocábulo “direito”, então, adviria do vocábulo “rectum”, em latim. Daí a derivação “derectum”, quando o fiel da balança ficasse “reto”. Vem daí, também, o termo “correto” ou “certo”. Quando o fiel ficava reto, a deusa grega Diké (ou Themis) baixava a espada, de olhos abertos, e dizia o direito, o correto. A deusa romana “Iustitia”, todavia, mantinha os olhos fechados e também baixava a espada

dizendo o direito. Talvez a deusa romana tivesse os olhos vendados em função de uma maior intelectualidade do povo romano, mas isto é uma conjectura.

Mas, o dilema prossegue. Direito e moral (normas jurídicas e normas morais). Direito, Moral e Justo. Quais as diferenças? Cumpre diferenciarmos “justo” (ou “justiça”) de “moral”. Aqui entramos no campo da moral. Tentemos fazer a distinção entre direito/justo e moral por meio dos exemplos abaixo:

1. Um pai castiga imoderadamente um filho – isto é imoral.

2. Dois filhos quebram um vaso no domicílio. Fazem, portanto, uma traquinagem. Não se sabe quem contribuiu mais ou menos para quebrar o vaso. O pai chega em casa, pega pelo braço apenas um dos filhos e o castiga severamente – isto é injusto.

3. Não tirar o chapéu na Igreja – isto é imoral.

4. Uma lei obriga todos os pais a matricularem seus filhos na escola – esta lei é moral.

5. Os ricos, segundo uma lei ou Constituição, devem pagar mais tributos que os pobres – esta norma é justa.

6. Uma lei proíbe manifestações em jornais ou em praça pública contra o governo – esta lei é imoral.

7. Uma lei proíbe os negros de votarem nas eleições para o Legislativo e Executivo – esta lei é injusta.

8. O professor atribui notas mais altas para uma classe, a classe de que gosta mais – isto é injusto.

9. Uma lei permite a venda de bebidas alcoólicas a menores de idade – isto é imoral.

10. A lei trata diferentemente os portadores de deficiência – isto é justo².

Enfim, quanto ao conceito de direito, prosseguimos. Analise-se a seguinte frase: “O trabalhador laborou durante 40 horas. Tem direito ao salário semanal”. Aqui, direito é igual a “justo”. Entraríamos numa seara ainda mais complexa, elucubrando sobre o que seria universalmente “justo”.

Afinal, eis mais este conceito de direito: “O direito existe quando existe uma sociedade

¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 04.

² HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 1ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 204-205.

organizada". Direito, de acordo com esta frase, é um "fato social". Fica evidenciada, aqui, a perspectiva realista do direito, que considera os hábitos sociais como sua fonte primeira.

Por último (último?), quando lemos que "o direito faz-se presente numa sentença judicial", direito seria apenas uma manifestação dos tribunais. De outro giro, quando dizemos "ele não tem esse direito", o vocábulo, aqui, assumiria um aspecto negativo, um "não poder fazer" ou "não dever fazer".

Afinal, é árdua a tarefa de conceituação do direito.

E a "norma"? O que é "norma"?!

A palavra "norma" origina-se do grego "nomos" e do latim "norma" (sem remontarmos a eras mais distantes, como a era de Hammurabi). "Norma", em latim, significava "esquadro". Daí o vocábulo adquirir o senso de "dentro das medidas".

"Nomos", por exemplo, era a norma da casa ("oiko nomos"). Daí a evolução para o vocábulo Economia.

O povo parece saber o que seja direito e norma. Todos sabem que há normas que proíbem, normas de reparação, normas sobre como fazer testamentos, procurações, etc e a existência de tribunais para aplicar as leis. Por que, então, persiste a dúvida quanto às palavras direito e norma? Uma das possíveis respostas seria o desvio de casos-padrão.

O Direito Internacional cria uma dificuldade para definições únicas: é um desvio de caso-padrão. O Direito Internacional não tem Poder Legislativo universal, não tem normas soberanas, etc. Há, também, o Direito Primitivo, que difere totalmente do direito como o concebemos hoje, ainda que imperfeitamente. O fato de existirem tribunais, Poder Legislativo, Poder Executivo, outros órgãos públicos e instituições hoje em dia em nosso Estado, também não ajuda na definição de direito ou norma, pois são, isto sim, criaturas do próprio direito.

Ainda, o fato de existirem tantas normas e tantos tipos de direito quantas sejam as sociedades no planeta dificulta a noção uniforme de direito. O mundo tem, hoje, aproximadamente 196 países. Teríamos, então, 196 espécies diferentes de direito...

Seria o direito uma instituição (teoria institucionalista)? O brocardo "ubi societas ibi jus" pode ser invertido para "ubi jus ibi societas", se considerarmos que somente o direito é que produz sociedades organizadas. Sociedades organizadas produzem direito por intermédio das normas que (as) criaram precedentemente. Sociedades que precisam de instituições, as quais, por sua vez, surgiram do direito. Neste caso, prevaleceria a teoria normativa, criadora das próprias instituições.

Bobbio ³, comentando a teoria institucionalista do direito e da produção de normas, afirma que:

...o direito nasce no momento em que um grupo social passa de uma fase inorgânica para uma fase orgânica, da fase de grupo inorgânico ou não organizado para a fase de grupo organizado. Por exemplo, a classe social é certamente uma forma de grupo humano, mas não tendo uma organização própria, não exprime um direito próprio, não é uma instituição. Uma associação de delinquentes, ao contrário, que se exprime em uma organização e cria seu próprio direito (o direito da sociedade de delinquentes), é uma instituição.

Assim, como salientado acima, poder-se-ia inverter o famoso brocardo para "ubi jus ibi societas"! Dizemos que algo se converte em instituição quando passa da fase inorgânica, como uma classe social ou um pequeno grupo, para a fase orgânica (órgão). A diferença em relação ao grupo de delinquentes apontada por Bobbio é que aquela instituição de gatunos não é estável, nem dotada de autoridade genérica e tampouco é aceita de forma geral (reconhecida).

Mas a teoria institucionalista não reprimiu a teoria normativa (positivismo), uma vez que a teoria normativa não coincide com o Estado ou teoria estatista (o Estado surge pelas normas e sobrevive por meio delas). A teoria normativa apenas afirma que direito é igual à regra de conduta. A teoria estatista, a seu turno, afirma que direito é regra de conduta + coação + órgãos estatais postos. Assim, para a

³ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 5ª Edição. São Paulo: Edipro, 2012, p. 31.

teoria estatista, as regras que possuem coação (sanção) se distinguiriam de todas as outras regras. A teoria estatista, podemos dizer, é uma teoria normativa *stricto sensu*. A teoria normativa seria tão ampla e plural com a teoria institucionalista, haja vista que a norma (podendo-se conceber "norma" como "regra" ou "princípio") não é apenas aquela dotada de sanção, mas normas morais, com ou sem reprovação, e normas jurídicas, com ou sem sanção (estas últimas, por exemplo, constituídas de normas que apenas orientam a feitura de um contrato, comportando, no máximo, nulidade, mas não sanção).

Para a teoria normativa, então, as normas vêm antes da organização, justamente porque criam as instituições. Mas e a reflexão sobre a autoridade da norma? Uma resposta possível é a autoridade (ordem) institucionalizada, à qual todos obedecem genericamente, sendo dotada de organização. A corrente institucionalista, ao erigir a organização e autoridade generalizadas, teve o mérito de reagir à corrente estatista, que apregoava ser o direito apenas fruto de atos e normas do Estado. Qualquer sociedade que passe de uma forma inorgânica para orgânica, com autoridade e obediência gerais em todo território do Estado, tem o que se chama "direito".

A teoria normativa propõe que mesmo as instituições organizadas necessitam de regras feitas anteriormente à aplicação em sociedade. Por isso, a regra de conduta é o foco da teoria normativa, para se elaborar o próprio conceito de direito a partir de normas postas.

Em outras palavras, não basta uma produção constante de normas para justificar uma instituição, mas, antes, precisa-se das normas para a própria existência e criação desta instituição.

Há, também, a teoria da relação jurídica, uma terceira teoria, a qual faz saber que o direito é focalizado na relação entre dois sujeitos (relação intersubjetiva). O arbítrio, a ética e a moral dos sujeitos conduz, guia e transforma a relação jurídica. Direitos e deveres são estipulados sinalagmáticamente. Assim, o direito seria um fenômeno de coordenação do agir. O direito fica reduzido a um contrato.

A teoria da relação jurídica é muito mais antiga do que a teoria normativa e

institucionalista. A teoria da relação jurídica dá primazia ao indivíduo isolado e abstratamente considerado. A teoria institucionalista critica veementemente a teoria da relação jurídica, dizendo que não basta a relação intersubjetiva para caracterização do direito, mas, sim, a necessidade de institucionalização de regras e autoridade. Sem sociedade organizada, a mera relação jurídica, para caracterizar direito e norma, é utópica.

A teoria institucionalista denuncia como exemplo duas pessoas sozinhas entabulando relações. Isto não poderia jamais constituir direito, dizem. Quando a regulamentação, ordenação e organização destas tratativas entre duas pessoas tornam-se estáveis e perene, aí sim surgiria o direito.

Critica-se a teoria da relação jurídica justamente porque é calcada no jusnaturalismo (concepção individualista do direito, ou seja, direito como vontade de indivíduos isolados). Os indivíduos, no jusnaturalismo, apresentavam-se como isolados uns dos outros, um "eu" unitário e apartado dos demais. O contrato entre duas pessoas, no passado, tomou tal vulto que fez surgir um contrato entre o particular e o Estado, o famoso "contrato social". O contrato era a base da teoria da relação jurídica.

Vejam o que disse Rousseau⁴ acerca deste contrato social (indivíduos e Estado):

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, se unindo a todos, obedeça, portanto, a si mesmo, e permaneça tão livre quanto antes. Este é o problema fundamental a que o Contrato Social dá a solução.

A nós parece que as melhores doutrinas são, de fato, aquelas que mais se aproximam do enfoque do direito como realidade social e, desta feita, dinâmico. Ou, ainda, podemos considerar que a relação intersubjetiva é apenas um "reflexo" do verdadeiro direito, o qual provém das instituições e das normas (provém da teoria institucionalista e normativa). Pois o poder de exigir e o dever de

⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. 7ª Edição. São Paulo: Hemus, 2003, p. 27.

prestar, na relação jurídica intersubjetiva, num contrato, nada mais é do que um "reflexo" de uma norma que permite a exigência por parte do credor e determina um cumprimento ou comportamento por parte do devedor. A norma "vem antes".

Hart⁵ aponta, em sua obra, três perplexidades quanto às possíveis definições de direito e normas:

1. O direito seria composto de normas cogentes, obrigatórias, não opcionais e com auxílio de ameaça. Na sua maioria, normas penais. Mas o problema é que um ladrão também dá ordens não opcionais, empregando ameaça. A diferença estaria, em princípio, na organização e na obediência habituais. O roubo a um banco contém uma ameaça fugaz, não perene. Mas estaria o direito e a definição de norma calcados só na ameaça? E as normas "civis" que não contêm ameaça?

2. As normas morais também são não opcionais. Consistir-se-iam em direito? A resposta parece ser, a uma primeira vista, a existência de similitude e influência de normas morais sobre o sistema jurídico. Ambas (normas jurídicas e morais) se utilizariam da noção de Justiça. O direito seria, então, um ramo da moral, que incorpora valores e Justiça, e não apenas ameaças. A moral que cria o direito é defendida pelos jusnaturalistas, em oposição ao positivismo.

Porém, a aproximação entre moral e direito cai por terra quando alguém declara que uma lei injusta não é lei e, portanto, não deve ser cumprida...

3. Direito é um conjunto de normas. Mas o que é norma? Algumas resultam do Poder Legislativo, outras não. Algumas são vinculantes (normas penais ou normas de não fazer), outras não vinculantes (como, por exemplo, uma regra de procedimento para se elaborar um testamento ou celebrar um matrimônio).

É preciso, também, identificar quando uma norma "existe". Aparentemente as normas "existem" quando um indivíduo ou grupo se comporta "normalmente", "repetidamente" e "geralmente" de uma determinada forma, isto é, um comportamento de forma semelhante e repetido, em uma determinada circunstância.

A existência também pode ser estudada como a mera "publicação" da norma do Diário Oficial. A validade teria a ver com o órgão do qual promanou a lei, se era competente ou não para elaborar a lei, e a "existência" da lei dar-se-ia com a mera publicação no Diário Oficial. Paulo Hamilton Siqueira Jr.⁶ pontifica:

A existência da norma é a entrada válida ou inválida da norma no mundo jurídico. Existência é a pertinência da norma no sistema jurídico, pertencendo ao encadeamento lógico dessa ordem. No sistema jurídico pátrio a norma passa a ter existência jurídica após a promulgação e publicação no Diário Oficial.

Mas, mesmo normas morais habituais, como tirar o chapéu na Igreja ou levantar-se durante o hino nacional, podem ser habituais e não conter exigência de comportamento nem reprovação. Veja-se, por exemplo, quando se tem apenas o hábito de tomar chá às 5 da tarde: não há norma social ou moral que exija isto nem que reprove conduta contrária.

Neste passo, a língua pode definir se uma norma "existe": tirar o chapéu na Igreja "existe", mas frequentar o cinema toda semana ou tomar chá todo dia não. A norma que "existe" pode conter reprovação hostil, mas o hábito coletivo de ir ao cinema ou tomar chá não tem "reprovação".

Existência, validade, vigência e eficácia. As normas jurídicas têm estes aspectos.

A NORMA JURÍDICA, pois, tem essas consequências conceituais de forma ORGANIZADA (oficial, isto é, válida), HABITUAL E AUTORITÁRIA.

"Ubi societas ibi jus", como vimos, deve ser enunciado ao inverso: "ubi jus ibi societas", se admitirmos que a norma realmente venha antes da sociedade organizada e institucionalizada.

Quanto a tentarmos definir norma pela sanção ou ameaça, como uma das perplexidades de Hart vista acima, não é possível dizer que nem mesmo a "previsibilidade" da sanção é traço marcante das normas jurídicas ou normas sociais. Não se pode dizer que elas "existem" só porque

⁵ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 1ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 7-17.

⁶ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Teoria do Direito*. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 158.

carregam previsão de penalidade (punição). E isto porque quando o juiz (ou grupo social) aplica a norma, ele a toma como guia. A razão ou justificativa para aplicação da punição é a infração à norma. O aspecto preditivo não é relevante, mas o aspecto vetorial, no momento da aplicação, sim. A infração, que é um fato, é antecedente causal da aplicação da norma. Assim, devemos dizer que um homem foi punido PORQUE infringiu a norma, e não pela previsão ou probabilidade de que sofreria punição (sanção).

Os adeptos da corrente preditiva (previsão) dizem que a norma carrega um linguajar peculiar, como “tem que”, “precisa” e “deve”, e que não há mais nada, não há alguma “coisa” sobrenatural que nos faça cumprir uma norma. Devemos cumprir porque prevemos a sanção. Por vezes pensamos que talvez exista alguma coisa sobrenatural ou metafísica que nos faz cumprir as normas, mas este pensamento, dizem eles, é uma ilusão. O que existe são apenas comportamentos e reação previsível, já encartada na norma. O que imaginamos ser uma “coisa sobrenatural” que nos faz cumprir normas são apenas nossos sentimentos de forte compulsão no sentido de nos comportarmos desta ou daquela maneira⁷.

Estes adeptos da previsão dentro da norma, e apenas uma previsão, nada mais, admitem, todavia, translações do significado das normas com o tempo. Semântica, semiótica, semasiologia, mutação, sintaxe, pragmática, sintática, dentre outras.

Hart, positivista mais brando do que Kelsen, convida-nos a imaginar, para entendermos o conceito de direito e de norma, o sistema jurídico Inglês como não apenas e inteiramente um conjunto de normas. Há casos que transtornam os tribunais e para eles não há precedentes. Daí advir, nestes casos, a escolha do juiz. O autor assevera que toda norma tem uma “penumbra de incerteza”, todas são vagas. Seja quanto à língua, seja quanto ao seu significado material ou teleológico. Por exemplo: sabemos o que é o tempo, mas não sabemos explicá-lo! (Santo Agostinho, *Confessiones*, XIV, 17).

A vaguidão, citando apenas dois exemplos, pode ser quanto ao campo de

referência de uma palavra (“Alguém está morto”; denotação da palavra “alguém”) ou quanto à intensão, com “s” (conotação de “mulher honesta”)⁸.

Diante da variedade semântica e de sintaxe, as palavras adquirem significados imprecisos. Uma definição de cachorro como animal com rabo é uma definição modesta. Dá-nos um código inicial, mas precisaremos recorrer a um grau superior, que é a família ou classe geral de onde vem a palavra a ser definida (cachorro). No caso do direito, esta classe geral não existe, e parece que nós nos utilizamos da classe geral das “normas de comportamento” ou “comportamentos gerais”.

Mas um termo aberto não proíbe sua extensão a outros casos, o que faz com que a definição de norma ou de direito escapem na classe geral dos “comportamentos gerais”. A definição, por vezes, acaba sendo, de fato, dogmática. A interpretação entra em cena nos julgamentos contendo vaguidão, por vezes definindo e fixando, isto é, “escolhendo”, no julgado, o que seja direito ou norma. A interpretação extensiva, por vezes confundida com analogia ou indução amplificadora, está entre inúmeros outros métodos interpretativos fornecidos pela hermenêutica. Com o constitucionalismo, métodos específicos de interpretação de normas constitucionais também entraram em cena.

Assim, os três problemas recorrentes apontados acima por Hart são: **a)** seria o direito apenas uma ordem apoiada em ameaças (sanções)?; **b)** existe diferença entre obrigação jurídica e obrigação moral?; **c)** o que são normas (com e sem sanção) e até que ponto são essenciais para a caracterização do direito?

1. Normas

Há grande variedade de comandos nas normas: “Pare!”; “Venha aqui!”; “Vá para casa!” (imperativo); “Passe o vinagre, por favor!” (pedido); “Não me mate!” (apelo ou súplica); “Não se mova, há uma cobra ali!” (aviso).

Um assaltante “manda” que lhe entreguem o dinheiro, e não “ordena”. Ordem

⁷ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 1ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 14-15.

⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 224.

liga-se, por exemplo, à atividade militar, com hierarquia e disciplina. A ordem sob ameaça do assaltante é diferente da ordem coercitiva. A ordem coercitiva, que é jurídica, comanda o indivíduo à obediência. A ordem coercitiva, diferentemente da ordem do assaltante (ameaça), não precisa necessariamente conter uma ameaça, embora frequentemente carregue sanções caso haja desobediência. Assim, um sistema organizado e a figura da AUTORIDADE perene, habitual e geral dão uma pista dos diferentes tipos de normas existentes.

Há normas gerais obedecidas por todos (por exemplo, leis penais), e há normas secundárias, como um guarda de trânsito que levanta a mão e ordena a parada do veículo: ele está aplicando normas gerais anteriores a um caso concreto individual. O imperativo proferido pelo assaltante, então, não seria uma norma jurídica, pois ausente seu caráter de generalidade e habitualidade, isto é, não é norma produzida para toda sociedade por instituições.

Outra diferença em relação ao modelo do assaltante, para tentarmos definir o que seja uma norma jurídica, é a criação de normas para serem perenes e permanentes (até eventual revogação), enquanto a ameaça do assaltante é dirigida a uma pessoa apenas numa ocasião efêmera, e só. As normas, portanto, têm caráter de permanência, continuidade e persistência. Pode-se até dizer que a persistência da norma, quanto à sanção por sua desobediência, afete a sociedade de tal modo que esta sociedade sabe que deve cumprir a norma e, mais ainda, ajudar na punição dos outros. Este pensamento (o conhecer da sanção persistente) é possível e também ajudaria na distinção em relação ao exemplo efêmero do assaltante.

Em suma, o direito possui uma “estabilidade” e uma “crença geral” de que as normas devem ser cumpridas, um hábito geral de obediência, e tal não se encontra no exemplo do assaltante e sua instituição precária. Um sistema jurídico também se caracteriza por possuir supremacia em seu território e independência. O Poder Constituinte Originário, no Brasil, e a Coroa, na Inglaterra, segundo Hart, não estão

subordinados a ninguém, expressando supremacia e independência.

Tais características levam-nos ao conceito unificado de “soberano”. O Poder Constituinte Derivado, a seu turno, é “subordinado”. Suas normas estão nos limites traçados por uma Constituição ou direito consuetudinário. Todos cumprem as ordens do soberano, mas o legislador derivado encontra limites justamente na soberania.

2. Conteúdo, Origem e Âmbito das Normas

Há ramos do Direito em que ordens por ameaça, como leis penais, deixam de ter função social mais visível. Leis sobre como elaborar testamentos ou celebrar contratos têm outro perfil. Vê-se, neste ponto, a dificuldade de se definir direito como conjunto de normas apoiadas por ameaças. A falha na elaboração de um testamento, por exemplo, não é punida com ameaça. Não há, neste tipo de norma, uma ameaça.

Se não cumprirmos uma norma sobre como elaborar um testamento, este será INVÁLIDO, mas sem sanção. Haverá apenas “nulidade”.

Outro caso de normas que não contêm sanções são as normas públicas. Algumas leis sobre tribunais são meras “normas de competência”. Se um tribunal pratica um ato que deveria ser praticado por outro, haverá, ao contrário do ato jurídico nulo praticado por um particular, apenas “anulabilidade”. Isto significa que a decisão é válida até que uma das partes suscite a nulidade e um tribunal superior decida de maneira definitiva. A “reforma” de uma decisão anulável é diferente de “nulidade”.

As normas sobre o Poder Legislativo seguem o mesmo raciocínio, inclusive com liberdade de voto dos parlamentares. Se uma forma de votação não for seguida, pode haver, dependendo do caso, anulação ou nulidade.

Há uma corrente contrária à diferença entre normas que outorgam competência e normas apoiadas em sanções. Esta corrente costuma reduzir os dois tipos de normas a normas apoiadas por sanções. Todavia, a nulidade não consiste generalizadamente num “mal” infligido a alguém. E um juiz não tem

interesse material numa decisão, nem em um contrato ineficaz, firmado por um menor de idade. Esta falha no contrato não deve causar um mal a este menor. O contrato será apenas ineficaz e inválido.

Assim, diz-se que as normas que outorgam competência ou poderes para o particular celebrar um contrato ou testamento simplesmente NEGAM RECONHECIMENTO às condutas indesejáveis, sem impor um mal aflitivo. Normas para feitura de contrato que reconheçam a ausência de formalidades, ou leis publicadas em descompasso com as regras de sua criação, não contêm sanção para desencorajar sua prática.

Se tivéssemos um projeto de lei cuja maioria necessária não fosse alcançada e, por isso mesmo, tivéssemos uma norma assemelhada a uma norma penal desencorajando tal fato sob ameaça de sanção, então tal equivaleria a um jogo que proíbe todas as jogadas, exceto aquelas que resultassem em pontos, ou seja, não haveria o debate no Legislativo, podendo apenas ser feitas leis que seguramente fossem aprovadas. Isto significaria o fim de todos os jogos e, portanto, neste exemplo, o fim da salutar atividade legislativa cotidiana⁹.

Sustentam alguns que a sanção também pode ser suprimida de uma norma e, mesmo assim, deixar um padrão de conduta inteligível. E as normas sobre testemunhas para lavratura de testamento, igualmente, se não observadas, gerariam uma “nulidade insanável”. Seriam normas essenciais às normas de testamento. Portanto, para esta corrente, sanções penais e nulidades seriam sempre normas com ameaça de sanções, pois não se poderia substituir a “sanção” das normas sobre testamentos, contratos ou competência.

Outra corrente positivista abarca sanção penal e nulidade civil da mesma maneira porque considera, por exemplo, normas que outorgam competência como normas “antecedentes” ou “cláusulas condicionais”, cujo conteúdo apenas orienta a aplicação de sanções. A norma primária seria aquela que aplica a sanção, e nada mais. Estas normas

primárias que apenas preveem sanções são destinadas unicamente às autoridades, sendo chamadas de “autênticas”.

As normas sobre contratos, testamentos e de competência seriam, então, meras condições (guias) para as autoridades aplicarem as sanções. São meros “fragmentos de normas”. A esta corrente positivista “*stricto sensu*” filia-se Kelsen. Para este jurista, inclusive, interpretar uma norma significa dizer “eu quero”, com base na competência do órgão ou tribunal, e não “eu sei”¹⁰, como propugnam os naturalistas e pós-positivistas ao associar valores, moral, costumes e outros elementos contidos na norma.

Portanto, para esta teoria positivista *stricto sensu*, as normas provêm dos tribunais. As normas sobre contratos, testamentos ou competência seriam apenas “fragmentos de normas mais completas e autênticas”. Elas são incompletas. Necessitam de outras normas, ao passo que as autênticas ou completas já preveem a sanção. As normas autênticas seriam primárias e os fragmentos de norma seriam secundários (normas secundárias).

A corrente positivista radical, portanto, vê a norma sobre contratos, competência ou testamentos apenas como uma condição ou instrução para as autoridades aplicarem a sanção (fragmentos de normas).

A corrente positivista moderada, à qual se filia Hart, vê as normas de competência, contratos ou testamentos como cláusulas condicionais ou antecedentes para orientar o cidadão comum a fazer determinada coisa, sob pena de “sanção”. A orientação, aqui, volta-se para o cidadão, não como fragmentos de normas, mas como normas em si mesmas e primárias. As normas emanadas dos tribunais é que seriam secundárias.

Para Hart, as normas primárias determinam condutas aos cidadãos, enquanto que o fato de um tribunal ser acionado *a posteriori* identifica as normas por ele produzidas como secundárias.

As normas, portanto, exercem papel de controle social. Possuem função social. Os indivíduos numa sociedade têm no Direito Penal uma referência para conduta

⁹ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 1ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 46.

¹⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 228.

independentemente de qualquer outro ato ou norma. Espera-se, com o conjunto de normas penais, que o indivíduo “aprenda sozinho”. Os indivíduos adaptam seus comportamentos às normas. Se infringidas, aí entra a aplicação da sanção, sem vínculo com o comportamento anterior “sugerido”.

Assim, com o acionamento do tribunal somente depois da conduta proscrita, impossível falar-se em sanção como norma primária. Todos aplicariam as normas, e não apenas os tribunais. Primeiramente temos a conduta estimulada ou desencorajada pela norma, e sanção somente ao depois.

O direito como meio de controle social, contudo, não se pauta somente por ameaças. Como vimos, o que dizer de uma orientação prevista em lei para que se pague um tributo? Isto é mais “leve” do que um castigo aplicado a um homem mau. Uma multa, como sanção, é mais pesada e aflictiva do que um tributo exigido, por exemplo, em decorrência da extrafiscalidade.

Assim, o direito não é somente Penal, com normas punitivas dadas pelos tribunais ou previsão de ameaças, mas o Direito traduz-se em orientação de conduta social.

Não podemos uniformizar e totalizar o direito como normas coercitivas sobre as pessoas, pois aí estaremos tratando pessoas como coisas subordinadas ao direito enquanto que, em verdade, as pessoas são a viva alma e criadoras do direito. Realmente, o cidadão transforma-se num “legislador privado” ao determinar o curso de seus atos jurídicos, como a celebração dum contrato.

O âmbito de uma norma, outrossim, não é mais aquele que parte do Monarca para baixo. Este modelo “de cima para baixo” está superado (pelo menos na questão da produção de normas jurídicas e morais). O âmbito de uma norma, hodiernamente, abarca o próprio legislador, que legisla para o povo, para ele

próprio e ele próprio está subordinado ao sistema normativo que ele próprio cria (governo “sub lege”).

Quanto à origem da norma, volvamos aos costumes. Uma norma consuetudinária só é considerada norma jurídica se “reconhecida” pelo sistema jurídico. Não tirar o chapéu para uma dama não é uma norma jurídica porque não reconhecida como tal pelo sistema positivado. O que não significa que normas morais não possam conter reprovação.

Então, no sistema do *common law*, quando um tribunal aplica um determinado costume que não é reconhecido, constituindo-se em mero costume, esta norma seria uma norma jurídica reconhecida pela primeira vez.

Mas há a seguinte crítica: se uma lei é reconhecida como lei mesmo antes de ser aplicada, ou seja, ainda na fase do projeto de lei, discussão, debates e sanção ou veto, entre nós, e em fase de discussão no sistema do *common law*, por que não poderia um costume ser jurídico antes mesmo de ser reconhecido como jurídico pelos tribunais?

Poderia um costume ser jurídico porque aceito tacitamente pelo soberano? O General que anui à conduta do sargento, ao manter-se em silêncio sobre as ordens que o sargento profere, transforma estas ordens do sargento em desejo dele próprio, o General?

Pode ser que o General tenha apenas contemporizado (transigido, apaziguado ou condescendido). Mas a ideia do desejo tácito do soberano é, de uma forma geral, aceita. O único problema é que, hoje em dia, é praticamente impossível para um soberano perceber e intervir tacitamente em todas as ordens, haja vista a vastidão dos territórios estatais.

Por fim, a conclusão a que chegamos é a seguinte: é árdua a definição de Direito e Norma!

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4ª Edição, São Paulo: Editora Martin Claret, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. 3ª Edição. São Paulo: Renovar, 2008.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia de Direito*. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 5ª Edição. São Paulo: Edipro, 2012.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Fundamentais*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 29ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____, Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: RT, 1980.
- _____, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação*. São Paulo: Atlas, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo. Racionalidade da Ação e Racionalização Social*. 1ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 1ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. 1ª Edição. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.
- _____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã (ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil)*. 3ª Edição. São Paulo: Ícone, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____, Ferdinand. *O Que É Uma Constituição*. 3ª Edição. Sorocaba: Minelli, 2006.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitución* (Traducción y Estudio sobre la Obra por Alfredo Gallego Anabitarte – Profesor ayudante de la Facultad de Derecho en la Universidad de Madrid). Barcelona: Ariel, 1964.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PLATÃO. *A República*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Martin Claret. 2008.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda (Estudos Gerais – Série Universitária), 2003.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. 2ª Edição. São Paulo: Edipro, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. 7ª Edição. São Paulo: Hemus, 2003.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Teoria do Direito*. 3ª Edição. São Paulo:Saraiva, 2012.