

A propósito da Norma Jurídica

CLÁUDIO LEMOS FONTELES

Procurador da República e Professor Universitário.

1. O tema escolhido não quer sugerir uma homenagem do profissional para o instrumento de trabalho, que o identifica na comunidade.
2. Antes, propicia uma reflexão sobre as conseqüências deste apego, para tantos apaixonado.
3. Paixão esta que se delineia nas palavras iniciais do eminente Professor Hans Kelsen, ao se propor a tarefa de “purificar” o Direito:

“Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é, e como é o Direito? Mas já lhe não importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ser ele feito. É ciência jurídica e não política do Direito.”
(*Teoria Pura do Direito*, vol. 1, pág. 1.)

4. Empreendendo dicotomia de base, na busca à “cientificização” do Direito, este jusfilósofo encontra na *norma jurídica* a verdade de sua intenção.
5. Mas a norma, embora traga sentido específico próprio a um ato de querer, destinado à conduta de outrem, *não se confunde* com o ato de vontade, cujo sentido ela constitui.
6. Aqui incidimos em nova antinomia, pois que a norma traduz-se em *dever ser*, e o ato de vontade é que é, concluindo-se, então, “que o dever um indivíduo fazer algo, nada mais significa que um outro indivíduo quer algo” — obra citada, pág. 9 — é asserção incorreta.
7. Exemplos vivos desta conclusão da Teoria Pura, para continuarmos em sua trilha, teríamos na circunstância mesma de que uma norma só entra em vigor depois do ato de vontade ter deixado de existir, por isso ela não se traduz em momento estritamente psicológico, daí não ser uma ordem. Outrossim, a vigência da norma jurídica é, antes mesmo de ser seguida e aplicada, isto porque a norma vale “sempre que ela possa valer para um qualquer espaço, ou para um qualquer período de tempo”, ou seja, o sentido da norma está em que a conduta a ela deva corresponder.
8. E, aqui, já nos aproximamos de outra separação lógica, pois a prévia situação de correspondência “conduta-norma” leva-nos a considerar o *valor*

como “dever-ser”, colocado diante da *realidade*, que “é”, e a norma não enuncia a verdade e o falso, mas apenas *vale* ou *não vale*, porque ela se traduz numa “avaliação em sentido objetivo”, por consistir, justamente no relacionar-se o pautar humano com ela mesma objetivamente posta, ao passo que “a avaliação em sentido subjetivo”, este consistindo na relação de um objeto com o desejo ou vontade de uma pessoa, permite a conclusão em torno da verdade ou da mentira.

9. Como se vê, a pureza vai-se conseguindo num enfoque absolutamente *impessoal, descolorido* da norma jurídica que, admitindo-se expressar o sentido da vontade humana, com esta não se confunde, de tal modo que, paradoxalmente, o continente — sentido da vontade humana (norma) — extrapola tanto o conteúdo — a vontade humana — a ponto de envolvê-lo...

10. Este vezo à subjetivação propiciou, obviamente, a teoria do Ordenamento Jurídico, alinhavadas as normas pelos princípios de fundamentação e derivação, concatenados em pura operação mental, até se atingir a *Grundnorm*: ego transcendental jurídico.

11. Giorgio del Vecchio, envolvido na mesma raiz Kantiana, se bem que não tão aferrado aos ditames de uma lógica formal — como nos fez sentir, linhas atrás, o raciocínio do mestre de Viena —, enfatiza a noção do Direito Natural, historicamente apresentado como a definição que mostra o critério absoluto do justo, assentado na própria constituição das coisas — cosmologia —, e nunca no mero capricho do legislador. Aqui, o repúdio à concepção purista.

12. E a constatação da noção constante do Direito repousa mesmo no reconhecimento de algo de jurídico nas multifárias instituições dos diferentes povos: “o múltiplo pressupõe a unidade”. (*Lições de Filosofia do Direito*, págs. 54 e seguintes.)

13. Partindo da noção de que a atitude de pensar está conforme o Direito, mesmo porque o que não é proibido é juridicamente lícito — continua o ilustre jusfilósofo —, e ser conforme o Direito é algo diverso do mero poder fisicamente existir, conclui Del Vecchio que o critério jurídico é superexistencial, não dependendo a verdade do Direito de sua efetivação na ordem fenomênica, porque o Direito subsiste logicamente mesmo quando violado: *princípio deontológico*.

14. O Direito, assim, é princípio de avaliação; de avaliação prática, porque se refere, no operar, às ações (obra citada, pág. 74).

15. Assentes tais pressupostos, a norma jurídica, evidentemente, é *antedente* ao caso, e a *rigidez abstrata* de que se reveste é condição necessária à segurança do Ordenamento Jurídico, na efetivação dos princípios maiores que contém.

16. Assim sendo, o caráter imperativo, o comando da norma jurídica é manifestado de plano.

17. E, num raciocínio que o aproxima de Kelsen, aduz Del Vecchio:

“Nestes casos, se em qualquer destes tipos de normas se nos depara uma permissão, esta encontra-se *sempre* relacionada com um comando ou uma *proibição* anterior de índole mais geral: a *afirmação do permi-*

tido nunca é autônoma, mas só tem juridicamente um sentido quando limita ou define, mediante a indicação de uma exceção determinada, um comando preexistente, uma obrigação ou uma proibição anteriores." (Obra citada, vol. II, pág. 118. Grifamos.)

18. É a imperatividade da norma jurídica *vista ao reverso*, ou só em razão do ilícito.
19. E dispendo-se a analisar o comando (norma jurídica), adita Del Vecchio que ele se subordina sempre à existência de certos elementos — condições de fato —, indicados pela mesma norma como de realização necessária à sua entrada em vigor, daí porque tais imperativos serem "hipotéticos ou condicionados".
20. Realmente, esta imperatividade, insita à norma jurídica, permite concluir que o Direito tem, essencialmente, *caráter público*, ainda quando predominante nas disposições normativas a natureza privada, pelo que esta dicotomia só é admissível em termos didáticos, se tanto...
21. Patente se nos afigura a *coercibilidade* da norma jurídica, que é a possibilidade jurídica da coação pela inobservância do disposto, uma vez considerada presente a *bilateralidade* peculiar à apresentação do jurídico, decorrente mesma da presença dialética do comportamento lícito e ilícito, na previsão normativa.
22. E se utilizamos a expressão "previsão normativa", fizemo-lo em sentido próximo ao da impugnação de Recaséns Siches à tentativa de redução da consideração do fenômeno jurídico a exclusivas operações de lógica-formal. A "previsão normativa" não é a antecipação mental dos efeitos que uma decisão produziria, em cada caso, como entende Recaséns, mas a *valorização do possível*, dada a realização no momento.
23. A diferença está em que, no conceber do douto Recaséns, "a fatalidade perpétua" da norma jurídica está mantida, na medida que antecipa as respostas, que se codificam. Em nossa visão, a *captação normativa do momento* não quer significar, necessariamente, sua infinda repetição.
24. Discípulos da posição ecológica de Carlos Cossio, Ajtalión, Ollano e Vilanova não desprezam a conclusão de Hans Kelsen no tocante à necessidade da *norma jurídica*, para que se possa compreender o sentido jurídico dos atos humanos, "eis que são as estruturas racionais — esquemas de interpretação, na linguagem de Kelsen —, dentro das quais deve buscar-se o sentido das condutas a que se referem". (*Introducción al Derecho*, pág. 119.)
25. Mas, a partir de então, sugerem uma *dúplice* visão da norma jurídica: *como juízo, e como conceito*. Talvez reflexo da *orientação disjuntiva* que, meritoriamente, enfatiza a presença do que é *lícito*, também na órbita das preocupações do jurídico.
26. Tornemos à específica visualização das normas.
27. *Conceptualizam-se*, no instante em que mentam ou representam condutas de homens, que convivem e se interferem. E esta passagem do objeto significado — mentado — à significação possibilita-se por uma *análise gnoseológica*, em que o pensamento é considerado como *conhecimento* de algo — a conduta —, e, por isso, apoiado neste seu próprio objeto.

28. Mas esta passagem, a ultimação do momento conceptual em que o juízo, como conhecimento, atinge o conceito em uma só nova significação, que pensa um novo e diferente objeto, só é possível pela anterior ordenação de juízos, no plano lógico da estruturação do pensamento.

29. Assim, a Lógica Jurídica ocupar-se-á do estudo dos elementos indispensáveis ao pensar juridicamente, e que não deixam de ser conceitos, também — sujeitos, prestação, ilícito, sanção —, reservando-se à Ciência do Direito a análise real, à luz destes instrumentos, “do comportamento de homens que convivem em interferência intersubjetiva” (Del Vecchio). (Obra citada, pág. 125.)

30. Este esforço de disjunção intra-sistemática da norma jurídica, procurando descentrá-la, desmistificá-la ante as posições do racionalismo-formalista, não logra seu intento, a nosso parecer.

31. Note-se, se bem entendemos o raciocínio dos ilustres professores argentinos, que a ênfase dada à *conduta*, realização plena da liberdade humana, “único objeto que não tem um ser já feito”, é como se fosse o retumbante e sonoro acorde final de uma peça musical que se desenvolve, toda ela, numa concatenação rígida, *ordenada, definida*, da qual não se pode escapulir.

32. Realmente, concluir-se que o Direito é conduta é o mesmo que sustentar que o Direito é a *norma conceptualizada*, é fazê-lo, como se viu, dentro dos mesmos esquemas da lógica formal.

33. De maneira que, dentro do enfoque pertinente à norma jurídica, a tentativa ecológica embaralha-se, e torna a enfatizá-la, ainda que não o pretendesse, como o *casulo* fora do qual não esvoaça a sufocada liberdade.

34. Coerente com nosso pensamento a respeito do tema abordado é a asserção do Professor Miguel Reale, considerando a norma jurídica como “a *solução temporária* de uma tensão dialética entre fatos e valores, solução essa estatuída e objetivada pela interferência decisória do Poder, em dado momento da experiência social”. (*Filosofia do Direito*, pág. 478.)

35. E, mais adiante:

“Cada esforço humano de realização de valores é sempre uma tentativa, nunca uma conclusão; nasce, dos dois elementos, *um processo*, que denominamos *processo dialético de implicação e polaridade*, peculiar tão-somente à região ôntica, que denominamos cultura... Tensão permanente entre valor e fato que, no plano do Direito, é representada pela norma jurídica como *fator integrante* de ambos. Porque os valores não se exaurem, a norma jurídica nunca esgota o processo histórico do Direito, mas assinala os seus momentos culminantes.” (Obra citada, pág. 486.)

36. Descontada a extrema ênfase dada “à interferência decisória do Poder”, a concepção do ilustre jusfilósofo Miguel Reale sensibiliza-nos.

37. Como proferimos linhas atrás, a norma jurídica é a *captação do momento de valoração possível*, porque conciliada a princípios engrandecedores do homem, que não o esgota, como uma teia de aranha ao envolver o que apreende, posto que o momento valorado insere-se no movimento dialético, que é a vida em liberdade, “único objeto que não tem um ser já feito”, mas “es que hacer”.