

®BuscaLegis.ccj.ufsc.br

REVISTA N.º 29

Ano 15, dezembro de 1994 - p. 80-87

Norma jurídica célula mãe do Direito

Carla Izolda Fiuza Costa Marshall

Procuradora da Universidade Federal Fluminense

INTRODUÇÃO

A questão da estrutura formal do direito, pode-se dizer, possui uma célula-mãe, no sentido figurado, a partir da qual surgem uma série de teorias desenvolvidas, no sentido de justificar sua existência, conceituá-la e aplicá-la no universo maior que seria a sociedade.

Esta célula-mãe pode ser chamada de norma jurídica. Nosso estudo tem por objetivo a busca jurídico-histórico-cultural de tentar o máximo possível identificá-la e analisar os principais aspectos que a envolvem.

A gênese da norma jurídica está intimamente ligada a idéia do homem em sociedade. Em todos os grupos sociais dos quais o homem faz parte existem normas disciplinadoras do comportamento de seus membros.

O fundamento básico das normas jurídicas está na própria exigência da natureza humana de viver em sociedade. Esta mesma sociedade dispõe sobre a conduta do homem, socialmente falando. Da mesma forma, seu fundamento encontra-se, também, na necessidade da sociedade se organizar, donde pode-se concluir que não há sociedade sem normas jurídicas, já que não se cogita de sociedade de um só homem, uma vez que seu pressuposto encontra-se na interação dos indivíduos.

É fato que a vida em sociedade há que ser regida por normas jurídicas para a sua própria subsistência.

A norma jurídica, em última análise, tem por objeto a descrição de condutas que servirão de parâmetro ao comportamento do homem, limitando liberdades, no sentido de garantir a ordem social, princípio chave norteador de todas as sociedades.

Segundo o entendimento de Rudolf Von Ihering a norma jurídica é o instrumento elaborado pelos homens para lograr aquele fim consistente na produção da conduta desejada(1).

CONCEITO

Necessário se faz a conceituação, tomando-se por base doutrinadores renomados, no sentido de atingir-se nossa meta maior que é a teoria da norma jurídica.

A norma jurídica decorre de um ato decisório no entendimento de Celso Lafer: " no Estado Contemporâneo, a gênese das normas se prende a um complexo processo decisório, por meio do qual as instituições políticas, no exercício de uma função hierárquica de gestão da sociedade, convertem preferências e aspirações de grupos ou indivíduos em decisões públicas"(2).

A colocação deste doutrinador é bastante propícia a ensinar-nos um raciocínio não apenas político, mas jurídico acima de tudo, pois ao se constituir em ato decisório, o nascimento da norma jurídica passa por uma série de opções, acredito que todas devidamente avaliadas e refletidas, no sentido de optar-se por aquela que melhor configure as necessidades de seus destinatários. Desta forma, eleva-se um fato que foi tido como eminentemente político no correr da história, á uma conotação jurídica em particular.

Hannah Arendt, por sua vez, complementa esta idéia dizendo que: " esse poder político não é exercido só pelo Estado, mas por associações menores, que nele se encontram: igrejas, sindicatos, clubes, organizações profissionais, culturais etc. Nas sociedades rudimentares ou primitivas a direção governamental era exercida pelos hábitos, crenças, superstições, e não por um governo propriamente dito"(3).

Esta posição de Hannah Arendt se dá a partir de uma perspectiva menos jurídica e mais social da questão da conceituação, ou melhor, da proliferação das normas jurídicas, tendo em vista o local e formas de seu surgimento.

Já na concepção de Goffredo Telles Júnior: "as normas consuetudinárias, nascidas sem a intervenção do Poder Legislativo, são oriundas das convicções gerais dos grupos sociais, de sua prática uniforme e continuada. Nota-se, portanto, que nem todo poder político é estatal"(4).

A concepção de Goffredo Telles Júnior afirmando que nem todo poder político é estatal só vem confirmar a necessidade de um Estado mais rápido e eficaz não só em suas observações, como também, em sua produção legislativa.

Neste ponto cabem algumas colocações, quais sejam:

1a) É inegável que as normas jurídicas têm seu nascedouro na própria sociedade;

2a) O poder legiferante, no atendimento de sua função precípua, deve ser lépido o suficiente para atender aos anseios sociais;

3a) A sensibilidade deste poder na constatação de fatos, que por sua relevância devam ser apreciados e definidos positivamente, é que o conduzirá a plenitude de sua missão, ou pelo menos, ao máximo que humanamente se permite;

4a) Há uma proporção direta entre aquilo que a sociedade precisa ver atendido e aquilo que o Legislativo lhe confere. Sendo bem atendida em suas expectativas não carecerá de posições alternativas, paralelas e desvinculadas do Estado. Isto quer dizer que o Legislativo desenvolvendo seu papel faz com que a sociedade se sinta saciada em seus anseios, ou o mais próximo disso.

A idéia do pluralismo jurídico reside, exatamente, no espaço intermediário que surge entre o Estado e a Sociedade Civil "modelo hegeliano do Estado". Tal visão foi concebida entendendo-se o Estado como espaço da força, da dominação, do exercício do poder público, que leva a sociedade a ser, na maioria das vezes, mera expectadora. Esta, por sua vez, lugar da auto-organização e do consenso abre espaço para o surgimento da regulação - figura institucional, pois nascida e desenvolvida no seio das sociedades componentes da sociedade maior, não institucionalizada, porque não passou pelo crivo do Estado, e, muito pelo contrário, com ele se confronta e se coloca de forma paralela.

Esta a consequência do fato de o Estado se tornar indiferente às expressões do social e não cumprir sua tarefa maior, ou quando se encontra distanciado da realidade social e a ela insensível.

O modelo ideal seria um meio termo, onde o Estado detentor do poder jurídico-político pudesse atender às expectativas da sociedade. Desta forma, não seria necessário que ela própria estabelecesse suas posturas e regras de forma definitiva, pois o Estado atento e observador preencheria, num curto espaço de tempo, a lacuna, porventura, deixada, absorvendo as condutas e fatos ocorridos e a ocorrer em sociedade norteando-os.

Há, ainda a visão mais ampla defendida por Karl Larenz na qual " uma regra jurídica pode estar expressada numa lei, pode resultar do denominado Direito consuetudinário ou de consequências implícitas do Direito vigente, ou de concretizações dos princípios jurídicos, tal como estas são constantemente efetuadas pelos tribunais"(5).

Para Larenz as normas jurídicas devem ser consideradas como um todo, ou seja, não somente aquelas que prevêm condutas ao cidadão comum, mas aquelas que prescrevem o comportamento decisório dos tribunais e órgãos administrativos. E, porque não dizer que a própria decisão judiciária ou administrativa não consiste em regra jurídica, já que vincula as partes envolvidas.

TEORIAS DA NORMA JURÍDICA

Partindo-se da premissa de que a sociedade fornece o material e o ideário formador da norma jurídica o papel do Poder Legislativo é importante, na medida em que, ao "concretizar" a norma jurídica, ou melhor, ao torná-la uniforme o faz no sentido de dar a ela coerência, obediência e adequação ao Sistema.

Ao longo da história foram diversas as perspectivas de observação e tentativas de elaboração de uma teoria da norma jurídica, das quais as principais são:

=> Norma jurídica como comando de agir:

Para aqueles que a admitem como suficiente a fonte de onde emana a norma jurídica é o Estado, tal visão nos levaria a crer que há uma total exclusividade de produção da norma jurídica pelo Estado. Tal afirmação nos conduziria a conclusão de ser a norma única e exclusivamente um imperativo imposto de cima para baixo, onde a autoridade produtora submeteria toda a sociedade. Trata-se da perfeita descrição do exercício de poder de império do Estado sobre seus "subordinados", e que ainda no seu bojo expressa, necessariamente, uma sanção oposta àqueles que a não cumprirem.

Tal concepção nos parece frágil, na medida em que não podemos esquecer que existem normas que somente dispõem acerca de condutas cabendo aos indivíduos seguir suas disposições ou não as utilizar, não havendo assim qualquer obrigatoriedade de conduta. Não havendo subordinação entre as partes e sim equilíbrio e igualdade - normas dispositivas.

Outro elemento que vem colaborar a fragilidade desta teoria se deve ao fato de que existem normas jurídicas que não possuem uma sanção expressa no seu conteúdo, mas que apesar disso não podemos descaracterizá-las.

=> Norma jurídica como juízo hipotético:

O normativismo de Hans Kelsen trouxe uma nova compreensão acerca da norma jurídica, repensando a teoria que a considerava, unicamente, como comando imperativo, dando a ela um novo significado/dimensão, que seria a expressão de um juízo hipotético.

Para este jusfilósofo vienense o juízo hipotético consistiria na redução a uma fórmula intelectual daquilo que a vontade determinou como exigível. Logo, como acentua Machado Neto(6), a realidade do direito está nessa fórmula intelectual e não na matéria criada pela vontade.

Tal juízo hipotético, sintetizado a partir do "dever ser", se traduz na chamada norma primária de Kelsen expressa através da sentença: Se A é, B deve ser, onde há um elo de ligação (fenômeno da imputação) entre as incógnitas A e B, de forma condicional, onde A é a conduta ilícita ou transgressão ao determinado na norma e B a sanção ou punição a ser imposta ao indivíduo pelo Estado.

Apesar de brilhante sua teoria possui alguns senões, uma vez que ao privilegiar a expressão da conduta negativa relega a segundo plano a conduta positiva, ou seja, a conduta lícita e desejável do homem em sociedade, qualificando-a como norma secundária ou não-autônoma e, por isso mesmo, dependente de uma autônoma sem a qual não obterá eficácia.

Carlos Cossio jusfilósofo argentino veio enriquecer a teoria de Kelsen, na medida em que considera as normas jurídicas como juízos hipotéticos disjuntivos que pensam uma conduta. O juízo disjuntivo de Cossio interliga dois juízos hipotéticos e se traduz na expressão: Dado FT, deve ser a P " ou" dado Não-P, deve ser S, onde a primeira é chamada de endonorma e a segunda de perinorma, esta coincidente com a primária de Kelsen.

Para o jusfilósofo argentino tanto a prestação como a sanção são fenômenos igualmente importantes e destacáveis, por isso fazem parte de uma mesma sentença e não de sentenças que se subordinam uma a outra, ou que têm sua eficácia condicionada a certo evento.

Foram inúmeras as críticas a teoria egológica de Cossio, mas a principal se deve ao fato de que o elemento "ou" que interliga os dois juízos hipotéticos deveria ser substituído por "e" ou por "e se não".

Para Maria Helena Diniz(7), interpretando a visão de Franco Montoro acerca da questão do juízo hipotético, a norma jurídica é distinta da estrutura lógica. A norma jurídica é um fenômeno cultural, enquanto a formulação lógica desta norma um objeto ideal.

=>Norma como proposição linguística:

Nesta recente corrente, no entendimento de Karl Larenz(8) toda proposição é uma estrutura linguística, na qual há conexão de um elemento com outro.

E, a norma jurídica assim considerada, não pode fugir disso, uma vez que há a associação de uma situação de fato correspondente à "previsão normativa", que vem a ser sua consequência jurídica.

Esta concepção leva em conta tanto a proposição dispositiva, espaço da autonomia privada, como a proposição imperativa, espaço das disposições cogentes do ordenamento. Nesta corrente a norma jurídica possui função prescritiva que influenciando na conduta dos indivíduos assume seu papel aconselhando-os, comandando-os ou advertindo-os(9).

CARACTERÍSTICAS

A norma jurídica assemelha-se a norma moral por ambas consistirem em normas de comportamento. Todavia, são diversas as dessemelhanças encontradas entre ambas.

Uma delas está no fato de que a norma moral, assim como qualquer outra, que não a jurídica, é caracterizada pela unilateralidade, ou seja, apesar de prescreverem um comportamento, imporem um dever, não autorizam quem quer que seja a utilizar-se da coação, no sentido de vê-las atendidas. O que não se pode dizer da norma jurídica que possui a característica da bilateralidade, ou seja, pressupõe a intersubjetividade. Desta interação de pessoas ou relação vislumbra-se direitos e deveres, recíprocos ou não.

Para alguns ilustres doutrinadores, assim como Goffredo Telles Júnior⁽¹⁰⁾ não se pode dizer que a coercibilidade é uma característica da norma de direito. No entanto, não se justifica sua negação, pois é fato que há a possibilidade de a autoridade do Estado coagir o indivíduo à prática do seu dever ou obrigação assumida. Daí a utilização do elemento sanção, no sentido de ver cumprida a conduta expressa na norma, quando não espontaneamente realizada.

Modernamente, a generalidade, abstração e impessoalidade que anteriormente eram elencadas como características da norma jurídica, foram reavaliadas definidas como atributos da norma jurídica.

A sanção, por sua vez, não pode ser considerada como característica da norma jurídica, em primeiro lugar porque nem todas a possuem e em segundo lugar porque em estando prescrita na norma poderá não ser utilizada, pois dependerá da violação do preceito e a exigência do prejudicado.

Desta forma, de acordo com sua natureza ou finalidade podem ser:

a) preventivas -> quando pressupõem a inibição do indivíduo na prática daquilo que lhe é negado como conduta;

b) restauradoras ou restitutivas -> quando violada a prescrição contida na norma e o transgressor como consequência de sua conduta terá que repor as coisas no estado anterior à violação, também chamada de sanção direta, ou terá que ressarcir os danos, eventualmente, causados por sua conduta, chamada de sanção indireta (podem ser, estas últimas identificadas como indenizatórias) ;

c) repressivas ou punitivas -> que consistem na punição a ser aplicada às condutas violadoras.

CLASSIFICAÇÃO

Para que se possa lograr êxito na tarefa de classificar a norma jurídica necessário se faz que a analisemos a partir do critério a ser utilizado. São inúmeros tais critérios, examinaremos aqueles que nos parecem mais importantes e de maior destaque para o presente estudo.

a) normas de ordem pública e de ordem privada -> a norma de ordem pública é aquela que é oposta aos indivíduos pelo Estado, não cabendo a eles qualquer tipo de questionamento ou adaptação, são as normas cogentes, que traduzem um comportamento a ser seguido. No entanto, isto não quer dizer que se confundam com o Direito Público, pois não só nesse campo são encontradas. Já as normas de ordem privada são o campo de atuação da autonomia privada, que apesar de possuir regras mínimas admite, por parte dos indivíduos que as utilizam, certa flexibilidade, em sua maioria encontram-se traçadas no campo do Direito Privado, mas não com exclusividade, são as chamadas normas dispositivas;

b) normas no sentido adjetivo e no sentido substantivo -> as normas ditas substantivas são aquelas que ditam o preceito normativo, o direito material a ser observado, enquanto no sentido adjetivo tratam do procedimento a ser adotado, traduz o rito a ser seguido pela autoridade ou pela parte, são as normas processuais, em sua

maioria;

c) normas gerais e individuais -> para analisá-las parte-se de seus destinatários, ou seja, as primeiras se destinam à generalidade das pessoas, não as individualizando. Já nas individuais o que ocorre é exatamente o inverso, ou seja, há a individualização do sujeito ou grupo de pessoas. Tércio Sampaio Ferraz Júnior(11) exemplifica cada uma delas, da primeira: a capacidade política de votar e ser votado é adquirida aos 18 anos; da segunda: a sentença final condenatória de indenização e, também, o acordo de vontades;

Pode-se também utilizar a perspectiva relativa a hierarquia existente no ordenamento, quanto a ela parte-se da mais geral das normas que são as constitucionais e chega-se as normas individuais, que são os contratos, as sentenças etc.

É possível ainda utilizar-se o critério relativo ao poder de autonomia legislativa. E, para isso teremos normas nacionais, opostas a todos os cidadãos daquele Estado e normas locais, que estão restritas àquele âmbito especificamente.

E, ainda, quanto ao âmbito em: federais, estaduais e municipais, que dispensam maiores explicações.

PLANOS DA NORMA JURÍDICA

São várias as fases pelas quais a norma jurídica passa até ser aplicada ao caso concreto, desde o seu nascimento até sua, efetiva utilização por aqueles a que se destinam.

A existência da norma jurídica, já dissemos anteriormente, passa por um processo decisório, não, exclusivamente, político, mas, eminentemente jurídico. Tal fato se dará quando aquela norma tiver ultrapassado as fases elaborativas concernentes ao processo legislativo.

A validade independe da existência real e concreta das condutas que ela prescreve, pois apesar de descumprida ela vale, enquanto nada for alegado em contrário.

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior (12) " a norma válida é aquela cuja autoridade, ainda que o conteúdo venha a ser descumprido, é respeitada sendo tecnicamente imune a qualquer descrédito. Poderá, eventualmente, existir alguma falha em seu processo, seja falha formal ou material, isto se dará quando não obedecidos, rigorosamente, os preceitos formais e materiais, respectivamente".

A vigência, por sua vez, é a qualidade da norma que diz respeito ao tempo em que ela deverá atuar. Art. 2o. da LICC: "Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue." Vigor neste caso está diretamente ligado à força vinculante da norma.

E, por último, a eficácia que vem a ser a qualidade de produzir efeitos na órbita jurídico-social.

CONCLUSÃO

A norma jurídica ao se cristalizar é conservadora, por ser um reflexo do passado, jamais do futuro, pois este ninguém conhece. Desta forma, seu aspecto instrumental se destaca.

Tendo-se em conta a enorme variedade de espécies de normas jurídicas, o mais acertado seria caracterizá-las a partir de suas próprias especialidades, ou seja, generalizar o menos possível, no sentido de guardar-se ao

máximo coerência com seus inúmeros tipos.

Seja qual for a perspectiva adotada acerca da norma jurídica, suas teorias, suas características, planos etc. as normas jurídicas possuem como essência, acima de tudo, um objeto ideal que variará e se comporá de acordo com a cultura-histórica de cada sociedade, evoluindo com ela e tendente a expressar as conotações políticas, sociais, econômicas, institucionais etc. que a envolvem. Ressalte-se que o que variará será o seu conteúdo e não ela. Sua essência é ética e sua fonte o próprio homem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) SICHES, Recasens. Tratado general de filosofia del derecho, 3.ed., México, Porrúa, 1965, p. 221-3
- (2) LAFER, Celso. Prefaciando obra de José Eduardo Faria. Poder e Legitimidade, São Paulo, Ed. Perspectiva, 1978, p. 10
- (3) ARENDT, Hannah. Crises da República, São Paulo, Ed. Perspectiva, 1973, p. 93-156
- (4) TELLES JR, Goffredo. Introdução à ciência do direito, Apostilas, 1972, Fascículo 2, p.95.
- (5) LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, 2.ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, p.297
- (6) MACHADO NETO, A.L. Teoria geral do direito, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1966, p.31
- (7) DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito, São Paulo, Saraiva, 1988, p.332
- (8) LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, 2.ed., Lisboa, Fundação Calouste gulbenkian, p.298
- (9) AMARAL, Francisco. Direito Civil Brasileiro - Introdução, 1.ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991, p.53
- (10) TELLES JR, Goffredo. O direito quântico, 5.ed., São Paulo, SMax Limonad, 1971, p.269-70
- (11) FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito, São Paulo, Atlas, 1990, p. 121
- (12) FERRAZ JR, Tércio Sampaio. op. cit, p. 179.