

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

NORMA MATERIAL E NORMA PROCESSUAL: O PROBLEMA DA DISTINÇÃO

Maria da Glória Lins da Silva Colucci

Curso de Mestrado em Direito

Direito Público

Dissertação apresentada no Curso
de Pós-Graduação em Direito, do
Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná.

CURITIBA

1990

NORMA MATERIAL E NORMA PROCESSUAL: O PROBLEMA DA DISTINÇÃO

por

Maria da Glória Lins da Silva Colucci

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, no Curso de Pós-Graduação em Direito, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR: _____

Prof.

Prof.

Prof.

Curitiba,

"Abrirei rios em lugares altos,
e fontes no meio dos vales; tor-
narei o deserto em tanques de
águas, e a terra seca em manan-
ciais" - Isaías 41:18
(Bíblia Sagrada)

AGRADECIMENTOS

Aos professores orientadores
RENÉ ARIEL DOTTI e IVAN GUÉRIOS
CURI, meus sinceros agradecimen-
tos pelas valiosas sugestões na
elaboração desta dissertação.

SENHOR, muitos foram os que me
auxiliaram, todavia, somente o
teu poder e tua misericórdia me
permitiram vencer a enfermidade
e as dificuldades materiais e in-
telecutais para que concluisse
este trabalho. OBRIGADA !

RESUMO

NORMA MATERIAL E NORMA PROCESSUAL: O PROBLEMA DA DISTINÇÃO

O presente trabalho objetivou analisar o problema da distinção entre norma material e processual. Encontrar uma classificação logicamente demonstrável e didaticamente acessível aos que se iniciam no estudo do Direito Processual, já que um dos primeiros obstáculos a serem enfrentados no ensino da Teoria Geral do Processo é a localização epistemológica da norma processual no quadro das normas jurídicas. Para tanto, iniciou-se o detalhamento do problema a partir da visão geral de sistema, visto que a norma jurídica é uma célula que participa de um corpo normativo. Foram analisados os aspectos referentes à evolução histórica da idéia de sistema, conceito, objeto, princípios, classificações, bem como a noção em HART, KELSEN, BOBBIO e LUHMANN. Feita a opção metodológica pela noção de sistema como instrumento para leitura e identificação do mundo jurídico. Uma vez identificada a opção metodológica abordou-se o problema da distinção, enfocando sua natureza, localização, diversidade de nomenclatura e de critérios distintivos. Situado o problema, prosseguiu-se com o exame da Teoria Geral do Processo, na qualidade de elo epistemológico entre as normas jurídicas materiais e formais, uma vez que como saber voltado para o estudo do processo estrutura logicamente sua instrumentalidade (donde o estudo de seus limites, possibilidades e evolução), chegando-se ao núcleo do trabalho: a dicotomia tradicional das normas jurídicas em materiais e formais. No estudo da questão considerou-se, inicialmente, a norma jurídica, sob o aspecto formal, para tanto sendo escolhidas duas vertentes do pensamento jurídico, BOBBIO e Tércio Sampaio FERRAZ Jr., passando-se, em seguida, ao ângulo material (onde se localiza o problema da distinção). Observa-se, assim, que a norma jurídica em sua natureza pode ser analisada formalmente (independente de seu conteúdo) e materialmente (a partir de seu conteúdo), logo nossa exposição valeu-se do primeiro enfoque a título de sistematização, todavia, o segundo é que responde à pergunta Como distinguir uma norma material de uma processual? A partir de seu conteúdo, da matéria que disciplinam, as normas jurídicas podem ser classificadas em materiais (que fornecem o núcleo da conduta obrigatória, proibida ou facultada, ou, seja, respondem à pergunta O Que é para o sistema obrigatório, proibido ou permitido?); ao passo que as formais indicam os meios (procedimentos) conducentes à concretização da conduta obrigatória, proibida, facultada, ou, seja, respondem à pergunta: Como obrigar, proibir ou facultar? Por sua vez, as materiais desdobram-se em comportamentais e orgânicas e as formais em de elaboração (técnica legislativa) e de aplicação (técnica de aplicação), o que conduz à conclusão que não se reduzem às processuais, embora estas representem a sua essência. Quanto às processuais, realizam sua

missão de natureza técnica, porém carregadas de forte conteúdo ético, distinguindo-se por sua vez, em procedimentais (que visam direta e imediatamente a aplicação da norma material) e processuais em sentido amplo (disciplinando papéis face ao processo). Estabelecida a distinção, como inicialmente proposto, atingiu-se o objetivo da monografia, passando-se à conclusão, quando foram levantados os principais aspectos da pesquisa, em dezessete tópicos, demonstrando-se que o Direito ontologicamente é uno, porém logicamente divisível em Direito Material e Direito Formal, deste último participando o Direito Processual. Procurou-se visualizar as classificações feitas mediante um quadro sinótico.

SUMÁRIO

Introdução/01
Evolução Histórica e Outros Aspectos do Sistema Jurídico/05
A Noção de Sistema em Hart, Kelsen, Bobbio e Luhmann/37
O Problema da Distinção/115
A Teoria Geral do Processo: decorrência da distinção/133
Classificação Dicotômica das Normas Jurídicas/171
Conclusão/247
Quadro Sinótico da Distinção Proposta/257
Bibliografia/257
Índice/260

INTRODUÇÃO

O objetivo do estudo desenvolvido nesta monografia é apontar sistematicamente distinções doutrinárias entre norma material e norma processual.

Optou-se pelo método dedutivo na apresentação do assunto, porque a experiência no magistério nos tem demonstrado que se torna mais fácil à compreensão dos temas jurídicos a explanação que se desenvolve a partir de uma visão geral, seguida de um detalhamento, que conduz à conclusão. Por este motivo, partir-se-á da idéia de sistema, sua evolução histórico-conceitual, objeto, relações, princípios, classificação, até chegar-se aos subsistemas que comportam a tradicional dicotomia Direito Material e Direito Formal.

A idéia de sistema, como artifício lógico ou didático, tem uma função facilitadora das atividades de pesquisa, ensino e aprendizagem, havendo, todavia, durante a análise dos assuntos, uma preocupação constante para que não se torne "prisão", em lugar de instrumento de trabalho. Foram escolhidas, por representarem no pensamento jurídico contemporâneo marcos definitivos, as concepções sistêmicas de HART, KELSEN e BOBBIO, de natureza dogmática, no que diferem da abordagem sociológica de Niklas LUHMANN. Serão abordados, todavia, apenas os elementos essenciais à temática do trabalho, apesar da riqueza que as obras consultadas oferecem ao pesquisador do Direito.

Analisadas as variações em torno da idéia de sistema, deverá ser escolhida uma diretriz conceitual para a monografia no que toca ao termo; de sorte que, para fins operacionais, sistema é um instrumento utilizado pelo jurista para leitura e identificação do mundo jurídico. Valendo-se de uma metáfora, poder-se-á dizer que sistema é uma espécie de "lupa", que permite ao estudioso do Direito examiná-lo em sua diversidade normativa, de modo a identificar se há entre as "células" que compõem o universo jurídico unidade e coerência. Esta será a tarefa que a primeira parte da monografia deverá enfrentar, sob o título de Dimensão Sistemática das Normas Jurídicas.

Dentro desta unidade e coerência que as normas jurídicas buscam alcançar para que possam se apresentar como um "sistema", avulta de importância o problema da distinção entre normas materiais e processuais. O problema da distinção começa a apresentar dificuldade logo no início do seu estudo, quando se procura situá-lo epistemologicamente, de sorte que se pode indagar, por exemplo, se está afeto à Teoria Geral do Direito, à Teoria Geral do Processo ou às epistemologias regionais das diversas disciplinas jurídicas. Há, ainda, a confundir o pesquisador, a variedade de nomenclaturas e a diversidade de critérios adotados pelos doutrinadores para traçarem as características dos dois tipos de normas. Como sair deste emaranhado? Eis a questão ...

Outras perguntas irão surgindo, tais como: que papel cabe à Teoria Geral do Processo neste contexto? Quais seus limites e possibilidades? Como evoluiu e em que estágio se encontra? É, realmente, viável um conceito de Teoria Geral do Processo?

Uma vez identificadas as naturezas dos dois tipos de normas jurídicas, inseridos em uma ordem maior, voltar-se-á o tra-

balho para um enfoque mais específico da norma processual, sua natureza, características e espécies. Deste exame ocupar-se-á a Segunda Parte, sob o título de Duas ordens de normas em uma ordem maior.

Concluir-se-á com uma visão sistematizadora de todo o estudo feito, a partir da pergunta que gerou todo o trabalho dissertativo: Como distinguir uma norma material de uma norma processual?

PARTE I - DIMENSÃO SISTEMÁTICA DAS NORMAS JURÍDICAS

CAPÍTULO I

EVOLUÇÃO HISTÓRICA E OUTROS ASPECTOS DO SISTEMA JURÍDICO

1.1 INTRODUÇÃO

A idéia de sistema enseja uma multiplicidade de aspectos, exigindo um primeiro exame de alguns dos seus significados.

A palavra é grega (*systema*), provindo de *syn-istemi* que significa composto, construído. Em sua acepção mais ampla implicava na idéia de "totalidade construída", composta de várias partes. Teria evoluído para uma noção de ordem, organização. Com os estóicos, sistema passou a indicar "ordem universal", totalidade estruturada segundo princípios comuns a todos os seres e coisas (Cosmos), querendo significar a natureza como um sistema unitário. De sorte que se vislumbram entre os gregos as origens do uso atual do termo "sistema".¹

Os romanos não se valeram do vocábulo com este sentido. No século XVII, aparece a obra de Bartholomäus KECKERMANN - *Systema Logicae Tribus Libris Adornatum* - em que aparece o termo relacionado às artes liberais. É muito mais método que visa a perfeição ou mesmo síntese de proposições verdadeiras (*summa*) do que propriamente composto ou construído. Foi, no entanto, no mesmo século, em sua segunda metade, que o termo passou a ter a configuração embrionária que hoje se tornou corrente.²

O uso do termo, mesmo nos dias atuais, apesar de assente em seus contornos mais gerais, ainda não é uniforme. Poder-se-á encontrá-lo ligado à noção de codificação, como "método geral que orienta a codificação".³ Como ordenamento ou conjunto de normas (leis, sentenças, contratos, etc) que dão sentido ao direi-

to de um país e que não se encontram soltas ou ilhadas, mas entrelaçadas por relações de fundamentação ou derivação, constituindo-se em uma estrutura específica.⁴

É utilizado também o termo para titular livros, traduzindo a idéia de "curso" ou seqüência logicamente ordenada de lições, estudos ou exegese da lei, com cunho científico.

O dicionário o define como "conjunto de elementos, materiais ou ideais, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação".⁵

Como suas derivações surgem, por exemplo, os termos sistemática e sistematicidade, cuja distinção é feita por Nelson SALDANHA: "Do mesmo modo, caberia distinguir entre o sistema, enquanto "modelo" ideal, da sistematicidade como tendência para o sistema ou qualidade deste, e da sistemática, como ostensiva representação dos resultados do sistematizar".⁶

Cumpra indagar o seguinte: sistema e ordenamento jurídico são a mesma coisa?

Os conceitos por vezes coincidentes e o trato dado à matéria conduzem à conclusão de que se confundem, todavia, Miguel REALE, salienta que,

"... cumpre desde logo desfazer o equívoco da redução do ordenamento jurídico a um sistema de leis, e até mesmo a um sistema de normas de direito entendidas como simples 'proposições lógicas' e acrescenta: ... o ordenamento é o sistema de normas jurídicas in acto, compreendendo as fontes de direito e todos os seus conteúdos e projeções; é, pois, o sistema das normas em sua concreta realização, abrangendo tanto as regras explícitas como as elaboradas para suprir as lacunas do sistema, bem como as que cobrem os claros deixados ao poder discricionário dos indivíduos (normas negociais)".⁷

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE SISTEMA

A partir do momento em que a idéia de sistema passou a impregnar os juristas - por volta do século XVII - o trato do

problema centrou-se basicamente nos seguintes questionamentos: há um sistema jurídico? Como se configura?

Inicialmente, os jusnaturalistas se preocuparam em fixar o conceito de sistema em algo transcendente, mediante uma crescente racionalização do conceito de sistema que, gradativamente, se afastou da realidade à qual se referia. Opostamente, empiristas procuraram reduzi-lo à faticidade histórica, resultando tal postura num reducionismo legalista, em que o sistema jurídico é representado pelo direito positivo. Posições conciliadoras surgiram, procurando um encontro entre razão e experiência, em que o sistema seria justamente o elo a juntá-los logicamente.

No século XVII, o filósofo MALEBRANCHE modificou o enfoque conceitual de sistema até então adotado, meramente objetivo, como conjunto ordenado de idéias ou verdades, acrescentando-lhe o aspecto subjetivo, em que se destaca a presença de uma "intuição genial" do espírito criador do sistema, que é capaz de formá-lo e interpretá-lo.⁸

No século XVIII, com Christian WOLFF, a idéia de sistema já envolve a de "nexo de verdade", que dá ao sistema uma dimensão orgânica, firmando-se definitivamente o uso moderno do termo.⁹

Configuram-se, então, dois modelos de sistema: o mecânico, descrito por Johann Heinrich LAMBERT, em 1787 e o orgânico, construído por KANT.¹⁰ Em suas linhas gerais os referidos modelos assim se apresentam: o primeiro é um todo fechado, onde as regras se comunicam segundo uma lógica dedutiva; o princípio básico deste modelo é o da identidade entre o todo e a soma das partes; se o todo é a soma das partes, poderá ser decomposto e recomposto como se faz com um relógio; da mesma forma que as di-

versas peças do relógio se encaixam, as regras do sistema se entrosam; nada se perde quando se compõe, decompõe ou recompõe o todo. O modelo orgânico parte do pressuposto da natureza arquetônica da razão humana; o sistema é relação entre o todo e as partes, que se comunicam segundo uma unidade de fim; não se trata de soma, visto que o sistema pressupõe uma força única, central, interna, que não permite que as partes sejam decompostas ou recompostas; se forem suas partes desmontadas ou remontadas, como no modelo mecânico, algo se perderia fatalmente.

A idéia de sistema impregna todo o pensamento jurídico dos séculos XVII e XVIII, visto que para os jusnaturalistas o próprio direito natural teria uma inegável dimensão sistemática, porque estruturado a partir de princípios universalmente válidos, captados pela razão humana. De sorte que, quer a tendência fosse no sentido de um direito natural formal, preocupado com a questão da validade do ordenamento jurídico face às exigências do direito natural, quer de um direito natural material, voltado para o conteúdo da norma e os chamados direitos naturais, sempre estiveram os jusnaturalistas vinculados à visão sistemática do direito, como realidade racional, dedutível e única.

Finalmente, com HOBBS e PUFENDORF, por influência dos modelos de sistema então vigentes, a ciência do direito recebe o "caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, cuja estrutura dominou e domina até hoje os códigos e os compêndios jurídicos".¹¹

O jusnaturalismo baseava toda a sua força na crença ilimitada na razão humana, não estando preso a nenhuma fonte positiva do direito. Com o historicismo, a principal crítica que se desenvolve é justamente contra o racionalismo ahistórico dos jus-

naturalistas. Os grandes representantes da Escola Histórica, como HUGO, SAVIGNY e PUCHTA, desenvolveram uma visão histórica da ciência do direito.

Para WIEACKER, já no século XIX, ocorre uma inovação na sistemática jurídica, posto que a idéia de sistema perde ... "em parte ou pelo menos na aparência, o caráter absoluto da racionalidade lógico-dedutiva que envolvia, com sentido de totalidade perfeita, o jurídico, ganhando ao contrário, uma qualidade contingente, tornada pressuposto fundamental da sua estrutura".¹²

Os traços característicos do pensamento historicista que contribuíram para uma nova idéia de sistema são, dentre outros, os seguintes: a) conexão orgânica entre o caráter de um povo e o direito, revelada na "consciência popular", que difere da consciência dos indivíduos, visto que são "... incapazes de gerar qualquer norma jurídica, pois que, como indivíduos que são, não têm em si todos os caracteres da consciência popular. Ficam, desarte, postos como passivos portadores do direito construído mercê daquela alma do povo, ontologicamente autônoma e formalmente orgânica";¹³ b) a espontaneidade do direito, concebido como produto dos costumes e crenças populares, o que implica em uma ciência do direito positivista; limitando-se as eventuais modificações das leis, segundo SAVIGNY, apenas a duas circunstâncias: quando altos fins políticos o exijam, como por exemplo, em Roma, as leis *Julia* e *Papia Popea*, ou mesmo quando necessária a fixação de questões duvidosas;¹⁴ c) as codificações representam uma fossilização do direito e o formalismo jurídico aceitável é aquele que se dedica à interpretação consuetudinária, uma vez que os textos permitem o desenvolvimento de " ... anacronismos, pois

que as palavras impressas não podem acompanhar a marcha histórica da consciência popular. Fica estagnada a diretriz de conduta, quando o espírito do povo, determinante única do direito, já avançou para novos estados de existência, com sua materialidade transmutada";¹⁵ d) o Direito Romano como protótipo de todos os direitos; o que implicou em um florescimento dos estudos romanísticos e uma supervalorização do direito romano, a ponto de já ter alguém afirmado que " ... sob certo aspecto, o Direito Romano foi para a Escola Histórica um sucedâneo do Direito Natural, que ela tanto combateu",¹⁶ contradizendo, desta forma " a máxima basilar da Escola, segundo a qual cada povo tinha o direito correspondente à sua alma ou espírito";¹⁷ e) o repúdio ao Direito Natural e a toda forma de metafísica, por representarem uma racionalização do direito, não compatível com sua natureza histórica, espontânea. Todavia, comenta Benjamim de OLIVEIRA FILHO: "Pretende-se enraizar o direito, estabelecendo-lhe as bases naturais, entendendo-se por 'natural' o processo histórico de que é fruto. Os racionalistas derivavam o direito das profundezas da razão individual; agora deduz-se o direito das próprias entranhas da nação";¹⁸ f) positivismo, revelado na "adoração do fato consumado" e na dogmatização da fase inferior da evolução jurídica afastando o questionamento das fontes, indispensável ao progresso da ciência jurídica, olvidando, desta forma, o papel desempenhado pela técnica legislativa na criação do Direito;¹⁹ g) monismo metodológico, que apresenta, segundo Antonio Hernandez GIL, as notas de empirismo, causalidade e determinismo, irracionalismo e relativismo. O empirismo revela-se no trato do direito como objeto real, captado na experiência; causalidade e determinismo, porque como fenômeno histórico não se produz li-

vrememente e decorre de uma necessidade; irracionalismo e relativismo porque como corpo vivo sofre mutações que não se sujeitam a princípios ou regras pré-estabelecidas.²⁰

À Escola da Exegese na França, Escola Analítica de Jurisprudência na Inglaterra e aos Pandectistas, na Alemanha, deve-se o desenvolvimento de uma visão da Ciência do Direito como um sistema ou estrutura de conceitos, resumindo-se o papel do jurista ao aperfeiçoamento e interpretação das formas positivas do Direito. Diante dessa concepção, ao verdadeiro jurista compete encontrar no direito positivo as respostas necessárias ao caso concreto, o que conduziu à construção de uma Dogmática Jurídica conceitual ou de uma Jurisprudência conceitual, como objeto primordial do estudioso do Direito.²¹

Na Inglaterra, embora se valorize o precedente jurisprudencial como fonte normativa, seu fundador, John AUSTIN, deixou bem claro em seus ensinamentos que o Direito deve ser entendido:

"... segundo esquemas lógico-formais, como sistema de vínculos normativos, aceito o princípio de que o costume não possui qualificação jurídica até e enquanto não é consagrado pelo órgão judiciário do Estado. Por outro lado, também o Direito jurisprudencial só o é enquanto emanção da soberania, de maneira que a fonte primordial da juricidade é a vontade do Estado".²²

Entre os pandectistas, cuja orientação também foi normativa, tomado como modelo o sistema do Direito Romano, se nota a influência da Escola Histórica, todavia, já em fase de assimilação em que o historicismo foi cedendo às exigências de sistematização e dogmatização do Direito.

Nesse contexto, PUCHTA (1798-1846), discípulo de SAVIGNY, de quem recebeu as idéias principais do historicismo jurídico, expressas em suas Pandectas (1838); Direito Costumeiro (1828 -

1837); Instituições (1841-1847); Lições de Direito Romano Atual (1848), desempenha significativo papel para a construção da idéia de sistema jurídico como uma pirâmide de conceitos. Aparece sua obra como momento de transição da Escola Histórica, em que o apego ao Direito Romano foi aos poucos conduzindo seus adeptos a um dogmatismo normativista, entendida a lei como algo racional e abstrato, mas como consagração dos costumes.²³

Para Karl LARENZ, em sua conhecida obra "*Storia del Metodo nella Scienza Giuridica*", foi PUCHTA que com absoluta clareza introduziu a ciência jurídica de seu tempo pelos caminhos do sistema lógico, no sentido de uma pirâmide conceitual e compeliu-a em direção à jurisprudência formal dos conceitos. Nisto reside, segundo LARENZ, a importância de PUCHTA para a metodologia jurídica.²⁴ Dominava em seu pensamento a lógica. A totalidade por ele concebida é histórico-sistemática, entendida como lógica formal, não como uma lógica concreto-conceitual, orientada para uma natureza de fato, como a de HEGEL, e nem o pensamento organológico de SCHELLING e dos românticos, como SAVIGNY havia postulado, mas não praticado.²⁵

É bem verdade, acrescenta o mesmo autor, que PUCHTA seguiu SAVIGNY na doutrina sob a gênese do direito e como ele se serviu da linguagem utilizada pelo pensamento organológico de SCHELLING e dos românticos, mas de fato professou o método do pensamento formal conceitual, porque para ele há um sistema de relações jurídicas, que se combinam e de cujos conceitos deve ser oriundo o sistema jurídico. A conexão orgânica a que alude vem transformada em conexão lógica dos conceitos. O que PUCHTA denomina de "genealogia dos conceitos" não é outra senão a pirâmide conceitual do sistema formado segundo o rigor da lógica

formal, ressaltando que para atingir o conhecimento sistemático é preciso seguir o sentido ascendente e descendente dos conceitos, estabelecendo uma espécie de 'escala de conceitos'.²⁶

A "genealogia dos conceitos" significa, portanto, que o conceito mais elevado, do qual todos os demais são deduzidos, determina o conteúdo dos demais. Mas de onde vem o conteúdo deste primeiro conceito?

O "*a priori*" filosófico do sistema de PUCHTA é o conceito kantiano de liberdade, de onde extrai o conceito de sujeito de direito como pessoa, no sentido ético, e de direito subjetivo como poder jurídico de uma pessoa sobre um objeto. Desta forma, a construção do sistema se rege e tem como pressuposto um conceito fundamental de conteúdo determinado não pelo direito positivo, mas oferecido à ciência do direito pela filosofia, qual seja "direito", não renunciando, com isto, à base ético-jurídica em seu sistema.²⁷

Por fim dever-se-á salientar que a filosofia idealista somente influenciou o pensamento de PUCHTA quanto à determinação do conteúdo do conceito fundamental, mas o procedimento lógico-dedutivo por ele adotado deriva, como se sabe, do racionalismo do século XVIII e especialmente do pensamento de Christian WOLFF.²⁸

O positivismo jurídico e o legal apresentam, quanto à noção de sistema, pontos comuns: a) sistema como totalidade acabada: significa que é fechado, o que importa na ausência de lacunas. O direito constitui uma totalidade que se manifesta por meio de conceitos e proposições jurídicas, que guardam entre si conexão perfeita. De sorte que as lacunas são apenas aparentes, devidamente corrigidas pelo intérprete, não pela criação

de uma nova disposição legal, mas pela sua redução à lei superior na hierarquia lógica; b) hierarquia das normas: as leis de amplitude genérica maior contêm logicamente as outras, na totalidade do sistema, de forma que as normas mantêm entre si nexos de derivação e fundamentação; c) unidade imanente, perfeita e acabada: o sistema jurídico é, necessariamente, manifestação de uma unidade que lhe é própria, e que a análise filosófica ou sistemática explicitam.²⁹

Com a jurisprudência dos interesses (IHERING) o sistema não perde o seu caráter de totalidade fechada e perfeita, mas sua qualidade lógico-abstrata é relegada a segundo plano, em nome de uma conexão de interesses que lhe dá vitalidade. As lacunas são consideradas inexistentes apenas por definição. O procedimento construtivo e o dogma da subsunção (a lei é a premissa maior, o caso concreto a premissa menor e a sentença a inevitável conclusão) ganham corpo e marcam a ciência do direito do século XIX, permanecendo até nossos dias.³⁰

Durante muito tempo as idéias fundamentais de sistema permaneceram basicamente duas: a de sistema lógico-dedutivo e a de sistema como expressão da historicidade de cada povo; porém em ambas as noções a tônica da unidade se fez presente, no primeiro caso pela racionalidade universal de seus princípios, no segundo pela presença do "espírito do povo" (*Volksgeist*).

No século XX, todavia, gradativamente, estas duas noções começaram a ceder espaço à dimensão pluralista, aberta e valorativa, surgindo propostas no sentido de "sistema de valores", de que são exemplos STAMMLER e RADBRUCH.

Com a chamada "concreção axiológica do Direito", coloca-se no centro da imputação, ao subsumir-se o fato à norma, a

preocupação constante com a realização prática de valores, pretendendo atrair para o ato decisório (entendido em seu sentido amplo, qual seja de escolha da norma aplicável ao caso), não apenas elementos de ordem lógica, como histórica, axiológica, econômica, etc. Demonstrando-se que o sistema sem um sentido real, referente à realidade à qual se aplica, é vazio, de sorte que os estudos voltados para a ideologia subjacente nos textos legais tomaram acentuado vulto, dando-se grande ênfase às várias fases de existência da lei, desde os trabalhos legislativos, até a sua aplicação ao caso concreto, visto que os aspectos políticos, ideológicos, históricos, etc., determinantes da chamada "vontade do legislador" são decisivos para a interpretação do sistema.

Os chamados momentos de decisão passaram a ser vistos não apenas como o da sentença, propriamente dita, mas todos os momentos em que há uma escolha da norma aplicável ao caso, o que acontece quando o advogado peticiona, o juiz despacha, etc, porque a decisão implica em "eleição de um caminho legal" com vistas ao caso concreto. Assim, podemos identificar momentos de decisão na fase legislativa, na interpretação, e, finalmente, na aplicação. O negócio jurídico, resultante de uma suposta autonomia de vontade, também revela uma opção dos contratantes por uma via legal, visando atingir seus fins e tendo-os sob o respaldo da lei, para que produzam os efeitos desejados. Ao apreciar os eventuais litígios resultantes dos negócios jurídicos, terá o juiz ao lado da vontade da lei, a vontade das partes, surgindo a sentença como síntese dessas duas vontades, no que se conciliarem. Poderá, todavia, a sentença resultar de uma terceira opção, diversa do que a lei dispõe ou mesmo do que as partes

elegeram, desde que se imponha o princípio entre nós previsto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Tal ótica somente se desenvolveu a partir de uma concepção aberta do sistema jurídico, em que as "regras do Direito são instrumentos práticos, elaborados e construídos pelos homens, para que, mediante seu emprego, produzam na realidade social certos efeitos, precisamente o cumprimento de propósitos concebidos como justos e adequados".³¹

Miguel REALE, nos ensaios reunidos na obra *O Direito Como Experiência*, analisa os momentos de concreção sob diversos ângulos, a partir de um criterioso exame da doutrina jurídica e conclui pela necessidade de uma "compreensão integral do direito". Propõe uma análise fenomenológica e histórico-axiológica do direito, o que nos conduz a três dimensões jurídicas, essenciais a toda experiência jurídica e que denomina de fato, valor e norma.³² Identifica no Direito "uma realidade histórico-cultural tridimensional de natureza bilateral-atributiva", representando a disciplina das relações intersubjetivas um sistema de regras que representam "sínteses históricas de fatos e de valores",³³ o que nos autoriza a concluir que sistema, a seu ver, envolve as três dimensões citadas, sendo, portanto, do tipo aberto e pluralista.

Não recusa, todavia, a possibilidade de um estudo lógico-formal da norma jurídica, porém ressalta que não será integralmente compreendida se reduzida apenas a este plano, "pois ela envolve, necessária e concomitantemente, uma referência tensional aos dados de fato e às exigências axiológicas que lhe deram

vida, assim como às intercorrentes ou sucessivas implicações fá-
tico-axiológicas capazes de alterar-lhe o significado. Essa a
razão pela qual o normativismo jurídico, compatível com a con-
cepção tridimensional do direito, só pode ser um normativismo
concreto, e não um normativismo abstrato e formal".³⁴

Propõe uma dialética de complementariedade, que leva em
conta a pluralidade das perspectivas, de modo que problema e sis-
tema reciprocamente se exigem, "pois o segundo só existe em fun-
ção do primeiro, e este só adquire significado na medida e en-
quanto se compõe funcionalmente em um complexo sistemático".³⁵
A dialética de complementariedade permite correlacionar elemen-
tos heterogêneos, buscar-lhes as implicações e finalmente encon-
trar-lhes os pontos comuns.

As três dimensões do direito, acrescenta, não são reco-
nhecidas apenas por ele, mas pelas mais diversas correntes dou-
trinárias, como Emil LASK, Gustav RADBRUCH, Wilhelm SAUER, Ros-
coe POUND, Julius STONE, Paul ROUBIER, Jerome HALL, Recaséns
SICHES, Luigi BAGOLINI, Carlos COSSIO, Cabral de MONCADA, Eduar-
do MAYNEZ e LEGAZ Y LACAMBRA, mas também por aqueles que, como
KELSEN, embora considerando metajurídicos os estudos sobre o di-
reito como fato social ou como justiça, nem por isso ignoram a
possibilidade de "três ordens fundamentais e distintas de pes-
quisas".³⁶

SICHES, optando por uma "lógica da ação humana" ou do "ra-
zoável", cuja tônica é a prudência, não acolhe um sistema lógi-
co puro, nem muito menos a concepção de totalidade do direito
ou mesmo perfeição do sistema, porque "... direito perfeito, no
sentido de concluído ou terminado, o é tão somente o das normas
individualizadas na sentença judicial e na resolução administra-

tiva",³⁷ porque, sobretudo, "as regras legisladas, nem sequer quando aparecem com o máximo grau de qualidade e de previsão possíveis, nunca expressam a autêntica totalidade do Direito com relação às condutas que regulam".³⁸

Para Emil LASK, cuja idéia de sistema foi magistralmente enfocada por Tércio Sampaio FERRAZ, na obra *O Conceito de Sistema no Direito*, o fenômeno jurídico e sua estrutura se apresentam em camadas, e o sistema jurídico tem, em suas linhas gerais, as seguintes características: a) sistema jurídico não se confunde com o sistema normativo ou das normas, posto que as normas são um encadeamento de "significações normativas", apresentando múltiplas camadas dimensionais que compõem o fenômeno jurídico; b) o fenômeno jurídico apresenta uma complexidade peculiar, cuja heterogeneidade impede uma visão do sistema final, abarcante; c) há esferas significativas, eventualmente paralelas, mas assimétricas, donde a possibilidade de se falar em sistema da Ciência do Direito, sistema da Teoria Social do Direito, sistema da História do Direito, sistema da Antropologia do Direito; d) não há uma "forma" capaz de atravessar todos os sistemas constitutivamente e instaurar o sistema jurídico como um todo acabado; e) o próprio sistema filosófico não apresenta esta possibilidade.³⁹

1.2.1 Conclusão

A racionalidade e o formalismo das propostas sistêmicas foram a tônica do jusnaturalismo, o que conduziu a uma visão lógico-dedutiva do sistema jurídico. Cria-se que através da razão todas as respostas poderiam ser encontradas, construindo-se uma estrutura fechada, imune às influências do tempo e do espaço geo-

gráfico a que se referia o sistema. A universalidade da lógica formal e a dedução dos princípios jurídicos a partir do próprio sistema, muito contribuíram para a estagnação da ciência do direito.

Com o historicismo a noção de sistema tomou outra direção: deixou o exagerado apego à razão e buscou na realidade histórica um princípio unificador do próprio sistema, que estaria na entidade mitológica denominada "espírito do povo". O historicismo contribuiu em muito para uma dimensão aberta de sistema, posto que deveria haver uma dinâmica compatível com a contingência que lhe era reconhecida. Já se vislumbrava que longe de ser o sistema jurídico apenas dedutível por intermédio da razão, precisaria ser interpretado a partir de uma visão histórico-evolutiva.

Com o positivismo, engendrado nos estertores do historicismo, a noção de sistema recuperou em muito o racionalismo dos primeiros tempos, uma vez que a pirâmide de conceitos de PUCHTA ou mesmo a norma fundamental de KELSEN, primaram por um logicismo formal, esvaziando o sistema de sua contingência e historicidade. O sistema se reduz a um conjunto ordenado de conceitos ou de normas, escalonadas segundo princípios de hierarquia e derivação, cuja preocupação primeira e última é com a validade formal das normas, por referência a uma fundamental.

Com as tendências culturalistas, cujos desdobramentos são inúmeros, houve uma abertura do sistema para os valores, o que projetou inevitavelmente a noção fechada, formal e aprioristicamente pensada para um campo oposto. A preocupação com o sistema é sobretudo em abri-lo às necessidades do tempo e espaço a que se refira, em se dar grande valor aos momentos de decisão,

responsáveis pela flexibilidade e abertura do sistema, possíveis porque não apenas no sistema estão as respostas, mas na equidade, no bem comum, nos fins sociais a que a lei se refira, dentre outros.

Hoje as tendências se dividem: os dogmáticos não assimilam a possibilidade de um sistema aberto, em forma de espiral, cujas esferas não se tocam necessariamente. Rejeitam também o pluralismo sistêmico e adotam a unicidade do sistema, conceitual ou de normas, sob a forma piramidal, segundo princípios de derivação e hierarquia.

Opostamente as propostas pluralistas pregam que a sobrevivência do sistema jurídico depende justamente da aceitação de sua flexibilidade e abertura, porque, como assevera SICHES, "... os problemas humanos não podem encontrar solução dentro de um cárcere de um sistema dogmático"⁴⁰ e acrescenta: "O bom jurista trata acima de tudo de apreender o problema jurídico como uma questão aberta. Assim, partindo desta atitude básica, se esforça em imaginar as diversas soluções possíveis, e os pontos de apoio para cada uma delas. Compara, confronta e a solução ou conclusão constitui o resultado desta ponderação, ou seja, a melhor decisão".⁴¹

As propostas mais radicais são no sentido da eliminação da idéia de sistema, e substituição pela de "problema", em que "os princípios gerais de direito não passariam de *topoi*, de meros critérios diretivos de conduta, de valor prático, mas não de valor lógico, no sentido rigoroso deste termo",⁴² esta é a proposta de Theodor VIEHWEG. Na realidade, há um problema central do Direito, dizem, a Justiça, do qual derivam todos os demais. Theodor VIEHWEG, segundo Miguel REALE, desenvolveu sua proposta

de substituição da dogmática pela problemática, a partir de HARTMANN, que por sua vez a estruturou com base em Aristóteles. Ressalta, todavia, Miguel REALE, que HARTMANN não foi tão radical quanto VIEHWEG. Para REALE, sistema e problema não se excluem, podem perfeitamente conviver, porque "longe de se contraporem, necessária e logicamente se implicam, segundo o princípio da complementariedade".⁴³ Apoiando-se em Gaston BACHELARD, destaca REALE que se devem levar em consideração dois pontos fundamentais: "1º - a realidade se desenvolve segundo uma dialética de complementariedade, graças à correlação ou implicação de elementos heterogêneos, opostos, mas não contraditórios; 2º - a de que a experiência faz corpo com a definição do ser; toda definição é uma experiência; toda definição de um conceito é funcional".⁴⁴ Conclui assinalando que na aplicação de uma regra de direito, por exemplo, há uma sucessão de problemas, o que não impede, todavia, a construção de um sistema lógico.⁴⁵

1.3 ASPECTOS GERAIS DO SISTEMA JURÍDICO

Feito este breve acompanhamento da evolução histórica da idéia de sistema, é oportuno abordar alguns aspectos gerais que envolvem o assunto, necessários ao bom desenvolvimento da monografia.

Um primeiro aspecto é o conceito de sistema, que pode ser apreendido dos diversos conceitos que se seguem: Para CHIOVENDA, "o sistema, se entende, não como coisa diversa da lei ... senão que o sistema (é o) modo de entender nossa lei e de suprir as lacunas e os defeitos, que, nas circunstâncias em que foi feita a mesma, não se podiam evitar".⁴⁶ PONTES DE MIRANDA afirma que "os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de propo-

sições. Essas proposições, regras jurídicas, prevêm (ou vêem) que tais situações ocorrem, e incidem sobre elas, como se as marcassem. Em verdade, para quem está no mundo em que elas operam, as regras jurídicas marcam, dizem o que se há de considerar jurídico e, por exclusão, o que se não há de considerar jurídico. Donde ser útil pensar-se em termos de topologia: o que entra e o que não entra no mundo jurídico".⁴⁷ Tércio Sampaio FERRAZ conceitua sistema, citando WATZLAWICK, como "um conjunto de objetos e seus atributos (repertório do sistema), mais as relações entre eles, conforme certas regras (estrutura do sistema). Os objetos são os componentes do sistema, especificados por seus atributos, e as relações dão o sentido de coesão ao sistema".⁴⁸

Observa-se que os dois primeiros conceitos têm uma dimensão do sistema como espécie de instrumento para leitura e identificação do mundo jurídico, ao passo que o último é uma acepção mais conjuntural, em que as relações internas e a unidade logicamente estabelecida impedem contradições e lacunas no sistema, as quais, quando ocorrem, podem ser supridas por intermédio de mecanismos afetos ao próprio sistema.

O objeto do sistema são as normas e a sua coesão se verifica através das relações intrasistemáticas de derivação e fundamentação, que conduzem a uma inevitável hierarquia. São tais relações que permitem a compatibilidade das normas de um sistema que, "salvo a primeira constituição - que é pura criação ou instituição de direito - e a execução de sentença - que é aplicação pura -, todos os graus normativos oferecem duplo aspecto: são atos de aplicação com relação à norma superior e atos de criação de uma nova norma".⁴⁹

A estrutura escalonada ou graduada do ordenamento jurídi-

co para AFTALIÓN, OLANO e VILANOVA, implica na existência de "relações de compatibilidade vertical (isto é, entre as normas de grau superior e normas de grau inferior) e relações de compatibilidade horizontal (isto é, entre normas de igual hierarquia). A incompatibilidade vertical se resolve a favor da norma de grau superior, que funciona como fundamento de validade da inferior (...). A incompatibilidade horizontal - por exemplo, entre duas leis, se resolve usualmente pelos juristas de acordo com o princípio *lex posterior derogat priori*, isto é, aceitando-se a validade da lei posterior no tempo e a derrogação (inclusive tácita) da anterior".⁵⁰

A derivação pode ser material quando há coincidência ou implicação de conteúdos, de sorte que uma norma inferior deflue da superior, como, por exemplo, quando uma norma estipula o dever de indenizar, porque há uma norma mais geral que prevê que todo dano deve ser indenizado. Será derivação dinâmico-formal ou processual quando a norma derivada foi criada por um procedimento estabelecido na norma superior. De sorte que a derivação processual é dinâmica, por delegação; ao passo que a derivação material é estática, por implicação.⁵¹

Sabe-se que uma norma pertence ao sistema jurídico quando se pode identificar sua fundamentação ou derivação em outra norma. Assim, o princípio da derivação dinâmico-formal ou processual é próprio dos sistemas jurídicos, porque em um ordenamento moral não se especifica como elaborar outras normas, ao passo que a derivação material ocorre em outros ordenamentos.⁵²

Examinamos as relações intrasistemáticas, porém o sistema jurídico é subsistema que, a par de seus princípios lógicos, que lhe garantem uma certa universalidade e necessidade, compor-

ta relações extrasistemáticas com sistemas eminentemente contingentes como o político, o econômico, o social, o histórico, etc. O que o distingue do sistema mais geral no qual se encontra inserido, não apenas relacionado - o histórico é, segundo Nelson SALDANHA, a sincronia do sistema jurídico e a diacronia do sistema histórico, apesar de considerar sem maior alcance esta distinção, porque conclui que todas as coisas são históricas, porém tal fato vem a confirmar que não se pode "... pensar o histórico inteiramente despojado do sistemático; e vice-versa".⁵³

De fato não se pode negar à história sua sistematicidade, porque ciência, da mesma forma que não se pode negar ao sistema jurídico sua historicidade, que lhe garante concretude nos momentos de decisão (elaboração, interpretação e aplicação de suas normas). Mas, é justamente a historicidade do sistema que dificulta sua unidade lógica, porque os materiais que lhe servem como repertório são "... frutos da experiência, provêm das mais diversas procedências, no tempo e no espaço, e, além de múltiplos, revelam-se, não raro, cambiantes, confusos e entre si contraditórios".⁵⁴ Assim, as relações intrasistemáticas de derivação e fundamentação não são as únicas responsáveis pela coerência e unidade do sistema, mas há princípios que poderiam ser denominados "informativos", que lhe garantem dita unidade que são: não-contradição, unidade de comando, indução, raciocínio por analogia e abstração.⁵⁵

Graças à não-contradição não podem dois ou mais preceitos disciplinarem diversamente o mesmo problema, pois, havendo incompatibilidade vertical ou horizontal, o próprio sistema se incumbem de eliminá-las. Entre nós tal mecanismo se verifica, em última análise, pelo "controle da constitucionalidade das leis e

atos normativos do Poder Público". "A unidade de comando é a *una voce* que decorre da não-contradição, e que há de marcar com ênfase não apenas o conjunto, mas cada uma das imposições legais, de modo que todas revelem, inclusa em cada uma, a presença de uma só e mesma vontade, precisamente a do sistematizador. Indução é a operação que conduz ao primado do geral sobre o particular, que todo sistema de direito há de patentear, e que consiste em extrair das normas aplicáveis a casos concretos, a norma abstrata, a "norma molde", que recebe o nome de categoria jurídica. Raciocínio por analogia é a possibilidade, ainda propiciada pela não-contradição, de vencer a omissão da lei com o auxílio da própria lei, isto é, de "encher o vazio" graças ao subsídio de regra análoga. Abstração é o recurso que permite dotar a regra de um caráter mais e mais conceitual ... assim, graças aos conceitos, isto é, às noções abstratas que condensam a diversidade do concreto, é que o direito dos dias que correm - de impressionante unidade lógica -, atinge, na expressão feliz de GÉNY, a idealização sintética do real".⁵⁶

Estes princípios coordenadores do sistema é que permitem agrupar as normas, de acordo com um princípio mais abrangente, o da generalidade crescente, e que conduz à existência de categorias, institutos, instituições, figuras. As categorias são os conceitos mais gerais, fundamentais, tais como "competência", "tipicidade", "culpabilidade", etc. "As normas da mesma natureza, em virtude de uma comunhão de fins, articulam-se em modelos que se denominam institutos, como, por exemplo, os institutos do penhor, da hipoteca, da letra de câmbio, da falência, da apropriação indébita. Os institutos representam, por conseguinte, estruturas normativas complexas, mas homogêneas, formadas pela

subordinação de uma pluralidade de normas ou modelos jurídicos menores a determinadas exigências comuns de ordem ou a certos princípios superiores, relativos a uma dada esfera da experiência jurídica".⁵⁷ Quanto às instituições são aqueles institutos que envolvem uma maior objetivação social, com uma infra-estrutura associativa, tais como a família, propriedade, sindicatos, etc.⁵⁸ "Já o termo figura indica as várias modalidades que pode assumir um instituto (a posse, por exemplo, pode ser de boa ou de má fé, etc.), mas também é empregado para designar conjuntos de normas ligados a uma categoria fundamental, ou as várias modalidades dos atos jurídicos".⁵⁹

Assim estruturado, teria o sistema jurídico uma plenitude lógica, no sentido de conter todas as respostas possíveis às diversas situações concretas da vida, sendo as eventuais lacunas ou omissões da lei preenchidas com elementos do próprio sistema. Resumindo as implicações que este verdadeiro "dogma" envolve, Wilson de Souza Campos BATALHA, as alinhou assim:

"a) o próprio conceito lógico da figura do juiz, imanente a todo o ordenamento jurídico, impõe-lhe a obrigação de decidir os casos que lhe são submetidos, sem poder furtar-se a essa obrigação sob pretexto de existirem lacunas na legislação; b) não existem teoricamente lacunas na legislação, em virtude da regra geral de que tudo o que não está proibido é permitido: na ausência de lei que imponha certa obrigação ou impedimento, prevalece o princípio genérico da liberdade; c) as lacunas da legislação constituem meras ficções de que se vale o juiz quando considera inconveniente político-juridicamente aplicar a norma geral, supondo, nesse caso, que a espécie não foi prevista pelo legislador, estabelecendo, como se fosse legislador, uma regra específica com efeito retroativo".⁶⁰

Os sistemas comportam classificações, tanto que podem ser universais ou especiais. "Universal é aquele que confessa a vocação jurídica de toda uma comunidade, no tempo e no espaço, e que abrange, portanto, quantos corpos de leis essa comunidade observa ou observou, já que um certo número de constantes há de

inspirá-los a todos. Especial, é aquele que corresponde à regulação de um determinado aspecto do direito, também observada por uma comunidade, no espaço e no tempo, isto é, corresponde a cada um dos corpos de leis que integram o sistema universal".⁶¹ Cremos, na verdade, que Piragibe da FONSECA quer se referir a sistema e subsistemas jurídicos.

René DAVID, atendendo às ideologias que animam os sistemas, procura distinguí-los em: ocidental, soviético, muçulmano, hindu e chinês.⁶²

José de Oliveira ASCENÇÃO, considerando que as civilizações é que dão o elemento base, distintivo das sociedades, procura distinguir os sistemas como pertencentes a direitos primitivos ou não civilizados e civilizados.⁶³ Dentre os direitos civilizados aparecem o sistema ocidental e o socialista.

O sistema ocidental assenta-se na herança grega, e o seu primeiro elemento é o humanismo que, depois, pela influência do cristianismo, tomou rumos diversos, mas que juntos contribuíram para a valorização do homem. O materialismo capitalista forneceu mais um componente para a base ideológica da atual civilização ocidental e seus sistemas de direito.⁶⁴ Ao sistema ocidental correspondem dois subsistemas, de acordo com a técnica empregada, havendo, desta maneira, um subsistema continental, também denominado de direito civil, escrito ou romano-germânico e um subsistema anglo-saxão ou de "*common law*", por oposição ao primeiro também conhecido por "*civil law*".⁶⁵

O primeiro subsistema tem como tônica o embasar-se no direito romano, ao contrário do que acontece com o sistema anglo-americano. A designação "sistema continental" não é mais adequada, pelas inúmeras cisões que já sofreu, como a comunista, que

lhe retirou o leste do continente europeu.⁶⁶ Está presente em parte da Europa, América Latina, África, com exceção de algumas manchas muçulmanas e anglófonas, e algumas zonas da Ásia.⁶⁷ Suas características são a base romanística das legislações que, de tal forma prevaleceu, que os aspectos indígenas são poucos e freqüentemente mesclados aos romanos; o valor da lei, fonte por excelência do direito, de sorte que é comum se reduzir o direito à lei, ou mesmo se confundirem direito e lei. A jurisprudência surge como elemento subordinado à lei; a técnica jurídica é apuradíssima, a ponto de se assemelharem de país para país, porque "assentes no direito romano, congregarão as várias regras em institutos semelhantes; demarcarão os mesmos ramos de direito; chegarão à formulação de princípios fundamentais análogos; e até as categorias auxiliares, indispensáveis para o enquadramento do dado jurídico, como conceitos de direito subjetivo, relação jurídica ou ação penal, são praticamente comuns".⁶⁸

O subsistema anglo-americano teve sua formação a partir do direito romano, todavia foi este erradicado totalmente pela invasão dos anglo-saxões, posteriormente dominados pelos normandos. Com a integração dos dois povos surgiu um direito próprio, mesclado, causando certa dificuldade de interpretação, o que deu aos órgãos judiciários maior amplitude de funções. A dicção do direito pelos tribunais representava segurança e estabilidade, posto que lhes competia identificar um suposto direito comum (*common law*) aos povos da Inglaterra.⁶⁹ Com a expansão britânica o sistema transplantou-se depois à América do Norte e a todas as regiões que constituíram o Império Britânico.

O que marca o subsistema anglo-americano é uma visão própria das fontes do direito, principalmente da jurisprudência,

que é a base de toda a ordem jurídica. Estão lado a lado a *precedent rule*, isto é, o precedente em caso análogo que pode servir de diretriz para julgamento de outros casos e a *equity* (decisão do caso concreto), que prevalece sobre a *precedent rule* todas as vezes que se torna necessária uma nova decisão. Tais decisões, todavia, são tomadas sempre com base no direito costumeiro, de tal sorte que as decisões conflitantes com o costume tendem à modificação pelos órgãos jurisdicionais superiores.⁷⁰

A lei tem uma função secundária, embora "... também o sistema anglo-americano assista à proliferação das leis (*statutes*). Mas aí, ao contrário do que se passa no sistema romanístico, a lei tem uma função auxiliar - completa e esclarece o sistema do direito comum como que do exterior, não representando ela própria a base do sistema. Se bem que hoje em dia já não possa ser seriamente tomada como condição de validade da lei a conformidade dela com o direito comum, em todo o caso este continua a representar o sistema geral que se aplicará sempre que uma lei não regular especialmente uma situação".⁷¹

A técnica jurídica separou-se profundamente nos dois subsistemas. Há uma dogmática própria do subsistema romanista, tendente à compreensão unitária do sistema jurídico, ao passo que no "subsistema anglo-americano há uma dogmática que erigiu a multiplicidade de dados num sistema".⁷² São encontrados, por isto, institutos jurídicos totalmente desconhecidos do sistema romanístico, como o *trust*, *ownership property* e o *copyright*, que não é o mesmo direito de autor que entre nós se pratica.⁷³

Ao lado do sistema ocidental aparece o sistema socialista ou soviético marcado por uma ideologia que favorece o fator "produção", nos moldes coletivistas, o que implica em um Estado

forte, centralizador das relações de produção. O proletariado tem uma suposta força política, representada pela "ditadura do proletariado".

O direito não surge como uma ordem a que o Estado deva se submeter, mas se confunde com a própria máquina estatal. Não se reconhece, por conseguinte, validade ao costume, nem se atribue à jurisprudência a expressividade que detém no sistema ocidental. A doutrina não tem qualquer valor normativo e à lei se reconhece o primado sobre todas as demais fontes do direito.⁷⁴

Da mesma forma que se podem visualizar subsistemas no plano internacional, internamente os sistemas jurídicos, sobretudo no ocidente, se bifurcam em dois grandes subsistemas: de direito público e de direito privado.

Quanto ao binômio direito público e direito privado existe uma difundida crença na origem romana de tal divisão, o que uma análise mais aprofundada vai demonstrar que não é exatamente como consta de muitos doutrinadores, porque o estudo das fontes deve ser feito em concordância com as etapas históricas do direito romano, suas relações com os acontecimentos políticos e também as interpolações que possam ter sido feitas, sob pena de se construir uma imagem distorcida do pensamento romano.⁷⁵

A origem da divisão direito público-privado estaria em um texto de ULPIANO (*Libro Primo Institutionum*), em que se faz a seguinte distinção: "direito público é o que versa sobre a situação da coisa romana; o privado, sobre o interesse dos particulares" (D.1,1,1,2). Situa-se este texto no período áureo do direito romano, o clássico, que termina justamente com ULPIANO, que foi o mais representativo jurisconsulto de sua época.

O declínio do período clássico começou com as sucessivas

e diversas Constituições imperiais, em suas modalidades, frutos da vontade imperial, que limitaram gradativamente as atividades dos jurisconsultos, sendo a lei reflexo da vontade do Príncipe. Dentro deste panorama, muitas interpolações se verificaram, sendo a citada definição de ULPIANO um exemplo típico, posto que tomamos conhecimento de sua existência por intermédio do *Corpus Iuris Civilis*, elaborado por compiladores subordinados a JUSTINIANO, que modificaram em muito os originais de GAIO, somente restabelecidos em sua autenticidade com a descoberta feita por NIEBÜHR.⁷⁶

Segundo XAVIER D'ORS é em CÍCERO (Partit. Orat. 37,130), à época da República, que encontramos o verdadeiro significado das expressões público e privado. Tratando-se de distinção meramente formal, sendo o direito público aquele já publicado e que afeta a todos os cidadãos, ao passo que o direito privado resultaria da autonomia privada e ficaria restrito às pessoas que estivessem vinculadas a um certo negócio jurídico.⁷⁷

Os juristas medievais em geral, quando não criticavam, olhavam com muita reserva o famoso texto atribuído a ULPIANO. Em BÚLGARO o direito público era o mesmo que *ius commune* tal concepção também se encontra presente nos textos dos juristas medievais. Só no século XVII é que se pode ver com clareza no direito canônico a dicotomia direito público-privado. Para o direito canônico, público é todo o direito positivo, decorrente de uma *auctoritas* e *privatum* o que envolve a personalidade humana.⁷⁸ Resta acrescentar sob outra ótica, o direito canônico também sustentou a dicotomia com base na definição de ULPIANO.

No direito romano o texto atribuído a ULPIANO aparece ligado aos interesses do Estado, cuja definição, contendo a expres-

são "status" deu margem a interpretações erradas, quando o vocábulo na verdade significava ser, situação, estado e não "Estado".⁷⁹

Luis Fernando COELHO afirma que essa oposição entre público e privado "representa muito mais do que um mero princípio de organização, e tem reflexos na prática jurídica, assumindo especial significado para as decisões sobre determinadas questões de aplicação e interpretação do direito".⁸⁰ Procura racionalizar as diversas teorias que fornecem critérios para delimitação das matérias pertinentes ao direito público e ao direito privado, dividindo-as em teorias substancialistas (do interesse, teleológica e da conduta) e formalistas (dentre as quais se destaca a que distingue os dois campos pela natureza das relações jurídicas).

Na teoria do interesse avulta o pensamento de DERNBURG, procurando fundamentar a distinção no interesse prevalecente, isto é, "o direito público consideraria principalmente o interesse geral, o privado, principalmente, o interesse individual. Depende muito mais do intérprete esta determinação do que do conteúdo das normas e relações jurídicas".⁸¹ Para os adeptos da teoria teleológica ou finalista, sobretudo, SAVIGNY e STAHL, a tônica para a distinção seria a finalidade da norma jurídica, de sorte que "o direito público tem como fim o Estado, no direito privado o Estado é apenas um meio para atingir o seu fim, os indivíduos. Certas relações têm por fim a satisfação das necessidades individuais, ao passo que outras procuram a união dos homens sob um mesmo governo, fazendo-os viver nessa unidade".⁸²

Para José H. SARAIVA, o direito privado disciplinaria a relação e o direito público a integração. No primeiro caso estaríamos no plano da existência interpessoal, ou interindivi-

dual, em que prevalece a autonomia da vontade; ao passo que o segundo caso implicaria em uma existência transpessoal, caracterizando-se pela dependência e heteronomia, na proporção em que há uma substituição progressiva do eu pelo outro. O primeiro âmbito é do direito privado e o segundo do direito público.⁸³

As teorias formalistas são mais numerosas, dando-lhes respaldo, dentre outros, RADBRUCH, THOW, JELLINECK, ENNECERUS, GARCIA MAYNEZ, LEGAZ e LACAMBRA. Dentre nós, considera o aspecto formal da relação jurídica, como critério para distinção entre normas de direito público e privado o jurista Miguel REALE: Nesse sentido, propõe que se a relação é de coordenação, trata-se, geralmente, de direito privado; se é de subordinação, trata-se, geralmente, de direito público. Não esquece, todavia, o conteúdo ou objeto da relação jurídica, destacando que: " Quando é visado imediata e prevalecentemente o interesse geral, o Direito é público; quando imediato e prevalecente o interesse particular, o Direito é privado".⁸⁴

As dificuldades para delimitação dos dois subsistemas são inúmeras, tendo prevalecido, apesar das objeções, a corrente doutrinária substancialista, que define as áreas de direito público ou privado, conforme a natureza do interesse tutelado. Torna-se difícil, no entanto, configurar ramos como o Direito do Trabalho, que tem inegável textura limítrofe.

Os subsistemas compõem, do ponto de vista estrutural, unidades independentes, dotadas de princípios e características próprias, que lhes garantem autonomia face aos demais. São as relações estruturais e funcionais as responsáveis pela convivência harmônica dos subsistemas com o sistema. "A estrutura é o aspecto estático do modo descritivo de tratamento de um siste-

ma",⁸⁵ de sorte que se permite a "predição de acontecimentos futuros", "a explicação causal" e a "aquisição de um conhecimento analítico generalizado, ou de leis aplicáveis a um número indefinido de casos específicos, a partir de dados de fato apropriados",⁸⁶ ao passo que função é a ação própria do sistema, sua ativação. A importância da distinção, para o presente trabalho, torna-se desnecessária, porque apenas episódica, sobretudo, porque Miguel REALE, esclarece que: "A contraposição sistema-problema é tão abstrata e irrelevante como o análogo contraste entre estrutura e função".⁸⁷ Poder-se-á observar que a mencionada distinção envolve apenas o lado dinâmico ou estático do sistema, sem maiores conseqüências.

Assim, um sistema comporta diversos subsistemas, conforme o ângulo de classificação, dos quais nos interessam, particularmente, o que diz respeito à natureza das normas jurídicas, doutrinariamente distingüidas em materiais e formais, e, dentre estas, as processuais.

NOTAS DE REFERÊNCIA

- 1 FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Conceito de sistema no direito, p.9.
- 2 _____. Idem, p.10.
- 3 FONSECA, Roberto Piragibe da. Introdução ao estudo do direito, p.87.
- 4 AFTALIÓN, OLANO & VILANOVA. Introducción al Derecho, p.211.
- 5 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio.
- 6 SALDANHA, Nelson. História e sistema em Teixeira de Freitas, p.243.
- 7 REALE, Miguel. Lições preliminares de direito, p.189-190.
- 8 FERRAZ, Jr., Tércio Sampaio. Obra citada, p.10.
- 9 _____. Obra citada, p.11.
- 10 _____. Obra citada, p.12.
- 11 COING, Helmut. apud Tércio Sampaio Ferraz Jr. Obra citada, p.15.
- 12 WIEACKER. apud Tércio Sampaio Ferraz Jr. Obra citada, p.26.
- 13 ARRUDA, Roberto Thomas. Introdução à ciência do direito, p.541.
- 14 AFTALIÓN, OLAVO e VILANOVA. Obra citada, p.870.

- 15 ARRUDA, Roberto Thomas. Obra citada, p.542.
- 16 DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de filosofia do direito, p.213.
- 17 _____. Idem, ibidem.
- 18 OLIVEIRA FILHO, Benjamim de. Introdução à ciência do direito, p.148.
- 19 DEL VECCHIO, Giorgio. Obra citada, p.211.
- 20 GIL, Antonio Hernandez. Metodologia del Derecho, apud Machado Neto. Teoria da Ciência Jurídica, p.100.
- 21 REALE, Miguel. Filosofia do direito, p.412.
- 22 _____. Idem, p.414.
- 23 _____. Idem, ibidem.
- 24 LARENZ, Karl. Storia del metodo nella scienza giuridica, p.19.
- 25 _____. Idem, ibidem.
- 26 _____. Idem, p.23.
- 27 _____. Idem, p.25
- 28 _____. Idem, p.26.
- 29 FERRAZ, Jr. Tércio Sampaio. Obra citada, p.33.
- 30 _____. Obra citada, p.35.
- 31 SICHES, Luis Recaséns. Introducción al estudio del derecho, p.251.
- 32 REALE, Miguel. O direito como experiência, p.53.
- 33 _____. Idem, ibidem.
- 34 _____. Obra citada, p.201.
- 35 _____. Obra citada, p.138.
- 36 _____. Obra citada, p.54.
- 37 SICHES, Luis Recaséns. Obra citada, p.253.
- 38 _____. Idem, ibidem.
- 39 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Obra citada, p.173 e ss.
- 40 SICHES, Luis Recaséns. Obra citada, p.262.
- 41 _____. Idem, ibidem.
- 42 REALE, Miguel. Obra citada, p.135.
- 43 _____. Obra citada, p.137.
- 44 _____. Obra citada, p.138.
- 45 _____. Obra citada, p.139.
- 46 CHIOVENDA, Guiseppe. Ensayos de derecho procesal civil, p.377.
- 47 MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado, p.X.
- 48 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Teoria da norma jurídica, p.140.
- 49 AFTALIÓN, OLAVO e VILANOVA. Obra citada, p.220.
- 50 _____. Idem, ibidem.
- 51 _____. Obra citada, p.221.
- 52 _____. Idem, ibidem.
- 53 SALDANHA, Nelson. Obra citada, p.243.
- 54 FONSECA, Roberto Piragibe da. Introdução ao estudo do direito, p.88.
- 55 _____. Idem, ibidem.
- 56 _____. Idem, p.89.
- 57 REALE, Miguel. Lições preliminares de direito, p.191.

- 58 REALE, Miguel. Idem, ibidem.
- 59 _____. Idem, ibidem.
- 60 BATALHA, Wilson de Souza Campos. Introdução ao estudo do direito, p.407.
- 61 FONSECA, Roberto Piragibe da. Obra citada, p.90.
- 62 DAVID, René apud José de Oliveira Ascensão. O Direito. Introdução e teoria geral, p.130.
- 63 ASCENÇÃO, José de Oliveira. Idem, p.131.
- 64 _____. Idem, p.134.
- 65 _____. Idem, p.135.
- 66 _____. Idem, ibidem.
- 67 _____. Idem, p.136.
- 68 _____. Idem, p.137.
- 69 _____. Idem, ibidem.
- 70 _____. Idem, p.138.
- 71 _____. Idem, p.140.
- 72 _____. Idem, ibidem.
- 73 _____. Idem, ibidem.
- 74 _____. Idem, p.144.
- 75 SURGIK, Aloísio. Temas críticos de direito à luz das fontes, p.20.
- 76 _____. Idem, p.22.
- 77 D'ORS, Xavier, apud Aloísio Surgik. Idem, p.23.
- 78 SURGIK, Aloísio. Idem, p.28.
- 79 _____. Idem, p.29.
- 80 COELHO, Luís Fernando. Teoria da ciência do direito, p.154.
- 81 _____. Idem, p.156.
- 82 _____. Idem, p.157.
- 83 SARAIVA, José H. apud Luís Fernando Coelho, obra citada, p.158.
- 84 REALE, Miguel. Lições preliminares de direito, p.336.
- 85 TALCOTT PARSONS, apud Miguel Reale. O direito como experiência, p.152.
- 86 _____. Idem, ibidem.
- 87 REALE, Miguel. O direito como experiência, p.138.

CAPÍTULO II

A NOÇÃO DE SISTEMA EM HART, KELSEN, BOBBIO E LUHMANN

O direito, apesar da multiplicidade de planos que alberga, é, por exigência de sua continuidade e aplicação, orgânico, de sorte que a existência de subsistemas, disciplinas, categorias, institutos, etc, nada mais representa do que um "artifício lógico ou didático".⁸⁸ Tanto isso é verdadeiro que se torna difícil estabelecer nítidas distinções entre os diversos ramos do direito, havendo questões, como da autonomia de alguns saberes jurídicos, que ocupam, ainda, lugar de destaque entre os doutrinadores. Há, na verdade, uma crescente tendência à separação ou mesmo fragmentação dos sistemas jurídicos com o aparecimento contínuo de novos ramos do direito, desmembrados de outros ramos, por vezes simples aglutinações de normas legais que ensejam propostas estapafúrdias, como, por exemplo, a criação de um "direito açucareiro", para reunir as normas pertinentes à industrialização do açúcar.

Como artifício lógico ou didático, todavia, tem uma função facilitadora das atividades de pesquisa, ensino e aprendizagem, sem que se olvide a dificuldade mesma de se estabelecerem limites rígidos às distinções. "Na distinção entre o direito público e o direito privado (...) entre direito formal e o direito material, ou entre as normas do direito substancial e as do direito instrumental, se logicamente a diferença é nítida, na vida do direito as distâncias se encurtam, os efeitos se confun-

dem, e tais são as influências recíprocas que, praticamente, se assemelham, consideradas pelo prisma do valor⁷⁸⁹.

É justamente a concepção aberta, multifacetária do sistema jurídico que tem comportado com maior amplitude o surgimento de novas ordens de normas, em uma ordem maior. Se sob o prisma lógico-didático facilita a interpretação, aplicação e estudo do direito, pode representar uma compartimentalização dos diversos saberes, tornando-os incomunicáveis, impedindo ou mesmo dificultando uma visão integradora do direito. No caso das normas materiais e formais o entrosamento se verifica justamente no momento de aplicação, ou genericamente nos denominados "momentos de decisão".

Foram escolhidas, por representarem no pensamento jurídico contemporâneo marcos ou pontos de referência, as concepções sistêmicas de HART, KELSEN e BOBBIO, de natureza dogmática, no que diferem da abordagem sociológica de Niklas LUHMANN. Serão abordados apenas os elementos essenciais à temática do trabalho, apesar da riqueza que as obras consultadas oferecem ao pesquisador do direito.

2.1 A UNIÃO COMPLEXA DE REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS EM HART

HART ressalta que as dificuldades em se estabelecer um conceito de direito repousam justamente no fato de que o direito se enuncia por regras que são de natureza diversa, algumas fixam comportamentos, outras procedimentos. Por outro lado, a idéia de sistema jurídico está ligada à independência e supremacia de um soberano dentro de um determinado território (a exemplo da Rainha, na Inglaterra), o que conduz à seguinte conclusão: " ... em qualquer lugar onde haja um sistema jurídico é

necessário que exista alguma pessoa ou corpo de pessoas que emitam ordens gerais, respaldadas em ameaças e que estas ordens sejam genericamente obedecidas, existindo a crença generalizada de que estas ameaças serão provavelmente tornadas efetivas ocorrendo desobediência. Esta pessoa ou corpo deve ser internamente supremo e externamente independente".⁹⁰

Se considerarmos os diversos tipos de normas, veremos que há classes de normas jurídicas que, na verdade, outorgam poderes ou estabelecem facilidades aos particulares para que levem a cabo seus intentos.⁹¹ Há normas que conferem tais poderes aos particulares (como no caso dos testamentos, dos contratos) e outras outorgam poderes aos funcionários públicos, para que façam funcionar, por exemplo, os tribunais. Assim, há normas que especificam o objeto ou conteúdo da jurisdição, outras que especificam o modo de investidura e estabilidade na função, outras estabelecem procedimentos.⁹² O autor acrescenta que sua primeira classificação - normas que conferem poderes e normas que impõem deveres - é tosca, porém é uma primeira tentativa de estabelecer diferença entre as duas espécies de normas.⁹³

O primeiro argumento que mostra identidade fundamental entre as duas classes de normas é a nulidade, que ocorre quando não é satisfeita alguma condição essencial ao exercício do poder.⁹⁴

Para alguns as regras que conferem e definem poderes legislativos e judiciais são meros fragmentos de normas jurídicas; no entanto, o que conduziu o mundo pré-jurídico ao mundo jurídico foi justamente a introdução na sociedade de regras que habilitam os legisladores reformar e criar regras de dever, bem como outras regras que os juízes devem observar para verificar

se as primeiras foram transgredidas, por isto tais normas não podem ser consideradas como meros fragmentos de normas jurídicas.⁹⁵

A uniformidade no que toca ao direito pode ser um erro, porque a característica que o distingue é justamente a fusão de tipos diferentes de regras.⁹⁶

Considerando as dificuldades em conceituar o direito, HART propõe um novo ponto de partida para a construção do conceito de direito, posto que as idéias de direito como ordens respaldadas por ameaças; ordens coercitivas do soberano e outras fracassaram.

O seu ponto de partida é, portanto, a existência de dois tipos de normas: primárias (que prescrevem que os seres humanos façam ou omitam certas ações, quer queiram ou não) e as secundárias (que estabelecem que os seres humanos podem, fazendo ou dizendo certas coisas, introduzir novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar regras anteriores, ou determinar de diversas maneiras o seu efeito, ou controlar sua atuação).

Em síntese, as do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo conferem poderes, públicos ou privados.⁹⁷ Da combinação desses dois tipos de normas surge para HART a verdadeira chave da ciência do direito, que é o ponto central para a elucidação da estrutura do pensamento jurídico.⁹⁸

O aspecto interno das regras é importante para que se alcance o sentido proposto por HART, porque implica em considerar a maneira como o grupo contempla sua própria conduta, ao passo que do ponto de vista externo apenas se vislumbra a maneira como as regras funcionam na vida dos membros do grupo.⁹⁹ Assim, a violação de uma regra não é apenas "uma base para a

predição de que sobrevirá certa reação hostil (conforme pretende a teoria da predição ou da probabilidade do castigo), mas uma razão para esta hostilidade. Assim, podem as regras sob o aspecto externo serem vistas como sinais de um possível castigo, ou sob o ponto de vista interno, como pautas ou modelos para as condutas individuais.¹⁰⁰

Examinando os elementos do direito, parte HART da suposição de que é possível uma sociedade sem tribunais, juízes ou funcionários de algum tipo, como acontecia em comunidades primitivas, onde o único meio de controle social era justamente a atitude geral do grupo face às suas pautas ou critérios de comportamento, que são identificadas como regras primárias de obrigação.¹⁰¹ É óbvio que tais regras assim agrupadas não constituirão um sistema, e apresentarão graves deficiências quanto à identificação de quais são as normas e como aplicá-las, seu defeito principal será, portanto, a falta de certeza.¹⁰² O segundo defeito, o caráter estático das regras, resulta do fato de que somente se modificarão pelo lento processo de crescimento; o terceiro defeito será a ineficiência da difusa pressão social exercida para fazer cumprir as regras. Como solucionar estes três defeitos principais de uma estrutura social baseada apenas em regras primárias de obrigação? Somente com as regras secundárias que são de um tipo diferente. De tal sorte que o direito " ... pode ser caracterizado em sua forma mais esclarecedora como a união de regras primárias de obrigação com estas regras secundárias".¹⁰³

Para resolver o problema de falta de certeza que o regime de regras primárias apresenta, HART propõe uma regra de conhecimento (*rule of recognition*) entendida como a "que especificará

alguma característica ou características cuja posse por uma regra sugerida é considerada como uma indicação afirmativa, indiscutível de que se trata de uma regra do grupo, que há de ser sustentada pela pressão social que este exerce.¹⁰⁴ O importante de tal regra de reconhecimento é que é revestida de autoridade, vale dizer, como a forma própria de resolver as dúvidas acerca da existência da regra ".¹⁰⁵

O remédio para a qualidade estática do regime de regras primárias consiste na introdução do que HART denomina de "regras de mudança ou modificação", por exemplo, as que permitem que um indivíduo ou corpo de indivíduos introduzam novas regras primárias para a condução da vida em grupo, revogando as já existentes. Somente assim se pode entender as idéias de criação e derrogação das normas jurídicas por via legislativa. Há, necessariamente uma conexão muito estreita entre as regras de modificação e as regras de reconhecimento ... " porque onde existem as primeiras, as últimas necessariamente incorporam uma referência à legislação como característica identificatória das regras, ainda que não mencionem todos os detalhes do procedimento legislativo."¹⁰⁶

Para superar a insuficiência da pressão social difusa, as regras secundárias determinam, revestidas de autoridade, se em uma ocasião particular se transgrediu ou não uma regra primária. São chamadas, neste caso, de regras de julgamento, porque além de identificar os indivíduos que podem julgar, tais regras definem também o procedimento a seguir. São normas que conferem poderes jurisdicionais, definem um grupo importante de conceitos jurídicos: juiz, tribunal, jurisdição e sentença.¹⁰⁷

Em síntese, temos regras primárias de obrigação e regras

secundárias (de reconhecimento, modificação e julgamento). A união de regras primárias e secundárias está no centro de um sistema jurídico.

É a regra secundária de reconhecimento que identifica as regras primárias de obrigação. Os critérios de autoridade podem ser, por exemplo, referência de um texto revestido de autoridade, uma sanção legislativa, a prática consuetudinária, declarações gerais de pessoas especificadas, decisões judiciais passadas, ditadas em casos particulares.¹⁰⁸

Nos sistemas jurídicos modernos, onde há uma variedade de fontes, HART ressalta que se torna mais complexo o problema da regra de reconhecimento e normalmente incluem uma constituição escrita, a sanção pelo poder legislativo e os precedentes judiciais.¹⁰⁹

Na vida cotidiana de um sistema jurídico sua regra de reconhecimento raramente é formulada de forma expressa como uma regra,¹¹⁰ destacando-se que tal regra tem um enunciado interno (que decorre de sua aplicação e aceitação) e um enunciado externo (que implica em detectar-se que ela existe, mesmo que não seja aceita).¹¹¹

Através da regra de reconhecimento fica fácil resolver o problema da validade jurídica, porque, segundo HART: "Dizer que uma determinada regra é válida é reconhecer que ela satisfaz todos os requisitos estabelecidos na regra de reconhecimento e, portanto, é uma regra do sistema".¹¹²

Um dos problemas intrincados, vinculados à idéia de validade jurídica é o da relação entre validade e eficácia do direito. Assim, afirma HART: " seria errôneo dizer que os enunciados de validade 'significam' que o sistema é geralmente eficaz ..." (en-

tendida eficácia como efetiva observância pelo grupo).¹¹³

É a regra de reconhecimento que fornece os critérios para determinar a validade de outras regras do sistema, na verdade é a regra última, porque ela é o critério e a regra última de um sistema jurídico.¹¹⁴ A idéia de critério supremo não se confunde com ilimitado, porque a regra última pode conter em si mesmas limitações de ordem jurídica (como acontece nas Constituições), quando proíbe emendas ao texto, ou coloca fora do alcance do legislador alterar certos aspectos considerados fundamentais.¹¹⁵ Para o direito inglês, a regra última seria: o que a rainha no Parlamento sanciona é direito.

A regra de reconhecimento não é uma hipótese, segundo HART, porque ela é aceita e posta em prática, embora seja uma questão complexa determinar o que seja a regra de reconhecimento. A regra de reconhecimento não pode ter sua "validade admitida" ou mesmo "pressuposta", porque ela efetivamente existe. A validade é determinada pelo enunciado interno, e sua eficácia pelo externo.

A regra de reconhecimento é direito porque traz em si as características definitórias do sistema jurídico, não tendo portanto outra natureza; além do mais é fato, porque afirmamos que existe e que serve para identificar as demais normas como válidas, e participantes de um sistema eficaz.¹¹⁶

O que é um sistema jurídico em HART? "... é nada mais nada menos do que "união complexa de regras primárias e secundárias".¹¹⁷ Quais as condições mínimas que uma sociedade precisa para ter um sistema jurídico? Há duas condições necessárias e suficientes ou mínimas para a existência de um sistema jurídico: a) as regras de condutas válidas, segundo o critério de re-

conhecimento tem que ser geralmente obedecidas; b) as regras de reconhecimento que especificam os critérios de validade jurídica, suas regras de modificação e julgamento, têm que ser efetivamente aceitas pelos funcionários como pautas ou modelos públicos e comuns de conduta oficial.¹¹⁸

Donde ser possível " a afirmação de que um sistema jurídico é, portanto, um enunciado bifronte, uma de suas caras mira a obediência por parte dos cidadãos comuns, e a outra a aceitação de regras secundárias como pautas ou critérios comuns críticos de conduta oficial, por parte dos funcionários".¹¹⁹

Haverá uma patologia no sistema jurídico quando há um divórcio entre o setor oficial e o setor privado, no sentido de que já não há uma obediência generalizada às regras que são válidas segundo os critérios de validade usados pelos tribunais.¹²⁰

Tal ruptura pode ser resultante de diferentes fatores de perturbação, casos como o da revolução, invasão ou quando ocorre a simples quebra do controle jurídico ordenado, diante da anarquia ou do banditismo que não tem pretensões políticas de governar.¹²¹ Um outro caso que pode demonstrar uma patologia no sistema jurídico é aquele em que há quebra da unidade entre funcionários. "Pode ocorrer que com relação a certas questões constitucionais, e unicamente em relação a elas, exista uma divisão dentro do mundo oficial que conduza, em definitivo, a uma divisão do poder judicial".¹²²

Finalmente, quanto à validade de se estruturar um sistema a partir de uma regra, afirme-se que sempre haverá uma sombra de dúvida, quando se compara esta regra e casos particulares. Seus critérios afirmam que sempre se incorrerá no vício do conceptualismo ou formalismo.

Por outro lado, "quando as decisões do tribunal são consideradas precedentes, a especificação do *standard* variável contido neles se assemelha muito ao exercício do poder de elaborar regras delegadas a um corpo administrativo, ainda que haja diferenças óbvias".¹²³

A comparação destas duas técnicas nos mostram que têm falhas: no caso da legislação o *standard* (modelo) é menos variável, ao passo que no do precedente é mais variável. No caso do precedente também há uma certa abertura, porque o juiz ao comparar o caso presente com o anterior implica em estabelecer alguma diferença juridicamente relevante entre aquele e este caso presente, e as diferenças nunca podem ser determinadas de forma exaustiva. O que significa ampliar a regra. No entanto, o precedente, pelo menos no caso inglês, tem estabelecido um tal número de regras que são "tão determinadas como qualquer regra contida em uma lei".¹²⁴

O que quer dizer "textura aberta" em HART? Significa que há, por certo, áreas de conduta onde muito deve se deixar para que seja desenvolvido pelos tribunais ou pelos funcionários que procuram achar uma solução, à luz das circunstâncias, entre os interesses em conflito, cujo peso varia de caso para caso.¹²⁵

Há diversidade, no entanto, e um certo ceticismo em relação às regras, há os que negam que um sistema jurídico seja estruturado a partir de regras, sendo certo que para tais teóricos o direito é unicamente expressão das decisões dos tribunais, e, as leis, na verdade, aparecem como simples fontes do direito, e só serão realmente direito se aplicadas pelos tribunais. Há mais negação da existência de regras primárias, do que de reconhecimento da existência das secundárias.¹²⁶

O ceticismo diante das regras jurídicas merece atenção de HART apenas no ponto em que analisa o papel que desempenham na decisão judicial, quando as vê apenas como uma maneira de predizer o que farão os juizes. Na verdade, segundo HART, tal ceticismo se manifesta assim: "Ou as regras são o que seriam num paraíso formalista e elas sujeitam como cadeias; ou bem não há regras, senão unicamente decisões predizíveis ou tipos de ação prognosticável".¹²⁷ Outros negam a existência de regras obrigatórias para os tribunais, negando-se que os juizes observam as regras porque as consideram como pautas ou critérios de conduzir-se ao julgar, mas que vão mais pela sua própria intuição. Uma outra forma de ceticismo é no sentido de que as decisões dos tribunais possuem um caráter único, como algo dotado de autoridade, e, quando se trata dos tribunais supremos, autoridade final, com os riscos que toda decisão produzida por seres humanos pode trazer. No entanto, sabe-se que tais decisões, embora falíveis, não são resultantes de arbítrio, mas de regras pré-estabelecidas para julgar, em que pese uma certa margem de flexibilidade.¹²⁸

Em HART, todavia, tal impasse se resolve com a concepção do direito como união de regras primárias e secundárias que devem ser observadas tanto pelos indivíduos, quanto pelos funcionários e tribunais encarregados de aplicá-las, embora não se possa deixar de considerar a importância das decisões judiciais na predição do futuro do próprio direito.

2.2 A "GRUNDNORM" E A ESTRUTURA ESCALONADA EM KELSEN

Para KELSEN o direito é "uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamen-

to humano",¹²⁹ sendo a "norma o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém".¹³⁰

E acrescenta:

" Com efeito, quando confrontamos uns com os outros os objetos que, em diferentes povos e em diferentes épocas, são designados como 'Direito', resulta logo que todos eles se apresentam como ordens de conduta humana. Uma 'ordem' é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é (...) uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem".¹³¹

Como ordem normativa o direito é coativo, " ... no sentido de que reage(m) contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas - particularmente contra condutas humanas indesejáveis - com um ato de coação, isto é com um mal - como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros -, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física - coativamente, portanto".¹³² Ressalta KELSEN que eventualmente podem tais ordens prever recompensas, como títulos e condecorações, porém desempenham tais casos "um papel subalterno dentro destes sistemas que funcionam como ordens de coação".¹³³

De sorte que se torna imprescindível ao conceito de direito o elemento coação, porque "se o Direito não fosse definido como ordem de coação mas apenas como ordem posta em conformidade com a norma fundamental e esta fosse formulada com o sentido de que as pessoas se devem conduzir, nas condições fixadas pela primeira Constituição histórica, tal como esta mesma Constituição determina, então poderiam existir normas jurídicas desprovidas de sanção, isto é, normas jurídicas que, sob determi-

dos pressupostos, prescrevessem uma determinada conduta humana, sem que uma outra estatuisse uma sanção para a hipótese de a primeira não ser respeitada".¹³⁴ Uma outra razão para se destacar o elemento coação num conceito de direito é que "... só através da assunção do elemento coação no conceito de Direito este pode ser distintamente separado de toda e qualquer outra ordem social, e porque, com o elemento coação, se toma por critério um fator sumamente significativo para o conhecimento das relações sociais e altamente característico das ordens sociais a que chamamos 'Direito' ".¹³⁵

O direito concebido como ordem de coação é objeto de conhecimento da Ciência do Direito, mediante proposições jurídicas, ao passo que o objeto do direito mesmo são as normas jurídicas que, diferentemente, não descrevem, como aquelas, mas prescrevem condutas. Assim, "as proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica - nacional ou internacional - dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas"¹³⁶ e as "normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder ou competência".¹³⁷

A ligação entre o pressuposto e a conseqüência expressa na proposição jurídica é a imputação, que "... não consiste noutra coisa senão nesta conexão entre o ilícito e a conseqüência do ilícito. A imputação que é expressa no conceito de imputabi-

lidade não é, portanto - como pressupõe a teoria tradicional - a ligação de uma determinada conduta com a pessoa que assim se conduz ... A imputação que se exprime no conceito de imputabilidade é a ligação de uma determinada conduta, a saber, de um ilícito, com uma consequência do ilícito".¹³⁸ A imputação, portanto, não é da conduta, mas da responsabilidade pela conduta.¹³⁹

O que faz uma determinada conduta humana ser considerada ilícita é o fato de ser considerada pressuposto da coerção, isto é, de uma sanção, de modo que "... o ilícito aparece como um pressuposto (condição) e não como uma negação do Direito; e, então, mostra-se que o ilícito não é um fato que esteja fora do Direito e contra o Direito, mas é um fato que está dentro do Direito e é por este determinado, que o Direito, pela sua própria natureza, se refere precisa e particularmente a ele".¹⁴⁰

O indivíduo contribui para a formação desta ordem coativa, porque KELSEN não reduz a produção de normas jurídicas ao Estado, mas destaca a atividade negocial, como autêntico poder jurídico que, ao lado do costume e das normas jurídicas elaboradas por via legislativa, produz "normas jurídicas de escalão inferior";¹⁴¹ o mesmo acontecendo quando "... através da ação judicial, do recurso, da reclamação, do exercício do direito de voto", o indivíduo exerce o que KELSEN denomina sua "competência", "... no mesmo sentido em que o é a capacidade de certos indivíduos de fazer leis, proferir decisões judiciais ou tomar resoluções administrativas".¹⁴²

Às funções jurídicas, consideradas em sentido estrito como as de produzir e aplicar o direito, somam-se as funções de observância do direito, desempenhadas por indivíduos qualificados como funcionários estaduais e cujo conteúdo é representado

pelos deveres de cargo que lhes são impostos no exercício da administração do Estado.¹⁴³

À primeira vista pode este papel participativo do indivíduo na ordem coativa que é o direito insinuar uma tendência subjetivista em KELSEN, todavia, é ele mesmo que critica tal inclinação descrevendo-a como "aquela concepção forense ou advocacional que apenas considera o Direito do ponto de vista dos interesses das partes, isto é aquela concepção que o visualiza tendo apenas em mira saber o que ele significa para o indivíduo, em que medida lhe aproveita, quer dizer, em que medida serve o seu interesse, ou o prejudica, isto é, o ameaça com um mal". E acrescenta:

"A atitude da Teoria Pura do Direito é, inversamente, uma atitude inteiramente objetivista-universalista. Ela dirige-se fundamentalmente ao todo do Direito na sua objetiva validade e procura apreender cada fenômeno particular apenas em conexão sistemática com todos os outros, procura em cada parte do Direito apreender a função do todo jurídico. Neste sentido, é uma concepção verdadeiramente orgânica do Direito. Mas se concebe o Direito como organismo, não entende por tal qualquer entidade supra-individual supra-empírica-metafísica - concepção esta por detrás da qual se escondem quase sempre postulados éticos-políticos -, mas única e exclusivamente: que o Direito é uma ordem e que, por isso, todos os problemas jurídicos devem ser postos e resolvidos como problemas de ordem".¹⁴⁴

É diante da afirmação do Direito como ordem coativa, como um sistema de normas que regulam a conduta de homens, que surge a questão de seu fundamento de validade, que lhe garante a unidade e que possibilita uma visão do todo. Assim, "o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior".¹⁴⁵ Na busca do fundamento de validade das normas não pode a indagação perder-se no infinito, mas "tem de

terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (GRUNDNORM).¹⁴⁶

A dimensão sistemática em KELSEN encontra sua unidade na norma fundamental, porque "todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento da validade comum. O facto de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa".¹⁴⁷

KELSEN classifica os sistemas de normas em dois tipos: estático e dinâmico. "Um sistema de normas cujo fundamento de validade e conteúdo de validade são deduzidos de uma norma pressuposta como norma fundamental é um sistema estático de normas. O princípio segundo o qual se opera a fundamentação da validade das normas deste sistema é um princípio estático",¹⁴⁸ que se caracteriza pelo facto de possuir a norma fundamental um conteúdo evidente, ou seja, de verificação racional. Diferentemente, no tipo dinâmico, a norma fundamental fornece apenas o fun-

damento de validade e não o conteúdo de validade das normas sobre ela fundadas. " O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou - o que significa o mesmo - uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental".¹⁴⁹ E conclui: "A norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade e já não o conteúdo das normas que formam este sistema. Esse conteúdo apenas pode ser determinado através de atos pelos quais a autoridade a quem a norma fundamental confere competência e as outras autoridades que, por sua vez, recebem daquela a sua competência, estabelecem as normas positivas deste sistema".¹⁵⁰

Parece inclinar-se por uma identificação entre os dois princípios, estático e dinâmico, na norma fundamental: "O princípio estático e o princípio dinâmico estão reunidos numa e na mesma norma quando a norma fundamental pressuposta se limita, segundo o princípio dinâmico, a conferir poder a uma autoridade legisladora e esta mesma autoridade ou uma outra por ela instituída não só estabelecem normas pelas quais delegam noutras autoridades legisladoras mas também normas pelas quais se prescreve uma determinada conduta dos sujeitos subordinados às normas e das quais - como o particular do geral - podem ser deduzidas novas normas através de uma operação lógica".¹⁵¹

A natureza da norma fundamental é esclarecida por KELSEN, quando afirma que:

"A norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material que, por o seu conteúdo ser havido como imediatamente evidente, seja pressuposta como a norma mais

elevada da qual possam ser deduzidas - como o particular do geral - normas de conduta humana através de uma operação lógica. As normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas através de um ato especial de criação. São normas postas, quer dizer, positivas, elementos de uma ordem positiva".¹⁵²

A norma fundamental tem, portanto, em KELSEN, uma natureza formal, porque "ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior".¹⁵³

Na identificação da norma fundamental há que se buscar a Constituição historicamente a primeira da qual resultaram as subseqüentes, que, por sua vez, "... já não surgiu por um processo idêntico (refere-se ao processo legislativo que originou as demais Constituições) e cuja validade, portanto, não pode ser reconduzida à de uma outra procedente de uma norma positiva fixada por uma autoridade jurídica, mas é uma Constituição estadual que surgiu revolucionariamente, quer dizer, rompendo com uma Constituição anteriormente existente, ou, então, veio a surgir com validade para um domínio que anteriormente não era abrangido pelo domínio de validade de uma Constituição estadual e de uma ordem jurídica estadual sobre ela apoiada".¹⁵⁴

A proposição que descreve a norma fundamental, que é uma "norma pensada",¹⁵⁵ no tocante à ordem jurídica estadual é: "Devem ser postos atos de coerção sob os pressupostos e pela forma que estatuem a primeira Constituição histórica e as normas estabelecidas em conformidade com ela. (Em forma abreviada: Deve-

mos conduzir-nos como a Constituição prescreve). As normas de uma ordem jurídica cujo fundamento de validade comum é esta norma fundamental não são - como o mostra a recondução à norma fundamental anteriormente descrita - um complexo de normas válidas colocadas umas ao lado das outras, mas uma construção escalonada de normas supra-infra-ordenadas umas às outras" (os grifos são nossos).¹⁵⁶

A norma fundamental constitui a unidade na pluralidade de normas, permitindo que a ordem jurídica seja descrita pela Ciência do Direito em proposições que se não contradizem.¹⁵⁷ Havendo contradições, porque uma das normas não é válida, o conflito deve ser resolvido pela via da interpretação.¹⁵⁸ Quando as normas conflitantes são do mesmo escalão, aplica-se o princípio *lex posterior derogat priori*.¹⁵⁹ Assim, uma norma de uma ordem jurídica é válida até "... sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica".¹⁶⁰ Este é o princípio da legitimidade, segundo KELSEN.

Quanto à eficácia de uma Constituição resulta do fato de que as normas postas de conformidade com ela são, globalmente consideradas, aplicadas e observadas.¹⁶¹ Validade e eficácia são, portanto, apenas "... um caso especial da relação entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural".¹⁶² E conclui: "Uma ordem jurídica não perde, porém, a sua validade pelo fato de uma norma jurídica singular perder a sua eficácia, isto é, pelo fato de ela não ser aplicada em geral ou em casos isolados. Uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, numa consideração global, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas."¹⁶³

Para KELSEN a teoria do escalonamento da ordem jurídica permite a apreensão do direito em sua dinâmica, em seu processo de criação constante, estando mesmo no centro dos seus questionamentos os modos de produção jurídica.¹⁶⁴ A teoria tradicional costuma distinguir dentro deste escalonamento, normas de direito público e privado, todavia a fundamental distinção preconizada não procede, porque o Estado é em si uma ordem jurídica, havendo mesmo uma identificação entre Direito e Estado. A finalidade da distinção é mais ideológica do que teórica.¹⁶⁵ "Por meio da distinção de princípio entre uma esfera pública, ou seja, política, e uma esfera privada, quer dizer, apolítica, pretende evitar-se o reconhecimento de que o Direito "privado", criado pela via jurídica negocial do contrato, não é menos palco de atuação da dominação política do que o Direito público, criado pela legislação e pela administração".¹⁶⁶

Esta ordem jurídica tem um domínio pessoal de vigência, que é a população do Estado; um domínio espacial, seu território e um poder, ou seja, "... a vigência de uma ordem jurídica estadual efetiva".¹⁶⁷ "Desta forma, o Estado, cujos elementos essenciais são a população, o território e o poder, define-se como uma ordem jurídica relativamente centralizada, limitada no seu domínio espacial e temporal de vigência, soberana ou imediata relativamente ao Direito Internacional e que é, globalmente ou de um modo geral eficaz".¹⁶⁸

Por outro lado, "... um Estado não submetido ao Direito é impensável ... Se o Estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo o Estado é um Estado de Direito, esta expressão representa um pleonasma. Porém, ela é efetivamente utilizada para designar um tipo especial de Estado, a saber, aquele que

satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica. "Estado de Direito" neste sentido específico é uma ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis - isto é, às normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um chefe de Estado que se encontra à testa do governo -, os membros do governo são responsáveis pelos seus atos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência e a liberdade da expressão do pensamento, são garantidas".¹⁶⁹

A identificação Estado e Direito chega ao seu ponto máximo, quando KELSEN declara: "Do ponto de vista de um positivismo jurídico coerente, o Direito, precisamente como o Estado, não pode ser concebido senão como uma ordem coerciva de conduta humana - com o que nada se afirma sobre o seu valor moral ou de Justiça. E, então, o Estado pode ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito - nada mais, nada menos".¹⁷⁰

Ainda não há uma comunidade universal de direito mundial, ou seja, um Estado mundial, porém, isto não impede que exista "... uma unidade cognoscitiva de todo o Direito, o que significa que podemos conceber o conjunto formado pelo Direito Internacional e as ordens jurídicas nacionais como um sistema unitário de normas - justamente como estamos acostumados a considerar como uma unidade a ordem jurídica do Estado singular. A isto se opõe a concepção tradicional que pretende ver no Direito Internacional e no Direito de cada Estado dois sistemas de normas diferentes, independentes um do outro, isolados um em face do outro, porque apoiados em duas normas fundamentais diferentes.

Esta construção dualista - ou melhor, "pluralista", se tivermos em conta a pluralidade das ordens jurídicas estaduais -, é, no entanto, insustentável, mesmo do ponto de vista lógico, quando tanto as normas de Direito Internacional como as das ordens jurídicas estaduais devam ser consideradas como normas simultaneamente válidas, e válidas por igual modo como normas jurídicas".¹⁷¹

A construção escalonada do Direito Internacional compreende as normas consuetudinárias, as normas de direito internacional geral e as normas de direito internacional pactício, constituindo, portanto, três escalões. As normas de direito internacional geral, que impõem deveres e atribuem direitos a todos os Estados, foram criadas através de atos de Estados e operam efeito pela via do costume. Dentre as normas consuetudinárias tem especial destaque a fórmula *pacta sunt servanda* "...que autorizam os sujeitos da comunidade jurídica internacional a regular, através de tratados, a sua conduta recíproca, quer dizer, a conduta dos seus órgãos e súditos em relação aos órgãos e súditos dos outros ... O Direito Internacional pactício atualmente em vigor, tem, à parte certas exceções, caráter meramente particular. As suas normas não vigoram em relação a todos os Estados, mas apenas em relação a dois ou a um grupo maior ou menor de Estados. Constituem simplesmente comunidades parcelares".¹⁷²

Quanto ao primado da ordem jurídica interna ou da internacional, inclina-se Kelsen pela supremacia desta última face àquela (concepção marxista), de sorte que o Estado é uma "ordem jurídica delegada pelo Direito Internacional",¹⁷³ tanto que "somente a ordem jurídica internacional, e não qualquer ordem jurídica estadual, é soberana. Se as ordens jurídicas estaduais ou as comunidades jurídicas por elas constituídas, os Estados,

são designadas como "soberanas", isso significa simplesmente que elas apenas se encontram subordinadas à ordem jurídica internacional, que são jurídico-internacionalmente imediatas. ...Se partimos do Direito Internacional como uma ordem jurídica válida, o conceito de Estado não pode ser definido sem referência ao Direito Internacional. Visto desta posição, ele é uma ordem jurídica parcial, imediata em face do Direito Internacional, relativamente centralizada, com um domínio de validade territorial e temporal jurídico-internacionalmente limitado e, relativamente à esfera de validade material, com uma pretensão à totalidade (*Totalitätsanspruch*) apenas limitada pela reserva do Direito Internacional".¹⁷⁴

Procurando destacar a natureza apenas teórica das construções jurídicas que pretendem, por caminhos diferentes, ressaltar o primado da ordem jurídica internacional ou da ordem jurídica interna, afirma que "a oposição entre as duas construções jurídicas não tem qualquer espécie de influência sobre o conteúdo do Direito, quer dizer do Direito Internacional, quer do Direito Estadual, e as proposições jurídicas pelas quais o seu conteúdo é descrito permanecem as mesmas, quer se pense o Direito Internacional como incluído no Direito Estadual quer se pense esta como compreendido naquele."¹⁷⁵ E conclui: "Os dois sistemas são igualmente corretos e igualmente justificados. É impossível, com base numa consideração de ciência jurídica, decidir jurídico-cientificamente por um deles. A ciência jurídica apenas pode apresentar as duas e verificar que um ou outro dos sistemas de referência tem de ser aceito quando se pretenda definir a relação entre Direito Internacional e Direito Estadual."¹⁷⁶

2.3 HART E KELSEN: COMPARAÇÕES

HART procura construir o conceito de direito a partir da existência de dois tipos de normas, denominadas primárias e secundárias, as primeiras impondo deveres e as segundas conferindo poderes, públicos ou privados, repudiando mesmo a idéia de direito como ordem respaldada por ameaças ou ordem coercitiva do soberano; ao passo que em KELSEN o direito se caracteriza sobretudo por ser uma ordem coercitiva, em que as sanções desempenham papel principal. Nos dois, porém, a idéia do direito como sistema está presente.

A preocupação com a unidade do sistema é a tônica do pensamento de KELSEN, ao passo que HART procura acentuar que o direito se distingue justamente por ser uma fusão de tipos diferentes de normas jurídicas ("união complexa de normas").

Quanto ao escalonamento do sistema, a partir de uma norma, tanto aparece em HART quanto em KELSEN, denominada pelo primeiro de regra de reconhecimento (*Rule of Recognition*) e pelo segundo de norma fundamental (GRUNDNORM) com idêntico papel de atribuir validade às demais normas, desde que elaboradas em conformidade com o que preceituam. Em HART tal norma, para o direito inglês, é: "O que a rainha sanciona no Parlamento é direito"; ao passo que em KELSEN é: "Devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve".¹⁷⁷ Em HART a regra de reconhecimento não é uma hipótese, não tem sua validade admitida ou pressuposta sua existência, porque ela efetivamente existe, é direito e é fato;¹⁷⁸ ao passo que em KELSEN a norma fundamental é pressuposta, "pensada". Em ambas, todavia, apresentam natureza formal, porque orientam a elaboração de outras normas.

HART procura identificar nas normas o seu aspecto inter-

no, ou seja, como o grupo contempla sua própria conduta e o aspecto externo, como as regras funcionam na vida dos membros do grupo,¹⁷⁹ ao passo que em KELSEN o primeiro aspecto não é considerado importante na conceituação do direito como ordem coativa.

Quanto à validade e eficácia das normas, em HART a primeira implica em verificar-se se está de acordo com o sistema e a segunda se está sendo observada pelos tribunais, funcionários e particulares. Em KELSEN, a validade também é decorrente da norma fundamental e sua eficácia decorre de um mínimo de observância.

A preocupação com a dimensão estática e dinâmica aparece em HART e KELSEN. Para o primeiro a estática do sistema é representada pelas regras primárias, e a dinâmica pelas secundárias, especialmente as de "modificação ou mudança". Para KELSEN estático é o sistema cuja norma fundamental fornece o conteúdo de validade das demais normas; ao passo que dinâmico será aquele cuja norma fundamental é responsável apenas pelo "fato produtor de normas",¹⁸⁰ não afastando, todavia, a possibilidade de se reunirem os dois aspectos na norma fundamental.¹⁸¹ Também considera estático o estudo do sistema quando voltado para o conhecimento das normas jurídicas produzidas, a aplicar ou observar por atos de conduta humana, ao passo que será dinâmico se voltado para os atos de produção, aplicação ou observância de determinadas normas jurídicas.¹⁸²

Em HART o sistema é mais flexível, apresentando uma "textura aberta", em que se reconhece que pode apresentar certas áreas de conduta em que cabe aos tribunais ou funcionários achar uma solução para o caso concreto, "à luz das circunstâncias",¹⁸³

ao passo que em KELSEN o sistema sempre possui respostas aos conflitos de interesses, embora não deixe de considerar que a norma jurídica é um "esquema de interpretação", cuja moldura poderá ser mais ou menos alargada, de acordo com a interpretação que lhe possam dar seus aplicadores, como sói acontecer na prática dos tribunais.¹⁸⁴

Ao abordar o Direito Internacional, HART destaca que, na verdade, o conceito de direito não precisa partir da união de regras primárias e secundárias, apenas o sistema é que resulta de tal união,¹⁸⁵ parecendo descrever; ao final de sua obra, da possibilidade de elaborar um conceito de direito, optando por uma definição. O Direito Internacional carece de regras secundárias de modificação e julgamento, sendo o seu conteúdo apenas regras primárias de obrigação. Critica KELSEN e muitos técnicos modernos quando insistem em que a semelhança do Direito Internacional e do interno é o fato de possuírem uma "norma fundamental", a que denomina de regra de reconhecimento.¹⁸⁶ O ponto de vista oposto é de que esta analogia é falsa: o Direito Internacional consiste simplesmente num conjunto de regras primárias de obrigação, separadas, que não estão unidas daquela maneira.¹⁸⁷ Afirma mesmo que a regra "*pacta sunt servanda*" já foi abandonada pela maioria dos teóricos, sendo substituída por outra: "os Estados devem conduzir-se como estão acostumados a fazer".¹⁸⁸ HART não discute o mérito desta ou daquela proposta, ao contrário, prefere lançar mão de uma indagação: Por que temos de fazer esta pressuposição *a priori* e prejudicar assim a respeito do caráter efetivo das regras de Direito Internacional? Por que é concebível que uma sociedade possa conviver segundo regras que impõem obrigações a seus membros, ainda quando elas são simples-

mente consideradas como um conjunto de regras separadas, que não estão unidas por nenhuma regra básica, nem derivam sua validade dela. É óbvio que a mera existência de regras não implica a existência de tal regra básica. São regras que formam um conjunto e não um sistema.¹⁸⁹

Ao conceber o Direito Internacional como um conjunto e não como sistema, afirma que a "aceitação" é muito importante para tal direito, ao passo que se fosse considerado como sistema haveria de ser considerada a sua validade ou conformidade com uma norma fundamental que, na sua opinião, efetivamente não existe.¹⁹⁰

Finalmente, destaca que as normas de Direito Internacional têm uma natureza operativa e constituem um conjunto de regras, entre as quais estão as que estabelecem a força obrigatória dos tratados, e as analogias porventura existentes entre o Direito Nacional e o Internacional são de função e conteúdo, e não de forma. As de função tornam-se claras quando refletimos sobre as maneiras em que o Direito Internacional difere da moral; as de conteúdo consistem no campo de princípios, conceitos e métodos que são comuns ao direito nacional e internacional e fazem que a técnica dos juristas seja livremente transferível de um a outro.¹⁹¹

KELSEN se inclina pelo primado do Direito Internacional sobre o interno, embora destacando que tal opção é meramente para fins teóricos, colocando a norma *pacta sunt servanda* como a norma fundamental, da qual deriva em última análise, o próprio sistema interno.¹⁹²

2.4 NORBERTO BOBBIO: SISTEMA É SOBRETUDO COERÊNCIA

Em sua obra *Teoria do Ordenamento Jurídico*, BOBBIO destaca, de início, que durante muito tempo os estudos jurídicos se voltaram apenas para a norma, não se preocupando com a análise do ordenamento. De modo que, para se valer de uma metáfora, poder-se-ia dizer que era considerada a árvore, mas não a floresta.¹⁹³ Teria sido, em sua opinião, Santi ROMANO, em sua obra "*O Ordenamento Jurídico*" (1917), o primeiro a ter o mérito de considerar as normas jurídicas como parte de um conjunto; todavia, foi em KELSEN que o problema realmente teve um enfoque mais apropriado.¹⁹⁴

A seu ver, não se pode dar uma definição satisfatória do direito senão sob o ponto de vista do ordenamento, que constitui uma verdadeira organização das normas, de modo que as diversas tentativas no sentido de caracterizar o direito através de elementos contidos nas normas jurídicas pecam por sua precariedade. Porque para se definir uma norma jurídica como tal bastará dizer-se que ela pertence a um ordenamento jurídico, logo o problema da definição se encontra justamente em se definir primeiramente o ordenamento jurídico. E acrescenta: "... pode-se afirmar que o problema da definição do direito encontra sua sede própria na teoria do ordenamento jurídico e não na teoria da norma".¹⁹⁵

Questões referentes às normas jurídicas, que não encontram solução isoladamente nas próprias normas, como a existência de normas sem sanção, ou mesmo o problema da eficácia e da validade, encontram respostas quando se considera o ordenamento normativo em seu conjunto, de sorte que enquanto para a teoria tradicional um ordenamento jurídico se compõe de normas jurídi-

cas, pela nova perspectiva, normas jurídicas são aquelas que venham a fazer parte de um ordenamento jurídico. Ou em outros termos: não há ordenamento jurídico porque existem normas jurídicas distintas de normas não jurídicas; mas existem normas jurídicas porque existem ordenamentos jurídicos distintos de ordenamentos não jurídicos. O termo "direito", na mais comum acepção de direito subjetivo, indica um tipo de sistema normativo, não um tipo de norma.¹⁹⁶

Quando se fala de ordenamento jurídico lembra-se de normas de conduta, todavia, além destas, há um outro tipo de norma, que pode ser denominada de norma de estrutura ou de competência. São aquelas normas que não prescrevem a conduta que se deve ter ou não ter, mas prescrevem as condições ou procedimentos através dos quais emanam as normas de conduta válida.¹⁹⁷

O ordenamento envolve em seu estudo aspectos como o da unidade e do modo como se constitui; se se trata de um sistema, o que envolve ainda os problemas da completude e das lacunas do direito.¹⁹⁸

A hipótese de um ordenamento com uma ou duas normas é meramente acadêmica, porque os ordenamentos são como as estrelas do céu, suas normas não podem ser contadas, e a razão para tal fato se encontra na diversidade de fontes, de forma que se pode distingui-los em simples e complexos, conforme suas normas se originem de apenas uma fonte ou de várias. A experiência tem apontado que os ordenamentos são, em regra, complexos, a hipótese de um ordenamento em que as normas são postas pelo legislador e os súditos as observam, é puramente exemplificativa.¹⁹⁹

As normas que compõem um ordenamento são produtos de recepção (normas oriundas de ordenamentos diversos e precedentes)

ou delegação (do poder de produzir normas jurídicas conferido a órgãos ou poderes inferiores). As normas consuetudinárias são exemplo típico de recepção; ao passo que as fontes negociais (poder atribuído aos particulares de regularem os próprios interesses mediante atos voluntários) são fontes reconhecidas, embora possam ser também consideradas como delegadas, se se levar em conta que o Estado lhes reconhece validade.²⁰⁰

Em todo ordenamento jurídico o ponto de referência último é o poder originário, do qual decorre sua unidade, uma vez que é a fonte das fontes.²⁰¹ A complexidade de um ordenamento jurídico decorre de duas razões fundamentais: a primeira do fato que todo ordenamento jurídico quando nasce não elimina as normas de natureza diversa que recebe, em virtude de uma recepção tácita ou expressa; a segunda devido a que o poder originário, uma vez constituído, cria um novo centro de produção jurídica. Tal complexidade não impossibilita a construção de uma teoria unitária do ordenamento jurídico, porque se trata, na verdade, de limites externos (recepção) e internos (em termos de território, órgãos que podem legislar) ao poder soberano.²⁰²

Mas o que é fonte? São aqueles fatos ou aqueles atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas. Identificando-se como importante que o ordenamento regula o modo como se produzem as suas normas, ou seja, o ordenamento jurídico regula a própria produção de normas, através das denominadas normas de estrutura que regulam não um comportamento, mas o modo de regular o comportamento.²⁰³ Temos, assim, normas de conduta e normas de estrutura, sendo as normas processuais normas estruturais, porque versam sobre a produção de outras normas, ou seja, as normas individuais, presentes na sen-

tença.²⁰⁴

A teoria do ordenamento jurídico em graus foi elaborada por KELSEN. Esta teoria serve para dar uma explicação unitária do ordenamento jurídico, a partir da idéia de que as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. As quais são superiores e inferiores, em cujo ápice se encontra uma norma última, a norma fundamental, à qual cabe a unificação do ordenamento. O que confere unidade ao ordenamento é o fato de suas fontes, de uma forma ou de outra, poderem ser resumidas a uma única norma.²⁰⁵

As normas são poderes que derivam de um poder: o poder constituinte, que é o poder último, ou seja, supremo, originário de um ordenamento jurídico. Logo quem atribui ao poder constituinte o poder de produzir normas? Esta norma só pode ser a norma fundamental, que é atributiva, imperativa, podendo ser formulada assim: "O poder constituinte é autorizado a emanar normas obrigatórias para toda a coletividade", ou de outro modo: "A coletividade é obrigada a obedecer às normas emanadas do poder constituinte".²⁰⁶

A norma fundamental não é expressa, mas é pressuposta. Sem uma norma fundamental, única, não pode haver unidade do sistema. O fato de não ser expressa não significa que não exista, sendo o fundamento de legitimidade de todo o sistema. Quando se afirma que uma Constituição é legítima significa que foi posta legitimamente segundo esta norma.²⁰⁷ Da mesma forma, afirma-se que uma norma é válida se pode relacionar-se através de um ou vários graus, com a norma fundamental. De sorte que, em BOBBIO, a norma fundamental é o critério supremo que permite estabelecer se uma norma pertence ou não a um dado ordenamento, ou seja, é

o "fundamento de validade de todas as normas do sistema, ao mesmo tempo que é seu princípio unificador".²⁰⁸

E a norma fundamental? Ela não tem fundamento, porque se assim fosse não seria a fundamental, mas haveria outra superior. Trata-se de uma convenção ou proposição evidente que vem posta no vértice do sistema para que se possa reconduzir todas as outras à ela. Na verdade, a resposta a esta questão está fora do ordenamento, a menos que se deseje inserir o sistema jurídico em outro sistema maior, então poderão vir respostas como: o poder divino, o contrato social, etc.²⁰⁹

As objeções à norma fundamental são muito mais quanto ao seu conteúdo, do que quanto à sua existência. Porque quando se estabelece que é preciso obedecer ao poder originário, faz-se, desta forma, que o ordenamento ou sistema normativo dependa de um poder, o que significa para alguns reduzir o direito à força. Todavia, não se pode confundir poder com força, porque quando se menciona poder originário o que se tem em mente é a força política que instaurou um determinado ordenamento jurídico, o que não implica em força física, mas, na maioria das vezes, em consenso. A força pode ser necessária para o exercício do poder, mas não para justificá-lo. Afirmar que o fundamento último de um ordenamento jurídico é um poder, não significa reduzir o direito à força, mas simplesmente reconhecer que a força é útil para a realização do direito.²¹⁰

Um ordenamento jurídico só existe se for eficaz, ao passo que uma norma singular pode ser válida (de acordo com a norma fundamental), sem ser eficaz, ao passo que um ordenamento jurídico só é válido se for eficaz. A norma fundamental é fundamento do direito positivo, não do direito ideal ou justo, embora

não se possa olvidar que tanto mais forte será, quanto mais justo.²¹¹

A força é para BOBBIO instrumento para realização do direito, criticando a posição de KELSEN, defendida por ROSS, de que a força é objeto de regulamentação jurídica, no sentido de que ao direito caberia disciplinar o uso da força. A seu ver, as definições do direito a partir da força são limitativas, porque o escopo do legislador não é de organizar a força, mas de organizar a sociedade mediante o uso da força. São limitativas, sobretudo, em relação ao ordenamento jurídico, em seu conjunto, porque trocam a parte pelo todo, o instrumento pelo fim.²¹²

Após analisar a unidade do ordenamento, enquanto referência a uma norma fundamental, à qual as normas, direta ou indiretamente se ligam, passa a examinar se tal unidade é sistemática, acrescentando que para tanto é necessário que as normas guardem coerência entre si.

Começa por salientar que na linguagem jurídica o uso do termo "sistema" para indicar ordenamento é comum, afirmando que ele próprio usa ora um termo, ora outro.²¹³ No uso histórico da filosofia e da ciência do direito, três acepções podem ser identificadas para o termo sistema: a) com o sentido de "sistema dedutivo", querendo significar que um dado ordenamento é um sistema quando todas as suas normas são derivadas de alguns princípios gerais (como os princípios gerais do direito), considerados no mesmo pé de igualdade que os postulados de um sistema científico. É acepção típica dos jusnaturalistas, que tinham por modelo a geometria de Euclides, de modo a se elaborar um sistema jurídico geometricamente demonstrável;²¹⁴ b) com o sentido de método indutivo, de aplicação moderna, sendo o termo utilizado pa-

ra significar uma organização da matéria partindo-se do conteúdo de uma norma singular até construir conceitos os mais gerais possíveis, como o zoólogo faz ao classificar o reino animal. Tanto que na expressão jurisprudência sistemática, a palavra sistema não tem sentido de ciência dedutiva, mas de ciência empírica ou natural. O procedimento típico de seus adeptos não é a dedução, mas a classificação. A maior contribuição da jurisprudência sistemática foi o conceito de negócio jurídico e o esquema mais geral é o da relação jurídica a que se reduzem todos os fenômenos jurídicos, favorecendo a construção de um sistema empírico ou indutivo; c) um terceiro significado, utilizado por BOBBIO, é aquele que considera um ordenamento jurídico como sistema porque não podem coexistir em seu interior normas incompatíveis.²¹⁵

O princípio fundamental desta concepção sistemática é que não podem conviver normas incompatíveis num dado sistema, e se tal ocorrer, uma das duas, ou todas, devem ser eliminadas. Assim, nem todas as normas produzidas pelas fontes autorizadas serão normas válidas, a não ser que sejam compatíveis com outras.²¹⁶

Torna-se, desta forma, muito importante para esta aceção sistemática a identificação e eliminação das antinomias, isto é, das incompatibilidades do sistema, que podem ser de princípio, que não são antinomias jurídicas propriamente ditas, mas que podem produzir normas incompatíveis, como no caso dos princípios da liberdade e da segurança, que podem se tornar incompatíveis, quando a garantia da liberdade vai de encontro à segurança ou a garantia da segurança tende a restringir a liberdade; de valoração, quando uma norma pune um delito grave com uma pena pequena ou vice-versa, não se trata, na verdade, de

antinomia, porque as normas são compatíveis entre si, mas de injustiça, porque a antinomia produz incerteza e a injustiça produz desigualdade; teleológica, quando existe um contraste entre a norma que prescreve o meio para atingir o fim e a norma que prescreve o fim. Neste caso, o contraste vem muito mais da insuficiência do meio para atingir o fim, tratando-se mais de lacuna, do que de antinomia. Assim, há antinomias próprias, quando a incompatibilidade é efetiva e impróprias, quando são de princípio, valoração ou teleológicas.²¹⁷

Para que se possa dar uma antinomia são necessárias duas condições: as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento e devem ter o mesmo âmbito de validade (temporal, espacial, pessoal e material); donde se verificar que a antinomia é aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade.²¹⁸ Se duas normas incompatíveis têm igual âmbito de validade, a antinomia se pode chamar, seguindo a terminologia de ROSS, total-total: neste caso uma das duas normas pode ser aplicada sem entrar em confronto com a outra; se, porém, as normas incompatíveis têm âmbito de validade em parte igual e em parte diverso, a antinomia subsiste somente naquela parte em que são comuns, e pode ser chamada de parcial-parcial; se, porém, são incompatíveis porque têm âmbito de validade igual, porém uma restringe a outra, dir-se-á que é do tipo total-parcial.²¹⁹

Quanto às antinomias próprias, que traduzem incoerência do sistema, quais os critérios a serem utilizados para eliminá-las? BOBBIO enumera os seguintes critérios: cronológico, hierárquico e da especialidade. Pelo primeiro critério aplica-se o princípio da *lex posterior derogat priori*; pelo segundo o da *lex*

superior derogat inferiori e pelo terceiro, *lex specialis derogat generali*. Todavia, a solução das antinomias não se reduz à aplicação pura e simples destes princípios ou critérios, que apresentam insuficiências, porque a antinomia é aquela situação em que se confrontam duas normas, sendo que uma obriga e a outra proíbe; ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento.²²⁰ O critério cronológico serve quando duas normas incompatíveis são sucessivas; o hierárquico quando são de níveis diversos e o da especialidade no desencontro entre uma norma geral e uma especial. Mas pode haver situações em que se verificam antinomias entre duas normas contemporâneas; do mesmo nível e ambas gerais, em que nenhum dos critérios soluciona o problema.²²¹

Diante da insuficiência dos critérios, ressalta BOBBIO que os tratadistas procuram solucionar o problema optando pela norma mais favorável, todavia, a seu ver, não é justo este critério, porque a norma é bilateral, e sempre alguém sairá perdendo. O que conduz à conclusão que, quando um dos critérios não puder ser aplicado, fica entregue ao intérprete a solução do conflito de normas, segundo a conveniência e a oportunidade, ou seja, mediante um verdadeiro poder discricionário ao acolher uma das hipóteses: elimina uma das normas; elimina as duas; conserva todas as duas.²²² No primeiro caso tratar-se-á de interpretação ab-rogante simples; todavia, nem o jurista, nem o juiz têm poderes para extrair normas do sistema, só o legislador. Um juiz pode deixar de aplicá-la, porém outro juiz não. Se ambas são eliminadas é um caso de dupla ab-rogação. Se são conservadas é por um artifício que conduz à conclusão que a incompatibilidade é apenas aparente, sendo um tipo de interpretação mais

voltado para o afastamento da incompatibilidade, do que propriamente das normas ditas incompatíveis, ou seja, é uma interpretação corretiva. Pretende conciliar, no que for possível, duas normas aparentemente incompatíveis para conservá-las ambas no sistema, evitando o remédio extremo da ab-rogação. No entanto, a interpretação corretiva é um caso de ab-rogação apenas parcial, enquanto nos casos precedentes a ab-rogação é total.²²³

Mesmo com a utilização de artifícios para solucionar o problema das antinomias do sistema, os critérios citados podem conduzir a soluções opostas, de tal forma que um elimina o outro, como, por exemplo, no caso de conflito entre uma norma constitucional e uma norma ordinária sucessiva, em que se poderia utilizar os critérios hierárquico e o cronológico. Se prevalecer o primeiro fica a norma constitucional; se prevalecer o segundo a lei ordinária, o que conduz a uma nova solução: quando duas normas estão em plano diverso, o critério natural é aquele que nasce da diferença de planos. Se o conflito for entre os critérios da especialidade e o cronológico, quando uma norma anterior-especial é incompatível com uma norma posterior-geral, das duas uma, ou se dá preferência à primeira norma, pelo critério da especialidade, ou aplica-se o cronológico e permanece a segunda. Neste caso, a solução é dada por outro princípio: *Lex posterior generalis non derogat priori speciali*; se o conflito for entre o critério hierárquico e o da especialidade, isto é, entre uma norma superior-geral e uma norma inferior-especial. Se se aplica o critério hierárquico prevalece a primeira, se se aplica o critério da especialidade, prevalece a segunda. Qual dos dois critérios se deve aplicar? BOBBIO ressalta que uma resposta segura e única é impossível, pois cada caso deve ser ana-

lisado, devendo, prevalecer, teoricamente, o critério geral, pensando-se sempre que a hierarquia tende para a ordem e a especialidade para a justiça.²²⁴

Salienta, finalmente BOBBIO, que a incompatibilidade entre duas normas é um mal a ser eliminado e pressupõe uma regra de coerência, vale dizer, um ordenamento não deve conter antinomias. Mas seria esta regra jurídica expressa no ordenamento? Não. Entende-se que esteja implícita no ordenamento e que o legislador deve ter em mente que não pode elaborar normas incompatíveis e que o juiz deve afastá-las sempre que as encontrar.²²⁵

Na verdade, conclui que o dever de coerência não é condição de validade, porque duas normas incompatíveis, do mesmo nível e contemporâneas, são ambas válidas, enquanto não forem eliminadas do sistema, embora não possam ser ambas eficazes ao mesmo tempo, visto que a aplicação de uma exclui a da outra. É certo que pode ser aplicada ora uma, ora outra, embora contraditórias, todavia isto fere a exigência de certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem) e da justiça (que corresponde ao valor da igualdade).²²⁶

Uma vez consideradas duas características essenciais a todo ordenamento - a unidade e a coerência - uma terceira é por ele examinada: a completude, que implica ter o ordenamento uma norma para regular qualquer caso e sua falta significa lacuna. A incompletude corresponde ao fato do ordenamento não comportar nem a norma que proíbe um certo comportamento, nem a norma que o permite. Assim, incoerente será o sistema em que existem tanto a norma que proíbe um certo comportamento, quanto aquela que o permite, ao passo que incompleto se não existem nem a norma que veda um certo comportamento, nem aquela que o permite.²²⁷

A coerência é uma exigência do sistema, não uma condição necessária para a existência de um ordenamento jurídico, ao contrário da completude que é uma condição necessária para o funcionamento do sistema, já que o juiz precisa decidir todo e qualquer caso com uma norma pertencente ao sistema.²²⁸ A completude é uma condição necessária em todo ordenamento em que prevaleçam as duas regras: o juiz deve julgar todas as controvérsias que lhe sejam submetidas e com base em uma norma pertencente ao sistema. Será considerado incompleto se faltar uma das regras acima, podendo o juiz deixar de julgar por não haver previsão legal para o caso ou mesmo decidir por equidade, entendendo-se, no último caso, que é completável.²²⁹

O dogma da completude, isto é, o princípio segundo o qual o ordenamento é completo por fornecer ao juiz em todo caso uma solução, sem recorrer à equidade, tem sido dominante na teoria jurídica continental, de origem romanística,²³⁰ e desenvolveu-se nos tempos modernos devido muito mais à concepção de que a produção jurídica é monopólio do Estado, cabendo-lhe resolver todos os casos. Com o recrudescimento das críticas a esta concepção, sobretudo no sentido do envelhecimento das codificações e o aparecimento inevitável de lacunas, bem como o enfoque sociológico, em que se procurou demonstrar que o direito é um fenômeno social e como tal produto da sociedade e não do Estado, o dogma da completude ou plenitude do ordenamento jurídico tendeu a ceder espaço a concepções mais abertas, chegando-se até mesmo a admitir a existência de lacunas ideológicas (BRUNETTI), isto é, quando a falta não é tanto da solução normativa, mas de uma solução satisfatória, vale dizer, justa, ao se comparar o ordenamento jurídico que é e aquele que deveria ser.²³¹

Analisa BOBBIO os diversos tipos de lacunas, dentre os quais as próprias, quando a omissão é do sistema ou "dentro" do sistema; ao passo que serão impróprias quando a omissão se verifica no confronto do sistema real com o ideal. As lacunas próprias só o legislador pode completá-las, ao passo que as impróprias podem ser preenchidas pelo intérprete; destacando que o problema da completude ou plenitude envolve as lacunas próprias.²³²

Poderão ainda ser consideradas as lacunas subjetivas, consistindo naquelas que de alguma forma podem ser imputadas ao legislador; ou objetivas, as que surgiram do desenvolvimento das relações sociais. As subjetivas podem ser distinguidas em voluntárias e involuntárias; estas últimas são aquelas que resultam do fato de que o legislador as creê já reguladas, considera o caso pouco freqüente, etc.; diferentemente das voluntárias que são deixadas de propósito pelo legislador, porque a matéria é muito complexa e as soluções surgirão da atividade jurisdicional ou mesmo doutrinária. Muitas normas constitucionais contêm apenas princípios, diretivos, cabendo ao legislador ordinário torná-las exeqüíveis, de modo que seriam lacunas voluntárias porque o preenchimento do "vazio legislativo" é deixado, deliberadamente, para os órgãos inferiores. Estas lacunas, no entanto, não devem ser consideradas autênticas lacunas, porque já existe uma previsão para o seu preenchimento.²³³ Podem ainda ser consideradas as lacunas *praeter legem* e *intra legem*: as primeiras quando a regra expressa é muito particularizante, de forma que não compreende todos os casos; na segunda hipótese, dá-se o contrário, a norma é tão geral que o intérprete precisa preencher os claros causados por esta generalidade. No primeiro tipo a integração consistirá em formular nova regra ao lado da

já existente e, no segundo, a nova regra surgirá como desenvolvimento interpretativo dentro da regra expressa.²³⁴

Se apenas estaticamente o ordenamento é considerado completo, mas dinamicamente não o é, pode ser, entretanto, completável, através dos recursos da hetero e da auto-integração. Na auto-integração o intérprete se vale de elementos do próprio ordenamento, ao passo que na heterointegração pode se socorrer dos costumes; do poder criativo do juiz (muito utilizado nos países do *common law*) e do direito científico, expressão devida a SAVIGNY para abranger a opinião dos juristas. A analogia e os princípios gerais do direito são recursos do próprio ordenamento, utilizados com maior freqüência do que os citados anteriormente.²³⁵

Após tratar dos problemas internos de um ordenamento, BOBBIO se dedica à abordagem daqueles que surgem da relação dos ordenamentos entre si, vale dizer, problemas externos, decorrentes do fato de que os ordenamentos apesar de serem unos em si, não são únicos. No entanto, a idéia de um único ordenamento ainda é muito persistente, representado pelo denominado "monismo jurídico" (idéia universalista de um único ordenamento jurídico, de sorte que os ordenamentos particulares seriam especificações históricas do direito romano ou do direito natural), ao lado do pluralismo jurídico, em que se admite a existência de vários ordenamentos jurídicos.²³⁶

A seu ver, o pluralismo jurídico teria atravessado duas fases: a primeira correspondendo ao nascimento e desenvolvimento do historicismo jurídico, em que prevaleceu a concepção nacionalista dos direitos, em que a cada nação ou a cada Estado corresponderia um ordenamento unitário, produto de um poder soberano, havendo tantos sistemas quantos poderes soberanos; a se-

gunda, por ele denominada institucional, em que se passa a ver os ordenamentos jurídicos como instituições, isto é, como algo resultante de um grupo social organizado. Como consequência da teoria pluralista institucional há a fragmentação da idéia universalista do direito e a aceitação de que as relações entre ordenamentos também envolvem aqueles ordenamentos não estatais, agrupados em quatro tipos: a) ordenamento acima do Estado, como o ordenamento internacional e, segundo alguns doutrinadores, o da Igreja Católica; b) ordenamentos abaixo do Estado, como os sociais, reconhecidos pelo Estado, porém por ele limitados ou mesmo absorvidos; c) ordenamentos ao lado do Estado, como o da Igreja Católica, segundo outras concepções, ou ainda o internacional, para a concepção "dualista"; d) ordenamentos contra o Estado, como o das associações de delinquentes, etc.²³⁷

A imagem da pirâmide de normas pode ser completada com a imagem da pirâmide de ordenamentos, de modo que numa primeira classificação das relações entre ordenamentos, observa-se que há relações de coordenação e de subordinação. Relações de coordenação são aquelas que se desenvolvem entre estados soberanos, que se encontram no mesmo plano e cujas regras de coexistência são produto de uma autolimitação recíproca. Relações de subordinação são aquelas que se desenvolvem entre ordenamentos parciais (associações, sindicatos, partidos, etc.), que têm seus próprios estatutos, regulamentos, etc, mas cuja validade deriva do reconhecimento do Estado.²³⁸

Um segundo critério de classificação é aquele que leva em conta a diversidade dos âmbitos de validade dos diversos ordenamentos, de modo que há relações de exclusão total; inclusão total e de exclusão ou inclusão parcial. A exclusão total ocor-

re nos casos em que o âmbito de validade dos dois ordenamentos é delimitado de modo a que se não sobreponham em nenhuma de suas partes, como acontece com os estados soberanos, que se excluem totalmente, salvo alguma exceção, com respeito à validade espacial. A inclusão total se verifica quando um dos ordenamentos tem um âmbito de validade totalmente compreendido no outro, é o caso do Estado-membro em relação ao Estado Federal, no tocante à validade espacial. A exclusão e a inclusão parcial ocorrem quando os dois ordenamentos têm uma parte em comum e uma parte não; como nas relações entre direito e moral, em que há comportamentos que são comuns a ambos, porém outros são exclusivos; ou mesmo no caso das associações particulares que têm normas específicas para seus membros, que se encontram no âmbito do lícito, porém não expressamente regulado pelo ordenamento do Estado.²³⁹

Sob um terceiro ângulo, considerando-se a validade que um ordenamento possa atribuir às regras do outro, temos três situações: indiferença, recusa e absorção. A indiferença se verifica quando um dado comportamento é considerado lícito em um ordenamento, ao passo que no outro é obrigatório. Como ocorre quanto às dívidas de jogo, tidas apenas como obrigações naturais por um ordenamento, enquanto que em outro vinculam contratualmente os jogadores. A recusa se verifica sempre que um ordenamento considera proibido o que em outro é obrigatório, ou vice-versa, é o que ocorre nas relações entre o ordenamento do Estado e o das sociedades de delinqüentes. Haverá absorção quando um ordenamento considera obrigatório ou proibido tudo o que no outro é obrigatório ou proibido, o que se verifica quando simplesmente o ordenamento se nega a regular uma dada matéria e acolhe a regula-

mentação estabelecida na fonte normativa pertencente a outro ordenamento ou quando incorpora ao próprio sistema a disciplina normativa de uma certa matéria disciplinada em outro ordenamento. No primeiro caso verifica-se a remição pura e simples e no segundo a recepção.²⁴⁰

No tratamento das relações entre ordenamentos ocupa um lugar de destaque as relações entre o ordenamento do Estado e outros menores, cuja existência está de alguma forma vinculada à do Estado, independente de sua natureza jurídica. Fato que revela que o ordenamento jurídico de um Estado é produto de uma secular aglutinação de normas provenientes de ordenamentos diversos, em determinadas épocas independentes entre si, mas pouco a pouco absorvidos pelo único ordenamento estatal em vigor, como é o caso típico do direito comercial e da navegação, que durante séculos tiveram suas normas gradativamente absorvidas pelo Estado; ou mesmo quando o Estado acolhe normas de ética profissional ou étnica. Na maioria das vezes, no entanto, no confronto das regras do ordenamento menor com o do Estado há indiferença por parte deste, até o momento em que de alguma forma possam ferir seus preceitos.²⁴¹

2.4.1 Conclusão

A obra de BOBBIO, cujas linhas gerais foram esboçadas, é clássica por inúmeras razões, dentre as quais a de examinar com bastante lucidez praticamente todos os aspectos que envolvem a teoria do ordenamento ou sistema jurídico.

Em BOBBIO, sistema é sobretudo "coerência", vale dizer, ausência de incompatibilidades internas ou, em as havendo, previsão de mecanismos de afastamento de tais incoerências. Siste-

ma e incoerência são, portanto, duas expressões que não se coadunam. A existência de uma norma fundamental que confere unidade ao sistema e permite aferir a validade das normas jurídicas, representa uma confirmação do pensamento kelseniano. A nota característica de suas reflexões sobre o ordenamento jurídico repousa, a nosso ver, no fato de que considera inconcebível a identificação de uma norma jurídica fora do sistema, visto que, como foi examinado, uma norma só pode ser considerada "jurídica" se integrar um ordenamento jurídico e o próprio conceito de direito só pode ser construído a partir de uma concepção sistemática.²⁴²

BOBBIO atinge uma perfeita síntese do pensamento dogmático do direito, construindo uma sólida teoria do ordenamento, enquanto problema da Teoria Geral do Direito. O entendimento mais completo de sua postura ou dimensão sistemática das normas jurídicas somente pode ser atingido com o exame da obra "Teoria da Norma Jurídica", que será desenvolvido na continuidade deste trabalho.

Encerramos com a obra do jurista italiano a análise das concepções dogmático-jurídicas de sistema, para encetarmos uma nova ótica, a saber, a sociológica, de Niklas LUHMANN.

2.5 LUHMANN: ÓTICA SOCIOLÓGICA

Em sua Sociologia do Direito, LUHMANN reconhece de pronto que "o ordenamento jurídico, tal como nós o conhecemos atualmente, é uma construção de alta complexidade estruturada".²⁴³ Esclarece, em seguida, que "complexidade (...) é a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido - no caso do

direito isso significa considerar não apenas o legalmente permitido, mas também as ações legalmente proibidas, sempre que relacionadas ao direito de forma sensível, como, por exemplo, ao se ocultarem".²⁴⁴

A complexidade pode ser estruturada ou desestruturada, grande ou pequena, de acordo com a diversidade de possibilidades. Na complexidade estruturada um dos problemas a enfrentar é o da compatibilidade e a compossibilidade entre os diversos modos comportamentais, de forma que "uma constituição de Estado de direito" exclui mais ou menos efetivamente numerosos modos comportamentais, abrindo porém, e exatamente por isso, o caminho para outros modos comportamentais".²⁴⁵

Para o melhor entendimento do direito, a sociologia de LUHMANN procura concebê-lo como "estrutura de um sistema social" que tem por função regular a complexidade deste sistema, que se apresenta maior nas sociedades mais evoluídas e menor nas sociedades mais simples. Tal complexidade aumenta à medida em que "o direito tem que abstrair-se crescentemente, tem que adquirir uma elasticidade conceitual-interpretativa para abanger situações heterogêneas, tem que ser modificável através de decisões, ou seja: tem que tornar-se direito positivo. Nesse sentido formas estruturais e graus de complexidade da sociedade condicionam-se reciprocamente".²⁴⁶

Assim sendo, "é necessário ver e pesquisar o direito como estrutura e a sociedade como sistema em uma relação de interdependência recíproca. Essa relação possui também um aspecto temporal, além do material, levando, portanto, a uma teoria evolucionista da sociedade e do direito".²⁴⁷

Vivendo em um mundo que apresenta multiplicidade de ex-

periências e ações - sendo que cada uma de *per si* oferece outras tantas possibilidades igualmente complexas e contingentes - o homem precisa constantemente selecioná-las e submeter-se aos perigos e desapontamentos daí decorrentes, porque "complexidade significa seleção forçada e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos".²⁴⁸

"Neste mundo complexo, contingente, mas mesmo assim estruturalmente conjecturável existem, além dos demais sentidos possíveis, outros homens que se inserem no campo de minha visão como um 'alter ego', como fontes eu-idênticas da experimentação e das ações originais".²⁴⁹ O outro é elemento de perturbação mas, ao mesmo tempo, permite que a complexidade e a contingência se realizem plenamente, porque as suas expectativas em relação a mim e as minhas em relação a ele aumentam o grau de complexidade e contingência.²⁵⁰ Complexidade e contingência são estruturalmente representadas pelo "mundo" em que as "formas comprovadas de seleção relativamente imune a desapontamentos aparecem como o sentido, cuja identidade pode ser apreendida - por exemplo como coisas, homens, eventos, símbolos, palavras, conceitos, normas. Nelas se ancoram as expectativas".²⁵¹ O reconhecimento e a absorção das perspectivas do outro implica em admitir que ele é livre para optar, errar, enganar-me; que seu comportamento pode acarretar-me decepções, etc; ocorrendo, assim, uma situação de "dupla contingência", em que cada um pode ter expectativas sobre a expectativa que o outro tenha dele. A "dupla contingência" envolve satisfação ou desapontamento em relação ao que se espera do outro, bem como avaliação do significado do comportamento próprio em relação ao outro. A integração destes dois planos é de natureza normativa, onde se insere o direito.²⁵²

Os sistemas sociais procuram reduzir as expectativas sobre expectativas, através de regras que delimitam a ação, sob a forma de estruturas, definidas por LUHMANN como tendo, ao lado de uma constância relativa, uma "função de fortalecimento da seletividade na medida em que ela possibilita a dupla seletividade (...). Através de um ato de opção, geralmente não percebido como tal, as estruturas restringem o âmbito da possibilidade de opções. Em termos imediatos elas delimitam o optável. Elas transformam o indefinido em palpável, a amplidão em redução. Na medida em que a seleção é aplicada sobre ela mesma, a estrutura a duplica, potenciando-a. O melhor exemplo disso é a linguagem que, através da sua estrutura, ou seja, da seleção prévia de um "código" dos significados possíveis, permite a escolha rápida, fluente e coerente da verbalização correspondente".²⁵³

Toda estrutura apresenta "desapontamentos", por sua insuficiência, ainda que temporária, ou pela própria maldade humana sempre pronta a atuar, mas sobretudo pela não especificação de todos os problemas. Isto é resolvido através de duas orientações, denominadas por LUHMANN de expectativas cognitivas ou normativas, que diferem entre si pelo seguinte: "ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgride".²⁵⁴

As normas são, em LUHMANN, "expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Seu sentido implica na incondicionabilidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e portanto também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma. O sím-

bolo do "dever ser" expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade - aí estão o sentido e a função do "dever ser".²⁵⁵

As expectativas normativas são tão fáticas, quanto as cognitivas, de modo que a contraposição tradicional entre o fático (ser) e o normativo (dever ser) deve ser abandonada, porque "o oposto adequado ao normativo não é fático, mas sim cognitivo. Só é possível optar-se coerentemente entre essas duas orientações com respeito ao tratamento de desapontamentos, e não entre o fático e o normativo".²⁵⁶

Observa-se que as expectativas cognitivas são mais flexíveis do que as normativas, visto que as primeiras decorrem daquilo que todos sabem que deve ser a expectativa dos outros, tais como cumprimentos, hábitos pessoais de higiene, etc, modificando-se com maior frequência.

O direito, como expectativa normativa, surge em LUHMANN a partir de desapontamentos, como uma das premissas de formação do direito, criticando "o caráter relativamente simples da concepção dogmática que fundamenta a vigência de normas através de normas superiores. No lugar de tal fundamentação por meio de uma hierarquia de fontes do direito, vemo-nos diante da fundamentação através de processos reflexivos da expectativa de expectativas, que permitem uma diferenciação entre expectativas cognitivas e normativas, podendo, assim, por meio de diferentes constelações, fazer juz a exigências as mais diferenciadas. Com isso, porém, apenas esboçamos o ponto de partida para a compreensão dos processos de formação do direito. Uma expectativa normatizada e inabalável frente a decepções é, inicialmente, apenas uma projeção, um projeto subjetivo".²⁵⁷

Tais projeções normativas em uma sociedade fazem-se através do que LUHMANN denomina de "institucionalização", que "produz uma seleção evolutiva na medida em que escolhe-se consensualmente quais projeções normativas são úteis em uma sociedade".²⁵⁸ Como se processa essa seleção? Por um mecanismo que LUHMANN descreve como sendo aquele desejo de "permanecer seguro na invisibilidade "que motiva a obediência às expectativas institucionalizadas, visto que são poucos os que querem rebelar-se e chamar a atenção para si mesmos, tal comportamento fortalece "a impressão de uma opinião unitária acima da multiplicidade das expectativas fáticas, tornando assim as expectativas expectáveis".²⁵⁹ E acrescenta enfático: "As instituições se fundamentam, então, não na concordância fática de determináveis manifestações de opiniões, mas sim no sucesso ao superestimá-las. Sua continuidade está garantida enquanto quase todos suponham que quase todos concordem; e possivelmente até mesmo enquanto quase todos suponham que quase todos suponham que quase todos concordem".²⁶⁰

Sendo o direito uma "estrutura de um sistema social" e como todo sistema social procura reduzir as expectativas sobre expectativas, é importante compreender em LUHMANN o que seja expectativa, a qual não surge isoladamente e nem corresponde a um objeto, mas é sobretudo "intencionalidade que aponta para o futuro do fluxo da experimentação, que procura sempre conteúdos cambiantes, e que experimenta a realidade através do seu câmbio".²⁶¹ As expectativas, no caso do direito, são comportamentais, e podem "referir-se a pessoas concretas, a determinados papéis, a determinados programas (fins, normas), e a determinados valores".²⁶²

Para uma melhor compreensão da terminologia de LUHMANN é preciso recorrer às definições que elabora a propósito dos termos acima referidos: "Papéis são feixes de expectativas, limitados em seu volume por sua exeqüibilidade, mas não vinculados a uma determinada pessoa, podendo ser assumidos por diferentes atores";²⁶³ ao passo que "um grau de abstração muito mais alto e mais fortemente variável pode ser alcançado ao apoiar-se uma complexão de expectativas não mais na unidade de um ator dentro de um papel (mesmo que intercambiável e não identificado pessoalmente), mas sim apenas em uma regra decisória verbalmente fixada, cuja aplicação seja garantida através da institucionalização. Tais regras denominaremos programas, quando as condições de sua aplicabilidade são especificadas. Este é o caso quando, ao conhecer-se melhor a situação, as regras levam a esperar-se determinadas ações ou determinadas conseqüências de ações. Desta forma os programas exercem a dupla função de servir de apoio a decisões e a expectativas. Isto é efetuado por programas intencionais que fixam determinadas conseqüências e condições para a ação esperada, mas também por programas condicionais que definem determinadas causas como desencadeadoras de determinadas ações, através de um esquema "se/ então".²⁶⁴ Quanto aos valores são "julgamento sobre a preferibilidade de ações. Eles não especificam, porém, quais ações têm preferências sobre quais outras ações, fornecendo portanto referências muito indeterminadas para a formação e a integração de expectativas (...) Diferentemente dos programas, os valores são formulados tão abstratamente que a relação recíproca entre os diferentes valores não pode ser estabelecida em termos constantes. Podemos institucionalizar e generalizar abstratamente somente as próprias

posições valorativas, mas não as relações entre elas. Não existe um "sistema de valores" ou "hierarquias de valores". Daí os valores, em si mesmos, não poderem justificar qualquer ação correspondente nem merecerem uma consideração incondicional em qualquer programa".²⁶⁵

O que é generalização? Em diversos momentos de sua obra LUHMANN se refere à necessidade crescente de abstração do direito para comportar a variabilidade e complexidade do sistema social, destacando que as pessoas, os papéis, os programas e os valores representam "momentos" desta generalização, "através dos quais as expectativas comportamentais podem ser enfeixadas por meio de um princípio objetivo de identificação, e assim ancoradas no mundo exterior".²⁶⁶ A complexidade da sociedade atual exige que todos os planos de generalização sejam cada vez mais diferenciados, de modo que as estruturas sociais tendem a deslocar-se mais para os planos intermediários (papéis e programas), porque "as pessoas seriam identificações demasiadamente concretas, e os valores seriam demasiadamente abstratos", não querendo com isso significar que os planos intermediários sejam mais duradouros mas que "ao contrário, através do alto grau de complexidade, franqueza, interdependência e contradição das expectativas comportamentais com eles identificados, produzem eles mesmos, constantemente, aspirações de mudanças. Quanto maior for sua interdependência, mais dinâmica será a sociedade, mais imprescindível será encontrar novas soluções para a estabilização social e institucional de expectativas comportamentais".²⁶⁷ "Podemos supor, acrescenta LUHMANN, que essa acentuação dos planos intermediários significa também que o mecanismo do direito deslocou-se, mais fortemente que nas sociedades antigas, para

os planos dos papéis e dos programas. O direito adquire seu centro de gravidade em papéis específicos e programas específicos para o processo decisório jurídico. (...) Isso não significa que as pessoas e os valores perdem seu significado para o direito, mas sim que a identificação e a mutabilidade das complexões de expectativas do direito não mais estão vinculadas à unidade de uma pessoa ou à justificativa através de um valor. Separação não quer dizer isolamento, mas apenas invariância relativa e variabilidade independente".²⁶⁸

As expectativas comportamentais se projetam em uma dimensão temporal, sendo estabilizadas contra frustrações através da normatização; ao passo que na dimensão social pela institucionalização (espécie de consenso acerca de determinados comportamentos) e na dimensão prática pela identificação de sentido. Ao direito cabendo conciliar estas três dimensões, através do que LUHMANN denomina uma "generalização congruente", entendendo-se tal congruência como harmonização e seleção de expectativas comportamentais, através da compatibilização das generalizações temporal, social e prática.²⁶⁹ E acrescenta: "Por isso o direito situa-se preferentemente no plano dos papéis e dos programas, porque é aqui que se alcança a mais alta complexidade e ao mesmo tempo a congruência mais convincente das expectativas".²⁷⁰

Desta forma, ao generalizar expectativas comportamentais seletivamente, o direito constitui-se em estrutura dos sistemas sociais, dotado de funcionalidade, representada por um espécie de "alívio" para as expectativas: "o alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da

expectativa contrafática".²⁷¹

O direito se refere, portanto, a expectativas comportamentais de outras pessoas e tem natureza normativa, ao mesmo tempo que é uma estrutura de um sistema social, ou seja: "Podemos agora definir o direito como estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas".²⁷²

No conceito de direito uma constante é a função de generalização congruente, porém o grau de diferenciação dos mecanismos do direito é variável de acordo com o tipo de sociedade e a complexidade que apresenta, porque a sociedade é um sistema social, ao lado de sistemas parciais, também sociais, como a família, empresas, conventos, etc. A complexidade de um sistema é regulada por sua estrutura, ou seja, pela seletividade que a mesma faz em relação ao ambiente, pessoas, valores, etc. Como integrante social, "o direito tem que ser visto como uma estrutura cujos limites e cujas formas de seleção são definidos pelo sistema social. Ele não é de nenhuma forma a única estrutura social: além do direito devem ser consideradas as estruturas cognitivas, os meios de comunicação (como por exemplo a verdade ou amor), e principalmente a institucionalização do esquema de diferenciação de sistemas na sociedade".²⁷³

A estrutura que o direito é tem um papel significativo no pensamento de LUHMANN, "porque sem a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas os homens não podem orientar-se entre si, não podem esperar suas expectativas. E essa estrutura tem que ser institucionalizada ao nível da própria sociedade, pois só aqui podem ser criadas aquelas instâncias que domesticam o ambiente para outros sistemas sociais. Ela se

modifica, portanto, com a evolução da complexidade social".²⁷⁴

São basicamente três as dimensões de formação do direito: uma que envolve a formação do direito: a que envolve a formação de sistemas parciais funcionalmente específicos, que conduz à superprodução de possibilidades de experimentação e de ação, que seria a dimensão temporal do direito e que se localiza no nível normativo; outra através da diferenciação de sistemas (processos) especiais de interação, específicos do direito, os quais se tornam sustentáculos sociais, crescentemente autônomos, das decisões jurídicas imperativas e o terceiro compreendendo as "definições de sentido", ou seja, "representações mais abstratas (mais ricas em variações) no lugar de noções concretas".²⁷⁵

A variabilidade da estrutura representada pelo direito decorre da mudança estrutural que a vida social impõe, a qual se processa mediante o que LUHMANN denomina de "diferenciação segmentária e diferenciação funcional", isto porque a sociedade comporta diversos sistemas parciais. "Na diferenciação segmentária são formados diversos sistemas iguais ou semelhantes: a sociedade compõe-se de diversas famílias, tribos, etc. Na diferenciação funcional os sistemas parciais, ao contrário, são formados para exercerem funções especiais e específicas, sendo portanto distintos entre si: para a política e a administração, para a economia, para a satisfação de necessidades religiosas, para a educação, para cuidar dos doentes, para funções familiares residuais (assistência, socialização, recreação), etc".²⁷⁶

Na verdade, a diferenciação segmentária gradativamente evoluiu para uma diferenciação funcional, como um traço característico do desenvolvimento social, visto que a última aumenta a superprodução de possibilidades e a seletividade se torna inevi-

tável. No tocante ao direito isso significa que as projeções normativas referentes aos diversos sistemas parciais se tornam cada vez mais numerosas e divergentes exigindo uma maior seletividade que se verifica através das citadas dimensões por LUHMANN assim resumidas:

" ... a diferenciação funcional parece ser o mecanismo primário da geração da variedade, da diversidade de alternativas e da superprodução de normas, pois ela dota seus sistemas parciais com a capacidade de ver o ambiente de forma mais abstrata, e daí menos transigente e portanto mais necessitada de compensações, desenvolvendo também as respectivas expectativas. Os processos são antes de tudo mecanismos de institucionalização seletiva. Neles é decidido quais normas geram um consenso real ou presumível, tornando-se socialmente utilizáveis. Ao mesmo tempo gera-se e estabiliza-se nos processos aquela sedimentação de sentido que firma as normas em um contexto interpretativo, tornando-as transmissíveis. O grau de abstração e a complexidade do conjunto de normas a cada caso vigente enquanto direito dependerá de processos instaurados, e isso, por seu lado, não seria independente do tipo e do grau de diferenciação sistêmica da sociedade".²⁷⁷

O direito tem nas "identificações de sentido" sua dimensão mais expressiva, visto que responde pela manutenção da alta complexidade do direito, pela estabilização das formas processuais de solução de problemas e pelas crescentes exigências de mudanças:" As identificações de sentido, com as quais expectativas concretas são geradas no direito, têm que ser abstraídas para poderem captar um número maior de possibilidades mais variadas (...) De um direito concebido de forma abstrata resultam melhores possibilidades de integração, nele pode-se acomodar mais expectativas normativas, mas ele também pressupõe processos mais eficientes de seleção que ajudem a superar a grande distância que separa as premissas programáticas para decisões das próprias decisões em cada caso. Além disso um direito mais abstrato se afasta mais das outras esferas do sentido - não por pretender um isolamento obstinado, mas tendo em vista o resultado de que as outras esferas possam tornar-se objeto de deci-

sões jurídicas. Com todas essas relações temos um processo de abstração, por exemplo, quando a orientação da vida jurídica muda de referência do permitido/proibido para o válido/nulo".²⁷⁸

Em seguida, procura LUHMANN aplicar sua análise funcional à evolução do direito, distinguindo três fases: o direito arcaico, o direito das altas culturas antigas e o direito positivo da sociedade moderna. O marcante desta distinção é o grau de desenvolvimento que o sistema apresenta e não propriamente sua cronologia.

Na sociedade do tipo arcaico, o princípio fundamental que rege suas disputas jurídicas é o do parentesco, havendo uma diferenciação segmentária e um baixo grau de diferenciação funcional de papéis.²⁷⁹ Prevalecem a represália e a reciprocidade. A transgressão do direito exige vingança que se prolonga por vezes por gerações e gerações, representando o primeiro princípio jurídico, segundo LUHMANN.²⁸⁰ "A reciprocidade é convincente na medida em que as situações, nas quais os direitos e os deveres se baseiam, sejam reversíveis: só quem puder ser colocado na situação em que o outro se encontra poderá também reconhecer-se e respeitar-se no outro".²⁸¹ A represália é restringida pelo Talião, porque estabelece limites à amplitude da vingança. Os mecanismos jurídicos da resolução de conflitos têm sua sustentação através de processos ou estruturas como a formalização e a ritualização, que apresentam uma rigidez marcante, mas "... a função do ritualismo reside no desempenho de abstração, na especificação e na neutralização das formas jurídicas frente aos papéis, tornando-as independentes das eventuais contingências, com o que elas passavam a poder ser transmitidas e, enquanto formas, excluídas da disputa. Dessa forma, o procedimento judicial,

com seus formalismos e riscos incalculáveis, inicialmente ainda podia encaixar-se no conjunto de pressões que, como nas sociedades arcaicas, em muitos casos provocava o apaziguamento da disputa, e mesmo assim já contribuía para destacar estruturalmente o direito da dependência de estruturação dos sistemas de parentesco".²⁸²

O desenvolvimento econômico fomentou as disputas jurídicas "... surgindo uma necessidade de institucionalização de processos regulares para decisões sobre disputas jurídicas, correspondendo, no campo do direito material, a uma necessidade de separação entre direito civil e direito penal, que não era possível no campo da vigência da defesa própria".²⁸³

Estes aspectos revelados no exame do direito arcaico demonstram que o desenvolvimento do direito depende das possibilidades de aumento da complexidade do sistema social, de sorte que, quanto menos diferenciadas se apresentam as sociedades, sobretudo sob o aspecto funcional da distribuição de papéis, menor é também a complexidade do direito, pela falta de alternativas que exijam uma constante seletividade dos comportamentos.

As culturas antigas já apresentam uma certa diferenciação funcional, classificada por LUHMANN de "incompleta", porque os centros funcionais, como o político e o econômico, são precariamente estruturados e as relações de parentesco ainda dominam o direito destas culturas; ou a religião, como ocorreu no Oriente, ou mesmo o comércio, como na Mesopotâmia. Assim, um "direito livre da religião e da casa do senhor" somente se tornou possível quando se verificou "um primado social do centro funcional da política", como ocorreu no direito romano, propiciando construções jurídicas, tais como a "idéia de atribuir

o risco do defeito ao comprador e não ao vendedor, ou então a de deduzir a propriedade da posse atual (e não da antiga)".²⁸⁴

Ao lado desse primado, gradativamente, se desenvolveu uma forma hierárquia de dominação, em que os papéis são distribuídos a partir das idéias de escalão superior e inferior, multiplicando-se as estruturas, "inicialmente independentes, mas que terminam por se constituir em um conjunto 'natural e indissolúvel', o que se verifica através de: 1) prestigiamento crescente do 'superior' em relação ao 'inferior'"; que fundamenta uma diferença sistemática de categoria (fundamentada não só politicamente, mas também em termos religiosos, econômicos, militares, etc.) e que são visualizados e sustentados por diversos mecanismos secundários, como símbolos de *status*, formas diferentes de comunicação e até mesmo línguas distintas para relação entre os "iguais" ou "superiores"; 2) divisão de tarefas, de modo que as mais importantes cabem às categorias superiores e as menos complexas às inferiores; 3) "através de uma estrutura assimétrica de comunicação, cabendo aos superiores dar instruções e aos inferiores obediência obrigatória" e, por último, 4) fixação de papéis por categorias, de forma permanente.²⁸⁵

Nesse contexto se desenvolveu o direito das culturas antigas, cuja sociedade é mais complexa, e os conflitos já são decididos independentemente da intervenção dos parentes, sob a forma de represália ou vingança familiares. Inaugura-se um novo estilo de direito, ou seja, "o que estabelece aquele complexo de expectativas comportamentais normativas, cujo reconhecimento é obtido através de uma ação na justiça, no tribunal".²⁸⁶ Toma vulto, nesta fase, a institucionalização do procedimento judicial e a presença de um terceiro que impõe soluções com ba-

se em orientações normativas, e não pelo poder familiar de um dos litigantes. "O direito assume agora a forma de programas decisórios axiomáticamente estabelecidos, ou seja: formulando as condições sob as quais as decisões são corretas".²⁸⁷

Para LUHMANN, "as variações mais expressivas dessas culturas jurídicas são o direito romano e a *common law* anglo-saxônica. Ambos possuem características e conceitos eminentemente técnicos em termos jurídicos e processualmente referenciados, sem incluírem a noção de um sistema objetivo de normas".²⁸⁸

A diferenciação grega entre direito natural e direito baseado na lei (*nomos*) teria surgido da necessidade de delimitar o direito vigente, variável de sociedade para sociedade. Apenas, posteriormente, na Idade Média, apresentou-se tal diferenciação hierárquica, com a superioridade do direito natural face à lei humana.

Assim, "nos direitos arcaicos existiam inicialmente apenas aquelas idéias jurídicas imanentes da vingança e da reciprocidade - versões do problema básico da generalização congruente que expressavam o direito nas expectativas e nas ações jurídicas. No pensamento jurídico grego essas idéias básicas são ampliadas no conceito da justiça, que pode ser anteposto ao próprio direito, e não só ao comportamento. Agora é estabelecida uma relação indicativa entre o direito enquanto conjunto de normas e o princípio da sua unidade, relação essa que é pensada tanto como determinação da sua essência quanto como norma em si. Com isso se tenta extrapolar uma versão mais abstrata dos critérios arcaicos da vingança e da reciprocidade, que sugere seus limites imanentes e corresponda a condições mais complexas de vida. Com isso o direito conquista uma nova configuração histó-

rica".²⁸⁹

A positivação do direito decorre do avanço da diferenciação funcional do sistema social. Esta, por sua vez, cria sistemas sociais parciais para resolução dos problemas sociais específicos e surge, por consequência, uma superabundância de possibilidades, obrigando a seletividade constante. Há colisão entre os diversos sistemas especiais, como entre a economia e a política, a educação e a psicologia, a ciência e a realidade, de tal forma que "as possibilidades e a realidade distanciam-se cada vez mais devido a esse princípio da formação de sistemas, e aqui parece residir o motivo em si para as tendências 'anômicas' que a sociedade moderna apresenta".²⁹⁰

Tendências essas que se revelam a cada instante na ausência de leis ou regras de organização suficientes para atender à crescente complexidade dos sistemas parciais. Ao lado da anomia, a racionalidade representa um peso excessivo para a tomada de decisões e a interdependência dos diversos sistemas parciais "acarreta um crescimento dos problemas e dos conflitos internos na sociedade e, dessa forma, um crescimento dos encargos decisórios em todos os planos da generalização".²⁹¹

Para o direito, a crescente diferenciação funcional do sistema social se reflete nos diversos institutos, no fato "de que noções já familiarizadas se tornam questionáveis e inseguras; surgem rachaduras nos sistemas dogmáticos. Um grande número de novas expressões ainda não encaminhadas, como o direito securitário, direito do trabalho, o direito do trânsito, transbordam o direito vigente e fazem com que decline sensivelmente o nível da arte conceitual e do domínio da matéria no direito. Apesar de toda a valorização da atividade decisória dos juizes

pode-se perceber que esses problemas não podem mais ser resolvidos no plano e na forma do direito dos juristas até então praticado. Na medida em que possam ser resolvidos no plano e na forma do direito dos juristas até então praticado. Na medida em que possam ser resolvidos pelo direito, eles exigem cada vez mais o recurso à legislação".²⁹²

A positividade do direito tornou-se possível graças à separação entre o cargo e a pessoa, de forma que a substituição de pessoas em nada afeta o exercício das funções que lhes são próprias e somente devido ao cargo é que a pessoa pode alterar o direito. Distingue-se "desobediência" de "intenção de mudar", ou seja, o desejo de alterar o direito vigente não é encarado como um ato ilegal ou mesmo um protesto, porque o próprio direito contém mecanismos que permitem sua alteração, através de iniciativas legislativas, políticas ou mesmo populares. Fica evidente que as leis não comportam todo o direito, o que conduz a "uma nova acentuação do direito dos juízes, e isso no terreno da positividade. Essa caracterização do direito dos juízes ou da legislação através da jurisprudência inclui recursos ao antigo direito dos juristas, por exemplo quando se acentua nos juízes a neutralidade política, a articulação da consciência jurídica na sociedade, a responsabilidade pelas conseqüências das decisões e a sensibilidade para o deslocamento cuidadoso das imagens dogmáticas do direito".²⁹³

O processo histórico de desenvolvimento da positividade, em LUHMANN, não significa apenas a ampliação dos poderes conferidos ao Legislativo, ou mesmo o desaparecimento da hierarquia das leis, mas "em positividade - no sentido do direito enquanto totalidade - somente quando o próprio estabelecimento do direi-

to, ou seja a decisão, tornou-se base do direito. E isso só pode ocorrer na medida em que a própria seletividade desse estabelecimento é aproveitada para a estabilização do direito. O direito positivo vige não porque normas superiores permitem, mas porque sua seletividade preenche a função do estabelecimento de congruência".²⁹⁴

Assim, a passagem para o direito positivo deu-se em função da decisão, a qual pode modificar o próprio direito, dando-lhe nova dimensão, de sorte que "a complexidade e a contingência permitidas estruturalmente ao direito elevam-se ao incomensurável, e nesse horizonte enormemente expandido de possibilidades, o direito muda sua qualidade propriamente jurídica, apesar de toda constância de normas e conceitos jurídicos isolados. Esse processo é comparável com a passagem do direito arcaico da auto-defesa para o direito civil e estatal das culturas avançadas, no que diz respeito à abrangência da reestruturação, suas condições e conseqüências sociais".²⁹⁵

O processo de positivação do direito deu-se paralelamente à diferenciação funcional do sistema social não por mero acaso, mas para acompanhar o mais proximamente possível a complexidade e contingência da realidade social. A positividade pode ser concebida ainda como "seletividade intensificada do direito". O direito natural perde sua suposta invariabilidade, para ser apenas uma escolha ou opção, de modo que essa mudança estrutural "torna a decisão o princípio do direito". Sua positividade não resulta da Constituição (mas vige também quando a Constituição a nega, "assumindo-se" como direito natural ou inalterável); ela não resulta da referência lógica a uma norma básica que confere vigência normativa a determinadas decisões

(mas quando muito é simbolizada e construída juridicamente pela idéia de uma tal norma básica); ela resulta, isso sim, do desenvolvimento social e está correlacionada com uma estrutura social que gera uma superabundância de possibilidades através da diferenciação funcional, apresentando por isso a tendência de fazer com que todo o direito pareça contingente".²⁹⁶

2.5.1 Conclusão

Em um rápido exame do pensamento de LUHMANN verifica-se que o direito é estrutura de um sistema social, cuja função é regular a complexidade e a contingência deste mesmo sistema, por meio da seletividade de modos comportamentais, de sorte que as expectativas interindividuais apresentem o menor número possível de desapontamentos. Assim, "estrutura" em LUHMANN não se limita apenas à manutenção da constância de certas expectativas em relação a outras, mas tem uma função de delimitação do universo de opções, com o qual podem os indivíduos lidar, cujo exemplo mais significativo é a linguagem, que seleciona um código do qual todos se utilizam para se comunicar.

"As normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos", ou seja, mesmo que haja descumprimento dos seus preceitos, nem por isso deixam de vigor, apesar dos fatos contradizerem seus termos. As normas, como expectativas sobre expectativas, têm uma função de regular os desapontamentos, estabelecendo-lhes limites, já que os "desapontamentos" são parte integrante de qualquer sistema social, visto que nem todos os desejos, aspirações, etc. dos indivíduos podem ser satisfeitos sempre, havendo de uma forma ou de outra expectativas que não são satisfeitas, são proibidas ou mesmo que não são pre-

vistas e protegidas pelo direito. Em termos jurídicos diríamos que há direitos e deveres que implicam em limites à conduta individual, os quais nem sempre são exercidos em conformidade com o que a lei estabelece, provocando "desapontamentos", ou mesmo que os desapontamentos são previstos pela própria lei, já que não há direitos sem deveres correspondentes. É o caso do titular de um direito que não o vê respeitado, ou mesmo que não se conforma com os limites que lhe são impostos ao seu exercício.

Como "expectativa", ou seja, "intencionalidade" o direito regula comportamentos de pessoas concretas, papéis por elas desempenhados, programas (fins e normas) que devem atingir e valores que devem ser preservados, os quais representam planos diferentes de generalização, que precisam ser regulados de modo a produzir uma "congruência seletiva", afastando-se, tanto quanto possível, o risco da expectativa contrafática; por esse motivo, define o direito "como estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas".²⁹⁷

No acompanhamento evolutivo do direito, verifica-se que o direito positivo é o que mais confirma esta concepção, representado não apenas pelas leis, elaboradas pelo Poder Competente, mas, sobretudo, pelas decisões dos juízes, que têm permitido uma crescente seletividade no universo cada vez maior de possibilidades que a diferenciação funcional de papéis e programas tem propiciado. Assim, a positividade representa o ponto alto em termos de seletividade, correspondendo ao que LUHMANN denomina de "seletividade intensificada do direito".

O direito contemporâneo é, portanto, marcado pelo princípio da decisão, cuja positividade não repousa em uma referên-

cia lógica a uma norma fundamental, mas decorre do desenvolvimento social com o qual se defrontam os juizes, o que confere ao direito uma natureza cada vez mais contingente, ou seja, de confronto constante com o perigo de desapontamentos e com a necessidade de assunção de riscos.²⁹⁸

NOTAS DE REFERÊNCIA

- 88 OLIVEIRA FILHO, Benjamim de. Introdução à Ciência do Direito. p.352
- 89 _____. Idem. p.353
- 90 HART, H.L.A. . El Concepto de Derecho. p.32.
- 91 _____. Idem. p.35.
- 92 _____. Idem. p.37.
- 93 _____. Idem. p.40.
- 94 _____. Idem. p.45.
- 95 _____. Idem. p.52.
- 96 _____. Idem. p.61.
- 97 _____. Idem. p.101.
- 98 _____. Idem. p.102.
- 99 _____. Idem. p.112.
- 100 _____. Idem. p.113.
- 101 _____. Idem. p.114.
- 102 _____. Idem. p.115.
- 103 _____. Idem. p.117.
- 104 _____. Idem. ibidem.
- 105 _____. Idem. p.118
- 106 _____. Idem. p.119
- 107 _____. Idem. p.120.
- 108 _____. Idem. p.126
- 109 _____. Idem, ibidem.
- 110 _____. Idem. p.127.
- 111 _____. Idem. p.128.
- 112 _____. Idem. p.129.
- 113 _____. Idem. p.130.
- 114 _____. Idem. p.132.
- 115 _____. Idem. p.133.
- 116 _____. Idem. p.139.
- 117 _____. Idem. p.142.
- 118 _____. Idem. p.145.
- 119 _____. Idem, ibidem.

- 120 _____. Idem. p.146.
121 _____. Idem. p.147.
122 _____. Idem. p.151.
123 _____. Idem. p.165.
124 _____. Idem. p.168.
125 _____. Idem, ibidem.
126 _____. Idem. p.171.
127 _____. Idem. p.173.
128 _____. Idem. p.175.
129 Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. p.21.
130 _____. Idem. p.22.
131 _____. Idem. p.57.
132 _____. Idem. p.60.
133 _____. Idem. p.61.
134 _____. Idem. p.86.
135 _____. Idem. p.87.
136 _____. Idem. p.111.
137 _____. Idem, ibidem.
138 _____. Idem. p.127.
139 _____. Idem. p.140.
140 _____. Idem. p.170.
141 _____. Idem. p.211.
142 _____. Idem. p.212.
143 _____. Idem. p.223.
144 _____. Idem. p.265.
145 _____. Idem. p.267.
146 _____. Idem. p.269.
147 _____. Idem, ibidem.
148 _____. Idem, p.270.
149 _____. Idem, p.271.
150 _____. Idem, p.272.
151 _____. Idem. p.273.
152 _____. Idem. p.274.
153 _____. Idem. p.275.
154 _____. Idem. p.276.
155 _____. Idem. p.283.
156 _____. Idem. p.277.
157 _____. Idem. p.285.
158 _____. Idem. p.286.
159 _____. Idem, ibidem.
160 _____. Idem. p.290.
161 _____. Idem. p.291.

- 162 _____. Idem.p.292.
163 _____. Idem. p.298.
164 _____. Idem. p.377.
165 _____. Idem. p.381.
166 _____. Idem. p.382.
167 _____. Idem. p.389.
168 _____. Idem. p.390.
169 _____. Idem. p.417.
170 _____. Idem. p.424.
171 _____. Idem. p.437.
172 _____. Idem. p.432.
173 _____. Idem. p.450.
174 _____. Idem. p.451.
175 _____. Idem. p.459.
176 _____. Idem. p.460.
177 _____. Idem. p.277. HART, Obra citada. p.113.
178 HART, H.L.A. Obra citada. p.139.
179 _____. Obra citada. p.112.
180 KELSEN, Hans. Obra citada. p.271.
181 _____. Idem. p.273.
182 _____. Idem. p.110.
183 HART, H.L.A. Obra citada. p.168.
184 KELSEN, Hans. Idem. p.20.
185 _____. Idem. p.263.
186 HART, H.L.A. Obra citada. p.288.
187 _____. Idem, ibidem.
188 _____. Idem, ibidem.
189 _____. Idem, ibidem.
190 _____. Idem. p.290.
191 _____. Idem. p.292.
192 _____. Idem. p.168.
193 BOBBIO, Norberto. Teoria Dell'Ordinamento Guiridico. p.5.
194 _____. Idem. p.6.
195 _____. Idem. p.15.
196 _____. Idem. p.18.
197 _____. Idem. p.22.
198 _____. Idem. p.23.
199 _____. Idem. p.26.
200 _____. Idem. p.29.
201 _____. Idem. p.30.
202 _____. Idem. p.32.
203 _____. Idem. p.35.

- 204 _____. Idem. p.37.
205 _____. Idem. p.41.
206 _____. Idem. p.53.
207 _____. Idem, ibidem.
208 _____. Idem. p.56.
209 _____. Idem. p.57 e ss.
210 _____. Idem. p.62.
211 _____. Idem. p.64.
212 _____. Idem. p.67.
213 _____. Idem. p.74.
214 _____. Idem. p.75-77.
215 _____. Idem. p.78-80.
216 _____. Idem. p.82.
217 _____. Idem. p.94.
218 _____. Idem. p.90.
219 _____. Idem. p.91-92.
220 _____. Idem. p.88.
221 _____. Idem. p.102.
222 _____. Idem. p.106.
223 _____. Idem. p.111.
224 _____. Idem. p.116-118.
225 _____. Idem. p.120.
226 _____. Idem. p.123.
227 _____. Idem. p.126.
228 _____. Idem. p.129.
229 _____. Idem. p.131.
230 _____. Idem, ibidem.
231 _____. Idem. p.159-161.
232 _____. Idem. p.163.
233 _____. Idem. p.163-164.
234 _____. Idem. p.165.
235 _____. Idem. p.171-184.
236 _____. Idem. p.186.
237 _____. Idem. p.189.
238 _____. Idem. p.238.
239 _____. Idem. p.239.
240 _____. Idem. p.195.
241 _____. Idem. p.196-201.
242 _____. Idem. p.18.
243 LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I. p.13.
244 _____. Idem. p.13.
245 _____. Idem. p.13.

- 246 _____. Idem. p.15.
247 _____. Idem. p.15.
248 _____. Idem. p.46.
249 _____. Idem. p.47.
250 _____. Idem. p.47.
251 _____. Idem. p.47.
252 _____. Idem. p.48.
253 _____. Idem. p.54.
254 _____. Idem. p.56.
255 _____. Idem. p.57.
256 _____. Idem. p.57.
257 _____. Idem. p.66.
258 _____. Idem. p.76.
259 _____. Idem. p.83.
260 _____. Idem. p.84.
261 _____. Idem. p.97.
262 _____. Idem. p.100.
263 _____. Idem. p.101.
264 _____. Idem. p.103.
265 _____. Idem. p.104.
266 _____. Idem. p.104.
267 _____. Idem. p.108.
268 _____. Idem. p.109.
269 _____. Idem. p.116.
270 _____. Idem. p.118.
271 _____. Idem. p.115.
272 _____. Idem. p.121.
273 _____. Idem. p.170.
274 _____. Idem. ibidem.
275 _____. Idem. p.176.
276 _____. Idem. p.177.
277 _____. Idem. p.181.
278 _____. Idem. p.180.
279 _____. Idem. p.185.
280 _____. Idem. p.190.
281 _____. Idem. p.191.
282 _____. Idem. p.196.
283 _____. Idem. p.197.
284 _____. Idem. p.204.
285 _____. Idem. p.205.
286 _____. Idem. p.206.
287 _____. Idem. p.213.

- 288 _____. Idem. p.215.
289 _____. Idem. p.223.
290 _____. Idem. p.226.
292 _____. Idem. p.227.
293 _____. Idem. p.236.
294 _____. Idem. p.237.
295 _____. Idem, ibidem.
296 _____. Idem. p.238.
297 _____. Idem. p.121.
298 _____. Idem. p.46.

PARTE II - DUAS ORDENS DE NORMAS EM UMA ORDEM MAIOR

INTRODUÇÃO

Pelo visto, observa-se que as variações em torno da idéia de sistema conduzem a conclusões as mais diversas, de sorte que se torna imperiosa a escolha de uma diretriz conceitual para a monografia, sobretudo se se pretende que sirva como recurso didático a iniciantes no estudo do Direito.

Assim, partindo-se de um dado lógico, qual seja de que o Direito é, em sua evidência primeira, um conjunto de normas de naturezas diversas (legais, jurisprudenciais, consuetudinárias, negociais, etc) e que tais normas guardam entre si relações, fundadas em princípios e dotadas de hierarquia, poder-se-á dizer que "sistema" é um instrumento para leitura e identificação do mundo jurídico.

Se quisermos utilizar uma metáfora, podemos dizer que o sistema é uma espécie de "lupa", que permite ao jurista examinar o Direito em suas várias manifestações, de modo a "identificar" se há entre as diversas normas unidade e coerência, requisitos fundamentais à continuidade do próprio sistema, conforme foi visto em BOBBIO.

O sistema ou a "lupa" é um recurso técnico de grande valia, todavia, a "leitura", ou seja, a identificação das características, com a valorização de umas em detrimento de outras, é uma tarefa do cientista do Direito. Justamente neste ponto é que se torna, por vezes, difícil encontrar convergência entre a

leitura sociológica, histórica, jurídico-dogmática, crítica, etc, porque as diversas tendências conduzem a leituras diferentes do mundo jurídico. No entanto, pode-se observar que a diversidade de correntes ou interpretações não abrem mão da idéia de sistema, mesmo que não a utilizem expressamente. Até nos casos em que o ponto de partida é a noção de "problema", que pretende ser o oposto à de "sistema", verifica-se que se podem identificar princípios comuns que conduzem à construção de um sistema, ainda que não tão complexo quanto os elaborados pelos que abertamente conduzem seu raciocínio pela visão sistemática do Direito. Vejamos um exemplo em SICHES:

" O pensamento sobre problemas analisa todos os componentes da questão jurídica proposta; tenta compreender a significação e o alcance de cada um dos seus componentes; relaciona esses componentes com as valorações adequadas; indaga as respectivas relações de classe ou hierarquia entre os valores que estejam em questão. E finalmente leva em conta os diferentes efeitos de cada uma das soluções propostas, tratando de compará-las com os valores e com os propósitos ou fins implicados pela situação conflitiva, que foi a que colocou o problema".

Referindo-se à multiplicidade de preceitos jurídicos, o mesmo autor preleciona: "Sem dúvida, constituem uma totalidade, diríamos orgânica, sistemática do ponto de vista formal, pois, se não fosse assim, não seria possível uma ordem jurídica positiva. E não seria possível tal ordem jurídica positiva, porque nos encontraríamos diante de uma multidão de preceitos de diversas origens, de graus diferentes, inclusive de conteúdo desigual, sem saber como articulá-los".²⁹⁹ Portanto, mesmo condenando o que denomina de "dogmatismo sistemático", ao expor sua "lógica do humano ou do razoável", SICHES deixa entrever que é impossível, até para uma proposta que pretende ser assistemática, abandonar aspectos como relações de classe, hierarquia, ordem, graus,

comparação, etc, no trato dos "problemas jurídicos concretos".

Ao utilizar o "sistema como instrumento ou lupa" para leitura e identificação do Direito, suponhamos que a primeira visão que o jurista venha a ter seja global, isto é, do conjunto de normas. Verificará que se trata de uma ordem ou "organização de normas",³⁰⁰ que conservam entre si coerência, hierarquia, unidade, etc. Tal "organização" existe, conforme a ótica do jurista, a partir de uma norma fundamental ou mesmo de princípios que legitimam a produção de tais normas, dependendo da leitura positivista, jusnaturalista, etc. Tercio Sampaio FERRAZ ensina que "os sistemas normativos são sistemas globais e não-somativos. Isto é, são todos coesos, onde a variação numa parte afeta o todo e vice-versa; e por isso, eles são não-somativos, isto é, o sistema tem qualidades que não resultam da soma das qualidades das suas partes. Esta qualidade do sistema é a sua imperatividade".³⁰¹

Podará, no entanto, o jurista optar pelo exame de uma parte do todo - a norma, porém verificará que sua identificação dependerá necessariamente do exame do todo para constatação de sua inclusão ou não no mundo jurídico. A verdade é, portanto, que quer a leitura vá do todo para as partes ou vice-versa, a idéia de sistema é fundamental à exata compreensão do mundo jurídico.

A proposta desta dissertação, como se sabe, é de utilizar a idéia de sistema para identificação das normas jurídicas, segundo suas características fundamentais, em dois grandes grupos: materiais e formais. Porque, ao examinarmos um determinado conjunto de normas, ou ordenamento ou outra nomenclatura que se queira utilizar, observa-se que há, na verdade, uma ordem de

normas maior - o sistema jurídico de um povo, no qual se inserem, em um segundo exame, duas outras ordens ou subsistemas, a saber normas materiais e formais que, por sua vez, se subdividem em outros tantos subsistemas, igualmente importantes, objeto de estudo das várias disciplinas ou ramos do Direito: constitucional, penal, civil, comercial, trabalhista, processual, etc. Oliveira ASCENÇÃO, ao tratar dos sistemas atuais de Direito, afirma que "a experiência ensina-nos (...) que há uma riqueza de ordens jurídicas, que se cruzam a vários níveis, se relacionam ou se ignoram, mas não se excluem".³⁰²

O problema da distinção entre normas de Direito material e formal é intrincado dada a implicação decorrente da unidade ôntica do Direito, em que pese sua tríplice dimensão fática, normativa e valorativa.³⁰³ O ser do Direito - núcleo sobre o qual se volta o conhecimento jurídico - envolve uma concepção dinâmica do indivíduo em sua conduta no meio social. Ao disciplinar as condutas que se projetam em dado espaço e tempo (dimensão fática), consagrando valores socialmente relevantes (dimensão valorativa), as regras jurídicas (dimensão normativa) são um retrato vivo da realidade a que pertencem, sob pena de perderem sua validade social e eficácia jurídica.

Mas o que há de comum e ao mesmo tempo o que diferencia as normas jurídicas entre si, a ponto de serem agrupadas em duas grandes categorias - materiais e formais? O que há de comum podemos logo identificar - a conduta. Toda conduta? Não; apenas a que de alguma forma interfira na esfera de ação de outrem e que tenha relevância social, a ponto de ser tutelada pelo Direito. Imaginemos situações corriqueiras: quando o legislador elabora normas jurídicas, sua atuação se faz segundo outras normas, e o

produto de seu trabalho - a lei - resulta em interferência direta ou indireta em inúmeras outras condutas, inclusive a sua própria; quando o juiz faz aplicar as normas jurídicas a um caso concreto, está agindo também com base em normas já previstas, e sua conduta final - a sentença - implica no carreamento de conseqüências para outrem, tais como a privação da liberdade, de bens, recebimento de uma indenização, etc. O administrador público também pauta sua atuação em normas, e suas decisões ou atos administrativos influem em milhares de outras condutas. O indivíduo, no simples exercício do direito de propriedade, tem limitações para sua atuação, como ocorre, por exemplo, no caso dos direitos de vizinhança. Restando acrescentar que nenhuma das condutas descritas repercute apenas na vida de um indivíduo, mas em toda a coletividade, com diferença apenas de graduação: maior ou menor.

Se por um lado todas as normas jurídicas têm um ponto comum - disciplinam condutas - o que não difere de outras normas em âmbito diferentes da vida humana, como as técnicas, morais, consuetudinárias, religiosas, etc; por outro há diversidade de tratamento destas condutas.

Uma vez admitida a diversidade de sistemas jurídicos, que corresponderiam a "ordens" que se interpenetram, ou mesmo correm paralelamente, mas que podem perfeitamente "conviver", consideremos que para o presente trabalho interessam, em princípio, duas ordens de normas - a maior, o sistema jurídico brasileiro (cujos lineamentos se enquadram nos aspectos gerais examinados na primeira parte da monografia) e outras duas contidas naquela, seus subsistemas de normas materiais e formais.

Sendo possível a distinção entre normas materiais e for-

mais, surgem duas indagações: a primeira é quanto à natureza e localização do problema na seara do Direito e a segunda é quanto aos critérios de distinção e nomenclatura adotada. Ditas questões serão analisadas separadamente para uma melhor condução do raciocínio.

CAPÍTULO I

O PROBLEMA DA DISTINÇÃO

1.1 NATUREZA E LOCALIZAÇÃO

Um rápido exame nos compêndios que tratam do assunto leva à conclusão que o estudo da distinção entre normas materiais e formais envolve aspectos teórico-práticos. Tal afirmação se constata como verdadeira pelo fato de que são as obras de Introdução à Ciência do Direito, de Teoria Geral do Direito ou mesmo de Teoria Geral do Processo que procuram apresentar critérios, definições, etc, para identificar a natureza de ambas. Justamente por serem textos propedêuticos, voltados para iniciante dos cursos de Direito ou do estudo do processo, a importância didática de tais distinções é fundamental, visto que a exata compreensão das características de que se revestem as normas materiais e formais é o ponto de partida para os estudos posteriores.

Lembre-se, também, que a todo momento se levantam questões como: o erro do julgador na aplicação da lei resultou de inobservância de norma de direito material (*error in iudicando*)?; adveio o erro de descumprimento de preceito de natureza formal (*error in procedendo*)? As situações e as conseqüências se diversificam: o erro no julgamento implica em preterir a lei material, embora sendo observados todos os trâmites processuais; ao passo que o erro no procedimento, em insubmissão às regras procedimentais. Por exemplo: no primeiro caso, não reconhecer direito líquido e certo do credor; no segundo, cercear o direito de defesa pelo desrespeito a prazo legal, pela ausência de citação

válida, etc.³⁰⁴

Quanto ao aspecto teórico da distinção, verdadeiro núcleo do problema, faremos uma rápida incursão entre os doutrinadores para reunir elementos visando uma posterior distinção entre normas materiais e formais.

Norberto BOBBIO parte do pressuposto de que "a experiência jurídica é uma experiência normativa", embora não deixe de apreciar outras teorias sobre a natureza do Direito. Assinala em sua Teoria da Norma Jurídica que o ponto de vista para o enfoque da norma jurídica por ele adotado na obra é formal, ou seja, independente do seu conteúdo; isto é a norma será estudada por ele apenas na sua estrutura lógico-lingüística, como proposição;³⁰⁵ acrescentando que o estudo formal da norma jurídica não exclui outros modos de estudar o Direito e que nem pretende ser "rotulado" de formalista. Ao se dedicar ao estudo formal da norma pretende vê-la como uma proposição do tipo prescritivo, ou seja, aquele conjunto de palavras com um significado de comando dirigido à conduta e cuja função é de influir no comportamento de outrem para modificá-lo.³⁰⁶

BOBBIO esclarece que a linguagem científica é descritiva; a poética é expressiva e a normativa é prescritiva; porque a função científica é de dar conhecimento sobre algo; a poética é de participar a outrem um sentimento e a normativa é para fazer.³⁰⁷ Após desenvolver minucioso exame sobre os diferentes tipos de proposições e os critérios sugeridos para identificação da natureza da proposição jurídica, conclui que se trata de uma prescrição que representa "uma resposta à violação",³⁰⁸ envolvendo, portanto, a noção de sanção. A norma jurídica prescreve o que deve ser, que nem sempre corresponde ao que é. Se a ação

real não corresponde à ação prescrita, diz-se que a norma foi violada. À violação dá-se o nome de ilícito, que consiste em uma ação quando o imperativo é negativo, e em uma omissão quando o imperativo é positivo. No primeiro caso diz-se que não foi observada, e no segundo que não foi executada, de sorte que há uma inobservância em relação a um imperativo negativo, e uma inexecução em relação a um imperativo positivo.³⁰⁹ Define sanção de uma forma muito peculiar: "é o expediente com o qual se cerca, em um sistema normativo, de proteção a lei da erosão das ações contrárias", acrescentando que o sistema normativo se rege pelo princípio da autoridade, ao passo que o sistema científico pela verificação empírica, de modo que o primeiro sistema comporta a possibilidade de violação, por isso a necessidade de sanção, ao passo que o segundo somente sobrevive se estiver em exata correspondência com os fatos, sem admitir violações, porque se os fatos desmentirem uma lei científica esta tem de ser modificada, o mesmo não acontecendo com uma lei jurídica. A sanção jurídica é externa, isto é, uma resposta do grupo e institucionalizada, ou seja, regulada, precisa, previamente fixada, possuindo, por esta razão, maior eficácia, porque dotadas de certeza, proporcionalidade e imparcialidade (há alguém destinado a aplicá-la), por estas limitações as normas jurídicas são dotadas de eficácia reforçada.³¹⁰

Uma vez estabelecido que a norma jurídica é uma proposição prescritiva dotada de eficácia reforçada, sob o ponto de vista formal, entra BOBBIO no campo da classificação propriamente dita das normas jurídicas, destacando que podem ser feitas distinções entre os próprios critérios de distinção, como, por exemplo: quanto ao conteúdo da norma: substanciais e proces-

suais; ou de comportamento e organização: quanto ao modo como as normas são postas: consuetudinárias e legislativas; quanto ao destinatário: primárias e secundárias; quanto à natureza e estrutura da sociedade regulada: normas de direito estadual, canônico, internacional, familiar, etc.³¹¹ Acrescenta, a seguir, que estas distinções não interessam a uma obra de Teoria Geral do Direito que se preocupa apenas com o critério formal ou estrutura lógica da proposição jurídica prescritiva.³¹²

KELSEN, em sua obra Teoria Pura do Direito, dá ao problema da distinção especial destaque, quando aborda o que ele denomina de "dinâmica jurídica", ou seja, a conduta humana regulada pelas normas, cujo objeto é "o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, o Direito no seu movimento", em contraposição à "estática jurídica", que se volta para o sistema de normas em vigor.³¹³ Uma vez criadas, as normas gerais a serem aplicadas pelos juizes e tribunais e autoridades administrativas têm uma dupla função: " 1º) a determinação destes órgãos e do processo a observar por eles; 2º) a determinação do conteúdo das normas individuais a produzir neste processo judicial ou administrativo. A estas duas funções correspondem as duas categorias de normas jurídicas que usualmente se costumam distinguir: normas de Direito formal e normas de Direito material". Apesar disso, o Direito material e formal estão inseparavelmente ligados". Somente na sua ligação orgânica é que eles constituem o Direito, o qual regula a sua própria criação e aplicação,³¹⁴ e nisto reside uma função essencial da proposição que descreve o Direito - a conexão sistemática que existe entre o chamado Direito Formal e o chamado Direito Material.³¹⁵ Opor-

tunamente voltaremos à distinção feita por KELSEN.

Em HART o Direito é "... caracterizado em sua forma mais esclarecedora como a união de regras primárias de obrigação com as regras secundárias".³¹⁶ Sendo que as primeiras são aquelas que prescrevem que os seres humanos façam ou omitam certas ações quer queiram ou não; e as segundas correspondem àquelas "que estabelecem que os seres humanos podem, fazendo ou dizendo certas coisas, introduzir novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar regras anteriores, ou determinar de diversas maneiras o seu efeito, ou controlar sua atuação".³¹⁷ Desta forma, HART confere à união dos dois tipos de normas o ponto central para elucidação da estrutura do pensamento jurídico, do que não difere de KELSEN.

Garcia MAYNEZ refere-se ao fato de que "certos autores dividem as leis ordinárias em dois grupos, a saber: de organização e de comportamento".³¹⁸ Acrescentando que "esta distinção não deve ser tomada demasiadamente ao pé da letra, porque há certos corpos de leis que contêm, ao lado de uma série de normas de organização, numerosas leis dirigidas aos particulares. Aos ordenamentos deste gênero poderíamos chamar de mistos". Em seguida, exemplifica com a "legislação trabalhista que possui normas relativas à organização e funcionamento das juntas de conciliação, ao lado de normas sobre as relações entre patrões e empregados".³¹⁹

Benjamim de OLIVEIRA FILHO, também cita a tradicional divisão, mesmo após apregoar "a unicidade do direito e sua organicidade", e considerar a discriminação das matérias nos cursos jurídicos apenas como exigência lógico-didática, porque "na vida do direito as distâncias se encurtam, os efeitos se confun-

dem", tanto que "se o direito é uma forma e o processo pode ser concebido como a forma dessa forma, bem prestes se chegará à conclusão de que, primeiro, não de prevalecer os fins sociais, a que visa o direito e, depois, que as regras instrumentais, não existindo senão para auxiliar e realizar o direito material, a este necessariamente se vinculam e se subordinam, como instrumento ou meio, em sua dependência com relação ao fim. Todavia, esse meio, uma vez consignado em lei, impõe-se como autêntico direito, constituindo um fim em si mesmo, adquirindo valor próprio e tornando-se tão imperativo quanto o direito material".³²⁰

Os autores examinados abordam o problema da distinção em obras de Teoria Geral do Direito ou mesmo de Introdução à Ciência do Direito, sem mencionarem expressamente a localização do problema da distinção; Miguel REALE, no entanto, com a costumeira exatidão é bem claro:

"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(...). 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".³²¹

Após considerar as variações sobre os "tipos primordiais de normas", conclui enfático:

"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 ou 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".³²²

Djacir MENEZES também localiza o problema na Teoria Geral do Direito, dizendo: "Os direitos consagrados por normas civis, comerciais, penais e noutros ramos (asseguradoras de situações e gozos na vida, regulando e disciplinando fatos jurídicos) tornam-se efetivos graças à administração da justiça. Daí a discriminação deste ramo como Direito adjetivo ou formal e daquelas como materiais ou substanciais".³²³

Thomas ARRUDA, finalmente, em sua Introdução à Ciência do Direito, cujo pensamento será oportunamente examinado, a propósito da distinção, assim se situa: "O direito positivo, pois, é composto de uma categoria de normas que definem do que se constitui a ordem inumerável dos fenômenos regidos pelo direito (materiais) e de outra categoria de normas que estabelecem o modo de fazer constituir esse objeto em fenômeno consumado na ordem social (formais).³²⁴

1.1.1 Conclusão

Verifica-se que a grande maioria dos autores, mesmo os não mencionados, optam por localizar o problema da distinção na Teoria Geral do Direito, o que lhe confere natureza epistemológica, cujo exame é feito, principalmente por aquela e depois pelas disciplinas particulares do Direito. Quanto ao processo, a distinção é objeto de exame na Teoria Geral do Processo e, depois, no processo civil e penal.

BOBBIO, dado o cunho lógico-formal que procura emprestar à sua Teoria da Norma Jurídica, apenas menciona o problema da distinção sem examiná-lo e, finalmente, *Recaséns Siches*, em sua Introdução ao Estudo do Direito, após uma exaustiva classificação das normas jurídicas, não inclui a distinção tradicional,

optando por uma "normatividade formal e material", que será oportunamente examinada, mas que não coincide com o que foi até então analisado.

1.2 DIVERSIDADE DE NOMENCLATURA E CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO

A diversidade de nomenclatura no que concerne ao tratamento do problema está intimamente conectada com os critérios de distinção. De sorte que nem sempre as expressões "material e formal" são utilizadas no sentido tradicional aqui empregado.

Em Recaséns SICHES, por exemplo, vêm-se expressões como "normatividade material e formal" querendo significar o seguinte: toda proposição normativa deve apresentar os aspectos formal e material, no sentido de que é "elaborada", possuindo a "forma" de uma norma, ao mesmo tempo que deve guardar correspondência com a realidade social, valores, costumes, etc. Ou, em suas próprias palavras:

"Toda regra de Direito feita pelos seres humanos, vale dizer, toda regra de Direito positivo ou histórico, possui normatividade formal, porque não enuncia fenômenos, antes prescreve ou preceitua determinadas condutas; porém, quanto a seus conteúdos, pode ter ou não normatividade material, ou tê-la em maior ou menor dose, conforme ditos conteúdos estejam ou não de acordo, ou estejam mais ou menos, com as exigências de justiça e dos demais valores por esta exigidos (dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, bem-estar geral, segurança, etc.).³²⁵

Ignora a distinção tradicional em sua minuciosa classificação das normas jurídicas.³²⁶

Salles GONTIJO, valendo-se de uma classificação de Cesarini SFORZA, que define a norma jurídica sob dois aspectos fundamentais, como comportamento típico em sua relação necessária com um imperativo e nas relações intersubjetivas, quando um dos sujeitos da relação exige a sua observação, mediante um

imperativo, dirigido ao outro sujeito, afirma que "a doutrina costuma distinguir duas categorias do Direito - o Direito Puro e o Direito Material. A primeira categoria seria ideogênica e a segunda realista". Definindo, em seguida, direito material num sentido que nos parece de "direito objetivo ou positivo", nas expressões já consagradas pela doutrina: "Outrossim, e em contrapartida, o Direito, quando observado em relação ao Estado, como disposição enunciada pelo Poder, seria o conjunto de normas atinentes a uma dada organização social, regendo as relações sociais dos membros dessa comunidade. Enfim, neste caso, o Direito nada mais é do que o conjunto das normas jurídicas de um povo, confundindo-se com as leis de cada País". Passa, em seguida, a definir o que lhe parece ser o Direito Puro: "E, tão-somente por meio da transcendência de que se pode revestir a Norma Jurídica contra as suas contingentes limitações no tempo e no espaço, é que poderíamos entender a insistência dos tratadistas em estabelecer uma doutrina do Direito Puro, o qual nada mais seria do que o complexo de normas de comportamento dos homens na sua vida associada, segundo o entendimento também de Cesarini SFORZA".³²⁷

Uma outra nomenclatura corrente para identificar estes tipos de normas é aquela que as distingue em primárias e secundárias. "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 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".³²⁸

HART, como já foi visto, não se afasta muito da idéia

tradicional, porque embora não se utilize das expressões "material e formal", considera as normas primárias como de obrigação (por se referirem à ação ou criarem uma obrigação), ao passo que as secundárias são as que permitem a concretização daquelas através de três outras modalidades: de reconhecimento, modificação e julgamento.

Em Salles GONTIJO, todavia, aparecem tais denominações com um sentido peculiar, mas, que em última análise se coaduna com a aceção corrente, uma vez que denomina a norma jurídica primária de "regra de fim", porque contém um imperativo, podendo ser considerada como a principal, a mais importante, pela qual se cotejam as demais normas do sistema jurídico; ao passo que a secundária é rotulada de "regra de meio", porque vive em função da regra de fim e com ela coteja para garanti-la plenamente". Distingue, dentre as secundárias, as ab-rogatórias, explicativas, dispositivas e coercitivas, conforme se destinem à revogação ou derrogação de outras normas; expliquem ou completem anteriores; permitam a prática de atos, sem mandar que sejam executados; quando dependem de manifestação de vontade e, finalmente, "quando contém um comando independente da vontade das partes componentes da relação jurídica".³²⁹ Como se pode observar, de forma expressa, o autor não concebe secundárias como sendo aquelas normas que a doutrina tradicional acolhe.

Em Garcia MAYNEZ, normas primárias e secundárias implicam em uma "relação de complementação", sendo que aquelas possuem um sentido pleno, ao passo que as outras só atingem sua significação quando estão relacionadas com preceitos do primeiro tipo. "Quando uma regra de direito complementa outra, recebe o qualificativo de secundária. As complementadas, a seu turno,

chamam-se primárias. As secundárias não contêm um significado independente, e só podemos entendê-las em relação a outros preceitos. São secundárias: as de iniciação, duração ou extinção da vigência; as declarativas ou explicativas; as permissivas; as interpretativas; as sancionadoras".³³⁰ Acrescenta, em seguida, minucioso quadro sinótico das diversas classificações das normas jurídicas, incluindo as orgânicas e de comportamento (que seriam na doutrina tradicional as primárias) e as mistas (talvez, as secundárias), dentre as que denomina "ordinárias", sob o ponto de vista da hierarquia.³³¹ Novamente, percebe-se que sua classificação difere do sentido tradicional, embora utilize a mesma nomenclatura.

Em KELSEN, inicialmente, norma primária e secundária, representavam, respectivamente, sancionadora e sancionada, posto que o papel do ilícito sempre foi o preponderante em sua construção teórica exposta na Teoria Pura do Direito: "... conduta prescrita não é a conduta devida; devida é a sanção. O ser-prescrita uma conduta significa que o contrário desta conduta é pressuposto do ser-devida da sanção. A execução da sanção é prescrita, é conteúdo de um dever jurídico, se a sua omissão é tornada pressuposto de uma sanção". Define finalmente, o Direito como "ordem estatuidora de sanções".³³²

Sua posição em relação à sanção modifica-se na sua Teoria Geral das Normas, conforme se pode verificar: "O muito que se divulgou no mundo com referência à norma primária e à secundária também não mais corresponde à última opinião de KELSEN. Ele modificou, radicalmente, o seu entendimento sobre a qualificação de duas normas que se interligam num núcleo de um preceito: uma descrevendo a conduta devida e outra fixando a con-

seqüência jurídica da infringência. A segunda norma, KELSEN qualifica de primária e a primeira, secundária. No presente tratado, porém, retificou seu antigo modo de pensar: a primeira, hoje, em terminologia kelseniana, é a norma primária e a segunda, a norma secundária. Di-lo, textualmente, o próprio KELSEN: "Admite-se que a distinção de uma norma que descreve uma certa conduta e de uma norma que prescreve uma sanção para o fato de violação da primeira é essencial para o Direito, então precisa-se qualificar a primeira como norma primária e a segunda, como norma secundária - e não ao contrário, como o foi por mim anteriormente formulado". E prossegue: "Costuma-se diferenciar entre normas jurídicas que impõem uma conduta fixada e normas jurídicas que ligam uma sanção à conduta contra essas normas, para distinguir entre normas jurídicas primárias e secundárias, como, porventura: Não se deve furtar; se alguém furta deve ser punido. Mas a formulação da primeira de ambas as normas é supérflua, visto que o não-dever-furtar juridicamente só existe no dever-ser-punido ligado à condição do furto".³³³

Para REALE, uma primeira distinção que se impõe, é entre normas de organização e conduta e instrumentais, o que leva "a considerar primárias as normas que enunciam as formas de ação ou comportamento lícitos ou ilícitos; e secundárias as normas de natureza instrumental".³³⁴

BOBBIO ressalta que muitas são as distinções entre as normas jurídicas e que podem ser feitas distinções entre os próprios critérios de distinção. Quanto ao conteúdo da norma, por exemplo, destaca a tradicional distinção entre substanciais e processuais ou entre normas de comportamento e organização. Acrescentando mais além, que tais distinções não interessam a

um trabalho de Teoria Geral do Direito que se preocupa apenas com o critério formal, ou seja o aspecto que envolve a estrutura lógica da proposição prescritiva.³³⁵

A propósito de BOBBIO, Miguel REALE transcreve interessante crítica feita por aquele quanto à tradicional nomenclatura "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".³³⁶ A seguir acrescenta REALE: "As normas de organização, com efeito, não vêm depois das normas que fixam atividades administrativas, mas surgem concomitantemente com estas, razão pela qual o qualificativo "normas primárias" e "secundárias" não nos parece relevante, sujeito que está à diversidade e concretitude da experiência jurídica".³³⁷

Uma outra nomenclatura utilizada é a que as distingue em substantivas e adjetivas: "As leis substantivas são também chamadas materiais, teóricas e dizem respeito à essência do ato. As leis adjetivas, formais ou processuais traçam a forma que deve revestir o ato jurídico, as condições extrínsecas para sua existência".³³⁸

Garcia MAYNEZ se refere ao "direito instrumental ou adjetivo, dotado de autonomia face ao material ou substantivo".³³⁹

Ao passo que Thomas ARRUDA condena esta nomenclatura. "A título de mera observação, note-se que é muito comum dar a esses aspectos do direito a denominação de 'direito substantivo', como sinônimo de material, e 'direito adjetivo' como sinônimo de formal. É de todo inadequada essa designação, pois que não

exprime a realidade do fenômeno. É consequência de uma analogia estabelecida entre a constituição dualística do direito e as relações gramaticais entre substantivo e adjetivo. Peca por primarismo e incorreção".³⁴⁰

Há, ainda, as conhecidas expressões "lei em sentido formal e lei em sentido material", condenadas por KELSEN, que considera que "seria mais correto falar de forma legal e conteúdo legal em vez de lei em sentido formal e material".³⁴¹ Apesar de esclarecer que mesmo os termos substitutos propostos por ele não satisfazem, por serem "inexatos e desorientadores".

Inexatos e desorientadores são os rumos tomados pela diversidade de termos e pela variedade de critérios distintivos, por isso se faz necessária a adoção de uma nomenclatura e do critério diferenciador dela decorrente para o desenvolvimento da monografia, esclarecendo-se, outrossim, que sempre, como toda opção, apresentará pontos críticos, uma vez que a denominação perfeita ainda não foi doutrinariamente encontrada.

1.2.1 Conclusão

Torna-se difícil saber se os autores optam por esta ou aquela nomenclatura porque se definiram antes por um determinado critério, ou se ocorre o inverso. Quanto a nós, partindo das denominações mais usuais, optamos por considerar as normas que compõem o sistema jurídico brasileiro como integrante de dois subsistemas que apresentam características próprias, a saber, materiais e formais.

Observa-se que se o critério for da precedência de umas normas em relação a outras, adota-se a nomenclatura "primárias e secundárias" ou mesmo "substantivas e adjetivas"; querendo

significar que às primárias ou substantivas cabe um papel preponderante na ordem jurídica, em detrimento das secundárias ou adjetivas. Mesmo a nomenclatura proposta por BOBBIO, segundo citação de Miguel REALE, conforme já visto, parece-nos que traduz a mesma idéia, qual seja, umas são de "primeiro grau" e outras de "segundo grau", induzindo a uma inevitável hierarquia.

Se, no entanto, a nomenclatura escolhida for "normas de meio e normas de fim" ou mesmo "materiais e instrumentais", a tônica será também a idéia de subordinação das últimas em relação às primeiras, como se não tivessem vida própria; olvidando-se que todas as normas jurídicas possuem um fim e são um meio em si mesmas" para atender aos fins sociais e às exigências do bem comum", nos termos do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942). Basta que se tenha em mente que as denominadas normas instrumentais ou processuais possuem em si mesmas um fim próprio, qual seja a realização da justiça ou mesmo a concretização da prestação jurisdicional pelo Estado, o que se verifica mesmo quando não há norma material violada ou ameaçada. Se as normas instrumentais ou processuais não tivessem vida própria, não se conceberia sua existência nos casos em que não há direito material a ser tutelado.

Quanto à nomenclatura escolhida - materiais e formais - deve-se à opção por critério de ordem ontológica, qual seja, a evidência de que todos os seres (corpóreos e incorpóreos) encerram um indubitável dualismo, representado pela união de dois elementos, a saber, matéria (hilé) e forma (morfos). Somente na ordem lógica poder-se-á cindí-los, centrando o raciocínio ora em um, ora em outro, sem considerar sua interdependência e mú-

tua implicação.

Também na ordem jurídica tal dualismo se verifica, de modo que só se pode "pensar o direito material sem o direito formal" sob o prisma lógico, nunca sob o ontológico; do mesmo modo que só se pode "pensar uma árvore" sem a forma de que se reveste logicamente, visto que ontologicamente inexistente sem a forma reveladora de sua existência.

A expressão mais evidente da unidade ontológica do Direito é o fato de que sua expressão é sempre lingüística, quer na ordem material ou formal; o que não impede a sua tridimensionalidade já mencionada (fato, valor e norma).

Considerando-se, no entanto, que a dimensão sistêmica do Direito é, sobretudo, lógica, torna-se possível cindí-lo em normas materiais e formais; distinção esta baseada na ordem das coisas, como "uma manifestação racional obediente a esse dualismo, onde distingüiriamos dois elementos componentes (direito material e direito formal), constituindo duas categorias de normas: as que contêm o núcleo do preceito, definindo a conduta humana a partir dos impulsos da ordem fenomenológica social, e aquelas que constituem os meios de exteriorização dessa conduta regulada; as primeiras materiais, as segundas formais".³⁴²

Por outro lado, "o conteúdo do direito só se completa ontologicamente por sua consumação de fato na ordem real. Em algumas vezes essa consumação será uma decorrência natural e espontânea dentro do grupamento, encontrando forma dentro da própria fenomenologia. Em outras, deverá o Estado intervir, colhendo a matéria já existente e lhe dando forma jurídica pela consumação do preceito, imposta mercê do seu poder coercivo".³⁴³

Enfim, a opção metodológica presente nesta monografia

parte do princípio lógico de que o Direito como parte da ordem universal, comum a todos os seres e coisas, pode ser "pensado" dualisticamente, em que pese, sob o prisma ontológico, ser uno.

NOTAS DE REFERÊNCIA

- 299 SICHES, Recaséns. Introduccion Al Estudio Del Derecho. p.261 e 66.
300 BOBBIO, Norberto. Obra citada. p.15.
301 FERRAZ, Jr. T.S. Teoria da Norma Jurídica. p.142.
302 ASCENÇÃO, José de Oliveira. O Direito. Introdução e Teoria Geral. p.127.
303 REALE, Miguel. Filosofia do Direito, vol.II. p.493.
304 ARAGÃO, E.D. Moniz. A Correição Parcial, Imprensa da UFPR, 1969. p.86-88.
305 BOBBIO, Norberto. Teoria Dell'Ordinamento Giuridico, p.7.
306 _____. Idem. p.79.
307 _____. Idem. p.83.
308 _____. Idem. p.186.
309 _____. Idem. p.187.
310 _____. Idem. p.200.
311 _____. Idem. p. 227.
312 _____. Idem. p.227.
313 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. p.110.
314 _____. Idem. p.320.
315 _____. Idem. p.321.
316 HART. H.L.A. El Concepto de Derecho. p.117.
317 _____. Idem. p.101.
318 MAYNEZ, Eduardo Garcia. Introduccion Al Estudio Del Derecho. p.86.
319 _____. Idem, ibidem.
320 OLIVEIRA FILHO, Benjamim de. Introdução à Ciência do Direito. p.353.
321 REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. p.97.
322 _____. Idem. p.99.
323 MENEZES, Djacir. Introdução à Ciência do Direito. p.94.
324 ARRUDA, Roberto Thomas. Introdução à Ciência do Direito. p.85.
325 SICHES, Recaséns. Obra citada. p.29.
326 _____. Idem. p.165.
327 GONTIJO, Naylor Salles. Introdução à Ciência do Direito. p.98-99.
328 REALE, Miguel. Obra citada. p.97.
329 GONTIJO, Naylor Salles. Obra Citada, p.105.
330 MAYNEZ, Garcia. Obra citada. p.92
331 _____. Idem. p.96.
332 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. p.50.

- 333 DUARTE, José Forentino. Kelsen corrige-se a si mesmo (palavras do tradutor)
Teoria Geral das Normas, Hans KELSEN. p.IX e 181.
- 334 REALE, Miguel. Obra citada. p.97.
- 335 BOBBIO, Norberto. Teoria Della Norma Giuridica. p.227.
- 336 REALE, Miguel. Obra citada. p.97.
- 337 _____. Obra citada. p.99.
- 338 MENEZES, Djacir. Introdução à Ciência do Direito. p.135.
- 339 MAYNEZ, Eduardo Garcia. Obra citada. p.145.
- 340 ARRUDA, Roberto Thomas. Obra citada. p.87.
- 341 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. p.86.
- 342 ARRUDA, Roberto Thomas. Obra citada. p.84.
- 343 _____. Obra citada. p.85.

CAPÍTULO II

A TEORIA GERAL DO PROCESSO: DECORRÊNCIA DA DISTINÇÃO

2.1 INTRODUÇÃO

Uma vez admitido que o Direito, enquanto sistema, pode ser pensado dualisticamente, o grande problema reside, justamente, nos critérios a serem adotados para que se atinja uma distinção não apenas logicamente aceitável, mas didaticamente compreensível. Ou, em outras palavras, como fornecer ao estudante do Direito elementos suficientes à exata identificação das normas materiais e formais, independentemente de sua localização?

Na verdade, um dos primeiros obstáculos a ser enfrentado é o fato de que nem sempre a localização da norma, neste ou naquele diploma legal, é suficiente para identificá-la quanto à sua natureza, uma vez que é freqüente a presença de normas processuais em diplomas materiais e vice-versa. Logo, o critério da localização deve ser apenas considerado como simples indício da natureza da norma, mas não uma confirmação de sua natureza.

A convivência harmoniosa entre normas materiais e formais em um mesmo diploma legal se explica pelo fato de que a distinção entre ambas as categorias é apenas no plano lógico, mas, ontologicamente, o Direito é um só. Assim, a distinção é lógico-didática, visto que tanto no plano teórico, quanto prático, os manuais, textos, leis, etc, se estruturam a partir desta visão metodológica.

Quando foi examinado o problema da localização da distinção, ficou assente que cabe à Teoria Geral do Processo, ao lado da Teoria Geral do Direito e das disciplinas particulares, o estudo da distinção entre normas materiais e formais. Para uns prevalentemente, para outros incidentalmente, a verdade é que há enfoques diferentes, conforme haja preocupação com a especificidade da distinção (Direito Processual) ou generalidade (ao Direito como um todo), não representando repetição de valor duvidoso o seu estudo tanto em Teoria Geral do Processo, quanto em Processo Civil ou Penal.

Preliminarmente, poder-se-á dizer que a Teoria Geral do Processo tem por conteúdo o estudo dos princípios fundamentais do Direito Processual, bem como a abordagem unitária da ação, jurisdição e processo. Observa-se, por este conceito inicial, que a existência da Teoria Geral do Processo somente é possível se admitida a distinção entre normas materiais e formais e, *pari passu*, a unidade do Direito Processual, enquanto domínio das normas formais.

2.2 LIMITES E POSSIBILIDADES DE UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO

Os interesses humanos foram primitivamente tutelados por um aglomerado de regras que surgiram do costume e da tradição e que pela sua natureza elementar se mesclaram umas às outras. Pouco a pouco, porém, acompanhando a evolução cultural humana, as regras que orientavam as várias atividades dos grupos sociais foram se diversificando, reunindo características próprias, separando-se dentro do corpo heterogêneo da primitiva normatividade social. Essa diferenciação foi lenta, havendo uma primeira divisão das normas em religiosas e morais e em outro grupo as

jurídicas, sendo que as hoje denominadas "convencionais ou de trato social" podiam ser encontradas ora em um grupo, ora em outro.

Protegendo os bens e valores com sanções que se caracterizavam pela crueldade com que puniam os transgressores, as primeiras normas jurídicas não tiveram sua aplicação através de órgãos estatais, como hoje ocorre (Poder Judiciário), porém sempre foram impostas por ato de autoridade, vale dizer de poder, ou do grupo, ou do chefe do clã.

Em nossos dias, as normas jurídicas, quando não obedecidas, se impõem através do uso da coerção - força de cumprimento, cabendo ao Poder Judiciário atuar a lei ao caso concreto, restabelecendo o equilíbrio entre as partes, e garantindo a paz social.

Não havendo observância dos preceitos legais, nasce um conflito de interesses, cuja forma de composição varia de época para época.

A autotutela ou autodefesa foi a primeira forma de solução de conflitos de interesses, num estágio primitivo da evolução cultural humana em que se permitia o uso da própria força dos litigantes para a decisão do litígio. Hoje a autodefesa é vedada por lei, sendo até prevista como crime pelo Código Penal (art. 345), como "exercício arbitrário das próprias razões".

Considerada a autotutela medida excepcional, há outras formas de solução de conflitos de interesses: 1ª - a autocomposição, que compreende a transação (os litigantes chegam a uma conciliação de interesses); a renúncia (quando há desistência da pretensão) e a submissão (quando a resistência à pretensão é abandonada); 2ª - arbitragem, solução amigável mediante o pro-

nunciamento de alguém escolhido pelas pessoas em lide (árbitro);
3ª - jurisdição, que se realiza pela intervenção do Estado através dos juízes e tribunais.

A composição dos conflitos de interesses pela intervenção do Estado só foi possível quando este munuiu-se de força suficiente para impor suas decisões aos indivíduos. Primeiramente o Estado retirou-lhes gradativamente o direito de decisão pessoal de seus litígios, donde a função jurisdicional ter uma natureza essencialmente substitutiva; vale dizer, no estágio atual, o Estado substituiu a atividade das partes, sendo dever do Estado a prestação jurisdicional, uma vez que impede e até mesmo pune a justiça pelas próprias mãos.

O Estado administra a justiça, fazendo atuar suas normas, genérica e abstratamente previstas, solucionando casos concretos de conflitos de interesses, valendo-se, no exercício desta importante função pacificadora, do processo.

A verdade é, como assinala MONIER,³⁴⁴ que houve uma evolução ou passagem gradativa da justiça privada para a justiça pública, que pode ser apresentada em quatro fases distintas: regularização da justiça privada, arbitragem facultativa, arbitragem obrigatória e justiça pública.

A realização da justiça pública se alcança, no plano normativo, através de dois ramos do Direito: o Direito Judiciário e o Direito Processual. Vejamos primeiro a que visa aquele: "... tem por objeto a organização judiciária, regendo o recrutamento, a composição e a competência dos juízes e tribunais, bem como dos serventuários, estabelecendo sanções repressivas para as suas faltas... É ramo do direito público e tem relações estreitas com o direito processual, sem contudo com ele se con-

fundir. Versa sobre o elemento motor do processo e não sobre o processo, que é objeto do direito processual".³⁴⁵ Quanto ao Direito Processual tem por objeto a disciplina do processo, mediante a regulamentação da atividade dos juizes e de todos os que dele participam, bem como ordenando os atos processuais, segundo critérios de realização prática dos princípios garantidores do "devido processo legal".

Direito Processual e Teoria Geral do Processo se confundem? Não. O primeiro tem uma natureza científica, ao passo que a segunda tem um papel crítico-constructivo. O Direito Processual é sempre estudo do Direito Positivo, enquanto norma posta e imposta por ato de autoridade; ao passo que a Teoria Geral do Processo tem uma natureza epistemológica e, enquanto tal, fornece elementos para o aperfeiçoamento do próprio Direito Processual, conduzindo-o à aproximação gradativa da Justiça, enquanto valor por excelência do Direito. O papel da Teoria Geral do Processo é, portanto, de análise crítica, prospectiva e construtiva do Direito Processual. "Divergem as tendências, o caráter, alguns princípios políticos, bem como os modos de instrumentalização desses dois e de outros ramos do direito processual, o que justifica a autonomia de cada um. Não obstante esse esgalhamento de ramos, resta, porém, uma base comum, constituída de conceitos, princípios e pressupostos que servem a todas as manifestações do direito processual. A Teoria Geral do Processo tem por escopo fundamental justamente o estudo desses pressupostos que são comuns ao direito processual civil, direito processual penal, direito processual trabalhista, etc".³⁴⁶

Como todo saber, a Teoria Geral do Processo tem seus limites ou universo de pesquisa e atuação e suas possibilidades

de contribuição ou papel no elenco das disciplinas jurídicas. É o que veremos a seguir.

Os temas que são comuns ao Direito Processual, em sua visão unitária, são justamente o objeto da Teoria Geral do Processo, estando seus limites de pesquisa e atuação situados em torno da chamada trilogia processual: ação, jurisdição e processo, da qual decorrem os demais institutos processuais.

Para Uchoa ALBUQUERQUE, "o essencial num programa de Teoria Geral do Processo é que contenha as seguintes informações: a) que é processo, isto é, a ciência do direito processual, cuja teoria se pretende estudar; b) quais os conceitos fundamentais, comuns a todos os ramos do direito processual, que o processualista, como cientista do saber jurídico, manipula no exercício de sua função de juiz, advogado, promotor de justiça, professor, etc. Pode-se adiantar, de já, que entre tais conceitos figuram os de ação, jurisdição, norma processual, etc. Esses dois estudos não podem jamais deixar de constar de um programa de Teoria Geral do Processo. São eles que dão à disciplina o caráter de saber epistemológico. Outros temas podem e devem ser incluídos no programa, a fim de dar um caráter epistemológico e permitir uma visão panorâmica do direito processual nas suas várias manifestações. Temas como os que dizem respeito às formas compositivas do litígio, os princípios do direito processual, fontes, interpretação, integração e aplicação das leis processuais, pretensão, tutela jurídica, o Poder Judiciário, o Ministério Público, dos recursos em geral, das provas, diferença entre lei material e processual, etc ...".³⁴⁷

O objeto ou os limites de pesquisa e atuação da Teoria

Geral do Processo estão vinculados, por uma questão de coerência, à sua natureza epistemológica. "O saber da Teoria Geral do Processo não é de natureza científica, como o é o saber do Direito Processual Civil ou Penal. Estes são ciências justamente porque se ocupam de normas e princípios que regulam a atividade jurisdicional do Estado para aplicar as leis materiais na solução dos conflitos de interesses de caráter civil ou penal"³⁴⁸. Por natureza epistemológica entende-se que à Teoria Geral do Processo cabe desenvolver uma teoria da ciência processual, independentemente das contingências jurídico-positivas de que se revistam em determinada época ou lugar os institutos processuais. Tal não significa que deva alhear-se às necessidades de aperfeiçoamento e crescimento do Direito Positivo, mas que este não é o seu objeto de pesquisa ou universo de investigação. Todavia, como resultado de suas indagações desempenha, em relação à ciência processual, um papel prospectivo, construtivo e crítico.

Com clareza acrescenta Uchoa ALBUQUERQUE:

"o objeto de toda ciência jurídica, no sentido de dogmática jurídica, seja direito penal, direito civil, direito comercial, direito processual civil, etc. é o estudo metódico e sistemático dos preceitos vigentes de cada um desses departamentos do direito, bem como dos problemas relativos à sua interpretação e aplicação (...). Mas o estudo de Teoria Geral do Processo não restringe suas indagações só ao campo do direito processual civil ou só ao campo do direito processual penal. Situando-se em um nível geral, procura, então, teorizar em torno de noções, conceitos e elementos que são comuns a esses e outros ramos do direito processual".

No elenco dos saberes, a Teoria Geral do Processo se enquadra como epistemologia ou teoria da ciência, no quadro geral das divisões da Filosofia do Direito. No dizer de Miguel REALE, a epistemologia jurídica está incluída nas denominadas "partes especiais", sendo que à ontognoseologia jurídica compete dizer

em que consiste o Direito (parte geral). Assim, "uma das tarefas primordiais da Epistemologia Jurídica consiste, aliás, na determinação do objeto das diversas ciências jurídicas, não só para esclarecer a natureza e o tipo de cada uma delas, mas também para estabelecer as suas relações e implicações na unidade do saber jurídico".³⁴⁹ Poder-se-á acrescentar que à epistemologia jurídica geral somam-se as epistemologias especiais, as quais representam desdobramentos daquela nas diversas áreas em que se revela o saber jurídico. Há, assim, uma epistemologia do processo, da mesma forma que há epistemologias especiais correspondentes às diversas zonas do conhecimento jurídico. Enfim, "muitas são, pois, as questões com que se defronta a Epistemologia Jurídica, que poderia ser definida como sendo a doutrina dos valores lógicos da realidade social do Direito, ou, por outras palavras, dos pressupostos lógicos que condicionam e legitimam o conhecimento jurídico, desde a Teoria Geral do Direito - que é a sua projeção imediata no plano empírico-positivo - até às distintas disciplinas em que se desdobra a Jurisprudência".³⁵⁰

Assim, cabe à Ontognoseologia dizer "o que é o Direito"; à Epistemologia Jurídica determinar os conceitos regionais e às diversas Epistemologias desenvolvê-los, para que sirvam de instrumental às ciências particulares. No tocante ao processo, podemos dizer que ao conceituar o Direito, necessariamente a Ontognoseologia há de ressaltar sua exigência de realização prática, o que conduz ao processo; o qual será esboçado na Epistemologia Jurídica Geral (Teoria Geral do Direito) e esmiuçado pela Teoria Geral do Processo que, finalmente, o colocará à disposição da ciência processual, quando do exame do Direito Posi-

tivo. Por exemplo, se a Teoria Geral do Processo fornece o conceito de competência, critérios e espécies, caberá ao Direito Processual Civil ou Penal verificar como tais conceitos, critérios e espécies foram utilizados pelo legislador e explicá-los consoante os elementos teóricos fornecidos por aquela.

Uma vez identificados seus limites ou universo de pesquisa ou mesmo objeto, na nomenclatura tradicional, podemos passar ao questionamento seguinte quanto às possibilidades da Teoria Geral do Processo. Quanto a estas faremos dois desdobramentos, os quais respeitam à justificação de sua existência no quadro dos saberes jurídicos e o seu papel ou contribuição, tanto em relação aos estudiosos, quanto ao próprio Direito Processual.

Quanto à sua existência, haveria, inicialmente, a tendência a aceitá-la apenas se admitida a unidade do próprio Direito Processual, visto que seus ensinamentos somente seriam viáveis se representassem uma base comum ao processo civil e penal. Esta é a opinião dominante, embora, para Uchoa ALBUQUERQUE "a justificação da existência da Teoria Geral do Processo não necessita de que se apoiem as chamadas doutrinas unitaristas do direito processual (...) A nosso ver, a Teoria Geral do Processo tem assegurada a sua plena justificação como disciplina filosófica epistemológica, com a vantagem de ser a única a fornecer uma visão de conjunto de toda a dogmática processualística".

Na verdade, embora não sejam numerosos os compêndios de Teoria Geral do Processo, tem-se, contudo, observado uma tendência crescente a aceitá-la como disciplina do Direito Processual em sua unidade, respeitadas, todavia, as opiniões contrárias.

Entre nós, a primeira obra de Teoria Geral do Processo a ser lançada foi da lavra dos conhecidos processualistas Antonio

Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido R. DINAMARCO, em 1974. Pertencentes à denominada Escola Processual de São Paulo são, segundo eles próprios, resultado "da aglutinação dos seus componentes em torno de certos pressupostos metodológicos fundamentais, como a relação jurídica processual (distinta e independente da relação substancial, ou *res in iudicium deducta*), autonomia da ação, a instrumentalidade do direito processual ao direito material, a inaptidão do processo a criar direitos e, ultimamente em certa medida, a existência de uma teoria geral do processo".³⁵²

Em 1925, Francesco CARNELUTTI ao tratar da unidade fundamental do processo civil e penal assim se expressou: "... afinal de contas, o direito processual é fundamentalmente uno. Procedimento civil e procedimento penal se distinguem sem dúvida, não porque tenham raízes distintas, mas porque são dois grandes ramos em que se bifurca, a uma certa altura, um tronco único. Mais dia menos dia chegará o tempo em que se levará em conta esta verdade também no ensino universitário".³⁵³

Cipriano Gómez de LARA, da Universidade do México, em seu livro *Teoria Geral do Processo*, defendendo a tese unitarista, assim se manifesta: "Depois de muita reflexão sobre o problema da unidade processual, chegamos à formulação dos seguintes seis pontos que, a nosso modo de ver, fundamentam essa unidade do processual. Não pretendemos que os seguintes seis pontos sejam únicos, mas apenas os mais importantes argumentos de fundamentação da unidade processual. Passamos à sua enumeração e análise: I. O conteúdo de todo processo é um litígio. 2. A finalidade de todo processo é a de solucionar o conflito, ou seja, dirimir o litígio ou controvérsia. 3. Em todo processo

existem sempre um juiz ou tribunal e duas partes que estão sujeitas ao tribunal ou juiz e que têm interesses contrapostos entre si. 4. Todo processo pressupõe a existência de uma organização judicial com hierarquia e competências, isto é, com um escalonamento de autoridade e com uma distribuição de funções. 5. Em todo processo existe uma seqüência ou ordem de etapas desde o início ao fim do mesmo. 6. Em todo processo existe um princípio geral de impugnação, ou seja, que as partes devem ter os meios para combater as resoluções dos tribunais quando estas sejam incorretas, ilegais, equivocadas ou irregulares, ou não conforme ao direito".³⁵⁴

Igualmente, Frederico MARQUES, tece interessantes argumentos em prol da Teoria Geral do Processo, dentre os quais podemos destacar os seguintes: "1º - ... a estruturação processual da justiça penal não difere daquela que envolve a jurisdição civil. O processo, como instrumento de atuação da lei, é um só. Regras procedimentais diversas, que, em um e outro, possam existir, não constituem motivo suficiente para fazer-se do processo civil e do processo penal categorias estanques. Ambos se filiam a um tronco comum, que é a teoria geral do processo. O poder jurisdicional e o processo em nada diferem, quer se projetem sobre uma lide de direito privado, quer atuem no campo da pretensão punitiva em conflito com o direito de liberdade";³⁵⁵

2º - "Quando o Congresso faz leis de Direito Privado, exerce função em tudo idêntica à que realiza quando discute e vota leis de Direito Penal; e ninguém vai dizer que existe um legislativo civil diverso do legislativo penal. *Mutatis mutandis* é o que acontece com o Poder Judiciário, quando no exercício de sua função específica, que é a jurisdição; e como a prestação jurisdicio-

nal se realiza no processo, seria tão absurdo falar em dualismo processual, como esdrúxulo seria bipartir-se a função legislativa. É que tanto no legislar como no exercer a jurisdição, o que existe é o Estado em funcionamento através de seus órgãos fundamentais. Diversa pode ser a causa material dessas atividades: *ratione muneris*, no entanto, a jurisdição penal e a jurisdição civil, que atuam no processo, são de todo idênticas, no que ambas têm de essencial e básico".³⁵⁶ 3º - "Quando se afirma a unidade do Direito Processual, não se está admitindo que seus dois ramos principais sejam idênticos. O que se pretende, com a afirmativa, é mostrar que existe uma base comum entre o processo civil e o processo penal, onde pode assentar-se uma Teoria Geral do Direito Processual"; 4º - "A unificação dessas duas ciências jurídicas é de profundo interesse prático. Evitar-se-á, com isto, regulamentação diversa (e às vezes até mesmo contraditória) de institutos em tudo iguais, de um e outro ramo do processo. Dar-se-á maior precisão técnica aos conceitos e princípios. Propiciar-se-á, enfim, um trabalho de sistematização mais coerente e útil, mais científico e perfeito. E isto com profundos reflexos no ensino universitário e no trabalho legislativo".³⁵⁷

Para Waldemar MARIZ de OLIVEIRA JR. uma das razões para a unidade conceitual do Direito Processual seria a "origem comum do procedimento civil e do procedimento penal, que por largo tempo foram objeto de uma exposição e de um tratamento legislativo único, tendo o processo de separação se iniciado apenas no limiar do século passado com o advento do código de procedimento civil francês de 1806, seguido do código de instrução criminal de 1808; e no início deste século o florescimento do di-

reito processual penal determinou a proclamação da separação entre ambos".³⁵⁸

Em sua Teoria Geral do Processo, Antônio Carlos de Araújo CINTRA e os autores já citados, elencam alguns argumentos favoráveis à unidade processual e à possibilidade de uma teoria geral do processo: 1º - o fato da Constituição Federal referir-se ao direito processual unitariamente (art. 22, I); 2º - " os principais conceitos atinentes ao direito processual, como, dentre outros, os de jurisdição, ação e processo, são comuns àqueles ramos distintos, autorizando assim a elaboração científica de uma teoria geral do processo. Pense-se, ainda, nas noções de defesa, coisa julgada, recurso, preclusão, competência, bem como nos princípios do contraditório, do juiz natural, de duplo grau de jurisdição, que se utilizam, igualmente, em ambos os campos do direito processual". E prosseguem: 3º - "Aliás, a unidade funcional do processo se revela, de maneira inequívoca, na recíproca interferência entre jurisdição civil e jurisdição penal, decorrente, de um lado, da aplicação do princípio da economia processual, que repele a duplicação de atividades para atingir um único objetivo e, de outro lado, da idéia de que há conveniência em se evitarem decisões judiciais contraditórias sobre a mesma situação de fato".³⁵⁹

Procurando alinhar os argumentos contrários à concepção unitária do processo e, portanto, favorável à existência de uma Teoria Geral do Processo, assim se expressa Fábio Luiz GOMES: "Todos os argumentos deduzidos para sustentar a unitariedade podem ser contraditados: a) Quanto à origem, nada mais natural que a evolução da ciência do direito determine a autonomia dos diversos ramos; basta lembrar que originariamente, e até deter-

minada época, considerava-se o processo civil integrante do direito civil, e que outros ramos mais recentemente têm proclamado a respectiva autonomia, como o direito administrativo e o direito do trabalho; b) Ainda que indiscutível a unidade da função jurisdicional do Estado, como demonstra FLORIAN podem ser diversas as manifestações e os modos de desenvolvimento, correspondendo a mesma diversidade dos objetos a que se refere; c) Quanto à identidade de conceitos fundamentais comuns tanto ao processo civil quanto ao processo penal, a objeção brilhantemente lançada por Gómez ORBANEJA não só aponta o equívoco que encerra tal formulação, como demonstra indubitavelmente que a visão dualista se impõe. "No âmbito do processo civil", doutrina o ilustre processualista espanhol, "os chamados pressupostos processuais estão nitidamente separados das condições de admissibilidade do pedido do autor; já no âmbito penal ocorre muito diferentemente. Para que o processo possa instaurar-se, não basta que estejam presentes as condições puramente formais; é necessário que concorra pelo menos a existência concreta de alguns pressupostos de direito substantivo, ou seja, daqueles pressupostos de fato de que o direito penal material faz depender a consequência que é a pena. Enquanto que para obter uma sentença civil de fundo não é necessário sequer demonstrar a mínima possibilidade ou aparência da ação (de direito material), para que haja sentença penal - absolutória ou de condenação - , é indispensável que exista uma base de acusação, determinada à luz do direito substantivo".³⁶⁰

O mesmo autor critica também o que denomina de mera aparência de afinidade entre as noções dos vários institutos no processo civil e penal e afirma que os "próprios doutrinadores

que defendem a unidade fundamental do processo ressalvam a identidade própria dos respectivos ramos, o que a rigor encerra uma contradição; a não ser que entendamos esta unidade em termos extremamente finalísticos, mas então cair-se-ia no plano da teoria geral do direito".³⁶¹

Retornando à indagação inicial quanto à exigência de unidade do Direito Processual para admissão de uma Teoria Geral do Processo, concluimos que sim, sobretudo se nos lembramos que ao Direito Processual cabe a particularização dos institutos analisados por sua epistemologia. Assim, há campos próprios de atuação, a uma compete generalizar e ao outro particularizar ou especificar. Àquela se reserva a disciplina do processo, enquanto instrumento de realização da justiça, seus princípios, pressupostos, etc..; ao direito processual incumbe o estudo da diversidade de procedimentos, com base nos elementos epistemológicos fornecidos pela Teoria Geral do Processo. Sabendo-se que processo e procedimento estão em relação de gênero e espécie não há porque se concluir pela dualidade, uma vez que a natureza é determinada pelo gênero e não pela espécie. Da mesma forma que é possível uma Teoria Geral do Direito Civil, embora sejam inúmeros os seus desdobramentos, também é possível uma Teoria Geral do Processo, apesar da diversidade de manifestações procedimentais.

Uma vez que o objeto ou limites de pesquisa e atuação da Teoria Geral do Processo estão identificados, resta considerar sua contribuição ou papel no elenco das disciplinas jurídicas.

O papel da Teoria Geral do Processo pode ser enfocado sob dois prismas: primeiramente em relação aos futuros bacharéis e, em um segundo momento, em relação à própria ciência do direi-

to processual.

2.3 PAPEL DA TEORIA GERAL DO PROCESSO

Em 1979, ao elaborarmos a obra didática "Lições de Teoria Geral do Processo", dissemos: "A Teoria Geral do Processo foi introduzida nos cursos jurídicos do Brasil pela resolução do Ministério da Educação de nº 3 (três) de 25 de fevereiro de 1972, com a finalidade de preencher uma lacuna que se fazia sentir nos estudos de Direito Processual em nossas faculdades. Visa dar ao estudante uma compreensão dos institutos básicos do Direito Processual, que se identificam em seus dois ramos, ressalvadas algumas peculiaridades não essenciais. Serve, também, de propedêutica ao estudo do Direito Processual, a exemplo do que ocorre com outras disciplinas, como a Teoria Geral do Estado em relação ao Direito Constitucional, ou à Introdução à Ciência do Direito, quanto ao próprio Direito, etc."³⁶²

Uchoa de ALBUQUERQUE assim se expressa: "... com um conteúdo que torna possível ao aluno adquirir o conhecimento dos conceitos básicos do direito processual, bem como familiarizar-se com seus principais problemas e institutos, a matéria assume, decerto, relevante papel no currículo dos cursos jurídicos. Essa orientação propicia ao discente uma tal visão de conjunto da problemática do direito processual que contribui consideravelmente para facilitar seus estudos de cada ramo dessa árvore jurídica, à proporção que forem surgindo no desenrolar da programação curricular. (...) Demais, ao analisar os vários ramos do direito processual e motivar os estudantes para o conhecimento do jargão judiciário e das categorias fundamentais da processualística, ao discutir problemas de técnica de aplicação do

direito e repassar as soluções que a doutrina e a magistratura têm dado a grandes questões jurídicas, a disciplina efetivamente concorre para despertar interesses e definir vocações entre os alunos. Ao se tornar familiar com esta ou aquela espécie de direito judiciário, pode o discente, eventualmente, tomar de logo posição sobre a categoria de direito que mais o atrai e condiz com suas tendências. Mesmo que tal não aconteça, nem por isso fica diminuída a importância da disciplina, em face do acervo e da natureza das informações que ministra".³⁶³

De sorte que, no tocante aos futuros bacharéis, a disciplina tem por objetivos: unificar os estudos de Direito Processual, dar uma visão panorâmica dos seus diversos institutos e servir de propedêutica aos estudos posteriores, bem como definir vocações e despertar interesses, segundo foi visto.

Seu papel em relação à própria ciência do Direito Processual já foi bem definido no que respeita ao conteúdo; todavia, se consideramos que pode servir de crítica, prospecção e construção daquela ciência, avulta-se em muito sua importância.

Não foge a Teoria Geral do Processo aos embates doutrinários que se travam entre os estudiosos do Direito. Podemos identificar, pelos menos, duas tendências ou correntes: dogmáticos e críticos. Na verdade, são uma roupagem nova para racionalistas e empiristas. Uns procuram na razão respostas a todas as perguntas, outros na experiência. O meio termo, a conciliação, aparece raramente. Louváveis são as propostas de ambos os lados. Dogmáticos pretendem certeza e segurança para o chamado "direito legal", as quais repousariam na estatalidade, plenitude do ordenamento, hermetismo, etc. Críticos procuram coerência com a realidade prática do Direito, com o homem concreto ou his-

tórico. Uns se inclinam mais pelo racional, outros pelo contingente, pragmático. Críticos combatem constantemente a "alienação" do jurista dogmático e do leigo em geral, qual seja, uma falsa imagem ou representação da realidade, imposta pelo poder dominante, nas leis que vedam a verdadeira participação do cidadão na administração dos interesses comuns, no acesso à Justiça, na igualdade apenas formal, etc. Por outro lado, críticos são apontados como eternos inconformados com os avanços científicos do Direito.

O que caracteriza basicamente os denominados "dogmáticos" é uma postura meramente reprodutiva, avalorativa ou "ascética", para utilizar a expressão de Daniel Coelho de SOUZA,³⁶⁴ no tocante ao direito. Neste sentido é o pensamento de KELSEN um verdadeiro modelo: "A ciência jurídica, porém, apenas pode descrever o Direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais) prescrever seja o que for".³⁶⁵

O que pretende a vertente crítica do Direito? Desmistificar os dogmas assentes, e atribuir ao conhecimento jurídico, vale dizer, à epistemologia em suas diversas manifestações, um papel prospectivo, no sentido de lançar as bases para o futuro, de propor transformações tanto para a ciência, quanto para a mentalidade do jurista diante da lei. A idéia de transformação conduz à idéia de provisoriedade do direito e confere ao jurista uma função constante de construção do seu saber. Esta tem sido, talvez, a maior dificuldade, para muitos, em aceitar a existência de um saber epistemológico geral para o processo, ao qual compete este papel crítico, construtivo e prospectivo.

Se aceito e entendido o papel da Teoria Geral do Processo, como se tem exposto, não há porque se negar a existência de uma teoria da ciência do processo, responsável pela construção de bases comuns aos ramos específicos do Direito Processual, visto que na célebre figura já mencionada, o tronco não se transforma em várias árvores, por serem diversos os seus ramos. É uma relação de gênero para espécie: uma é epistemologia da ciência e a outra é a própria ciência. Uma desempenha um papel; à outra cabe função diferente, embora haja continuidade e reciprocidade entre ambos os saberes.

Não nos rotulamos como jurista "crítico" ou "dogmático", porque não aceitamos que se deva abraçar um aspecto do Direito e menosprezar outro. São ângulos de abordagem diferentes, porém necessários à dinâmica que o Direito Processual requer. Temos, todavia, nos dedicado mais ao exame epistemológico do Direito, em sua versão crítica, visto que não reservamos à teoria uma dimensão meramente descritiva do saber jurídico-positivo. Cabe este papel ao Direito Processual, como já visto.

Como lucidamente aconselha Nelson SALDANHA: "Não se pode reduzir o saber jurídico à dogmática, ou à exegese das normas, nem tirar grande coisa, para a vida real do direito, do formalismo logicista; mas também não se pode pleitear um saber jurídico inteiramente reduzido à visão sociológica com suas atuais "denúncias", um saber jurídico de onde se tenha cancelado sem mais a dogmática, como específico conhecimento do direito positivo. Os problemas teóricos começam a partir deste, e não do vazio deixado pela negação dele".³⁶⁶

Enfim, à Teoria Geral do Processo cabe a crítica, prospecção e construção da ciência processual, a esta cabe uma des-

crição do direito positivo. Na prática, todavia, os papéis não são facilmente identificáveis, visto que os compêndios, manuais e escritos de um modo geral, por razões de elucidação das questões em exame, entremeiam considerações teóricas, com a exegese da lei processual. Não há mal nisso, pois quanto maiores forem os questionamentos, mais evoluirá a ciência processual. Os avanços de nosso Direito Processual somente foram alcançados devido a este procedimento.

2.4 EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL E DE SUA TEORIA

O estudo científico do Direito Processual, permitindo o esboço de uma Teoria Geral do Processo costuma ser situado em fins do século XIX, com Oscar BÜLOW e sua conhecida obra Teoria das Exceções Dilatórias e dos Pressupostos Processuais (1868).

Procurando ordenar historicamente a evolução do Direito Processual, Edson PRATA apresenta-o dividido em seis períodos: "a) período primitivo; b) período romano: direito romano e direito romano-barbárico; c) período judicialista; d) período prático; e) período procedimentalista e f) período processualista, ou do processualismo científico, ou, ainda, período moderno, atual".³⁶⁷

A dificuldade no estabelecimento destes períodos, leva o supracitado autor a afirmar: "Diga-se, desde logo, a título de maior compreensão do assunto, que referidos períodos são estabelecidos para efeitos didáticos, porque não têm eles datas exatas de vigência, nem aparecem com características exclusivas e peculiares. Tão pouco permitem seus doutrinadores uma catalogação exata e inarredável, de vez que as suas obras vivenciam ora elementos caracterizadores de um período, ora de outro".³⁶⁸

O estudo pormenorizado de cada um dos períodos citados não se faz necessário ao bom desenvolvimento da monografia, sobretudo as fases iniciais. Apenas serão feitos breves comentários, com base na obra do autor já mencionado.

No período primitivo da história do processo há uma prática judicial, em que elementos religiosos, morais, consuetudinários, etc se mesclam a normas legais propriamente ditas. A título de exemplificação, basta mencionar o Código de Hamurabi (cuja data estaria em torno de 2100 a.C. ou 1790 a.C); o Direito Mosaico, o Código de Manu (aprox. 1100 a. C), etc.

Quanto ao período romano, teria sido de grande significação para o conhecimento e evolução do Direito Processual, visto que "a primeira manifestação do direito processual de forma sistemática surgiu com o povo romano, que dominou a Europa e grande parte do mundo civilizado até então conhecido (...) Na verdade, Roma é a pátria do direito processual civil com as feições que lhe damos hoje, ou seja: de direito eminentemente público".³⁶⁹

No terceiro período, denominado de "judicialista", vocábulo oriundo de "juízo", cujo significado abrange tanto a sentença como o próprio processo; dois fatos marcantes devem ser destacados: a fundação da Escola de Bolonha (1088) e a publicação do livro "Prática Civil e Criminal e Instrução dos Escrivães", da autoria de Monterrosso. Tal fase se estende de 1088 a 1563. À Escola de Bolonha coube o início dos estudos sistemáticos sobre o processo e as instituições processuais.³⁷⁰

O significado desta escola, também conhecida como dos "Glosadores", pode ser avaliado pela seguinte afirmação de CHIOVENDA: "a Escola de Bolonha representa para o direito processual

o mesmo que o direito romano para o direito civil".³⁷¹ Seus expoentes foram IRNÉRIO (fundador), conhecido como "*lucerna iuris*" (archote do direito), pelos seus valiosos comentários ao "Digesto"; além de BÚLGARO, PLACENTINO, Giovanni BASSIANC, ACÚRSIO, e outros que se notabilizaram pelas glosas, ou notas, feitas à margem ou nas entrelinhas dos textos, em comentários às instituições a que se referiam.³⁷² Destacam-se, ainda, DURANTE, autor do célebre "*Speculum Judiciali*" (1271), que abordou o processo civil e penal e TANCREDO, com sua obra "*Ordo Judiciarius*" (1216), dos quais são os primeiros escritos exclusivamente sobre direito processual.³⁷³

Ainda no período judicialista aparecem, a título de citação, as Pós-Glosadores, no século XIV, também conhecidos como partícipes da Escola dos Comentadores, visto que "seus integrantes se valeram dos comentários aos textos romanos estudados, assim como os glosadores da glosa se utilizaram. Os glosadores eram exegetas fiéis aos textos do "*Corpus Juris*". Os Pós-Glosadores, ao contrário, preferiram comentar as obras, sem apego aos originais".³⁷⁴ A diferença fundamental entre os glosadores e os pós-glosadores é que os primeiros comentavam o "*Corpus Juris Cíviles*" por meio de glosas lineares, intervalares ou laterais, o mais fielmente possível, ao passo que os pós-glosadores passaram a interpretar criativamente, por vezes valendo-se de costumes, casos concretos, opiniões pessoais, etc, realizando o que alguns denominam de "interpretações fraudulentas". Caracterizaram-se por uma exegese prática dos textos. Em muitos casos chegaram a comentar "glosas de glosas". Destacaram-se, sobretudo, Bártolo de SASSOFERATO (1314-1357) e Pedro Baldo de UBALDIS (1327-1406). BÁRTOLO foi considerado um verdadeiro expoente do Direito em sua época, recebendo epítetos que revelam sua admi-

rável cultura e influência: "príncipe dos legisladores", "a luz do Direito", "milagre da natureza", etc.³⁷⁵

Aos pós-glosadores sucedem os "canonistas", dedicados estudiosos do direito canônico, cuja influência no Direito Processual é inegável e de grande valor, sobretudo ao conferir ao processo uma nova dimensão, até então esquecida, a ética. O Direito Canônico tem sido estudado até aos nossos dias, não apenas pelos diretamente interessados pelo assunto, mas por todos os que desejam conhecer sua influência no Direito Processual moderno. Em sua obra "História do Processo Civil e sua Projeção no Direito Moderno", Edson PRATA analisa-o em seus principais aspectos; todavia, em obra mais recente, datada de 1988, Aloísio SURGIK, renomado jurista paranaense, doutor em direito, editou obra especializada sobre o assunto, intitulada "Compêndio de Direito Processual Canônico", onde divide o processo canônico em cinco fases: "antes de GRACINIANO, em GRACINIANO, nas Decretais de Gregório IX, no *Codex Iuris Canonici* de 1917 e no *Codex Iuris Canonici* de 1983".³⁷⁶

"Sob a denominação que se tornou famosa, Decretais de Gregório IX, ou, simplesmente Decretais, a grandiosa obra constitui a fonte de conhecimento por excelência do período clássico do direito canônico (séculos XIII e XIV)".³⁷⁷ No seu livro II são disciplinados os procedimentos, cuja natureza complexa em muito o aproxima dos nossos dias, adotando-se sobretudo o rito escrito. Mas a sua grande contribuição foi, sem dúvida, ao lado do aprimoramento da técnica processual, a adoção de princípios éticos como: "dever de dizer sempre a verdade em juízo; adoção da equidade nos julgamentos; adoção obrigatória da boa-fé. Enfim: o processo deve ter um fim ético, antes de mais na-

da (...); "contrário à arbitrariedade, ao autoritarismo, ao ódio, à desconfiança, ao rancor...".³⁷⁸

O Direito Processual Canônico resulta do Direito Romano, direito germânico, decisões dos tribunais seculares e eclesiásticos, além da obra dos canonistas, comentadores dos cânones e decretos das autoridades eclesiásticas. Todavia, a contribuição mais importante do Direito Canônico para a história do Direito Processual está na chamada Clementina SAEPE, expedida pelo Papa Clemente V em 1306, quando institui o procedimento sumário, ordenando-se ao juiz agilizar ao máximo a atividade jurisdicional, de sorte que as providências judiciais se desenvolveriam, tanto quanto possível, "*simpliciter et plano, ac sine strepitu et figura iudicii*". Tal liberdade conferida ao juiz, implicou em simplificações tais como: eliminação da demanda escrita, da "*litis contestatio*", de tal modo que em caso de morosidade do demandado o juiz poderia, desde logo, prolatar a sentença. As exceções que embaraçam a marcha processual são reduzidas, abreviados os prazos, a admissão de provas somente se efetiva em condições especiais e ao julgador cabe livremente apreciá-las.³⁷⁹

O período dos práticos compreende os anos de 1563-1806 e se caracteriza pela predominância de um Direito Processual praxista, resultante de inúmeros fatores, tais como o enfado no estudo sistemático de obras antigas; o nacionalismo, que valorizava o exame da prática forense de cada país; o desconhecimento crescente dos originais latinos, a necessidade de vulgarização dos conhecimentos processuais, etc.³⁸⁰ O processo passou a ser visto como verdadeira arte, beleza de forma, ficando de lado o seu exame teórico-científico. É um período que

tem sofrido muitas críticas, sobretudo pela confusão entre Direito Material e Formal, sendo que a este competia a condição de simples apêndice daquele. Na opinião de Edson PRATA, a grande contribuição dos praxistas foi no sentido de "popularização do direito", uma vez que as obras práticas divulgaram e facilitaram o acesso aos meandros do Direito, tanto Processual, quanto Material.

Várias teriam sido as razões para o aparecimento de tantas obras, que se repetiam e se copiavam, mas a principal foi justamente a época em que os praxistas desenvolveram suas atividades, qual seja, a da inquisição, em que externar opinião em qualquer assunto era muito arriscado, ensejando a aplicação de penas as mais cruéis.³⁸¹

Segue-se a este período o denominado "procedimentalista", que representa uma fase de transição entre os práticos e o processualismo científico. Compreende os anos de 1806 a 1869, época em que apareceu o Código de Processo Civil francês (1807), cuja influência nos países europeus e os dominados por sua cultura foi muito grande, ao lado do igualmente célebre Código Civil. Preocupam-se os procedimentalistas, sobretudo, com o estudo e descrição de três temas básicos: organização judiciária, competência e procedimento, segundo Niceto ALCALÁ - ZAMORA Y CASTILHO.³⁸²

Neste período, motivados pela Revolução Francesa, os juristas se voltam para o estudo do processo penal, sobretudo no concernente às provas e à humanização das penas. Destaca-se no processo civil o Código de Processo de 1807, o qual foi precedido por duas outras codificações que também se incumbiram de separar o Direito Material e o Formal: a conhecida "Ordennance"

de Luís XIV, em 1667, e a "Partida III", na Espanha. Coube, no entanto, àquele diploma processual notável projeção devido à sistematização dos institutos do direito formal e ao momento histórico de seu aparecimento, em que os ideais da Revolução Francesa se achavam em franca ebulição. Representou, também, uma conciliação entre os diplomas processuais precedentes, sobretudo, a reforma procedida pela Assembléia Constituinte em 1790, em matéria processual, cujas principais inovações foram: "abreviação dos prazos para apelação; obrigatoriedade da fundamentação das sentenças; redução das formalidades processuais; exclusão dos advogados das lides; reinstituição da Corte de Casação e restabelecimento da atuação dos advogados nas lides"³⁸³.

O procedimentalismo desenvolveu-se na França e alastrou-se por todos os países de influência européia.

Segue-se ao período procedimentalista, o denominado "processualismo científico", cujos precursores foram: MATTIROLO, MORTARA, entre nós, João MONTEIRO e outros. Foi, no entanto, em 1868, que Oscar Von BÜLLOW, com seu Livro "Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais", iniciou o processualismo científico que se desenvolve até aos dias de hoje, ao conceber o processo como uma relação jurídica que progressivamente se desenvolve, independentemente da relação de direito material que nele se discute.

"A Escola do Processualismo Científico nasceu na Alemanha com Büllow, Wach, Kohler, Stein, Hellwig; encaminhou-se para a Itália com Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Redenti, D'Onofrio, Allorio, Liebman; alcançou a Espanha com Prieto-Castro, Jaime Guasp, Rafael de Pina; chegou a Portugal com o notável José Alberto Reis; ultrapassou o continente e encontrou muitos

seguidores na Argentina, Uruguai e Brasil".³⁸⁴

No Brasil, com a vinda de LIEBMAN, iniciou-se a denominada "Escola Paulista de Direito Processual", após a sua chegada no ano de 1940. Assim, "... o ingresso do método científico na ciência processual brasileira só pôde ter lugar mesmo, definitivamente, a partir do ano de 1940, quando para cá se transferiu o então jovem Enrico Tullio LIEBMAN, já àquela época professor titular de direito processual civil na Itália. Nos seis anos que esteve entre nós, tendo inclusive sido admitido como professor visitante na Faculdade de Direito de São Paulo, foi LIEBMAN o portador da ciência européia do direito processual".³⁸⁵

Procurando reunir os principais postulados do processualismo científico, assim os enumera Edson PRATA:

- "a) Autonomia da ciência processual;
- b) Separação definitiva do direito processual civil do bojo do direito civil e do direito comercial, estabelecendo-se clara e objetiva diferenciação entre o direito privado (civil e comercial) e público(processual);
- c) Enfoque científico da disciplina processual, ao contrário do que fazia o procedimentalismo, que se limitava, quase sempre, ao descritivismo e ao analismo;
- d) Exame do fenômeno processual exclusivamente à luz da ciência;
- e) Desenvolvimento dos conceitos fundamentais da ciência, que Ramiro Podetti chama de trilogia estrutural do processo e que são jurisdição, ação e processo;
- f) Demonstração da linguagem anti-científica dos antigos processualistas, quando erroneamente qualificava o direito civil de direito substantivo e o direito processual civil de direito adjetivo.

"Mediante uma metáfora, poderíamos dizer que o procedimentalismo se detém na anatomia do fenômeno processual, enquanto o processualismo científico penetra na sua 'fisiologia', escreveu Zamora".

Buscam os seguidores desta corrente uma explicação publicista para a natureza do processo, tornando superadas as interpretações privatistas dos que o imaginavam um contrato ou quase-contrato.

Os doutores do processualismo científico passaram a fazer a Teoria do Direito Processual, relegando a plano secundário as práticas forenses, tão em voga nos períodos dos práticos e do procedimentalismo".³⁸⁶

A breve evolução histórica feita em torno do Direito Processual demonstra que, a grosso modo, aparecem três etapas no que respeita à existência de uma teoria do processo, tal como hoje a conhecemos: em uma primeira etapa inexistente qualquer investigação epistemológica - as obras são de natureza prática, descritivas; posteriormente surge um tímido esboço de epistemologia com os procedimentalistas e, finalmente, inicia-se a fase propriamente da Teoria do Processo.

Silva PACHECO, procurando sistematizar a evolução da Teoria do Processo, identifica as seguintes fases: "a) da teoria geral do processualismo científico ou da relação jurídica processual, florescente na Alemanha, a partir do último quartel do século XIX e primeiro quartel deste século XX; b) da teoria geral do processo de cognição; c) da teoria geral da situação processual; d) da teoria geral do processo de CARNELUTTI; e e) da teoria geral do processo atual".³⁸⁷

Para CARNELUTTI, esquematicamente, o direito processual teria em sua evolução atravessado quatro fases: Escola Exegética, inspira-se na corrente francesa em que a preocupação é sobretudo em elaborar comentários à luz dos textos legais, destacando-se, dentre os processualistas italianos, BORSARI, RICCI, GARGIULO e CUZZERI; período das teorias particulares, em que juristas como MATTIROLO (Tratado de Direito Judiciário Civil) e MORTARA (Comentário ao Código de Processo Civil) procuram sistematizar os institutos processuais e seus princípios; período da teoria geral do processo de conhecimento, sob a influência da escola germânica, em que a construção doutrinária é a tônica, destacando-se CHIOVENDA e seus notáveis discípulos como CALAMANDREI, REDENTI e LIEBMAN; Período da teoria geral do processo, desenvolvida pelo próprio CARNELUTTI - que procura construir uma teoria unitária do processo.³⁸⁸

Uma descrição minuciosa das diversas fases e doutrinas que as caracterizaram foge à natureza desta monografia, por este motivo limitamo-nos à enumeração dos períodos, a título de racionalização do conteúdo.

2.5 UM CONCEITO DE TEORIA GERAL DO PROCESSO: É POSSÍVEL?

Um primeiro obstáculo à conceituação da Teoria do Processo reside, justamente, no fato de que se pretende seja uma epistemologia comum ao processo civil e penal, vale dizer, presuppõe a unidade do Direito Processual, embora Uchoa de ALBUQUERQUE afirme categórico: "a justificação da existência da Teoria Geral do Processo não necessita de que se apoiem as chamadas doutrinas unitaristas do direito processual".³⁸⁹ Embora não se manifeste expressamente pela unidade do Direito Processual, re-

ferido autor transcreve opiniões neste sentido e termina por definir a teoria: "Conceituamos a Teoria Geral do Processo como a disciplina que define o direito processual, estuda seus conceitos fundamentais, seu objeto, método e princípios comuns, e nos fornece uma visão de conjunto da ciência do direito processual".³⁹⁰

Para Frederico MARQUES, "a Teoria Geral do Processo cuidaria dos institutos que são comuns ao processo civil e ao processo penal, dando o mesmo conteúdo normativo e igual tratamento dogmático-jurídico a todos eles (...). No processo civil e processo penal, há regras e dispositivos inteiramente iguais, e um grupo de preceitos que o dualismo processual mantém desiguais, mas que são facilmente unificáveis. Em relação a essas normas e aos institutos daí derivados, construir-se-ia uma série de mandamentos e conceitos idênticos para os dois setores do processo. Restaria o grupo de normas que são diversas e que como tal deveriam continuar, embora ficassem ligadas aos princípios gerais da regulamentação comum. Com essas diretrizes é possível não só a criação de uma Teoria Geral do Direito Processual, como ainda a unificação legislativa das normas que disciplinam o processo".³⁹¹ Acrescenta em outra obra o mesmo autor: "O processo tem uma teoria geral, aplicável a todos os seus ramos, e, para fins práticos, está dividida em dois grandes setores: O Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal".³⁹²

Silva PACHECO delimita seu conteúdo da seguinte forma: "A teoria consiste no conhecimento racional dos institutos processuais, baseado em princípios, conceitos e noções gerais extraídos da própria realidade processual. Mostra-se tanto mais valiosa quanto mais unificar o saber positivo, servindo de es-

teio, alavanca e estímulo para o desenvolvimento científico do direito processual. Embora de caráter especulativo, baseia-se na realidade e destina-se ao seu aprimoramento e otimização(...). A teoria, como síntese, implica em economia intelectual, quer se revista de caráter explicativo definitivo ou meramente provisório ou experimental. Impõe-se, pois, com maior necessidade, o estudo da teoria geral do processo, a fim de se equacionar os conceitos, até certo ponto tumultuários, e não só viabilizar, mas, sobretudo, apressar promissora síntese".³⁹³

Em sua "Teoria Geral do Processo", Antonio Carlos de Araújo CINTRA, Ada GRINOVER e Cândido DINAMARCO embora não se ocupem propriamente de uma definição, referem-se à necessidade e conveniência pedagógica de se reunir "em uma visão unitária, princípios gerais comuns aos vários ramos do direito processual ...".³⁹⁴

Em nossas pesquisas, verificamos que as definições da Teoria Geral do Processo não são muito freqüentes, fato este constatado por Uchoa ALBUQUERQUE: "Os dois únicos livros que conhecemos com o título de Teoria Geral do Processo, um de autoria de Cipriano Gómez LARA, da Universidade do México, e outro de Antonio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido R. DINAMARCO, do Brasil, não se ocupam da definição da disciplina. Considera-se a omissão um erro grave. Quem se propõe a escrever sobre uma determinada disciplina deve iniciar explicando para que servem tais estudos e qual a sua posição no quadro das demais matérias".³⁹⁵

Além do primeiro obstáculo, este seria o segundo, visto que mesmo nas obras mais recentes, publicadas após o comentário acima, não se delimita com exatidão o papel da Teoria Geral do

Processo no âmbito do saber jurídico.

A existência de uma Teoria Geral do Processo Civil, ao lado de uma Teoria Geral do Processo Penal, sem que haja a possibilidade de uma junção epistemológica do Direito Processual, apesar das inúmeras razões lógicas neste sentido, tem ensejado o aparecimento de obras dedicadas especificamente a um dos aspectos do processo, em detrimento do outro, como se pode perceber pela afirmação de Fábio Luiz GOMES: "Não convencem, entretanto, as razões alinhadas em prol da construção de um conceito unitário, bem como da elaboração de uma teoria geral adequada tanto ao processo civil como ao processo penal".³⁹⁶ Tal citação foi extraída da obra intitulada Teoria Geral do Processo Civil, elaborada por diversos processualistas.

Como já foi sobejamente demonstrado, a Teoria Geral do Processo somente poderá receber a adjetivação de "geral" se for comum ao processo civil e penal, posto que particularizada, voltada para um dos aspectos, perde sua dimensão generalizante.

Por último, numa tentativa de oferecer uma conceituação para a Teoria Geral do Processo, ainda que deficiente, já que o aperfeiçoamento vem com o tempo, podemos dizer que tem por objeto a construção da epistemologia da ciência processual, a partir de uma avaliação crítico-prospectiva dos seus princípios fundamentais e institutos básicos, a saber, ação, jurisdição e processo.

A partir desta conceituação, cremos que um programa de Teoria Geral do Processo deve abordar os seguintes aspectos: Noções fundamentais (conceito de Teoria Geral do Processo, objetivos, solução dos conflitos de interesses); Direito Processual (direito material e direito formal, denominação, autonomia e

unidade, princípios); Tutela constitucional do processo; Norma processual (conceito, espécies, fontes, eficácia, interpretação e integração); Jurisdição (conceito, natureza, características, espécies, limites, relacionamento entre jurisdição civil e penal; jurisdição voluntária); Poder Judiciário (funções, estrutura, independência, garantias); Competência (conceito, critérios, espécies, prorrogação, prevenção); Ação (conceito, natureza jurídica, classificações); Processo e procedimento (distinção, relação jurídica processual, processo de conhecimento, execução e cautelar, ritos); ato processual (conceito, classificações, vícios); Teoria das provas (conceito, espécies, ônus); Teoria dos recursos (princípios, espécies).

Uma análise crítico-prospectiva se preocupa basicamente em comparar o presente e o passado da ciência processual, procurando, à luz dos institutos processuais vigentes, projetar seu futuro, com vistas ao aprimoramento do Direito Positivo. Uma Teoria Geral do Processo voltada exclusivamente para a teorização do Direito Positivo, sem questionar a validade dos seus institutos, é simples reprodução de uma realidade que tende gradativamente a desaparecer, provocando um verdadeiro descompasso entre o que a sociedade reclama e o que as leis dispõem.

Observa-se que a tendência à visão crítica do processo tem-se acentuado de forma nítida, basta que consideremos os trabalhos que abordam os institutos processuais sob esta ótica e o aparecimento de uma Revista de Crítica Judiciária que se encontra em seus primeiros volumes, organizada pelo processualista Humberto THEODORO JÚNIOR.

Uma vez estabelecida a necessidade de conceituação que envolva a idéia de "geral" para que se construa uma Teoria do

Processo, resta salientar em que aspectos esta unidade se manifesta: Primeiramente no plano legal, quando a própria Constituição atribui à União competência para legislar em matéria de "Direito Processual", sem estabelecer diferenciação entre o processo civil e penal (art. 22, I); no plano prático, unidade que se evidencia no exercício da função jurisdicional e no intercâmbio existente entre jurisdição civil e penal (prova emprestada, sentença penal condenatória com força executiva no cível, etc); no plano ontológico (o processo tem a mesma essência na composição dos conflitos de interesses e realização da lei, tanto no âmbito civil, quanto penal); no plano teleológico (a finalidade a que visa o processo civil e penal é, em última análise, a realização da justiça material, ou, no mínimo formal). A reunião dos planos legal, prático, ontológico e teleológico conduz à possibilidade lógica de construção de uma epistemologia do processo comum ao processo civil e penal.

Analisando a unidade processual sob o plano instrumental e teleológico, assim se manifesta Frederico MARQUES: "Passa-se do processo civil ao processo penal insensivelmente, porquanto há uma zona comum entre ambos. Institutos existem com idêntico *nomem juris*, no Direito Processual Civil e no Direito Processual Penal. E como ambos têm o mesmo conteúdo finalístico e o mesmo caráter instrumental, não há razão para que se estabeleça, entre eles, linha divisória intransponível, nem para que de ambos se façam compartimentos estanques na regulamentação da atividade jurisdicional do Estado".³⁹⁷ Propõe, ainda, uma unidade no plano legal, muito além da simples unidade evidenciada no texto constitucional, visto que lhe parece ser "a unificação dessas duas ciências jurídicas (...) de profundo interesse prá-

tico. Evitar-se-á, com isto, regulamentação diversa (e às vezes até mesmo contraditória) de institutos em tudo iguais, de um e outro ramo do processo. Dar-se-á maior precisão técnica aos conceitos e princípios. Propiciar-se-á, enfim, um trabalho de sistematização mais coerente e útil, mais científico e perfeito. E isto com profundos reflexos no ensino universitário e no trabalho legislativo".³⁹⁸ E conclui enfático: "Com essas diretrizes é possível não só a criação de uma Teoria Geral do Direito Processual, como ainda a unificação legislativa das normas que disciplinam o processo".³⁹⁹

Todavia, a unidade do Direito Processual e a possibilidade de uma Teoria Geral do Processo não desaparecem pelo fato do legislador, de acordo com os interesses tutelados (predominantemente públicos no processo penal e predominantemente privados no processo civil) ter elaborado separadamente uma legislação processual civil e penal, porque quando se afirma "a unidade do Direito Processual, não se está admitindo que seus dois ramos principais sejam idênticos. O que se pretende, com a afirmativa, é mostrar que existe uma base comum entre o processo civil e o processo penal, onde pode assentar-se uma Teoria Geral do Direito Processual".⁴⁰⁰

2.6 CONCLUSÃO

Observa-se que a Teoria Geral do Processo em sua evolução reclama novos rumos, não se limitando a uma simples epistemologia nos moldes tradicionais, mas em uma visão crítico-construtiva-prospectiva do próprio Direito Processual, sob pena de se limitarem os autores à repetição dos clássicos, cuja contribuição é inegável à sua elevação como disciplina ou saber

epistemológico, mas que exige revisão quanto à metodologia ou ótica sob a qual são analisados os temas processuais.

No sentido de uma visão crítico-sistemática do processo prestam relevantes subsídios os estudos sociológicos (como os de Niklas LUHMANN) e outros que possam ampliar os horizontes da Teoria Geral do Processo.

A visão crítica que tem ofertado novos rumos ao estudo do Direito também pode ser útil ao processo. Escrevendo sobre os Mitos do Processo, dissemos alhures: Os mitos do Direito têm persistido e convivem com a apregoada racionalidade da ciência jurídica. Diga-se, a bem da verdade, que têm sido justamente os dogmas construídos pela razão jurídica os principais responsáveis pela criação dos mitos. Os juristas, por uma natural inclinação ao tradicionalismo e à manutenção do *status quo*, contribuem em muito para a sua assimilação e continuidade. Os mitos não existem em referência a si mesmos, mas sempre em relação a uma dada realidade. É preciso, no entanto, estar atento para que não tomem o lugar da verdade que tentam explicar ou representar. Para os gregos, realidade e mito se confundiam, não havendo para a cultura da época como se expressar uma situação ou uma idéia sem uma figura mitológica correspondente. Hoje, não chegamos a tal ponto, porém incorremos freqüentemente no erro de afirmar que o homem contemporâneo é realista e não convive, como os antigos, com os mitos. O fato de alegar que não existem, em nada acrescenta ao saber científico, porque sua constatação é, para as ciências humanas, mais um fator de progresso do que de descrédito. Quanto ao Direito, os mitos são uma forma de explicar o que parece complexo ou mesmo justificar os procedimentos tradicionalmente seguidos, mesmo que

prejudiciais à concreta realização da Justiça, num respeito infundado ao formalismo que sempre dominou os juristas e o próprio saber do Direito.

Constatando este estado de coisas, Silva PACHECO diz em sua obra Curso de Teoria Geral do Processo: "O panorama é de calma e de acomodada satisfação, em que se suprem os doutores dos dados existentes, sem ousar os riscos das proposições que envolvam alteração da estabilidade aparente. O atual período todavia, apresenta-se como altamente dialético, com o surdo entrecchoque, debaixo de aparente ecletismo, das idéias desenvolvidas nos últimos cem anos".⁴⁰¹

NOTAS DE REFERÊNCIA

- 344 MONIER, Raymond. Manuel Elémentaire de Droit Romain. p.128.
- 345 GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução à Ciência do Direito. p.94.
- 346 ALBUQUERQUE, Francisco Uchoa de. A Teoria Geral do Processo. p.141.
- 347 _____. Idem. p.142.
- 348 _____. Idem. p.143.
- 349 _____. Idem, ibidem.
- 350 REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 2º volume. p.301.
- 351 ALBUQUERQUE, Francisco Uchoa de. Obra citada. p.147-148.
- 352 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo e outros. Teoria Geral do Processo. p.80.
- 353 CARNELUTTI, Francesco. Estudios de Derecho Procesal. Vol.II. p.97.
- 354 apud Francisco Uchoa de Albuquerque. Obra citada. p.148.
- 355 MARQUES, Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Vol.I. p.15.
- 356 _____. Instituições de Direito Processual Civil. Vol.I. p.44.
- 357 _____. Idem. p.49.
- 358 apud Fábio Luiz GOMES e outros. Teoria Geral do Processo Civil. p.25.
- 359 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo e outros. Obra citada. p.18.
- 360 GOMES, Fábio Luiz e outros. Obra citada. p.26.
- 361 _____. Idem. p.27-
- 362 COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva. Lições de Teoria Geral do Processo. p.13.
- 363 ALBUQUERQUE, Francisco Uchoa de. Obra citada. p.142.
- 364 SOUZA, Daniel Coelho de. Introdução à Ciência do Direito. p.91.
- 365 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. p.114.

- 366 SALDANHA, Nelson. Teoria do Direito e Crítica Histórica. p.74.
- 367 PRATA, Edson. História do Processo Civil e Sua Projeção no Direito Moderno. p.15.
- 368 _____. Idem, ibidem.
- 369 _____. Obra citada. p.52.
- 370 _____. Obra citada. p.98.
- 371 _____. Obra citada, idem.
- 372 _____. Obra citada. p.100.
- 373 _____. Obra citada. p.102.
- 374 _____. Obra citada. p.104.
- 375 _____. Obra citada. p.107.
- 376 SURGIK, Aloísio. Compêndio de Direito Processual Canônico. p.10.
- 377 _____. Idem. p.29.
- 378 PRATA, Edson. Obra citada. p.118.
- 379 _____. Obra citada. p.121.
- 380 _____. Obra citada. p.124.
- 381 _____. Obra citada. p.128.
- 382 _____. Obra citada. p.155.
- 383 _____. Obra citada. p.157.
- 384 _____. Obra citada. p.176.
- 385 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo e outros. Obra citada. p.79.
- 386 PRATA, Edson. Obra citada. p.176.
- 387 PACHECO, José da Silva. Curso de Teoria Geral do Processo, p.3.
- 388 _____. Idem. p.8-13 & PRATA, Edson. Obra citada. p.180.
- 389 ALBUQUERQUE, Francisco Uchoa de. Obra citada. p.147.
- 390 _____. Idem. p.149
- 391 MARQUES, Frederico. Instituições de Direito Processual Civil. Vol.I. p.50.
- 392 _____. Elementos de Direito Processual Penal. Vol.I. p.17.
- 393 PACHECO, José da Silva. Obra citada. p.1-12.
- 394 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo e outros. Obra citada, apresentação à primeira edição.
- 395 ALBUQUERQUE, Francisco Uchoa de. Obra citada. p.149.
- 396 GOMES, Fábio Luiz e outros. Obra citada. p.26.
- 397 MARQUES, José Frederico. Instituições. p.48.
- 398 _____. Idem. p.49.
- 399 _____. Idem. p.50.
- 400 _____. Idem. p.49.
- 401 PACHECO, José da Silva. Obra citada. p.12.

CAPÍTULO III

CLASSIFICAÇÃO DICOTÔMICA DAS NORMAS JURÍDICAS

3.1 A NORMA JURÍDICA

O problema da distinção entre normas materiais e formais somente existe porque há normas, portanto, antes de mais nada, há que se fazer um exame, ainda que breve, da norma jurídica, enquanto tal, independentemente de sua classificação em um tipo ou em outro.

Foram escolhidas duas vertentes para o exame da norma jurídica, uma, a dogmática, representada por Norberto BOBBIO e a outra, pragmática, desenvolvida por Tércio Sampaio FERRAZ; ambas expostas em obras igualmente intituladas Teoria da Norma Jurídica.

3.1.1 A Norma Jurídica segundo Norberto Bobbio

BOBBIO parte da afirmação geral de que "a experiência jurídica é uma experiência normativa",⁴⁰² tanto que para se descobrir a direção fundamental para a qual se volta a vida de cada indivíduo, em uma determinada época, basta perguntar quais ações são proibidas, ordenadas, permitidas, etc.⁴⁰³ Todavia, as normas jurídicas não são senão uma parte da vida normativa, visto que todo indivíduo faz parte de diversos núcleos sociais e em todos observa normas, além do fato de que ele mesmo faz para si um programa normativo individual, para dirigir sua vida.⁴⁰⁴ Como o próprio BOBBIO constata, há outras teorias sobre a natu-

reza do direito, que merecem referência, como as teorias da instituição e da relação.

A teoria da instituição foi desenvolvida na Itália por Santi ROMANO em sua obra *O Ordenamento Jurídico* (1945), embora precedentemente elaborada na França por HAURIOU. Para ROMANO o direito deve ser desenvolvido a partir da idéia de sociedade (*ubi ius ibi societas*); deve conter a idéia de ordem, excluído o puro arbítrio e a força social e é uma ordem estruturada, escalonada, constituída em unidade. Donde se conclui que para Santi ROMANO os elementos constitutivos do conceito de direito envolvem: a sociedade como base de fato sobre a qual o direito repousa sua existência; a ordem como fim a que o Direito tende e a organização como meio para realizar a ordem.⁴⁰⁵ Assim, para ROMANO, o direito é uma organização de uma sociedade ordenada, ou uma sociedade ordenada através de uma organização ou uma ordem social organizada. Esta sociedade ordenada e organizada é a que ROMANO chama de instituição. Dos três elementos, o terceiro é o mais importante, porque o direito surge no momento em que o grupo passa da fase inorgânica para a fase orgânica, e o fenômeno de passagem de uma fase para outra se denomina institucionalização. Assim, diz-se que um grupo social se institucionaliza quando cria sua própria organização e através da organização advém, segundo ROMANO, um ordenamento jurídico. Aqui aparece, segundo BOBBIO, uma incoerência na teoria de ROMANO: se é verdadeiro que a organização é um elemento constitutivo primário da sociedade jurídica, e se é verdadeiro que a máxima *ubi ius ibi societas* é verdadeira, todavia, o inverso, *ubi societas ibi ius* não o é. Porque se pode admitir que o direito pressuponha a sociedade, seja o produto da vida social; mas não se pode admitir

que toda sociedade seja jurídica.⁴⁰⁶ No entanto, acrescenta, deve-se reconhecer à teoria da instituição o mérito de haver alargado os horizontes da experiência jurídica além do Estado. Fazendo do direito um fenômeno social e considerando como critério fundamental, para distinguir uma sociedade jurídica de uma sociedade não jurídica, o fenômeno da organização. Desta forma, a teoria da instituição ultrapassou os limites estreitos da teoria estatalista do Direito, que identifica o âmbito do direito com o âmbito do Estado e que considera o Direito apenas quando elaborado pelo Estado.⁴⁰⁷

A teoria estatalista teria surgido com a dissolução da sociedade medieval e a criação dos grandes Estados, que passaram a monopolizar a produção jurídica, eliminando ou absorvendo os ordenamentos jurídicos inferiores ou superiores. A teoria da instituição representa uma reação ao estatalismo, procurando demonstrar que é a sociedade e não o Estado a matriz do direito. Segundo BOBBIO, todavia, não substitui a teoria normativa como pretende ROMANO, por duas razões: primeira, porque normativismo e estatalismo não se confundem, visto que a teoria normativa não limita a experiência jurídica ao Estado; segunda porque a afirmação de que o direito é organização é contestável, porque organização significa distribuição de competências e isto se faz mediante normas de conduta, e as normas surgem antes da organização. Para que um grupo inorgânico se transforme em orgânico concorrem três coisas: é preciso fixar os fins a que a instituição deverá atingir; estabelecer os meios, pelo menos os principais que sejam idôneos para atingir fins; é preciso atribuir funções específicas aos integrantes do grupo para atingimento dos fins, através dos meios previstos. O que se faz atra-

vés de regras de conduta, de modo que a teoria da instituição não exclui a teoria normativa, mas a inclui e reforça.⁴⁰⁸ Assim, quando se defende a teoria normativa não é preciso refutar totalmente a da instituição, que teve o grande mérito de ressaltar que o direito é um conjunto ordenado de normas, que uma norma jurídica não se encontra isolada, solta, mas é ligada a outras normas, com as quais forma um sistema normativo. De sorte que a teoria do direito evoluiu da teoria da norma jurídica para o ordenamento jurídico.⁴⁰⁹

Quanto à teoria da relação intersubjetiva teria surgido da idéia de contrato, em que dois indivíduos ou mais deixaram de se isolar e firmaram um acordo voluntário para a criação do Estado. Para BOBBIO, no entanto, a relação jurídica, enquanto relação direito-dever, envia a duas regras de conduta, uma que atribui um poder, a outra que atribui um dever. Portanto, a relação jurídica é aquela relação que se distingue de outros tipos de relações por ser uma relação regulada por uma norma jurídica. A relação jurídica é caracterizada não tanto pelo conteúdo, mas pela forma como um sujeito se põe diante do outro. Onde: o que caracteriza a relação jurídica não é o conteúdo, mas a forma. Assim, uma norma não é jurídica porque regula uma relação jurídica, mas uma relação é jurídica porque é regulada por uma norma jurídica.⁴¹⁰ Assim, nenhuma relação jurídica é, por natureza, jurídica, mas é qualificada como tal pela norma jurídica.

Conclui BOBBIO, após analisar as vertentes do estatualismo, instituição e relação jurídica, que cada uma delas põe em evidência um aspecto da experiência jurídica: a teoria da relação o aspecto intersubjetivo; a da instituição o da organização

social, a normativa o da regulamentação. De fato, a experiência jurídica se desenvolve em um mundo de relações entre sujeitos humanos, organizados estavelmente em sociedade mediante o uso de regras de conduta. Dos três aspectos complementares o fundamental é sempre o normativo. A intersubjetividade e a organização são condições necessárias para a formação de uma ordem jurídica; o aspecto normativo é a condição necessária e suficiente.⁴¹¹

Esclarecendo que o estudo formal de uma norma jurídica não exclui outro modo de se enfocá-la, BOBBIO acrescenta que sua opção na obra Teoria da Norma Jurídica é pelo exame da norma em sua estrutura, independentemente de seu conteúdo, o que corresponde ao que poderíamos denominar de enfoque lógico-formal. Sob este ponto de vista, a norma jurídica é uma proposição prescritiva. Por proposição entende-se um conjunto de palavras com um significado em seu conjunto. A forma mais comum de proposição é o que na lógica clássica se chama de juízo, que é uma proposição composta de um sujeito e de um predicado, unidos entre si: "S é P". Mas nem toda proposição é um juízo, por exemplo: Quantos anos tem? De modo que é preciso distinguir uma proposição de seu enunciado. O enunciado é a forma gramatical e lingüística com a qual um determinado significado é expresso, de modo que a mesma proposição pode ter enunciados diversos, e o mesmo enunciado pode exprimir proposições diversas. Por exemplo; Maria ama Mário; Maria é amada por Mário. Da mesma forma que pode o enunciado ser expresso em língua estrangeira.⁴¹²

Se vários são os tipos de proposições, há dois critérios para distinguí-los: a forma gramatical e a função. No primeiro caso são declarativas, interrogativas, imperativas, e exclama-

tivas; no segundo são asserções, perguntas, comandos e exclamações. Dentre as suas funções, interessam-nos aquelas proposições que são comandos e cuja função é a de influir no comportamento de outrem para modificá-lo.⁴¹³

Podem ser apontadas três funções fundamentais da linguagem: descritiva (linguagem científica); expressiva (poética) e prescritiva (normativa). A função científica é dar conhecimento sobre algo; a poética é de participar a outrem um sentimento e a normativa é realizar as duas outras, portanto, para conhecer e para participar.⁴¹⁴

Um dos problemas mais examinados pela lógica contemporânea, segundo BOBBIO, é o da distinção entre proposições descritivas e prescritivas. Algumas diferenças podem ser estabelecidas entre os dois tipos de proposições: a descritiva tende a informar e a prescritiva a modificar o comportamento; quanto ao destinatário pode-se falar que, diante de uma proposição descritiva, ele crê que seja verdadeira, ao passo que se for uma proposição prescritiva deverá executá-la. No primeiro caso há uma crença (comportamento mental) e no segundo a execução (comportamento prático). A distinção fundamental, no entanto, reside na valoração, as proposições descritivas são verdadeiras ou falsas; as prescrições são justas ou injustas (válidas ou inválidas). No caso das descritivas procura-se uma correspondência ou não aos fatos (verificação empírica) ou se são postulados autoevidentes (verificação racional); quanto às prescritivas verifica-se se há correspondência com os valores últimos (justificação material-justas) ou derivação das fontes primárias de produção normativa (justificação formal-válidas). Em

última análise, a diferença entre a verificação da proposição descritiva e a justificação da proposição prescritiva—está na maior objetividade da primeira em relação à segunda, visto que a primeira tem como último ponto de referência o que é observável e pertence ao domínio da percepção, e a segunda encontra o seu limite de referência no que é desejado, objeto da tendência ou inclinação e pertence, portanto, ao domínio da emoção ou do sentimento. Diz-se, para marcar a diferença, que a verdade de uma proposição científica pode ser demonstrada, enquanto a justiça de uma norma pode ser objeto apenas de persuasão de outrem (donde a diferença que se tem feito entre a lógica ou teoria da demonstração e a retórica ou teoria da persuasão).⁴¹⁵

Uma vez estabelecido que as normas jurídicas pertencem, enquanto proposições, à linguagem prescritiva, surgem diversos critérios para distinguí-las de outros tipos de normas. Um critério muito seguido é o de caracterizar a norma jurídica pelo seu conteúdo, pertencendo a este grupo todas as teorias que a caracterizam como reguladora de relações intersubjetivas, atribuindo-lhe a bilateralidade, todavia esta distinção não consegue o seu objetivo em relação às normas sociais, que também regulam relações entre indivíduos. Uma outra proposta de distinção é a do fim, ou seja, as normas jurídicas têm um fim específico, a saber, a conservação da sociedade, regulando relações essenciais a este fim. Todavia, segundo BOBBIO, é um critério insuficiente, visto que as normas consideradas essenciais em uma sociedade não são assim concebidas em outras. O critério do sujeito que põe a norma, ou seja, indaga-se quem decide o que serve ou não para atingimento dos fins, isto é, quem detém o poder soberano. Por este critério, norma jurídica é aquela que,

independente da forma que assuma, do conteúdo que tenha, do fim a que se propõe, é posta pelo poder soberano, isto é, aquele poder que em uma dada sociedade não é inferior a nenhum outro, mas que se sobrepõe a todos. Uma norma jurídica é sempre expressão do poder soberano (*suma potestas superiorem non recognoscens*). Esta é a postura do positivismo jurídico, a que o jusnaturalismo responde que o direito positivo pode resultar da vontade do soberano, porém desde que inspirado naqueles ideais cujo valor supremo é a justiça. O problema está justamente em se determinar o que seja justiça... Um quarto critério é o que considera o destinatário ou a natureza da obrigação: há duas soluções, a primeira chamada kantiana, que considera a norma jurídica dirigida ao exterior e a moral ao interior; a segunda, quando o sujeito se encontra convicto da obrigatoriedade da norma, ela é jurídica e age como em estado de necessidade, ao passo que as normas não jurídicas, como as sociais, se caracterizam por um menor senso de dependência do sujeito passivo diante dela. BOBBIO, no entanto, faz a seguinte crítica a este tipo de diferenciação: as normas jurídicas quando comparadas às sociais se aproximam das morais, quando comparadas às morais se aproximam das sociais, ficando, portanto, numa posição intermédia, visto que a obrigatoriedade incondicionada serve para diferenciá-las frente às sociais, porém as morais também possuem esta característica.⁴¹⁶

BOBBIO apresenta como critério efetivo de distinção o que denomina de "resposta à violação", ou seja, o que envolve a noção de sanção. A norma prescreve o que deve ser, que nem sempre corresponde ao que é. Se a ação real não corresponder à ação prescrita, diz-se que a norma foi violada. À violação dá-se o

nome de ilícito, que consiste em uma ação quando o imperativo é negativo, e em uma omissão quando o imperativo é positivo. No primeiro caso diz-se que o imperativo não foi observado e no segundo que não foi executado, de sorte que há uma inobservância em relação ao imperativo negativo e uma inexecução em relação ao imperativo positivo. Assim, afirma-se que a possibilidade de transgressão distingue uma norma de uma lei científica. Tanto a norma quanto a lei científica estabelecem uma relação entre uma condição e uma consequência. Se a consequência não se verifica no caso de uma lei científica, diz-se que não é verdadeira e deve ser excluída da ciência a que pertence, no entanto se uma norma deixa de ser observada ou executada, mesmo assim continua fazendo parte do sistema, visto que é da sua natureza a possibilidade de não ser cumprida. Em um sistema científico, se os fatos desmentem uma lei, trata-se de modificar a lei; em um sistema normativo, no caso em que a ação que deva ocorrer não ocorrer, modifica-se a ação e salva-se a norma. Assim, no caso da lei científica o contraste é sanado agindo-se sobre ela e redimensionando o sistema; no caso da norma, atuando-se sobre a ação não-conforme, impedindo-a ou neutralizando sua consequência. A ação que vem sobre a conduta não-conforme para anulá-la ou para eliminar a consequência danosa é a sanção. A sanção pode ser definida como o expediente com o qual se cerca, em um sistema normativo, de proteção a lei da erosão das ações contrárias. No sistema normativo vige o princípio da autoridade e no sistema científico o da verificação empírica.⁴¹⁷

Definida a sanção como "resposta à violação" e entendido que todo sistema normativo conhece a possibilidade de violação, resta indagar se todas as sanções são iguais. Sabemos que não.

Quando a violação de uma norma suscita uma resposta dos outros com quem convivemos, a norma é externamente sancionada. A sanção externa é característica das ações sociais, isto é, de todas aquelas normas do costume, da etiqueta, etc. Estes comportamentos sancionatórios são de diversa natureza e gravidade: começa com a simples reprovação, até o afastamento do grupo, que pode ser o isolamento ou mesmo a expulsão. A forma mais grave de sanção social é o linchamento, que é uma típica sanção do grupo, expressão daquela forma primitiva, espontânea e irrefletida do grupo social que é a multidão.⁴¹⁸ O problema da sanção social não é a falta de eficácia, o que é defeito da sanção moral, mas a falta de proporção entre a violação e a resposta. A resposta também não é constante, sempre a mesma, depende do humor do grupo. Um exemplo típico é o linchamento. Os vícios das sanções sociais são a incerteza de seu êxito; a inconstância de sua aplicação e a falta de medida em relação à violação e a resposta.⁴¹⁹ Tais inconvenientes decorrem do fato de que tais sanções não são institucionalizadas, reguladas, precisas, mas inorganizadas. Um grupo se organiza quando passa da fase da sanção descontrolada para a sanção controlada, organizada, institucionalizada.

A sanção jurídica, no entanto, se distingue da moral e da social, porque é externa e institucionalizada, ou seja, é uma resposta do grupo às violações de suas normas, observados os seguintes aspectos: a) para toda violação de uma regra primária vem estabelecida uma sanção; b) a medida da sanção vem estabelecida dentro de certos limites e c) há uma pessoa previamente encarregada de executá-la. Com a primeira limitação se assegura a certeza da resposta, com a segunda a proporcionalidade e com a terceira a imparcialidade. As três limitações, em

conjunto, contribuem para uma maior eficácia da sanção. Por isso, pode-se dizer que as normas jurídicas, em confronto com as morais e as sociais, são normas de eficácia reforçada. Tanto isso é verdadeiro que as normas jurídicas se distinguem das demais normas que regulam a vida em sociedade porque têm o máximo de eficácia.⁴²⁰

A eficácia reforçada passou por vários estágios: havendo, inicialmente, a autotutela, quando o titular do direito de exercer a sanção é o mesmo titular do direito violado, a que se seguiu um processo de heterotutela, quando os titulares são pessoas diversas, um respondendo pelo exercício da sanção e outro pelo exercício do direito violado. Somente o sistema da heterotutela garante, com maior eficácia, a proporção entre o dano e a reparação e a igualdade de tratamento, visto que a sanção é atribuída a um órgão *super partes*.

Há os que contestam a sanção como elemento constitutivo do direito, argumentando que há adesão espontânea às normas, todavia a adesão espontânea não é por si só suficiente para garantir o cumprimento das normas, visto que há violação. Assim, sustentar que a sanção organizada caracteriza os ordenamentos jurídicos não nega a eficácia das regras deste ordenamento, obtida pela simples adesão espontânea, mas significa afirmar que o ordenamento conta em última instância com a eficácia obtida através do aparato da sanção.⁴²¹ Para outros, a sanção não é elemento constitutivo do direito porque há normas nos ordenamentos que não possuem sanção, todavia, há que se entender que quando se fala de uma sanção organizada como integrando o direito, quer-se referir não às normas singularmente, mas ao ordenamento normativo no seu complexo, o que implica em afirmar que a

maior parte das normas possuem sanção. As normas que eventualmente não possuem sanção são aquelas que dela prescindem por que há adesão espontânea ou porque foi posta pelo mais alto poder, que detém a fonte mesma da força, como é o caso do poder constituinte. Quanto aos chamados ordenamentos sem sanção, que seria o caso típico do ordenamento internacional, sabe-se que a diferença não está na ausência de sanções, mas no modo como são reguladas e aplicadas, visto que o ordenamento internacional é fundado sobre o princípio da autotutela e o estatal sobre a heterotutela.⁴²²

Quanto à classificação das normas jurídicas, BOBBIO destaca a diversidade de critérios, tais como: quanto ao conteúdo: substanciais e processuais; de comportamento ou organização; quanto ao destinatário: primárias e secundárias; quanto à natureza e estrutura da sociedade regulada: direito estadual, canônico, internacional, familiar, etc. Destacando, em seguida, que estes critérios não serão analisados em sua Teoria da Norma Jurídica, visto que apenas se encontra em exame a norma jurídica sob o ponto de vista formal, ou seja, quanto à estrutura lógica da proposição prescritiva. Desta forma, valendo-se de uma distinção elementar que se encontra nos tratados de lógica, as proposições podem ser singulares e universais. Universais: aquelas em que o sujeito representa uma classe composta de muitos membros, como por exemplo: Os homens são mortais. Singulares: aquelas em que o sujeito representa um único indivíduo, como por exemplo: Sócrates é mortal. Esta classificação pode ser feita quanto às normas jurídicas, de modo que a primeira classificação formal das normas jurídicas é no sentido de que há normas universais e singulares. Toda proposição prescritiva,

como as normas jurídicas, é formada de dois elementos constitutivos que não podem faltar: o sujeito a que a norma se refere, ou seja, o destinatário e o objeto, a ação prescrita. Tanto o destinatário-sujeito quanto a ação-objeto podem aparecer numa norma jurídica, sob a forma universal ou singular. Assim temos quatro tipos de proposições jurídicas: prescrição com destinatário universal, prescrição com destinatário singular, prescrição com ação universal e prescrição com ação singular.⁴²³

Uma classificação muito conhecida é no sentido de que as normas jurídicas são gerais e abstratas, confrontando-as com a classificação por ele proposta, teremos: gerais são as normas que são universais quanto ao destinatário e abstratas aquelas que são universais quanto à ação. Normas gerais são aquelas que se destinam a classes e abstratas quando as normas regulam uma ação-tipo (ou uma classe de ações). Toda norma geral se contrapõe àquela que tem por destinatário um indivíduo singular, por isso denominada de norma individual; toda norma abstrata se contrapõe àquela que regula uma ação singular, que BOBBIO sugere chamar de norma concreta. A rigor a expressão norma concreta não é correta, no momento em que a norma faz pensar em uma regulamentação continuada de uma ação, de modo que o vocábulo norma é mais adequado para designar a norma abstrata. As normas concretas são mais propriamente denominadas "ordens". Assim se pode propor uma classificação fundada na seguinte dicotomia: norma geral e comando e norma abstrata e ordens.

A classificação das normas em abstratas e gerais, como requisitos da norma jurídica reflete uma origem ideológica e não lógica, porque se trata de um juízo de valor no seguinte sentido: "É bom (é desejável) que as normas jurídicas sejam gerais e

abstratas". Em outras palavras, BOBBIO descrê que generalidade e abstração sejam requisitos da norma jurídica como é, mas como deveria ser para corresponder ao ideal de justiça, pelo qual todos os homens são iguais, todas as ações são certas. Estes requisitos não são tanto da norma jurídica válida em certo sistema, mas da norma justa! Que fim se pretende alcançar com a generalidade? A igualdade. Porém não se quer dizer que toda norma individual significa um privilégio. Que fim se pretende atingir com a abstração? A certeza: significa que o ordenamento jurídico atribui a um dado comportamento um dado efeito, de modo que o cidadão esteja em condição de saber com antecipação a consequência de sua própria ação. Esta exigência é, no mínimo, atingida quando o legislador descreve um tipo.

Combinando a generalidade, abstração, individualidade e concretude, as normas jurídicas podem ser de quatro tipos: normas gerais e abstratas (deste tipo são a maioria das leis, como por exemplo, as leis penais); normas gerais e concretas (uma lei que ordene a mobilização geral se dirige a uma classe de cidadãos e ao mesmo tempo prescreve uma ação única que, uma vez cumprida, exaure a eficácia da norma); normas individuais e abstratas (uma lei que atribuisse a uma determinada pessoa um ofício, como aquele dos juizes nos tribunais, dirige-se a um só indivíduo e prescreve não uma ação única, mas todas aquelas que são inerentes ao exercício do cargo); normas individuais e concretas (o exemplo mais característico é a sentença judicial).⁴²⁴

Uma outra classificação ou distinção lógico-formal é entre proposições afirmativas e negativas, aquela é o comando e esta a proibição; ou mesmo aquela distinção muito conhecida entre normas categóricas (que estabelecem uma certa ação a ser

cumprida) ou hipotéticas (que fixam uma certa ação a ser cumprida se se verifica uma dada condição).

Concluindo, observa-se que em BOBBIO a norma jurídica é uma proposição prescritiva do tipo comando, cuja função é a de influir no comportamento de outrem para modificá-lo, dotadas de uma "resposta à violação", que se caracteriza por ser certa, proporcional e imparcialmente aplicada, tendo por isto o máximo de eficácia, ou eficácia reforçada. Tratando-se, como se viu, de um critério lógico-formal de abordagem da norma jurídica, independentemente de seu conteúdo.⁴²⁵

3.1.2 A Norma Jurídica como discurso

Ao iniciarmos este capítulo houve uma primeira distinção entre as propostas a serem examinadas, visto que representam, a nosso ver, duas vertentes do pensamento jurídico, uma tradicional (Norberto BOBBIO) e a outra mais atual (Sampaio FERRAZ). Em BOBBIO a norma é uma proposição do tipo prescritivo e sua preocupação é dissecá-la logicamente; ao passo que em Sampaio FERRAZ a opção metodológica é pelo tratamento da norma como fato lingüístico, como situação comunicativa em que se processa o discurso jurídico. Pretende, segundo suas próprias palavras, realizar "uma pragmática da comunicação jurídico-normativa",⁴²⁶ tendo como "centro diretor da análise o chamado princípio da interação", ou seja "(...) o ato de falar enquanto uma relação entre emissor e receptor na medida em que é medida por signos lingüísticos".⁴²⁷

Não olvida a pluridimensionalidade do objeto chamado direito e nem pretende afirmar que se reduza ao ângulo normativo, mas busca tratá-lo sob o ponto de vista lingüístico, conside-

rando que o direito, enquanto fenômeno empírico, tem um sentido comunicacional, sem ser um fenômeno basicamente lingüístico.⁴²⁸ Portanto, o estudo proposto não é de lingüística, mas jurídico, "ao nível de discurso". Tradicionalmente o discurso tem sido entendido como "um conjunto de fatos lingüísticos ligados entre si por regras sintáticas de construção", todavia, este sentido restrito não responde aos anseios do autor" que opta por uma noção mais ampla de discurso, em que os denominados "fatos lingüísticos" são, na verdade, "jogos estratégicos, de ação e reação, de pergunta e resposta, de dominação e esquivas, como também de luta", segundo FOUCAULT,⁴²⁹ ou seja, as normas jurídicas são "fatos lingüísticos, ainda que não exclusivamente linguagem", esta é a tese exposta em sua Teoria da Norma Jurídica.⁴³⁰

O discurso ou ato de falar somente se pode dizer que existe se houver entendimento (ensino-repetição), de modo a gerar uma situação comunicativa, em que as influências são recíprocas, já que a ação de quem fala (orador) quer, deve ou pode provocar uma resposta por parte de quem ouve, tornando-o ativo, passivo, etc. Por sua vez o ouvinte influencia com sua reação ao orador e assim sucessivamente. A essa troca de mensagens entre orador e ouvinte se denomina interação, visto que "toda situação comunicativa é, nestes termos, um sistema interacional."⁴³¹

O princípio básico da pragmática é a interação, a troca de mensagens, em que os comportamentos são reciprocamente influenciados, o que conduz à consideração da norma jurídica não como uma realidade "a se", mas como um tipo de situação comunicativa. A reflexividade da situação comunicativa daí surgida é controlada mediante regras, fornecendo um tipo de discurso fundamentante (ou seja, racional, que permite o questionamento e

exige a prova dos argumentos).⁴³² A primeira regra deste tipo de discurso é que todo ato de falar pode ser posto em dúvida, o que gera entre orador e ouvinte uma estrutura comunicativa dialógica.⁴³³ Sob o ponto de vista do orador o discurso desperta sentimentos, posições, etc., tendo por isso uma função sintomática, provocando no ouvinte uma reação, que pode ser a modificação ou manutenção de seu comportamento. Quanto ao receptor, o discurso tem uma função de sinal, isto é, provoca uma reação e, finalmente, sob o ângulo do objeto do discurso (*quaestio*) a função é estimativa, já que é o ponto de convergência dos comportamentos precedentes, aparecendo a questão como duvidosa (*dubium*) ou como certa (*certum*), inteligente, boa, má, etc.⁴³⁴

Ainda sob o prisma pragmático, a dialogicidade não esgota a estrutura do discurso, visto que se podem identificar questões que não podem ser questionadas, porque inatacáveis, caso em que o discurso se torna monológico. O discurso jurídico apresenta justamente esta ambigüidade própria, já que ora é do tipo homológico (discurso-com, em que a estratégia é o convencimento recíproco, mediante a utilização de argumentos que procuram comprovar a verdade), ora é heterológico (discurso-contra, em que se busca o consenso pela persuasão, de modo que "a verdade" resulta do consenso e não propriamente de si mesma).⁴³⁵ O discurso do primeiro tipo visa a demonstração e o do segundo tipo a justificação das decisões. O primeiro conduz à conciliação e o segundo pode ensejar novo conflito.

Um outro aspecto a ser considerado quanto ao discurso, é que envolve um aspecto denominado "relato" (informação primária) e "cometimento" (como esta informação chega ao ouvinte, como deve ser entendida, ou seja, a informação sobre a informação).⁴³⁶

Analisados estes aspectos essenciais do discurso, o autor se propõe a determinar em que "situação comunicativa ocorre o discurso normativo", sendo que um primeiro obstáculo a enfrentar é o da definição de "norma", dada a diversidade de conceituações, tanto no direito, quanto no âmbito sociológico, moral, religioso, etc. Para contornar esta dificuldade conceitual, Sampaio FERRAZ procura utilizar o termo "norma", evitando sua coisificação e tomando-o "como um sinal que representa a ligação entre duas posições",⁴³⁷ que, no caso, ocorre entre o orador e o ouvinte, ou, especificamente na situação comunicativa normativa, entre o editor da norma e o seu endereçado, de sorte que como relação a norma é algo em movimento. Ressalta, no entanto, que pretende "a descrição de um modelo e não de uma realidade empírica", ao mesmo tempo que deseja construir "um esquema analítico capaz de tornar transparente uma das múltiplas facetas da dimensão empírica" o que não conduz necessariamente a uma confusão entre o "modelo" e uma provável definição do direito.⁴³⁸

Para captar o discurso normativo como interação, o autor procura recursos na teoria da comunicação, valendo-se do modelo pergunta/resposta e a ocorrência de interrupção na comunicação, ou porque quem deve emitir a mensagem se recusa a fazê-lo, ou porque o receptor se nega a recebê-la. Diante de uma situação como esta, a discussão se desenrola de tal modo que a questão principal chega a um ponto em que passa para o segundo plano e o que se questiona não é mais a questão principal, mas a decisão sobre ela. Por exemplo, alguém se nega a pagar impostos e a autoridade decide que deve fazê-lo, a questão principal (o débito) torna-se secundária, e a discussão passa a ser sobre a decisão (dever de pagar, suas condições, validade, etc.). Como

a situação comunicativa se apresenta com alta reflexividade, podendo gerar outros tantos confrontos, é preciso que haja regras para disciplinar o conflito, o que implica em sua institucionalização, isto é, "a transformação do conflito numa questão em que os procedimentos decisórios a ele referidos sejam regulados", o que exige mais um comunicador, responsável pela decisão da " *quaestio* ". Cabe-lhe organizar as mensagens entre os outros comunicadores, de tal sorte que o relato (informação primária) e o cometimento (informação sobre a informação) se processem de tal forma a conduzir à solução do conflito. O terceiro chamado a decidir o conflito é o árbitro ou "comunicador normativo". Temos, desta forma, três partes no discurso: o orador, o ouvinte e o comunicador normativo. O papel do comunicador é desempenhado valendo-se do que se denomina linguagem protocolar (legal, contratual, regulamentar, etc.), o que permite a uniformização da comunicação.⁴³⁹ A situação comunicativa normativa compõe-se de três comunicadores (orador, ouvinte, comunicador) e três regras básicas: "a) regra de imputação do dever de prova pela recusa da comunicação ao endereçado; b) regra de garantia do conflito, pelo qual os comunicadores sociais não podem eximir-se da situação, sem que o terceiro, de algum modo, se manifeste, o que dá ao conflito seu caráter institucionalizado; c) regra da exigibilidade, que dá às expectativas do comunicador normativo o seu caráter contrafático".⁴⁴⁰

A estrutura do discurso normativo é ambígua no sentido de ser dialógica e monológica, de forma que a questão é ao mesmo tempo um *certum* e um *dubium*. "É um *certum*, tendo em vista a relação autoridade/sujeito, de estrutura monológica, cuja regra básica diz que nem todas as ações lingüísticas do orador podem

ser postas em dúvida pelo ouvinte, donde a sua classificação em atacáveis e não atacáveis, as inatacáveis não podendo ser postas em dúvida, as atacáveis não podendo ser afirmadas. É um *dubium*, tendo em vista a relação parte argumentante/intérprete, de estrutura dialógica, cuja regra básica diz que todas as ações lingüísticas do orador podem ser postas em dúvida pelo ouvinte, donde a necessidade de diálogos parciais para obtenção de enunciados primários, de força persuasiva, a partir dos quais o diálogo decorre".⁴⁴¹

As normas jurídicas são, em Sampaio FERRAZ, sob o ângulo pragmático, decisões, porque "através delas, garantimos que certas decisões sejam tomadas. Elas estabelecem assim controles, isto é, pré-decisões, cuja função é determinar outras decisões. Embora isto não signifique, como veremos, uma redução da norma à norma processual, o ponto de vista pragmático não deixa de ressaltar este aspecto procedimental do discurso normativo".⁴⁴²

O papel decisional atribuído por Sampaio FERRAZ à norma jurídica é importante no sentido de que o comunicador normativo (editor da norma) "... não apenas diz qual a decisão a ser tomada - pré-decisão - mas também como essa pré-decisão deve ser entendida pelo endereçado - informação sobre a informação. Respectivamente, temos o relato, e o cometimento do discurso normativo, que, no seu conjunto, formam o objeto (*quaestio*) do discurso normativo".⁴⁴³

Por outro lado, considerando que a situação comunicativa normativa é interativa, os papéis no discurso normativo se alteram, havendo posições diferentes para o orador e o ouvinte. A descrição da ação e a descrição das condições em que deve ocorrer correspondem no discurso normativo ao relato. Quanto ao cometimento (reação do ouvinte quanto ao relato), só poderá ser

uma reação de "confirmar ou rejeitar", nunca de "desconfirmar", que representaria ignorar a existência de autoridade, tanto que "os sistemas normativos costumam estabelecer (...) que não se reconhece a alegação da ignorância da lei como justificativa para ilicitude do próprio comportamento. Ao nível do cometimento, portanto, entendemos que o discurso normativo só reconheça (e procure estabelecer como possíveis) duas reações: confirmação e rejeição, excluída a possibilidade de desconfirmação".⁴⁴⁴

Na verdade o que importa ao discurso normativo é que as reações que desqualificam a autoridade (rejeição) terão garantia de exclusão da situação normativa. Tal garantia é representada pela sanção. Não se questiona na obra o caráter coercitivo de todo e qualquer discurso normativo, todavia há dúvida quanto a se afirmar que a sanção seja a única responsável por esta natureza coercitiva.⁴⁴⁵ Quanto ao problema da sanção, são levantadas três questões: seu sentido (o que é sanção); relação entre sanção e norma (toda norma tem de prever uma sanção?) e, finalmente, fundamento da norma na sanção (o direito é uma forma de violência?).⁴⁴⁶ À primeira questão responde que, sob o ângulo pragmático, a sanção é um fato lingüístico e, como tal, é ameaça de sanção, não se trata de um fato empírico, portanto. À segunda, responde que "a ameaça de sanção pode ou não estar presente, admitindo-se, então, que ela esteja em outra norma. Esta é a questão de conexão entre normas e não da sua sistematização, que é problema de relação de validade (...), uma das características da norma jurídica está em que nelas a sanção é sempre prevista ou por ela mesma ou por outra norma, sem que isto nos obrigue a afirmar que na sanção esteja a causalidade genética do direito."⁴⁴⁷ Quanto à última questão, esclarece que a

ameaça de sanção aparece na norma a nível de relato, tratando-se de elemento de ligação entre o editor - autoridade e o endereçado - sujeito normativo, que sabe qual será o comportamento (reação) do editor, caso tenha determinadas reações.

O discurso normativo não acolhe a violência, porque é um discurso de autoridade; todavia, é inegável que há violência, ainda que sutil,⁴⁴⁸ quando se observa que a sanção é uma ameaça embora apareça sob a forma condicionada. O que sustenta a autoridade é a "distância" que entre ela existe e o endereçado normativo. O editor da norma prevê a sanção no caso de comportamento contrário e é justamente este procedimento lingüístico que ao mesmo tempo mantém sua autoridade e a suspende provisoriamente, até que o comportamento condicionante ocorra. A ambivalência do discurso normativo combina o fático com o contrafático, o que lhe permite sobreviver mesmo quando há condutas divergentes (isto é subsiste a despeito dos fatos que o contrariam).⁴⁴⁹

Como se interligam os comunicadores normativos? Sabemos que há "cadeias normativas", que possibilitam vinculações entre as normas, como isso ocorre? Basicamente a questão envolve os problemas da validade, efetividade e imperatividade.

O problema da validade envolve o próprio fundamento da ordem jurídica, por isso, o autor tenta encontrar um critério capaz de responder pragmaticamente à questão. Se a proposta é de examinar a norma como discurso normativo, uma primeira direção a seguir é a que aponta no sentido de ser a validade uma qualidade do discurso normativo, porque a linguagem além de ser veículo de comunicação pode também ser analisada como objeto. Assim o termo validade é uma propriedade, atributo ou qualidade

própria de entidades lingüísticas. Isto posto, discursivamente, a validade pode ser examinada sob três aspectos: sintático, semântico e pragmático. O que interessa é justamente descobrir qual destes ângulos tem maior relevância para o jurista. A um primeiro exame tais ângulos se apresentam assim: sintático: a validade é justamente aquela relação das normas entre si; semântico: relação das normas com objetos extralingüísticos, e pragmático: da norma com seus intérpretes e usuários.⁴⁵⁰

Após analisar o problema dos ângulos propostos, o autor conclui que "um conceito unitário de validade não se pode encontrar ao nível sintático ou semântico, somente ao nível pragmático".⁴⁵¹ Prosseguindo no enfoque pragmático, procura situar a questão a partir das diferenças tradicionalmente apontadas pela doutrina entre eficácia e validade. Concluindo que sob o aspecto lingüístico a validade é uma qualidade sintática, visto que se trata de uma relação de conformidade entre o fato-tipo da norma e a hipótese normativa superior, que a prevê e a disciplina. (...)", ao passo que "eficácia é entendida como a relação entre a ocorrência (concreta) dos fatos estabelecidos pela norma superior, que condicionam a produção do efeito, e a possibilidade de produzi-lo. Em nossa terminologia, uma qualidade semântica que designa a correspondência com certos atos (ou fatos - a doutrina é incerta, a respeito)".⁴⁵²

Constata que as distinções referidas, na verdade, procuram identificar a quem cabe o "controle das situações normativas", ressaltando que a noção de controle é pragmática, já que afeta o comportamento (interação) de emissor e receptor. O que equivale a dizer que "a noção de controle postula, pois, que o discurso normativo é primordialmente uma interação e que a validade de-

signa uma propriedade desta interação. Isto é, normas não são entidades independentes e os seus caracteres têm de ser examinados no seu sentido interativo".⁴⁵³ Os caracteres a que se refere o autor são o editor, o sujeito, a informação, o cometimento, etc., de modo que a noção de validade envolve o discurso normativo como interação entre todos os seus caracteres. Por outro lado, a noção de controle da situação normativa é uma qualidade central do discurso normativo enquanto decisão, vale dizer, enquanto possuidor da capacidade de terminar conflitos definitivamente. De modo que quando a expressão norma válida é utilizada o que se pretende, pragmaticamente, é afirmar que há "relação entre discursos normativos, tanto no aspecto-relato, quanto no aspecto-cometimento".⁴⁵⁴ Tal conexão é denominada de imunização, o que corresponde a "um processo racional (fundamentante) que capacita o editor a controlar as reações do endereçado, eximindo-se de crítica, portanto capacidade de garantir a sustentabilidade (no sentido pragmático da prontidão para apresentar razões e fundamentos do agir) da sua ação lingüística".⁴⁵⁵

A imunização contra a crítica pode ser alcançada de várias formas; no caso do discurso normativo "se caracteriza, pois, por ser conquistada a partir de outro discurso normativo, o que faz da validade uma relação pragmática entre normas, em que uma imuniza a outra contra as reações do endereçado, garantindo-lhe o aspecto-cometimento meta-complementar".⁴⁵⁶ Como se processa tal imunização? Mediante "técnicas de imunização", responde Sampaio FERRAZ, em que a norma imunizante disciplina a edição de outra ou delimita-lhe o relato. O que se dá mediante a programação condicional e a programação finalista. Pela pri-

meira, partindo-se do discurso normativo como decisional, programam-se as condições em que a decisão deve ocorrer, de modo que dadas as condições, segue-se a decisão. Pela segunda, os fins são estabelecidos, porém a escolha dos meios é liberada, desde que aqueles sejam atingidos. A imunização condicional ocorre com a disciplina de edição das normas por outra norma. Por exemplo: a criação, aumento ou isenção de tributos devem observar certas condições estabelecidas pela lei X (imunizante), logo quando a lei Y (imunizada) estabelecer o tributo a que se refere a primeira deverá fazê-lo de acordo com as condições pré-estabelecidas, afastando possíveis reações do endereçado. Esta técnica de imunização funciona mediante "sistemas hierárquicos, donde o estabelecimento de conjuntos normativos que guardam entre si uma coordenação vertical de superioridade e inferioridade. Neste sentido podemos dizer que a norma inferior tem seu fundamento de validade em norma superior".⁴⁵⁷

Já a imunização finalista ocorre com a delimitação do relato. Neste caso, "a norma imunizante não se importa com a edição da norma imunizada, mas fixa-lhe um determinado relato".⁴⁵⁸ Assim, quando a norma imunizante estabelece que o salário mínimo do trabalhador deve atender a tais e tais aspectos para que se garanta sua subsistência e de sua família, caberá à norma imunizada fixar dito salário procurando atingir aqueles aspectos. Todavia, tal não significa que qualquer meio pode ser utilizado para atingir os fins, já que há entre os diversos conjuntos normativos relações de coordenação vertical e horizontal que permitem o recíproco controle, donde: "para que uma norma seja válida, isto é, para que haja imunização, exige-se a concorrência das duas técnicas, caso contrário, a norma será invá-

lida". Poder-se-á concluir dizendo que a validade é qualidade pragmática do discurso normativo, na medida em que tal comportamento pode ser exigido, posto que imunizado contra possíveis reações contrárias (validade como condição de exigência).⁴⁵⁹

Após analisado o problema da validade, Tércio SAMPAIO continua demonstrando que as "cadeias normativas" existem ainda porque há a "efetividade", inicialmente concebida como "condição de obediência".

A primeira distinção que se pode apontar entre validade e efetividade é que a primeira exprime uma relação entre normas, ao passo que a segunda é entre aspectos da mesma norma. De modo que só se pode dizer que uma norma é válida em relação a outra, ao passo que pode ser declarada a efetividade de uma norma pelo exame de seus aspectos (relato-cometimento). Assim, "a efetividade é uma relação de adequação entre o aspecto-relato e o aspecto-cometimento da mesma norma".⁴⁶⁰ De modo que, simplificada, pode-se dizer que "normas efetivas são normas obedecidas",⁴⁶¹ porque há entre o aspecto-relato (informação primária) e o aspecto-cometimento (reação do endereçado) um certo equilíbrio. Para melhor compreensão da idéia de equilíbrio é bom lembrar que a norma sendo concebida como "discurso decisório" deverá dar a entender alguma coisa a outrem, sendo importante o aspecto "sucesso da comunicação". O sucesso da comunicação pode ser atingido não apenas pelas palavras que compõem a mensagem, mas pelo modo como o orador as utiliza, ou como o ouvinte as interpreta, visto que o discurso é uma interação, um jogo de ações e reações. No caso da efetividade, há entre os comunicadores uma heterologia equilibrada, no sentido de que "o cometimento é tranqüilo, permanecendo, em segundo

plano, de tal modo, que os efeitos podem ser produzidos".⁴⁶² Analisando, todavia, os vários graus em que dita adequação se verifica, há maior ou menor adequação entre o relato e o cometimento, donde a seguinte hierarquização: "uma norma pode, assim, ser plenamente eficaz, se a possibilidade de produzir os efeitos previstos decorrerem dela imediatamente (por exemplo: uma norma revoga outra: o efeito extintivo é imediato), contidamente eficaz, se a possibilidade é imediata, mas sujeita a restrições por ela mesma previstas (por exemplo, normas que prevêem regulamentação delimitadora), limitadamente eficaz, se a possibilidade de produzir os efeitos é mediata, dependendo de normação ulterior (por exemplo, as normas programáticas)", neste passo utilizando a terminologia de José Afonso da SILVA.⁴⁶³

Quando a norma é plenamente eficaz, o relato da norma é adequado ao cometimento; quando contidamente eficaz, a adequação é parcial, a relação de autoridade não sofre restrições senão aquelas fixadas pelo próprio discurso normativo e quando limitadamente eficaz, "está no limiar da inadequação, exercendo-se a relação de autoridade apenas num sentido negativo: é possível reconhecer o que o sujeito não deve fazer, mas não o que ele deve fazer".⁴⁶⁴

Verifica-se que para a análise pragmática o importante é a relação meta-complementar, o exame das condições em que a aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma ocorrem, tanto em relação aos seus intérpretes e usuários quanto nos dois outros ângulos que a lingüística comporta (sintático: "vê a efetividade como mera relação entre o relato de uma norma e as condições que ela mesma estabelece (que podem estar em outra norma) para produção dos efeitos"; semântico: "liga diretamente

a efetividade e obediência de fato, não prevendo, por conseguinte, os casos de desobediência de normas eficazes (no sentido técnico)", ou seja, "uma norma será tanto mais efetiva quanto mais as ações ou omissões exigidas ocorreram". E conclui: "Assim, embora os três níveis (pragmático, semântico e sintático) não se confundam, eles guardam uma conexão que se torna manifesta toda vez que o ângulo privilegiado da análise é pragmático".⁴⁶⁵

A imperatividade, a seu lado, ocorre em virtude de uma técnica denominada de "calibração", pela qual a norma "se adapta a mudança e desvios em razão de uma estabilidade conhecida, constituindo um padrão de ordem superior caracterizado pelo rompimento e reconstrução de um padrão aplicável a maiores unidades de tempo".⁴⁶⁶ A calibração exerce uma função de regulação entre condição de exigência (validade) e de obediência (efetividade) de um discurso normativo, adaptando os eventuais desvios (ilegitimidade, falta de competência ou descumprimento, não aplicação) mediante expedientes já previstos, tais como medidas disciplinares, sanções, anulação, declaração de nulidade.⁴⁶⁷

A imperatividade se manifesta sob a forma ritual (mediante procedimentos próprios, linguagem protocolar, etc.), de modo que não se encontra a imperatividade prevista em uma dada norma, mas espalhada pelo sistema, permitindo um relacionamento circular entre as diversas normas que o compõem (porque é uma qualidade ou propriedade do discurso normativo, participando de sua natureza interativa). Tal propriedade é que permite que em cada caso a relação de autoridade seja determinada, o que se pode verificar, por exemplo, na conexão entre os direitos indi-

viduais e suas garantias. É justamente a imperatividade que permite ao sistema normativo, como um todo, a solução definitiva dos conflitos.

A compreensão da imperatividade como um relacionamento circular entre as normas conduz, por sua vez, a um entendimento do ordenamento jurídico não como uma ordem linear, unitária, e hierárquica, "que culmina numa única norma fundamental, reconhecendo, ao contrário, que o 'sistema' normativo admite a presença de várias cadeias com diversas 'normas-origens', até mesmo entre si incompatíveis".⁴⁶⁸

Repetimos aqui, com a finalidade de melhor esclarecê-la, a conceituação de sistema, inicialmente apresentada nesta monografia (item 1.3): "Entendemos por sistema um conjunto de objetos e seus atributos (repertório do sistema), mais as relações entre eles, conforme certas regras (estrutura do sistema). Os objetos são os componentes do sistema, especificados pelos seus atributos, e as relações dão o sentido de coesão ao sistema."⁴⁶⁹

"O objeto dos sistemas normativos (repertório do sistema) são normas (especificadas por seus atributos: validade e efetividade)". A coesão entre as normas do sistema se verifica mediante as técnicas da imunização e calibração, todavia, embora estes mecanismos afetos ao próprio sistema possam fornecer elementos para manter sua unidade, tal não quer significar que deva ser hermético, mas que está aberto a outros sistemas, mediante uma interatividade representada pela importação e exportação de informações oriundas de outros modos discursivos (políticos, religiosos, sociais, etc.).⁴⁷⁰

Os sistemas normativos são dotados, por vezes, de "uma curiosa 'lógica', um universo de crises e reconciliação onde a

coerência, às vezes, parece incoerência".⁴⁷¹ Cabe, justamente, à imperatividade o papel de responsável pela "regulagem do sistema normativo", dito papel, todavia, só será melhor compreendido se concebida como ligada à noção de ideologia.⁴⁷²

A linguagem ideológica se torna mais compreensível, como linguagem jurídica, se lembrarmos que o discurso normativo é heterológico (discussão-contra), valendo-se sobretudo da persuasão (opiniões fundamentadas, guiadas por determinados interesses, os quais procuram ser postos pelo comunicador como sendo prevalecentes em relação a outros (valores), com vistas ao controle do comportamento. A linguagem ideológica é seletiva na medida em que "neutraliza" determinados valores, retirando-lhes a dialogicidade própria, para servirem a propósitos de estabilização de um dado sistema, liberal, conservador, fascista, comunista, etc. Assim, "uma norma tem imperatividade na medida em que se lhe garante a possibilidade de impor um comportamento, independentemente do concurso ou da colaboração do endereçado". E conclui: "ela torna rígida a relação estabelecida, dando-lhe os limites de variação, mas garantindo-a contra eventuais desqualificações, mesmo à custa de uma coerência lógica".⁴⁷³

O que é sistema do ângulo pragmático? É aquele em que as normas são tidas como discursos interativos, em que alguém dá a entender a outrem alguma coisa, fixando-se, concomitantemente, a relação entre ambos. "Os discursos normativos constituem sistemas de controle de expectativas no sentido de que os comunicadores, ao falar, estão num processo constante de imposição da definição das suas relações. A peça chave desta definição imposta é a valoração ideológica, pois ela constitui, não só uma explicação da razão, porque certas expectativas de comportamento

podem ser esperadas, mas também a razão pela qual estas expectativas são fundamentadas ou legitimadas".⁴⁷⁴

Surge aí o problema da legitimidade, intimamente ligado ao da imperatividade. A questão da legitimidade envolve não o modo como o sistema normativo impõe suas normas, mas a justificação do próprio modo como a imperatividade ocorre. Trata-se do problema dos fundamentos do discurso normativo, o que decorre do caráter racional do discurso. Haveria um primeiro problema a ser enfrentado, o da justificação última: será possível mediante procedimentos unicamente racionais?

Inicialmente cumpre ressaltar que um conceito mais amplo de racionalidade abarca dois tipos de discursos: homológicos e heterológicos. De modo que a situação comunicativa é que impõe as regras, conforme o processo interativo de comunicação se desenrola, tanto que "quem fala, responde pelo que diz" (dever de prova). Em princípio a participação do ouvinte é ilimitada, no entanto, para que o processo de comunicação não se rompa, pela falta de limites à argumentação e à prova, há regras limitadoras desta atuação. No discurso normativo, cuja finalidade é conduzir a uma decisão, esta se coloca inicialmente - segundo normas que o próprio discurso fixa -, como ponto de partida para novas decisões, até que se atinja a decisão última, "a qual repousa sua força justamente na sua capacidade de sustentar-se no confronto com outras possibilidades".⁴⁷⁵

Para que o discurso normativo se imponha como decisional é preciso que algumas ações lingüísticas sejam postas ideologicamente como fora de dúvida, de modo que o orador fica eximido do dever de prova (isto é, são tidas como verdadeiras). Todavia, a regra de que determinadas asserções não podem ser postas em

dúvida não pode ser em si mesma um dogma, o que desqualifica o comportamento crítico do ouvinte e instaura uma situação comunicativa em que o que vale é unicamente o que o orador diz. Donde, poder-se entender que em relação a certas questões o dever de prova se exclui, porém, a exclusão do dever de prova não é uma regra do sistema. Por outro lado, para que o discurso normativo não se transforme em um "jogo sem fim", há necessidade do estabelecimento de critérios que coloquem um ponto final às questões. Surge a legitimidade como justificação última do discurso normativo, o que envolve a seguinte indagação: os critérios que legitimam o discurso normativo estão dentro do sistema ou fora dele? O que, por outro lado, nos conduz a um impasse: se os critérios pertencem ao sistema como "avaliações ideológicas", "não conseguem constituir-se naquele padrão último desejado, mas relativizam-se no interior do sistema, sendo um critério entre critérios";⁴⁷⁶ se não pertencem ao sistema não possuem meios para se viabilizarem dentro do sistema.

Uma tentativa de situar a legitimidade dentro do sistema aparece em LUHMANN, segundo a qual a legitimidade se reduz à legalidade dos procedimentos decisórios, no sentido de que há expectativa generalizada de que havendo incerteza quanto a determinadas questões (expectativas sobre expectativas) há, no entanto, a certeza de que a decisão ocorrerá, segundo critérios procedimentais previamente fixados e segundo papéis também adrede estabelecidos. A dificuldade de aceitação desta justificação legitimadora estaria, justamente, no fato de que repousa numa espécie de "ilusão ou crença" de que a decisão sempre existirá.⁴⁷⁷

Segundo Sampaio FERRAZ, o que legitima o discurso norma-

tivo é "o caráter aporético do fundamento último", no sentido de que a norma jurídica admite uma lógica própria, visto que o aspecto-cometimento (informação sobre a informação ou interpretação que dela faz o ouvinte) prevalece sobre o aspecto-relato, no caso de dúvida. De modo que havendo divergências quanto à exata compreensão do relato (- "por exemplo, que significa a expressão 'emprego da violência' no art. 2º, §4º, do Estatuto das Nações Unidas?" -) o conteúdo da questão fica em segundo plano, cedendo lugar a "disputas ideológicas", em que predomina a interpretação de um determinado grupo ou indivíduo ("ascendência comunicativa"). É esta ascendência comunicativa que impõe uma dada interpretação (decisão), selecionando-a dentre as demais, arbitrariamente (no sentido de que é uma "opção que contorna a questão, mas não a elimina. Mais ainda: não só não a elimina, como assume a impossibilidade de eliminação como um pressuposto da sua própria legitimidade, ou seja, é diante de alternativas permanentes que para os partícipes da situação comunicativa constituem uma situação incômoda, que a decisão normativa se toma e se fortalece").⁴⁷⁸

O fundamento da legitimidade do sistema normativo é "sempre momento de força", cuja justificação está na sua natureza discursiva, o que permite que a imposição da decisão seja justificável e defensável quando criticada. Todavia, a referência a uma fundamentabilidade discursiva não é expressa, mas implícita (ideológica), por todos aceita como uma garantia de continuidade do próprio sistema. Por outro lado, sendo concebido o sistema como circular, a sua legitimidade não é encontrada em uma "norma fundamental", mas "na própria atividade (atualidade) do sistema, que é sempre a sua melhor explicação".⁴⁷⁹ O modo como

o sistema é capaz de manter-se atuando, desemboca na "autoridade soberana", a qual é apenas emissora e não receptora de normas. Assim a aporia última do sistema reside no conceito de soberania: "a relação de soberania só se entende se houver complementaridade, em que um manda e outro obedece, e soberano é aquele que 'obedece' a si próprio, é emissor e receptor complementar de si próprio".⁴⁸⁰

O discurso normativo possui "um modo específico de racionalidade", o qual não elimina as aporias, mas trabalha com elas, aceitando-as como ponto de partida de seu discurso, sem eliminar o confronto com outras possibilidades. Por isso é que é ao mesmo tempo aberto (ao confronto - racional, dialógico) e fechado (quando se torna irracional, não admitindo o confronto). Em síntese: quando o sistema se torna irracional é que se torna ilegítimo: "A legitimidade do discurso normativo repousa, pois, não em premissas incontestáveis e absolutas, mas na garantia da posição de outras possibilidades, em confronto com as quais o dogma se sustenta".⁴⁸¹

3.1.3 Conclusão

As diferenças entre o pensamento jurídico tradicional, que concebe a norma como uma proposição, e a vertente mais atualizada que a vislumbra como discurso, residem não tanto nas afirmações ou postulados que consagram, mas na postura dos seus adeptos. De sorte que um simples enumerar de princípios, regras operacionais, etc., não conduz ao cerne das diferenças, ao mesmo tempo que se torna desnecessário, visto que foram analisados os aspectos principais das duas vertentes, ainda que não únicas, posto que há desdobramentos.

Assim, a título de conclusão, poder-se-á dizer que o núcleo das diferenças está no ponto de partida: em BOBBIO a norma jurídica é uma proposição do tipo prescritivo, o que é rebatido por Sampaio FERRAZ que procura demonstrar que a norma jurídica não contém apenas uma mensagem, mas envolve as posições de orador e ouvinte.⁴⁸²

Por outro lado, o enfoque da norma jurídica em BOBBIO é estático, típico da lógica jurídica tradicional, em que determinadas formas de pensar são hipostasiadas, diríamos "coisificadas" no plano lógico, transformando-se em seres com vida própria, abstraídas da realidade à qual se aplicam. Assim, discute-se, por exemplo, se a norma jurídica é ou não um comando sem considerar que se é uma ordem é emitida por alguém dirigida a outrem, logo não pode prescindir do aspecto interativo, até porque o direito não se realiza senão nas relações interindividuais, não apenas no momento de sua aplicação, mas a começar pela sua elaboração.

Sampaio FERRAZ afirma peremptório: "... os discursos normativos não são apenas enunciados prescritivos, mas procedimentos interativos fundamentantes, regidos pela regra do dever de prova e pela abertura ao comportamento crítico do ouvinte".⁴⁸³ Em outro passo, a propósito do problema da relação entre norma e sanção acrescenta: "... a aceitação de decisões de outrem como premissa do próprio comportamento exige a mobilização de motivos, para o próprio agente e para terceiros. Neste sentido, o discurso normativo não é mera proposição, letra morta perfeita e acabada, mas forma de interação: um procedimento regulado".⁴⁸⁴

Uma outra consideração a ser feita é quanto à concepção

sistemática: para a dogmática tradicional o sistema jurídico é do tipo linear (caracterizando-se pela verticalidade e horizontalidade das suas relações), ao passo que na proposta pragmática é do tipo circular (as relações entre as normas e destas com os comunicadores normativos são interativas).

Quanto à classificação das normas jurídicas não há propriamente uma preocupação neste sentido em Sampaio FERRAZ, todavia, ao examinar o aspecto-relato e cometimento da norma, começa por identificá-la como "decisões", deixando claro que as normas jurídicas especificam pré-decisões, cuja função é determinar outras decisões. "Embora isto não signifique uma redução da norma à norma processual, o ponto de vista pragmático não deixa de ressaltar este aspecto procedimental do discurso normativo".⁴⁸⁵ Segue-se exemplo que envolve uma questão conflitiva de natureza penal-processual, ser preso ou não e em que condições, o que importa em uma pré-seleção da decisão (ões) a ser (em) tomada (s): "Assim, o objeto da norma, sua questão conflitiva, não é apenas 'ser preso ou não ser preso', 'legalmente ou ilegalmente', mas também 'só prender em flagrante ou por ordem escrita', decisão obrigatória ou proibida ou permitida ou indiferente ou facultativa etc.". E conclui, estabelecendo uma distinção que, a nosso ver, aborda a que examinamos nesta monografia: "na terminologia pragmática, o comunicador normativo não apenas diz QUAL a decisão a ser tomada - pré-decisão - mas também COMO essa pré-decisão deve ser entendida pelo endereçado - informação sobre a informação. Respectivamente, temos o relato, e o cometimento do discurso normativo, que, no seu conjunto, formam o objeto (*quaestio*) do discurso normativo".⁴⁸⁶

Aproveitando essa menção e direcionando-a para a pesqui-

sa em curso, diríamos que as normas materiais seriam responsáveis pelas decisões no que respeita ao seu conteúdo (qual a decisão a ser tomada?), ao passo que as normas processuais responderiam pelo como a decisão deve ser tomada? Ambas, todavia, seriam pré-decisões só que no tocante a aspectos diferentes. No momento em que a situação fática ocorrer, saberá o comunicador normativo qual decisão deverá escolher e como concretizá-la.

Resta mencionar que há, no entanto, um ponto comum, pelo menos, nas duas vertentes examinadas: a norma jurídica é, tanto em BOBBIO, quanto em Sampaio FERRAZ, examinada sob o aspecto lógico-formal, ou seja, independentemente de seu conteúdo, procurando estabelecer conceitos, juízos e raciocínios que permitam identificar sua natureza.

A opção metodológica nesta monografia, se tivesse que ser classificada dentro dos padrões da lógica, poderia ser entendida como material, já que, independentemente da estrutura que se pretenda adotar (proposição, discurso, etc.), a classificação das normas jurídicas em materiais (O QUE?) e formais (COMO?) envolve um exame dos respectivos conteúdos ou objetos imediatos.

3.2 O CRITÉRIO MATERIAL VERSUS FORMAL

Da mesma forma que a lógica pode ser identificada como formal e material, igualmente toda realidade empírica ou não pode ser enfocada pelos dois prismas.

Assim, procurando encontrar uma explicação para a tradicional distinção entre normas materiais e formais, Roberto Thomas ARRUDA parte do princípio filosófico de que "tudo o que exis-

te na natureza cabe dentro da concepção do hilemorfismo. Por este entende-se a composição dualística de todos os seres, continentes de duas partes que os definem: a matéria e a forma.⁴⁸⁷

Ampliando esta concepção inicialmente cosmológica para o âmbito dos fenômenos imateriais, dentre os quais se encontra a ordem jurídica enquanto sistema de normas, com as características já apontadas, poder-se-á entender com relativa facilidade a distinção proposta.

Há em toda norma jurídica, integrante do sistema, um aspecto material e outro formal, se considerarmos que a norma disciplina determinados fenômenos da vida humana e que se exterioriza mediante símbolos lingüísticos que possuem, portanto, uma forma característica, de acordo com o idioma a que pertencem. Os fenômenos, entendidos como manifestações da ordem do ser, são captados pelo legislador e integrados à ordem do "dever ser", de modo que toda e qualquer norma contém matéria (representada pelo seu núcleo) e forma (expressão lingüística, proposição, discurso, etc.).

Thomas ARRUDA procurando explicar a extensão do dualismo hilemórfico a fenômenos imateriais, bem como a todas as manifestações da racionalidade humana assim preleciona: "A substância seria o núcleo da idéia, do juízo ou do raciocínio, congregando a interioridade gnoseológica da representação intelectual. A forma seria constituída pelos sinais exteriores do núcleo, continentes das categorias específicas daquela manifestação racional".⁴⁸⁸ Todavia, não se trata desta distinção na presente monografia, já que parte do princípio de que a distinção entre normas materiais e formais existe e o que importa é identificar o núcleo da distinção, por isso a afirmação anteriormente feita

de que a opção metodológica é lógico-material, não prescindindo, todavia, para melhor localização do problema, das análises lógico-formais. Ou melhor dizendo: porque determinados fenômenos da vida humana são considerados como integrantes de um subsistema e não do outro? Quais os critérios utilizados pelo legislador e pelo estudioso do direito para identificá-los como próprios de uma determinada ordem normativa e não da outra?

Responde-nos o pré-citado autor que "o conteúdo do direito só se completa ontologicamente por sua consumação de fato na ordem real. Em algumas vezes essa consumação será uma decorrência natural e espontânea dentro do grupamento, encontrando forma dentro da própria fenomenologia. Em outras, deverá o Estado intervir, colhendo a matéria já existente e lhe dando forma jurídica pela consumação do preceito, imposta mercê do seu poder coercivo. O direito positivo, pois, é composto de uma categoria de normas que definem do que se constitui a ordem inumerável dos fenômenos regidos pelo direito (materiais) e de outra categoria de normas que estabelecem o modo de fazer constituir esse objeto em fenômeno consumado na ordem social (formais). Isso nos leva, evidentemente, à ilação de que a idéia do direito formal se prende aos meios de que dispõe o Estado para intervir sobre a coexistência social, para transformar em realidade sensível os seus preceitos, sempre que isso não decorra da espontaneidade do próprio dinamismo intrínseco das relações, pela natural conduta dos seus sujeitos. São as normas que estabelecem e orientam a sistemática das ações e dos processos".⁴⁸⁹

Desempenham as duas sub-ordens em uma ordem maior um papel específico que evoluiu gradativamente, embora a consciência científica de sua existência não seja historicamente demarcável,

ainda que para alguns teria sido esboçada no século XIII com BARTOLO.⁴⁹⁰ O direito material representaria "o vigor da síntese cultural dos povos e o direito formal o processo lógico de atuação do poder político como sustentáculo da mesma, transposta à ciência jurídica. No primeiro comportar-se-á o direito como delineação do comportamento social em si, dependente de meios de consumação, e no segundo adquirirá sabor de princípio dirigente do próprio estado, personificador do poder político, na sua ação interferente. Desse modo, o direito continente do núcleo das normas coexistenciais terá um valor bem mais acentuado como fato histórico e social, pois que através dele será integralmente visível a totalidade dos aspectos do comportamento social. Por seu turno, o direito formal será mais estável, pois que é simplesmente diretor da ação do estado, e esta adquire, na sua constituição, estabilidade acentuadamente maior que a base fenomenológica do direito material, fervilhante de modificações pelas antíteses advindas do costume e da cultura".⁴⁹¹

Do texto transcrito ressalta um primeiro critério para identificação das normas integrantes dos dois subsistemas em exame, que seria a base cultural ou síntese dos comportamentos socialmente relevantes (direito material) e a atuação ou ação interferente do próprio Estado na consumação dos comportamentos materialmente disciplinados (direito formal); além do destaque para a mobilidade maior de uma ordem do que da outra.

Naturalmente que toda distinção parte do que é característico à realidade abordada, desprezando o que representa acidentalidade, sob pena de se tornar impossível uma sistematização adequada do assunto. Somente tendo em mente este método é que se pode aceitar a proposta de Thomas ARRUDA, pois senão po-

deríamos retrucar-lhe dizendo que o direito formal também é um espelho fiel da cultura de um povo, sobretudo sob o ponto de vista político-econômico, visto que o respeito ou não aos princípios processuais somente pode existir se a Constituição do Estado os albergar e que a mobilidade também se faz presente e necessária para sua correspondência aos anseios sociais de Justiça. No entanto, tratando-se de um critério comparativo, não resta dúvida que o direito material apresenta maior mobilidade que o formal, além de um conteúdo que acompanha mais de perto o repertório cultural de um povo, suas tradições, valores, costumes, etc.

Um outro aspecto a destacar na proposta de Thomas ARRUDA é que as normas materiais envolveriam O QUE e as formais O COMO. Seguindo idêntico raciocínio, embora não tratando especificamente da citada distinção, AFTALIÓN, OLANO e VILANOVA, em sua respeitada obra de Introdução ao Direito, ao analisarem o problema da unidade do conjunto de normas ou sistema jurídico e as formas de derivação que apresenta, asseveram: "Uma sentença judicial, por exemplo, funda sua validade tanto na aplicação do Código de procedimentos que estabelece como há de prolatar-se a norma individual, como no Código de fundo que estabelece em termos gerais o que; o conteúdo que há de ter referida sentença. Esta última deriva do Código de fundo do mesmo modo que o particular deriva do geral (derivação material) e do Código processual enquanto tenha sido criada pelo procedimento estabelecido no mesmo (derivação dinâmico-formal)".⁴⁹²

Em KELSEN a distinção também se revela enquadrada no objeto imediato de disciplina da norma jurídica, de modo que "como direito formal designam-se as normas gerais através das quais

são regulados a organização e o processo das autoridades judiciais e administrativas, os chamados processo civil e penal e processo administrativo" e "por direito material entendem-se as normas gerais que determinam o conteúdo dos atos judiciais e administrativos e que são em geral designados como Direito Civil, Direito Penal e Direito Administrativo, muito embora as normas que regulam o processo dos tribunais e das autarquias administrativas não sejam menos Direito civil, Direito penal e Direito administrativo".⁴⁹³

Para HART, apesar de adotar a conhecida nomenclatura primárias, que prescrevem que os seres humanos façam ou omitam certas ações quer queiram ou não; e secundárias, que estabelecem que os seres humanos podem, fazendo ou dizendo certas coisas, introduzir novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar regras anteriores, ou determinar de diversas maneiras o seu efeito, ou controlar sua atuação, há implícita a distinção proposta pelos autores precedentes, sobretudo quando reúne as normas em duas categorias: primárias (estabelecem deveres) e secundárias (permitem o reconhecimento das normas do sistema, sua modificação e aplicação (julgamento)).⁴⁹⁴

Miguel REALE, distingüe-as em dois grandes grupos: umas são de organização e de conduta, cujo objetivo imediato é disciplinar o comportamento dos indivíduos ou as atividades dos grupos e entidades sociais em geral e outras têm uma natureza instrumental, destinando-se à estrutura e funcionamento de órgãos ou de processos de identificação e aplicação de normas.⁴⁹⁵

Norberto BOBBIO vê as normas relativas ao direito substancial mais como limites de conteúdo ao poder normativo do juiz, ou seja, quando se diz que o juiz deve aplicar a lei, o

que se pretende é que sua atividade seja limitada pela lei, no sentido de que o conteúdo da sentença deva corresponder ao conteúdo de uma lei e se esta correspondência não tiver lugar a sentença pode ser considerada nula, da mesma forma que ocorre com uma lei ordinária que não esteja conforme a Constituição. Por outro lado, as leis relativas ao procedimento são os limites formais da atividade do juiz; o que vale dizer que o juiz é autorizado a emanar uma norma para o caso concreto, porém segundo os ritos propostos pela lei formal. Os vínculos do juiz em relação à lei material são maiores do que aqueles que unem o legislador ordinário à Constituição, já que por vezes na passagem da Constituição para a lei ordinária, encontramos ausência de limites materiais, ao passo que na passagem da lei ordinária para a decisão do juiz esta falta é difícil de se verificar na realidade, a menos que se estabeleça que o juiz poderá decidir sempre por equidade, o que, sabemos acontece em poucos casos. Pelo juízo de equidade o juiz é autorizado a resolver a controvérsia sem recorrer a uma norma legal, preestabelecida. O juízo de equidade é definido por BOBBIO como a autorização ao juiz para decidir a despeito de todo limite material imposto pela norma superior. Quando os limites ao poder criativo do juiz não decorrem da lei material, escrita, derivam de outra fonte superior, como pode ser o costume ou o precedente judicial.⁴⁹⁶

As normas de direito substancial são para BOBBIO dirigidas mais ao juiz do que ao cidadão, enquanto poder normativo, já que apenas no âmbito negocial há uma certa margem de criatividade ou dispositividade para o indivíduo. Chega, inclusive, a formular o princípio de que ao legislador ordinário não interessa tanto a matéria sobre a qual possa exercitar-se o poder da von-

tade particular, mas a forma dentro da qual deva explicitar-se.⁴⁹⁷

Para Araújo CINTRA, Candido DINAMARCO e Ada GRINOVER "o direito material é aquele cujas normas disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista, etc.).

O que distingue fundamentalmente direito material e direito processual é que este cuida das relações dos sujeitos processuais, da posição de cada um deles no processo, da forma de se proceder aos atos deste - sem nada dizer quanto ao bem da vida que é objeto do interesse primário das pessoas (o que entra na órbita do direito substancial). O direito processual é, assim, por sua própria natureza e finalidade, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. O objeto do direito processual reside precisamente nestes institutos e eles concorrem decisivamente para dar-lhe sua própria individualidade e distingüí-lo do direito material".⁴⁹⁸

Para Silva PACHECO "o direito material regula com generalidade e abstração as relações entre os homens, atribuindo, no caso de incidência aos fatos concretos, aos sujeitos das respectivas relações jurídicas, direitos subjetivos, pretensões e ações, de um lado, e deveres, obrigações, exceções e sujeições de outro, tanto público quanto privado (Direito Civil, Comercial, Administrativo, etc.) e o Direito Processual".⁴⁹⁹

Ressaltando-as dificuldades para identificação do conteúdo das normas jurídicas que integram os dois subsistemas em exa-

me, Benedito HESPANHA acolhe a tradicional distinção afirmando que "... não há por que também não se aceitar a bem da didática a classificação entre norma jurídica material e norma jurídica formal e, por via de consequência, entre Direito Material e Direito Formal. A racionalização das coisas no mundo da ciência jurídica nos parece um método útil para a formalização do ensino e da prática do Direito (...). A norma jurídica material tem conteúdo específico, dentro da realidade prática de quem cria, de quem observa ou de quem aplica o Direito, pois regula a vida em comum dos indivíduos, estabelecendo relações jurídicas para o uso, o gozo e a aquisição de bens da vida, através da prescrição ou da proibição de direitos e de deveres aos indivíduos".⁵⁰⁰

Conclui, valendo-se das expressões conteúdo de forma e conteúdo de fundo, que a norma material é uma prescrição global e abstrata, cujo conteúdo de forma e de fundo descreve uma conduta de permissão ou de proibição do uso, do gozo, da aquisição ou da relação dos direitos e dos deveres em face de bens da vida".⁵⁰¹

E quanto às normas formais afirma que "por meio de um pensamento simples, mas cientificamente válido, (podemos) dizer que as normas jurídicas do Direito Formal se acham intimamente vinculadas à questão fundamental de saber qual o melhor caminho formal que o Direito do Estado fará valer em relação à realidade da ordem jurídica, da jurisdição, da administração pública da justiça e da própria instituição do processo de seu tempo". E conclui: as normas jurídicas formais deverão ser "os meios adequados e os instrumentos seguros da aplicação no processo, assim como as normas jurídicas do Direito Material o são para sua observância. Tudo não passa de controle social da juridicidade e da legalidade das relações litigiosas ou não litigiosas".⁵⁰²

Uma simples enumeração dos diversos conceitos de norma material e formal não conduz o raciocínio além do que foi anteriormente estudado, tanto na questão da denominação, quanto da nomenclatura. Por isso faz-se necessário escolher um critério para identificação dos dois subsistemas, qual seja, o critério do objeto imediato de sua disciplina, que poderá ser didaticamente apresentado como sendo: O QUE (normas materiais), COMO (normas formais).

3.3 NORMA JURÍDICA MATERIAL: OBJETO IMEDIATO - O QUE?

Considerando que o conteúdo de fundo de toda norma jurídica é a realização da "justiça objetiva", afirma Benedito HESPANHA que "não se deve ver entre norma jurídica material e norma jurídica formal ou processual oposição iminente no saber jurídico do Direito Material e do Direito Processual ou Formal" (...), apesar de que, como bem ressalta, "não tem sido pequena a confusão e, porque não dizer, a desordem jurídica para se conhecer o conteúdo da norma jurídica material e da norma jurídica formal. A confusão cresce na medida em que se busca a implicação jurídica que uma tem em face da outra, quando se sabe que ambas integram, numa unidade plena e fechada, o sistema de normas jurídicas do Direito Objetivo".⁵⁰³

A norma jurídica material tem, portanto, um conteúdo específico que deve ser levado em conta, tanto pelo legislador ao elaborá-la, quanto pelo juiz ao aplicá-la, quanto pelo seu destinatário ao observá-la. Ao disciplinar as realidades vivas, cotidianas, representadas pelos bens materiais e imateriais, a norma material fica reservada dupla função: a primeira de evitar a eclosão de conflitos pela normatização dos interesses prevale-

centes, prescrevendo genérica e abstratamente a conduta desejada, facultada ou proibida; a segunda é a de solução de conflitos já surgidos pela previsão de uma sanção aplicável todas as vezes que a simples existência do preceito não for suficiente para evitar o confronto de interesses. A sua dupla função, no entanto, ficaria totalmente vazia se além da coercibilidade de que é dotada (possibilidade do uso de força material para cumprimento do preceito) não fosse também protegida pela coercitividade (efetiva imposição da sanção pelos meios judiciais).

Como já foi visto, os diversos critérios propostos para distinção, de uma forma ou de outra, se voltam para o objeto imediato da norma, uma vez que mediatamente toda norma jurídica disciplina a conduta.

Assim, sob o ponto de vista do objeto imediato, as normas materiais são aquelas que disciplinam a conduta humana, sob a forma positiva (ação) ou negativa (omissão), estabelecendo direitos, deveres e poderes dos indivíduos entre si e destes com os bens da vida, resultantes da cultura ou da natureza, materiais ou imateriais.

Por sua vez, desdobram-se as normas materiais em comportamentais, quando se dedicam à disciplina da conduta humana em todas as suas manifestações interpessoais e destas com os bens da vida, ou seja, quando o seu objeto imediato é a pessoa física ou natural e sua ação ou omissão. Quando, ao contrário, a norma material se volta para a estrutura e finalidade dos entes sociais, pessoas jurídicas, criadas pelo homem, dizem-se orgânicas.

Justifica-se a inclusão das normas orgânicas dentre as materiais pelo fato de que as pessoas jurídicas, apesar de dota-

das de personalidade, existem em função da ação ou omissão dos indivíduos que lhes dão vida.

Em síntese, as normas orgânicas dizem aos indivíduos o que fazer ou deixar de fazer para criação de entes sociais, de modo que, embora as relações interpessoais inevitavelmente existam e os comportamentos individuais ou coletivos sejam disciplinados, o objeto imediato é a pessoa jurídica já existente ou em vias de constituição.

Perseguindo o objetivo inicial de traçar uma distinção didática entre norma material e processual, embora não concordando plenamente com as afirmações que precedem a conclusão feita por Calmon de PASSOS, cremos que atingiu, tanto quanto possível, o estabelecimento de uma distinção dos dois campos de atuação das normas jurídicas, ao dizer que: "Guardadas as possíveis reservas, poderemos afirmar que o direito material é predominantemente ético, enquanto o direito processual é predominantemente técnico".⁵⁰⁴ Observou-se, de pronto, que como toda distinção, valeu-se o ilustre jurista do critério da nota predominante, uma vez que não se pode olvidar a natureza ética das normas instrumentais, nem, muito menos, esquecer que a norma material tem muito de instrumental em sua dupla função quando examinada sob o prisma da realidade social a que se dirige.

Enfim, às normas materiais cabe disciplinar O QUE fazer ou deixar de fazer (conduta desejada, facultada ou proibida) no tocante às pessoas físicas (comportamentais) e às pessoas jurídicas (orgânicas).

3.4 NORMA JURÍDICA FORMAL: OBJETO IMEDIATO - COMO?

As normas formais, também denominadas instrumentais, com-

pondo a segunda categoria, pertencem ao domínio da técnica jurídica - do COMO. Segundo Garcia MAYNEZ, a técnica jurídica envolve a formulação (técnica legislativa) e a aplicação de normas (técnica de aplicação). A primeira se refere à realização de fins jurídicos gerais e a segunda à efetivação de fins jurídicos específicos.⁵⁰⁵

Quanto à formulação de normas, sabemos que compete ao legislador, genericamente considerado, a elaboração de normas gerais e abstratas que atinjam o maior número possível de hipóteses ocorrentes na vida de um determinado grupo social, por isso diz o citado autor que os fins da técnica legislativa são gerais. Sob o ponto de vista da aplicação, considera ainda que pode ser privada, quando o cidadão se indaga quanto aos deveres e direitos resultantes da norma positiva e procura observá-los na prática cotidiana; ao passo que será oficial quando o órgão jurisdicional é chamado a decidir, num caso concreto, qual a norma aplicável. Por isso, seus fins são específicos, para o caso.

Quanto aos negócios jurídicos, observamos que tanto envolvem a aplicação, quanto a formulação de normas individualizadas. Assim, torna-se difícil, neste exemplo, estabelecer uma nítida divisão entre normas materiais e formais, porque os negócios jurídicos são um caso típico da unidade ontológica do Direito, visto que os indivíduos ao mesmo tempo que precisam saber O Que fazer ou deixar de fazer para atingir um determinado fim legalmente amparado, envolvem uma técnica de elaboração e aplicação de normas, um Como, portanto.

As normas formais subdividem-se, por sua vez, em normas de elaboração e de aplicação, dotadas de instrumentalidade, sen-

do que apenas nos parece adequado denominar de processuais às últimas, embora se utilize indiscriminadamente a expressão "processo" para designar também os procedimentos legislativos, basta que se verifique o texto da vigente Constituição (Título IV, Capítulo I, Seção VIII, art. 59 e seguintes) e o da revogada (art. 46 e seguintes).

Considerando que as normas formais de elaboração, ou na terminologia de MAYNEZ de "técnica legislativa", não se confundem com as processuais, procuraremos dar maior destaque a estas últimas; até porque o interesse pela pesquisa do tema da distinção entre normas formais e materiais surgiu justamente pela necessidade de identificar didaticamente aquelas face a estas.

Assim sendo, examinaremos as normas processuais em suas características gerais, até porque o exame das normas de elaboração é do âmbito do Direito Constitucional e, portanto, foge à temática da dissertação.

3.5 NORMAS PROCESSUAIS: CARACTERÍSTICAS GERAIS

O estudo do conceito, natureza e espécies da norma processual se situa nos limites da Teoria Geral do Processo, a qual, por sua vez, fornece subsídios à Ciência Processual para o exame dos textos legais vigentes ou mesmo para sua futura reestruturação.

As normas processuais são subespécies de normas jurídicas e apresentam, por este motivo, as características que são comuns a todas as normas jurídicas, dentre as quais podemos citar: são heterônomas, pois se impõem independentemente da vontade própria dos indivíduos, sobretudo se comparadas às normas jurídicas privadas que permitem uma certa margem de autonomia;

são obrigatórias até porque o desconhecimento de sua existência não implica em exonerar aquele que a ignora de seu cumprimento, conforme norma constante da Lei de Introdução ao Código Civil e aplicável a todo o sistema jurídico brasileiro (art. 3º - "Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece."); são bilaterais. A bilateralidade é de todas as características das normas jurídicas a mais peculiar, que decorre de sua natureza mesma, implicando num entrelaçamento direito-dever, de sorte que os dois polos da relação jurídica processual representam uma sucessiva cadeia de situações ativas e passivas que se alternam, culminando com a entrega da prestação jurisdicional pelo juiz.

São também dotadas de sanções como, por exemplo, a extinção do processo, prevista no artigo 267, II do Código de Processo Civil, sempre que o processo ficar parado por mais de um ano por negligência das partes; o que também pode ocorrer no caso do inciso III do mesmo artigo, quando o autor abandonar a causa por mais de trinta dias, não promovendo os atos e diligências que lhe competirem. No direito processual penal sobrevém, nos termos do artigo 59, incisos I e III, a preempção da ação penal privada, quando o querelante, iniciada a ação, deixar de promover o andamento do processo durante trinta dias seguidos, ou, então, se deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que devia estar presente. Suas sanções, como de todas as demais normas jurídicas são, de acordo com a nomenclatura de Norberto BOBBIO, dotadas de "eficácia reforçada", porque previamente fixadas, institucionalizadas, precisas e proporcionais.⁵⁰⁶

As normas processuais são, ainda instrumentais, de direi-

to público e cogentes. A sua instrumentalidade não deve ser entendida como sendo portadoras de uma natureza inferior, mas de que são justamente os meios eficazes para efetivação das normas materiais. São normas de direito público porque o processo é instrumento do Estado para composição dos conflitos de interesses e cogentes, visto que a possibilidade de suplemento da vontade ou mesmo de opção entre cumprir o seu mandamento ou não é quase inexistente, excepcionalmente oferece o legislador oportunidade à vontade dos litigantes, mesmo assim com limites pré-estabelecidos, como, por exemplo, nos casos do artigo 265, II do Código de Processo Civil, onde é prevista a suspensão do processo por convenção das partes, desde que não ultrapasse o prazo máximo de seis meses; do artigo 453, I que autoriza o adiamento da audiência por vontade das partes, apenas uma vez.

Sem pretender esgotar suas características, mas analisando as que nos parecem mais significativas destacaremos duas que lhe são essenciais, a sua natureza técnica e o inegável conteúdo ético.

3.5.1 Natureza Técnica e Conteúdo Ético

Ética e técnica são desdobramentos do agir humano. Resultam, na verdade, de enfoques diferentes de um mesmo dado - a vida humana enquanto conduta ordenada em sociedade. Lado a lado, ética e técnica em pouco se diferenciam. Se são estabelecidas áreas de atuação de uma e de outra, o que se pretende, na realidade, é apenas delimitar as respectivas incidências no proceder humano, já que "o como fazer" - domínio da técnica, está profundamente ligado ao "para que fazer" - da ética. O agir, dele não se podendo excluir o omitir-se, se desenvolve segundo uma seqüên-

cia ou cadeia de atos que obedecem a impulsos enraizados na cultura, na religião, nos costumes, nos valores, enfim, em tudo quanto o homem através dos tempos tem construído e que se insere no chamado "mundo da cultura", que, somado ao que o "mundo da natureza" oferece, resulta no que se pode denominar "mundo humano".

Os teóricos do "mundo humano" se debatem em torno da antiga polêmica quanto à separação da ética e da técnica, pois que a superação de certos princípios ou certas formas de agir, dependendo da sua natureza - ética ou técnica, tornar-se-á mais fácil ou menos fácil, de acordo com as contingências históricas. Explicando melhor: num "mundo humano" em que a técnica prevalece, a ética pouco conta e vice-versa; logo, se torna mais fácil superar uma norma ética em tal mundo que abandonar uma regra técnica. Na verdade, a maior ou menor valorização humana está profundamente ligada à supremacia das normas que no momento estão regendo a vida em sociedade. Quando a técnica prevalece, vivemos o esplendor da tecnocracia, cujos males tanto têm despersonalizado o ser humano, robotizando-o. É a máquina se sobrepondo ao homem com sua técnica sofisticada. Quando a ética se sobrepõe aos avanços da técnica, traçando limites à invenção humana, o progresso diminui e a involução é inevitável, pois sem a técnica o mundo humano se dilui. O equilíbrio - ética e técnica - eis o núcleo da necessidade da distinção.

Levantada, ainda que superficialmente, a importância do tema, por via de consequência, para o bom entendimento do que nos propomos expor, há que se considerar os domínios da ética e da técnica a partir da seguinte indagação: Haverá efetiva separação entre ambas?

Coube a KORKOUNOV, jurista russo, uma primeira tentativa de sistematização no tocante à diferenciação entre normas éticas e técnicas. "As técnicas objetivam à consecução de fins singulares; as éticas, à consecução de fins conjuntos e simultâneos. As técnicas seriam materiais; as éticas, formais. As técnicas apresentariam extrema variedade; as éticas, uma certa unidade. As técnicas seriam objetivas; as éticas, subjetivas. Finalmente, as técnicas seriam facultativas e as éticas, obrigatórias."⁵⁰⁷

Muitas foram as distinções propostas. Com críticas posteriores, foram-se delineando os campos da ética e da técnica, não tanto com a finalidade de se estabelecerem limites, separações, mas de valorizar devidamente estes dois aspectos da conduta humana, principalmente no estágio cultural que atravessamos, em que há verdadeiro encantamento pelas novas técnicas, que se apresentam como "tecnologia". Assim, a velocidade do aparecimento, implantação e superação das técnicas deixam temerosos a todos, ao mesmo tempo que causam verdadeiras vertigens de poder nos que delas se utilizam, sem que se saiba até onde tal avanço irá conduzir a humanidade.

Carlos COSSIO e seus seguidores situam a ética e a técnica numa dimensão cultural, consoante os ensinamentos da teoria egológica: "*La técnica, pues, es la realización de lo querido en cuanto realización, y la ética es eso mismo en cuanto querido. Por consiguiente, norma técnica es la que encuentra su justificación o funda su deber ser en la realización del fin concreto de la voluntad, y norma ética es la que encuentra su justificación en la fundamentación del fin concreto de la voluntad. Por lo tanto, cada acción, admite una normación técnica y, al mismo tiempo, una normación ética*".⁵⁰⁸

Estabelecido, portanto, que ética e técnica se interligam e que o equilíbrio entre "o como fazer" (técnica) e o "para que fazer" (ética) é indispensável à convivência social, resta considerar, especificamente como atuam em relação ao processo.

A ética envolve juízos de valor. Se diante de uma conduta indagarmos se é boa ou má, estamos valorando tal procedimento a partir das idéias de bem e de mal que nos foram transmitidas. No tocante ao direito, o questionamento será se é justo ou se é injusto. A fundamentação ética do processo repousa nos denominados princípios processuais. Quer sejam postos como modelos, ideais de aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, espécies de bússolas a nortearem o legislador quando da elaboração de leis (caso dos princípios conhecidos como "informativos", a saber, o lógico, o político, o jurídico e o econômico ; quer sejam evidências nos textos legais processuais, como aplicações efetivas dos anteriores (caso dos princípios gerais ou fundamentais, como o da imparcialidade, o do contraditório, o da publicidade etc.), a verdade é que sempre os princípios processuais se impõem para a adequação da lei processual ao caso concreto.

Como princípios ou por serem princípios, não se encontram dissociados da realidade a que se aplicam, antes dela mesma resultam, brotam como imposição da experiência humana, por ingerência de circunstâncias históricas, de forças políticas, de injunções econômicas, etc. Quando mencionamos "circunstâncias", "forças" ou "injunções" não estamos caracterizando-os como marcados pela transitoriedade, apenas ressaltamos sua identificação com a experiência humana, que será tanto maior ou menor quanto os textos legais refletirem o espírito, os valores, as ideologias dominantes; porém, permanecendo imutáveis

em essência. Há que se lhes ampliar o conteúdo, que se lhes alongarem as raízes, fincá-las mais fundo, no âmago do ordenamento jurídico, para que não sejam atingidas por qualquer brisa ou vento mais forte de crises institucionais. Quando desprezados pelo legislador, sua simples ausência retrata o sistema jurídico que os omitiu.

Surgem os princípios, portanto, como reflexos dos fatores sociais, políticos, econômicos, históricos, éticos, etc., porém serão sempre aspirações, ideais de concretização do justo na própria justiça, entendida como poder; humana, falha, imperfeita, por vezes inacessível, tardia e distante da realidade.

O papel dos princípios processuais é, pois, de fundamentação ética do processo, cuja dialeticidade exige entrosamento constante com os fatos e valores. O processo, como instrumento de composição de conflitos de interesses, é denso de valores, cuja síntese é a justiça, valor fonte-fim. A sentença, momento culminante do processo em si mesmo, aproximar-se-á tanto mais do ideal de justiça quanto mais o respeitarem as leis processuais, tendo por pressuposto que buscam a efetivação do "devido processo legal" ("*due process of law*"), consagrando no texto da vigente Constituição (art. 5º, LIV) expressamente. Será "devido processo legal" todo aquele que não se limitar à observância de limites legais ao exercício da função jurisdicional, mas aquele que se estribe em princípios que permitam tanto ao indivíduo, quanto ao próprio Estado, efetiva justiça na decisão. Surge daí, por via de consequência, que os princípios processuais e o processo se interligam de tal forma que se não poderá atingir a "superfície" (as normas postas), sem descer às raízes, sem perquirir o que transcende o texto legal, porque sobre ele paira

ou sob ele jaz ... Quando? Sempre!

Fundamentos são fundamentos; se expressos, simples de serem atingidos; se implícitos, têm que ser identificados. Relativamente fácil quando se trata de normas processuais. Difícil quando se invoca o ordenamento. O todo. Sem particularizações. As normas processuais são células do sistema. Se a célula vai mal e contraria a boa saúde do corpo, há de ser extirpada. Se inócua, injusta ou imperfeita, há de ser afastada do sistema. Todavia, como identificarmos (e fazem os juízes e tribunais a todo momento tal análise, bem como os estudiosos do direito) se está "doente" esta ou aquela disposição legal face ao corpo? Pelos princípios que informam dito corpo, espécie de seiva que corre pelos meandros do sistema jurídico-processual. Donde ser oportuno lembrar que a dialeticidade do processo exige a dialeticidade de seus princípios.

A instrumentalização das normas processuais não é apenas técnica, isto é, não é pelo fato de que permitem a solução dos conflitos de interesses e garantam a paz social (porque outras formas de composição também atingem tal fim, ainda que menos eficazmente, como a autocomposição ou a arbitragem), que devem ser consideradas como eminentemente instrumentais, mas porque são dotadas de inegável conteúdo ético.

Há uma ética processual preexistente ao próprio processo, que nem a práxis pode olvidar. Tal ética é a única e efetiva garantia de que o processo continuará sendo o definitivo meio de solução de conflitos de interesses com justiça, já que esta enquanto valor não decorre da técnica que se observa na composição das lides, mas da ética que a informa. A técnica virá sempre entrelaçada à ética. A ética se evidencia nos prin-

cípios processuais e estes dimanam da experiência humana. Portanto, à experiência jurídica deve o processo volver se pretende atingir o ideal de Justiça. Como retirar do complexo de fatos, valores, normas e vivências a ética que o grupo segue e espera seja observada no processo? tal tarefa cabe à técnica legislativa. O descompasso entre as normas processuais e os anseios do grupo gera a injustiça, mãe da intranquilidade social, responsável pelo aumento daqueles mesmos conflitos de interesses que o processo busca solucionar ...

Não há uma ética processual penal e uma ética processual civil. A ética processual é uma, o que corrobora na caracterização do próprio Direito Processual como unitário. O que ocorre é que a natureza dos interesses tutelados difere no processo civil (predominantemente privados) e no processo penal (prevalentemente públicos), porém o processo em si mesmo é instrumento de realização da Justiça, enquanto poder, função e valor e será sempre público. Assim, se ao processo civil por vezes basta a verdade formal (o que dos autos consta), para o processo penal a verdade real é imprescindível (o que efetivamente aconteceu). Estará, por isto, havendo duas éticas? Não! A ética processual pauta-se pela realização da Justiça, enquanto valor e poder do Estado, dependendo dos indivíduos, seus instrumentos físicos de viabilização. Tanto partes, quanto juízes, quanto auxiliares de justiça, advogados, enfim, todos que do processo participam, não de mirar-se em princípios éticos. Assim, por exemplo, se as partes na defesa dos seus interesses econômicos, privados, não diligenciam no sentido de fazer provar ao Estado-juíz que seus interesses têm amparo legal, não será a decisão iníqua, porque foi observada a verdade formal e a decisão, em

última *ratio*, destes mesmos indivíduos procederá. Por quê? Porque a dialética que motivou a decisão resultará da observância de princípios preestabelecidos e devidamente observados no processo.

Por outro lado, se a moral prática anda vacilante e se permite dia a dia que os autênticos valores se transmutem ao sabor de modismos, e o processo como espelho da realidade social reflète este estado de coisas, há que se cortar o mal pela raiz, e nesse caso o mal não está exclusivamente no modo de conduzir ou conceber o processo, mas na própria sociedade ...

Enfim, o processo é autêntico ímã que atrai para si os valores que a experiência humana consagra; ao mesmo tempo que funciona como termômetro desses valores, pois todas as vezes que a parcialidade, as peitas, os acordos fraudulentos dominam os labirintos da Justiça a sociedade está em crise.

A natureza técnica da norma processual tem recebido maior destaque do que o seu conteúdo ético, todavia, há entre ambos os aspectos uma profunda interdependência. Uma vez examinado o ângulo ético de que se reveste, passemos à técnica processual.

À técnica processual cabe a difícil missão de colocar em prática o que a ética consagra como fim do processo, enquanto instrumento de realização da Justiça. Assim a técnica é a realização, a concretização no processo do "querido" pela ética processual que, no caso, é a justa composição da lide. Desta forma, procede a técnica segundo os ditames da ética e os postulados da ciência processual, servindo de elo entre ambos, sem que ela mesma, enquanto técnica, deixe de ter seus próprios fins. Sem a técnica a ética tornar-se-ia inoperante, da mesma forma que sem a ética a técnica escraviza. Exemplificando: a técnica proces-

sual aponta a imparcialidade como imprescindível à realização da Justiça; portanto, à técnica caberá realizar a imparcialidade no processo. Como? Estabelecendo, por exemplo, quando ocorre a suspeição ou impedimento do juiz. Se ao enumerar os casos de suspeição ou impedimento não o fizer de forma a mais abrangente possível (e a generalidade é um dos fins da técnica legislativa), fatalmente permitirá que em algum momento a imparcialidade não se concretize. Falhou a técnica e não foram atingidos naquele caso os fins propostos pela ética processual.

Segundo KORKOUNOV, os fins da técnica são singulares e os da ética conjuntos e simultâneos. Os fins da técnica são singulares porque para cada fim a ser alcançado há uma técnica específica. Assim, a técnica legislativa é uma; a técnica literária é outra. Se nos detivermos mais, veremos que a técnica legislativa varia segundo a natureza das normas jurídicas a serem elaboradas. Em síntese, para cada fim colimado existe uma técnica própria que, em muitos casos, exige tal perícia que aproxima o técnico do artista ... Se a técnica tem fins singulares e a ética conjuntos e simultâneos, àquela só não se torna impossível realizar estes últimos porque é avalorativa. Não cabe à técnica considerar se algo é "justo" ou "injusto", porque à ética é que compete tal dimensionamento, que se torna mais viável quando considerarmos que há certa unidade na ética. Assim, se tomarmos por exemplo as idéias de "justo" e "injusto" veremos que se aproximam de "certo" e "errado", "bem" e "mal", etc. A diversidade que caracteriza a técnica não permite a simultaneidade de técnicas para um único fim, sob pena de não ser atingido.

As normas obedecem em sua estruturação lógica a princí-

pios e se escalonam segundo uma maior ou menor importância que lhe é conferida pelo ordenamento jurídico-positivo, como já foi sobejamente examinado. De sorte que o sistema jurídico tem uma base - seus princípios e um corpo - suas normas. Tanto aqueles quanto estas se equacionam segundo um complexo de fatos e valores que constituem a experiência jurídica. Tanto os princípios, quanto as normas se expressam pela reunião de símbolos que, por sua vez, formam vocábulos com significado próprio, porém não estático, o que torna mais difícil ainda a tarefa do legislador ao captar as idéias da "mente social" e torná-las em normas. Os vocábulos apresentam sentido que varia de época para época e, por muitas vezes, se tornam desconhecidos no meio social, nada comunicando. Se nada comunicam devem desaparecer do texto da lei, ou se lá não estão nem devem ingressar, porque o discurso normativo comunica tanto o que o conhecimento científico engendrou, quanto o que a ética determina e o saber empírico constata. Assim, a técnica lida basicamente com símbolos, de natureza diversa, tentando harmonizá-los de tal maneira que se tornem compreensíveis e operantes atingindo os fins propostos.

Ao lado dos princípios aparecem as normas que se estruturam a partir de uma hierarquia que varia de sistema para sistema, representando um desenvolvimento da ciência que a técnica deve respeitar. Assim, a técnica legislativa processual inova a partir do que a prática, aliada à ética, apontam como aperfeiçoamento do ordenamento jurídico-positivo. Por exemplo, a celeridade e a economia processual são resultantes do que a dinâmica processual aponta como melhor para o atingimento dos fins propostos pela ética.

A maior ou menor perfeição da técnica exsurge no momento

em que se iniciam as atividades interpretativa, integrativa e aplicativa da lei processual. Tanto mais perfeita será a técnica, quanto mais criativo o texto legal. Tanto mais exata será a técnica quanto mais genéricas as disposições legais, permitindo atingir um sem número de situações com um pequeno número de vocábulos. Enfim, tanto mais justo será o processo, quanto mais apurada a técnica processual.

3.5.2 Conclusão

Numa primeira distinção entre ética e técnica afirmamos que caberia a uma "o para que fazer" e à outra "o como fazer"; todavia, a bem da verdade, não se pode resumir questão filosófica deveras intrincada a tão pouco. Trata-se de uma mera proposta de distinção didática.

Abordando a dificuldade de a ciência positiva resolver o problema da conduta ou do valor da ação humana, Miguel REALE acentua que: "A ciência pode tornar mais gritante o problema do dever, mas não o resolve. Os conhecimentos científicos tornam, às vezes, mais urgente a necessidade de uma solução sobre o problema da obrigação moral, mas não implicam qualquer solução, positiva ou negativa. O problema do valor do homem como ser que age, ou melhor, como o único ser que se conduz, põe-se de maneira tal que a ciência se mostra incapaz de resolvê-lo. Este problema que a ciência exige, mas não resolve, chama-se problema ético, e marca momento culminante em toda verdadeira filosofia, que não pode deixar de exercer uma função teleológica, no sentido de aperfeiçoamento moral da humanidade e na determinação essencial do valor do bem, quer para o indivíduo, quer para a sociedade".⁵⁰⁹

O homem deixou de ser considerado em seu elemento fundamental - a espiritualidade; deixou de ser respeitado como essência, como ser que sente, que pensa, que sofre, que cria ...; mas passou a ser visto como homem - força de trabalho, homem - dínamo do progresso, homem - número, que, somado a outros tantos números, pode gerar divisas ... O que mais nos impressiona, todavia, é o fato que, apesar da angústia sufocante que marca o homem de nossos dias, nunca se procurou com tanta ansiedade o sentido da vida e do universo. O homem contemporâneo, quer douto, quer inculto, sistematicamente o primeiro, aleatoriamente o segundo, se empenha em encontrar os "porquês" da vida e do mundo.

Por integrar esta mesma realidade humana, o direito não poderia deixar de ser objeto de inúmeras especulações, pois, nestes últimos anos, muito se têm preocupado filósofos e juristas com o fundamento da obrigatoriedade das leis, com a validade do direito positivo como instrumento de Justiça, enfim, com o ser jurídico em toda a sua problemática.

Ciência e técnica são avalorativas. Os fins que buscam atingir, apesar de calcados em valores que a sociedade e o homem definiram como vitais, não desempenham papel de norteadores da conduta como um fim em si mesma, apenas ordenam o agir humano para que os fins propostos sejam atingidos. O fato de conhecer cada vez mais sobre si, sobre o outro e sobre o mundo (o que equivale a dizer que ciência e técnica avançaram) levou o homem a ser cada vez mais responsável pela realidade que o cerca. Na verdade, o "como fazer" é instrumento, pois que uma vez eleitos os fins, ou melhor, uma vez identificado o "para que fazer", a ciência e a técnica encontrarão os meios; traçarão os caminhos.

Logo, o grande problema é o dos "fins". Há que se definir os fins para que os meios sejam operantes; sem olvidar, todavia, que embora vitais os fins, se os meios não forem viáveis, pouco ou nada valerão aqueles; o que confirma que ética e técnica se entrelaçam.

As ciências são dimensões parciais, setoriais do saber humano e, como tais, têm um objeto próprio, sobre o qual incidem suas proposições. Que há uma ciência do processo não se duvida; que tal ciência tem um campo próprio de investigação, princípios específicos e que apresenta unidade não se questiona. No entanto, por ser a ciência do processo uma ciência que envolve a aplicação de preceitos de outros setores do saber jurídico, é comum que se lhe negue tal condição, resumindo-a a uma técnica processual, se muito. COUTURE, com invulgar perícia, define claramente os domínios da ciência e da técnica do processo: *"Las reglas técnicas son sólo medios para la realización de un fin. La ciencia procura el conocimiento de lo que una cosa es, ordenándola universal y ciertamente en el mundo conocido. Las reglas técnicas en cambio, dicen cuáles son los medios a los que se debe necesariamente acudir para lograr ciertos fines. La ciencia no encara un hacer sino un ser"*.⁵¹⁰

A ciência do processo se volta para o "ser" do processo, enquanto instrumento jurídico de composição definitiva dos conflitos de interesses. A técnica se preocupa com os "meios" mais eficazes para a solução dos conflitos de interesses. A ética se volta para a "conduta" no processo e face ao processo, de tal forma que o fim último - a realização da Justiça, seja atingido. É a ciência se ocupando do "ser"; a técnica do "fazer" e a ética do "dever ser" no tocante ao processo.

3.5.3 Conceito e Espécies de Normas Processuais

Procurando conceituar a norma processual, assim se expressa Benedito HESPANHA: "Podemos, preliminarmente, por meio de um pensamento simples, mas cientificamente válido, dizer que as normas jurídicas do Direito Formal se acham intimamente vinculadas à questão fundamental de saber qual o melhor caminho formal que o Direito do Estado fará valer em relação à realidade da ordem jurídica, da jurisdição, da administração pública, da justiça e da própria instituição do processo de seu tempo"... E prossegue: "As normas jurídicas formais deverão ser, na retaguarda do ato de fazer justiça, os meios adequados e os instrumentos seguros da aplicação do processo, assim como as normas jurídicas do Direito Material o são para a observância. Tudo não passa de controle social da juridicidade e da legalidade das relações litigiosas ou não litigiosas".⁵¹¹

Examina, em seguida, o caráter instrumental ("... pois o Direito do Estado as cria para fazer atuar o plano da aplicação das normas jurídicas materiais que não lograram êxito nas relações jurídicas.); sua generalidade ("... as normas do Direito Formal são normas positivas gerais, criadas pelo Poder Legislativo. Estas normas jurídicas gerais, por sua vez, determinam a validade constitucional da produção de normas jurídicas individuais do processo); sua independência e autonomia ("... por integrarem as normas jurídicas do Direito Material e do Direito Formal a unidade da ordem jurídica, não significa isto dependência jurídica ou científica de umas sobre as outra. As normas jurídicas formais são independentes e autônomas no processo legislativo da criação constitucional do Direito Positivo") e conclui: "Bem é de ver que, embora de conteúdo de fundo diferente, as

normas jurídicas formais não são contraditórias e nem entram em conflito, pois o fundamento de cada uma delas é complementar a estrutura política da ordem jurídica com o fim de regular relações jurídicas diferentes em momentos diferentes: as normas materiais para a observância e as normas formais para aplicação. No primeiro caso, basicamente, em relação jurídica não litigiosa e no segundo caso sempre em relação jurídica litigiosa".⁵¹²

Já os autores da obra Teoria Geral do Processo procuram identificar a norma processual da seguinte forma: "Segundo o seu objeto imediato, geralmente se distinguem as normas jurídicas em normas materiais e normas instrumentais. As primeiras são aquelas que compõem, imediatamente, um conflito de interesses, escolhendo qual dos interesses conflitantes, e em que medida, deve prevalecer e qual deve ser sacrificado. Diferentemente, as últimas são aquelas que apenas de forma indireta contribuem para a resolução dos conflitos ocorrentes na vida social, mediante a disciplina da criação e aplicação das regras jurídicas gerais ou destinadas a compô-los, de imediato".⁵¹³

Definindo a norma jurídica processual civil, Frederico MARQUES destaca que "contém em si uma regra de conduta, uma ordem, bem como a necessária garantia para se fazer cumprida. A regra que se contém na norma processual civil diz respeito às disposições estatuídas sobre as atividades que se desenvolvem no processo, com seus consectários lógicos do disciplinamento da atuação dos órgãos judiciários, das partes e de terceiros, quer determinando-lhes a respectiva posição processual, quer tratando de suas recíprocas relações. A ordem imanente à norma processual civil traduz-se na obrigatoriedade imposta a todos os que intervêm no processo, de não se afastarem das regras de

conduta traçadas, salvo quando a própria norma o autorize. Finalmente, a garantia consiste nas medidas de diversas espécies que são previstas para assegurar o cumprimento da norma, tais como a imposição de ônus e encargos e a cominação de sanções".⁵¹⁴

Em outra obra, Frederico MARQUES, citando DE MARSICO, ressalta que a conhecida instrumentalidade da norma processual não é absoluta, visto que há direitos subjetivos que são frutos da própria norma processual e não de uma norma material. De sorte que se podem identificar um tipo de norma puramente instrumental e outro que possui uma natureza material-instrumental. "A primeira disciplina, apenas, a atividade dos órgãos destinados a apreciar e tornar efetivos os mandamentos da ordem jurídica, sendo norma 'imediatamente constitutiva de poderes'. Material, por sua vez, é a norma que, não perdendo sua qualidade instrumental, comum a todas as normas processuais, 'gera obrigações e eventualmente direitos', tendo, ambas, por conteúdo, o exercício de poderes processuais".⁵¹⁵

Observa-se que do conceito de norma processual adotado por cada um dos autores podem ser extraídas as espécies, geralmente assim apontadas: "a) normas de organização judiciária, que tratam primordialmente da criação e estrutura dos órgãos judiciários e seus auxiliares; b) normas processuais em sentido restrito, que cuidam do processo como tal, atribuindo poderes e deveres processuais; c) normas procedimentais, que dizem respeito apenas ao *modus procedendi*, inclusive a estrutura e coordenação dos atos processuais que compõem o processo".⁵¹⁶

Ao disciplinarem o processo, as normas processuais o fazem a nosso ver, de duplo modo: ora estabelecendo direitos, deveres e poderes, das partes, do juiz, dos procuradores e de to-

dos que no processo desempenham papéis previamente estabelecidos; ora fixando a seqüência dos atos processuais, prazos, provas, ritos, etc., possuindo, portanto, uma natureza procedimental. As primeiras são normas processuais em sentido amplo, por regularem o processo naquilo que não lhe é propriamente característico, a saber, a conduta dos seus protagonistas e as segundas são normas processuais em sentido estrito, uma vez que regulam o procedimento, ou seja, o caminho técnico-jurídico a ser seguido para obtenção da prestação jurisdicional. Foram excluídas, dentre as espécies de normas processuais, as de organização judiciária, uma vez que não as consideramos como sendo dotadas de natureza formal, visto que possuem visível natureza orgânica, sendo, portanto, materiais.

Frederico MARQUES, após incluir as normas de organização judiciária dentre as processuais acaba por afirmar: "A organização judiciária está integrada, como vimos, no Direito Processual. Suas normas se acham relacionadas, de modo tão íntimo, ao processo, que não é conveniente delas prescindir-se na exposição e estudo do Direito Processual. Isto, porém, não lhes tira o caráter de normas antes administrativas que processuais".⁵¹⁷

Flóscolo NÓBREGA conceitua o direito processual como sendo aquele que "regula o exercício do direito de ação. Conexo com ele, há um ramo de direito, o direito judiciário, que regula a organização e funcionamento dos órgãos judiciais. Muitos autores compreendem no direito judiciário não só a lei de organização judiciária, como também o direito processual".⁵¹⁸

Comparando as duas posições, verifica-se que há ainda uma grande incerteza quanto à autonomia do Direito Judiciário, ora integrando o Direito Processual, ora abarcando o próprio

Direito Processual. Tal incerteza não se justifica, visto que o Direito Judiciário já possui autonomia legal (as leis de organização judiciária de cada Estado e da União apresentam-se em diplomas separados); didática (há instituições de ensino do Direito que possuem uma cadeira própria voltada para a organização judiciária) e doutrinária (há compêndios que se dedicam ao exame da estrutura judiciária, seu aprimoramento, agilização, problemas, etc.).

Nunca é demais repetir, pela clareza da distinção, o que preleciona Dourado de GUSMÃO: "Direito Judiciário tem por objetivo a organização judiciária, regendo o recrutamento, a composição e a competência dos juizes e tribunais, bem como dos serventuários, estabelecendo sanções repressivas para suas faltas. Tem por objeto a organização judiciária do Estado. É ramo do direito público e tem relações estreitas com o direito processual, sem contudo com ele se confundir. Versa sobre o elemento-motor do processo e não sobre o processo, que é objeto do direito processual" (Página 136).

Prosseguindo no exame das espécies das normas processuais, observa-se que há dois subtipos, um que procura direta e imediatamente a aplicação da lei material (as procedimentais) e outro que realiza esta finalidade indireta e mediata (as processuais em sentido amplo). Possuem estas últimas uma visível natureza material, donde DE MARSICO optar por classificar as normas processuais, segundo sua natureza, em "puramente instrumentais e materiais-instrumentais", conforme visto anteriormente.

A convivência entre normas jurídicas materiais e formais já foi objeto de análise no corpo desta monografia, o que exclui, como já vimos, o critério da localização para sua distinção, op-

tando-se pelo critério do objeto imediato. Abordando o problema, assim se expressa Benedito HESPANHA: "As leis jurídicas gerais, segundo as quais o legislador formula os conceitos e as normas do processo, da relação processual e do procedimento, são regras de caráter absolutamente formal e só por exceção o Direito Processual regula normas de caráter material. No rigor do termo se fala que as normas processuais são normas formais. É bem verdade que as leis materiais muitas vezes descrevem e regulam normas formais, mas, também aqui de modo excepcional, porque a sua finalidade precípua é a estatuição de regras materiais. No entanto, precisamos fixar muito bem que a lei formal básica é a lei processual: é a lei regulada pelo Direito Processual. É no Direito Processual que se observam as leis processuais, visando à aplicação de uma relação jurídica litigiosa do Direito Material. Se o Direito Material regula leis formais, estas leis formais só são aplicadas através das leis formais do processo. As leis formais do Direito Material são leis subsidiárias que em si não criam a relação jurídica formal do processo. O processo apenas se serve delas, quando precisa, para clarificar o conteúdo de forma e de fundo das leis processuais".⁵¹⁹ E conclui, mais adiante: "Paralelamente à atuação obrigatória do Poder Judiciário, a lei processual serve de instrumento público à iniciativa jurídica das partes, como sujeitos principais da relação formal, conferindo-lhes poder, direitos e deveres que se cristalizam em caráter definitivo e legal com a entrega da prestação jurisdicional".⁵²⁰

A título de exemplos podem ser citados os artigos 14 e incisos; 15, 16, 17 do Código de Processo Civil, onde são fixados deveres das partes e dos seus procuradores e a responsabili-

dade por dano processual, casos típicos de normas processuais-materiais. No mesmo sentido, ainda, os artigos 125 a 133 (dos poderes, deveres e responsabilidade do juiz); 141 (deveres do escrivão); 143 (deveres do oficial de justiça), etc. Igualmente no Código de Processo Penal podem ser citados os artigos 251 (poderes, deveres do juiz); 257, 260, etc.

3.6 CONCLUSÃO

A inegável importância do pensamento de CHIOVENDA para o progresso da ciência processual levou-nos a reservar-lhe a conclusão como momento oportuno para apresentação de sua douta opinião sobre o assunto.

Em seus "Princípios", já na primeira década deste século, analisando o objeto da lei processual, assim se expressava CHIOVENDA: "Chama-se lei processual a que regula a atuação da lei no processo e particularmente a que regula a relação processual. (...) A natureza processual da lei não deve, pois, deduzir-se do lugar em que aparece inserida, senão de seu objeto. A lei processual pode ter dois objetos, e todas as normas processuais se acham ligadas a um ou outro: a) regular a formação dos órgãos jurisdicionais, sua condição jurídica (disciplina, garantias), a capacidade dos órgãos públicos e das partes para realizar atos jurídicos no processo; b) regular as formas de atuação da lei; os direitos e deveres dos órgãos públicos e das partes no processo, os efeitos dos atos e meios jurídicos processuais (inclusive os princípios sobre a ação, o ônus da prova, admissibilidade da prova, e sobre a eficácia probatória dos meios de prova, sobre a coisa julgada, execução, etc.); enfim, a forma dos atos processuais".⁵²¹

Quando da publicação de suas "Instituições", conceitua a lei processual como "reguladora dos modos e condições da atuação da lei no processo, assim como da relação jurídica processual". E prossegue: "As disposições da lei processual só em parte se contêm na lei processual fundamental (Código de Processo Civil). Outras se inserem em leis modificadoras ou complementares da fundamental. E outras ainda esparsas em leis de natureza diversa, que regulam relações de direito substancial privado ou público. Isso depende, ora de razões de ordem prática, ora de razões de ordem histórica, de que logo trataremos, ora da persistente influência (transmitida pelo código e pela doutrina francesa) de concepções obsoletas, que consideravam o processo como um negócio de direito privado e como simples instrumento a serviço do direito substancial (assim, acontece, por exemplo, encontrarem-se reguladas no Código Civil institutos eminentemente processuais, como a prova, a coisa julgada, a desapropriação). A natureza processual de uma lei não se deduz, pois, necessariamente, do lugar em que se insere, mas de seu objeto". Dando a palavra final ao assunto, afirma: "Na base de todo complexo de normas reguladoras de uma figura processual (sentença de condenação, sentença declaratória, processo documental e monitório, sequestro, execução de títulos contratuais) encontra-se, expressa ou implícita, uma norma (processual) que confere as ações correspondentes, dispondo, por exemplo: o portador de um crédito em estado de inadimplemento tem o poder de pleitear uma sentença condenatória; o credor de uma cambial vencida tem o poder de requerer a execução imediata, e assim por diante. Há pois um direito processual substancial e formal".⁵²²

Dos textos citados, podem ser coligidas algumas observa-

ções: uma lei será identificada como processual se regular a atuação da lei no processo; sua natureza decorre do seu objeto e não de sua localização; possui, por sua vez, dois objetos, a saber, a formação do processo e as formas de atuação da lei e, finalmente, há um direito processual substancial e formal.

Assim, a classificação das normas processuais em "sentido amplo" (processuais-materiais) e "sentido estrito" (processuais-formais ou procedimentais) é didaticamente aceitável, porque de fácil compreensão e logicamente demonstrável.

NOTAS DE REFERÊNCIAS

- 402 BOBBIO, Norberto. Teoria Della Norma Giuridica. p. 3.
403 _____. Idem. p. 5.
404 _____. Idem. p. 7.
405 _____. Idem. p. 12.
406 _____. Idem. p. 13.
407 _____. Idem. p. 14.
408 _____. Idem. p. 21.
409 _____. Idem. p. 22.
410 _____. Idem. p. 32.
411 _____. Idem. p. 34.
412 _____. Idem. p. 76.
413 _____. Idem. p. 79.
414 _____. Idem. p. 86.
415 _____. Idem. p. 87 - 90.
416 _____. Idem. p. 117-185.
417 _____. Idem. p. 187-188.
418 _____. Idem. p. 194.
419 _____. Idem. p. 196-197.
420 _____. Idem. p. 200.
421 _____. Idem. p. 204.
422 _____. Idem. p. 216.
423 _____. Idem. p. 227-229.
424 _____. Idem. p. 233-241.

- 425 BOBBIO Norberto. Teoria Della Norma Giuridica. p. 76.
- 426 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica. p. 1.
- 427 _____. Idem. p. 4.
- 428 _____. Idem. p. 5 - 6.
- 429 _____. Idem. p. 8.
- 430 _____. Idem. p. 10.
- 431 _____. Idem. p. 14.
- 432 _____. Idem. p. 18 - 91.
- 433 _____. Idem. p. 21.
- 434 _____. Idem. p. 22.
- 435 _____. Idem. p. 27 - 28.
- 436 _____. Idem. p. 33.
- 437 _____. Idem. p. 38.
- 438 _____. Idem. p. 39.
- 439 _____. Idem. p. 39 - 43.
- 440 _____. Idem. p. 44.
- 441 _____. Idem. p. 47.
- 442 _____. Idem. p. 49.
- 443 _____. Idem. p. 50.
- 444 _____. Idem. p. 57.
- 445 _____. Idem. p. 68.
- 446 _____. Idem. p. 69.
- 447 _____. Idem. p. 72 - 73.
- 448 _____. Idem. p. 92.
- 449 _____. Idem. p. 74 - 75.
- 450 _____. Idem. p. 96 - 97.
- 451 _____. Idem. p. 101.
- 452 _____. Idem. p. 102.
- 453 _____. Idem. p. 103.
- 454 _____. Idem. p. 103.
- 455 _____. Idem. p. 106.
- 456 _____. Idem. p. 107.
- 457 _____. Idem. p. 111.
- 458 _____. Idem. p. 111.
- 459 _____. Idem. p. 112-113.
- 460 _____. Idem. p. 114.
- 461 _____. Idem. p. 114.
- 462 _____. Idem. p. 118.

- 463 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica. p. 118.
464 _____. Idem. p. 118.
465 _____. Idem. p. 119.
466 _____. Idem. p. 131.
467 _____. Idem. p. 131.
468 _____. Idem. p. 139.
469 _____. Idem. p. 140.
470 _____. Idem. p. 141.
471 _____. Idem. p. 142.
472 _____. Idem. p. 150.
473 _____. Idem. p. 156.
474 _____. Idem. p. 159.
475 _____. Idem. p. 167.
476 _____. Idem. p. 173.
477 _____. Idem. p. 174.
478 _____. Idem. p. 176.
479 _____. Idem. p. 177-178.
480 _____. Idem. p. 179.
481 _____. Idem. p. 180.
482 _____. Idem. p. 53.
483 _____. Idem. p. 80.
484 _____. Idem. p. 74.
485 _____. Idem. p. 49 - 50.
486 _____. Idem. p. 50.
487 ARRUDA, Roberto Thomas. Obra citada. p. 83.
488 _____. Idem. p. 84.
489 _____. Idem. p. 86.
490 _____. Idem, ibidem.
491 _____. Idem, ibidem.
492 AFTALIÓN, OLANO e VILANOVA. Obra citada. p. 221.
493 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. p. 320-321.
494 HART, H.L.A. Obra citada. p. 120.
495 REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. p. 97.
496 BOBBIO, Norberto. Teoria Dell' Ordinamento Giuridico. p. 50.
497 _____. Idem, ibidem.
498 CINTRA, Antonio Carlos & Outros. Obra citada. p. 15.
499 PACHECO, José da Silva. Obra citada. p. 56.
500 HESPANHA, Benedito. Tratado de Teoria do Processo. p. 189.

- 501 HESPANHA, Benedito. Tratado de Teoria do Processo. p. 190.
- 502 _____. Idem. p. 194.
- 503 _____. Idem. p. 188.
- 504 CALMON DE PASSOS, J.J. Comentários ao Código de Processo. p. 541-543.
- 505 MAYNEZ, Eduardo Garcia. Introduccion al Estudio Del Derecho. p. 318.
- 506 BOBBIO, Norberto. Teoria Della Norma Giuridica. p. 200.
- 507 Apud Daniel Côelho de Souza. Introdução à Ciência do Direito. p. 50.
- 508 AFTALIÓN, OLANO e VILANOVA. Obra citada. p. 135.
- 509 REALE, Miguel. Filosofia do Direito, vol I. p. 35.
- 510 COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. p. 484.
- 511 HESPANHA, Benedito. Obra citada. p. 194.
- 512 _____. Idem. p. 194-197.
- 513 CINTRA, Antonio Carlos de Arruda & Outros. Obra citada. p. 53
- 514 MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil, vol. I. p. 56.
- 515 _____. Elementos de Direito Processual Penal, vol. I, p. 24.
- 516 CINTRA, Antonio Carlos de Araujo & Outros. Obra citada. p. 54.
- 517 MARQUES, José Frederico. Instituições ..., p. 59.
- 518 NÓBREGA, J. Flóscolo. Introdução ao Direito. p. 100.
- 519 HESPANHA, Benedito. Obra citada, vol. I. p. 206.
- 520 _____. Idem. p. 208.
- 521 CHIOVENDA, José. Princípios de Derecho Procesal Civil. p. 135.
- 522 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, vol. I. p. 72-73.

CONCLUSÃO

COMO DISTINGUIR UMA NORMA MATERIAL DE UMA NORMA PROCESSUAL?

A partir da pergunta inicial, a saber, como distinguir uma norma material de uma norma processual?, foram examinados diversos ângulos do problema, cujos pontos principais cumpre aqui lembrar:

- 1º Já que a idéia de sistema impregna o pensamento jurídico contemporâneo, foi analisada sua evolução histórica, chegando-se à conclusão que, historicamente, há duas tendências: a) uma que poderia ser denominada de dogmática, que tem do sistema uma visão de totalidade fechada, acabada, plena, que se manifesta por meio de conceitos ou de proposições ou de ambos, os quais guardam entre si perfeita conexão. As lacunas são apenas aparentes, devidamente supridas pelo intérprete, não propriamente pela criação de uma nova disposição legal, mas pela descoberta da norma dentro do próprio sistema, mediante processos lógicos de abstração, hierarquização e derivação; b) outra que se pode rotular de pluralista, cuja tônica repousa em uma concepção do sistema como aberto, imperfeito, flexível e em constante elaboração, em que os chamados "momentos de decisão" têm um papel importante, permitindo preencher as lacunas com elementos não necessariamente dele retirados, o que lhe confere uma dimensão dinâmica, integradora à realidade em que

opera. É o sistema concebido com uma natureza instrumental, moldável às necessidades concretas do Direito, em sua elaboração, aplicação e interpretação. Foram examinadas indistintamente as duas citadas tendências, no que apresentam de mais significativo, embora nos pareça que a última é a predominante nos dias atuais;

- 2º Enquanto instrumental útil à realidade normativa em que se expressa o Direito, o sistema comporta relações internas (de derivação e fundamentação), o que confere compatibilidade (vertical e horizontal); possui princípios (como o da generalidade crescente); admite classificações, comparativamente a outros sistemas de culturas diferentes ou mesmo internamente, quando se constitui em tantos subsistemas quanto as diversas ordens de interesses que regula (normas civis, penais, administrativas, constitucionais, processuais, etc.) o que seriam os subsistemas de normas materiais e formais,
- 3º Havendo necessidade de se fundamentar a monografia em concepções sistêmicas embasadoras das duas correntes pré-citadas, optou-se pelas noções sistemáticas de HART, KELSEN, BOBBIO e LUHMANN, cujas tônicas se revelaram extremamente dogmáticas, como em KELSEN e BOBBIO; com uma certa atenuação em HART e dinâmica, aberta, flexível, como no sociólogo Niklas LUHMANN;
- 4º Em HART, o sistema é mais flexível, se comparado ao de KELSEN e BOBBIO, apresentando uma "textura aberta", quando reconhece que pode apresentar certas áreas de conduta em que cabe

aos tribunais ou funcionários achar uma solução para o caso concreto, "à luz das circunstâncias".⁵²³ Em KELSEN, o sistema possui respostas aos conflitos de interesses, embora não deixe de considerar que a norma jurídica é apenas um "esquema de interpretação", o que sugere uma certa liberdade à prática do Direito;⁵²⁴

59 Em BOBBIO, sistema é sobretudo "coerência", vale dizer, ausência de incompatibilidades internas ou, em as havendo, previsão de mecanismos de afastamento de tais incoerências. A nota característica de seu pensamento sobre o ordenamento jurídico (não faz distinção entre os termos)⁵²⁵ repousa, a nosso ver, no fato de que considera inconcebível a identificação de uma norma jurídica sem o sistema, visto que uma norma só pode ser considerada "jurídica" se integrar o ordenamento e o próprio conceito de Direito só pode ser construído a partir de uma concepção sistemática;⁵²⁶

60 Em LUHMANN, as normas, como expectativas sobre expectativas, têm uma função de regular os desapontamentos, estabelecendo-lhes limites, já que são parte integrante de qualquer sistema social, visto que nem todos os desejos, aspirações, etc., dos indivíduos podem ser sempre atendidos, havendo de uma forma ou de outra expectativas que não são satisfeitas, são proibidas ou mesmo que não são previstas ou protegidas pelo Direito. O Direito regula comportamentos de pessoas concretas, papéis por elas desempenhados, programas (fins e normas) que devem atingir e valores que devem ser preservados, mediante uma constante seletividade, nem sempre alcançada pelas próprias normas.⁵²⁷ Caracteri-

zando-se o Direito mais pela possibilidade de decisões modificarem outras decisões, ou pelo "Direito dos juizes",⁵²⁸ sua complexidade e contingência, praticamente sem limites, acaba por lhe mudar a "qualidade propriamente jurídica, apesar de toda constância de normas e conceitos jurídicos isolados".⁵²⁹ O Direito contemporâneo é assim marcado pelo princípio da decisão, que lhe confere uma natureza cada vez mais contingente, ou seja, de confronto constante com o perigo de desapontamentos e com a necessidade de assunção de riscos.⁵³⁰

7º O sistema, quer na concepção dogmática, quer na pluralista, apresenta uma natureza nitidamente instrumental, como recurso técnico de grande valia ao ensino, pesquisa, elaboração, aplicação e interpretação do Direito. Uma vez admitido que o Direito se apresenta como um sistema e que comporta subdivisões, voltou-se a monografia para o exame dos subsistemas de normas materiais e formais;

8º Foram abordados na segunda parte da monografia, primeiramente a natureza e a localização do problema da distinção, chegando-se à conclusão que: a) quanto à primeira envolve aspectos práticos, já que o cotidiano do Direito impõe frequentemente a identificação do erro no procedimento ou no julgamento conforme a natureza da norma infringida;⁵³¹ teóricos, a diversidade de conceituações oferecidas pelos doutrinadores demonstra a complexidade da distinção e a necessidade de fixação de critérios para sua compreensão; b) quanto à localização, observou-se que a maioria dos autores aborda o problema da distinção em obras de Introdução à

Ciência do Direito, Teoria Geral do Direito e Teoria Geral do Processo o que lhe confere a qualidade de "problema epistemológico", ou seja, cujo estudo precede à ciência a qual se aplica, seja a Ciência do Direito, seja a Ciência do Processo;

- 9º A diversidade de nomenclatura e os critérios de distinção: torna-se difícil saber se os autores optaram por esta ou aquela nomenclatura porque se definiram antes por um determinado critério, ou se ocorreu o inverso. Se, por exemplo, o critério for da precedência de umas normas em relação a outras, ter-se-ão denominações como primárias e secundárias, substantivas e adjetivas ou de primeiro grau e de segundo grau; se, no entanto, a nomenclatura escolhida for normas de meio e normas de fim, ou mesmo materiais e instrumentais, observa-se que há uma idéia de subordinação de umas às outras. A opção metodológica desta monografia parte do princípio de que o Direito, enquanto integrante da ordem universal, comum a todos os seres e coisas, pode ser "pensado" dualisticamente (matéria e forma), em que pese, sob o prisma ontológico, seja uno, donde a nomenclatura adotada;
- 10º Uma vez admitido que o Direito, enquanto sistema, pode ser pensado dualisticamente, o grande problema reside, justamente, nos critérios a serem adotados para que se atinja uma distinção não apenas logicamente demonstrável, mas didaticamente compreensível. Neste contexto, a monografia voltou-se para o exame da Teoria Geral do Processo, seus limites (ou universo de pesquisa e atuação); suas possibi-

- lidades (ou justificação de sua existência e o papel ou contribuição quanto ao Direito Processual); sua evolução e conceito;
- 11º O objeto ou os limites de pesquisa e atuação da Teoria Geral do Processo estão vinculados, por uma questão de coerência, à sua natureza epistemológica. Por natureza epistemológica entende-se que à Teoria Geral do Processo cabe desenvolver uma teoria da ciência processual, independentemente das contingências jurídico-positivas de que se revistam em determinada época ou lugar as instituições processuais. Tal não significa que deva alhear-se às necessidades de aperfeiçoamento e crescimento do Direito Positivo, pois que este não é o seu objeto de pesquisa, mas o seu resultado;
- 12º Já que a Teoria e o Direito Processual têm campos próprios de atuação, a uma competindo generalizar e ao outro especificar, àquela se reserva a disciplina do processo, enquanto instrumento de realização da justiça; àquele o estudo da diversidade de procedimentos, com base nos estudos epistemológicos elaborados pela primeira. Sabendo-se que processo e procedimento estão em relação de gênero e espécie não há como se concluir pela dualidade, uma vez que a natureza é determinada pelo gênero e não pela espécie;
- 13º O papel da Teoria Geral do Processo pode ser focado sob dois primas: quanto aos futuros bacharéis e quanto à ciência do Direito Processual. Quanto aos primeiros tem por objeto unificar os estudos do Direito Processual, dar uma

visão panorâmica dos seus diversos institutos e servir de propedêutica aos estudos posteriores, bem como definir vocações e despertar interesses; quanto ao Direito Processual desempenha papel crítico, prospectivo e construtivo, ou seja, de questionamento e reexame dos institutos processuais, de lançamento de novas bases para o futuro e de propostas de transformações. A idéia de transformação ressalta a provisoriedade do Direito e confere ao jurista uma função constante de construção do seu saber. De sorte que o Direito Processual progride à medida que evoluem os estudos epistemológicos;

- 14º A Teoria Geral do Processo somente poderá receber a adjetivação de "Geral" se for comum ao processo civil e penal, de sorte que pode ser conceituada da seguinte forma: a teoria geral do processo tem por objeto a construção da epistemologia da ciência processual, a partir de uma avaliação crítico-prospectiva de seus princípios fundamentais e institutos básicos, a saber, ação, jurisdição e processo. Representa uma espécie de elo entre as normas jurídicas materiais e formais, uma vez que estrutura logicamente o processo;
- 15º A convivência entre os dois tipos de normas em um mesmo diploma legal se justifica pela tênue linha divisória que os separa, visto que ontologicamente o Direito é um só, apenas o seu objeto imediato é que varia. Naturalmente que toda distinção parte do que é característico à realidade abordada, desprezando o que representa a accidentalidade, portanto decorre de um critério comparativo, de modo

que se pode dizer que as normas materiais respondem à pergunta O QUE (qual a conduta prescrita, proibida ou facultada) e as formais O COMO (como tal conduta deve operar);

169 Sob o ponto de vista do objeto imediato, as normas materiais são aquelas que disciplinam a conduta humana, sob a forma positiva (ação) ou negativa (omissão), estabelecendo direitos, deveres e poderes dos indivíduos entre si e destes com os bens da vida, resultantes da cultura ou da natureza, materiais ou imateriais. Enfim, cabe-lhes disciplinar o que fazer ou deixar de fazer no tocante às pessoas físicas (comportamentais) e às pessoas jurídicas (orgânicas). As normas formais, também denominadas instrumentais, correspondem à pergunta COMO, compreendendo dois subtipos de normas, as de elaboração e as de aplicação (ou processuais). Ao disciplinarem o processo, as normas processuais o fazem de duplo modo: ora estabelecendo direitos, deveres e poderes, das partes, do juiz, dos procuradores e de todos que no processo desempenham papéis previamente estabelecidos; ora fixando a seqüência dos atos processuais, prazos, ritos, etc., possuindo, portanto, uma natureza procedimental. As primeiras são normas processuais em sentido amplo, por regularem o processo naquilo que não lhe é propriamente característico, isto é, a conduta dos seus protagonistas (exemplos: art. 16 e ss. do Código Processo Civil e arts. 251, 257, 260, etc., do Código de Processo Penal) e as segundas são normas processuais em sentido estrito, uma vez que regulam o procedimento, compreendido como o caminho técnico-jurídico a ser seguido para obtenção da prestação jurisdicional;

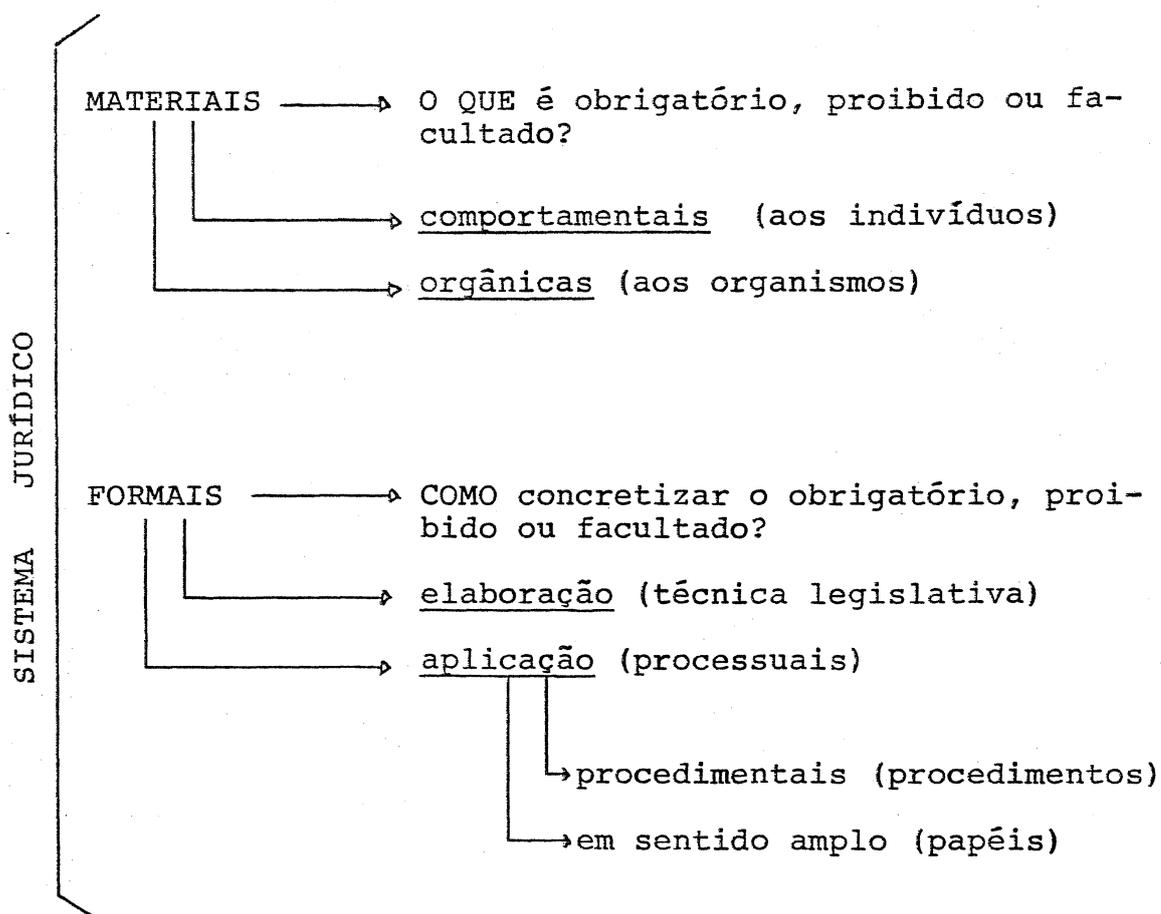
17º Do exposto, restou provado que uma norma será identificada como material ou formal não pela sua localização, mas pelo seu objeto imediato. Sendo que as normas processuais regulam papéis (normas processuais-materiais ou "em sentido amplo") e procedimentos (processuais-formais ou procedimentais ou "em sentido estrito"). O que levou CHIOVENDA a afirmar que "há um Direito Processual substancial e formal". 532

NOTAS DE REFERÊNCIA

- 523 HART, H.L.A. El Concepto de Derecho. p. 168.
524 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. p. 20.
525 BOBBIO, Norberto. Teoria Dell' Ordinamento Giuridico. p. 19.
526 _____. Idem. p. 18.
527 LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I, p. 100.
528 _____. Idem. p. 236.
529 _____. Idem. p. 237.
530 _____. Idem. p. 46.
531 TUCCI, Rogério Lauria. Temas e Problemas de Direito Processual. p. 31 - 36.
532 CHIOVENDA, Giuseppe. Obra citada, vol. I. p. 72 - 73.

QUADRO SINÓTICO DA DISTINÇÃO PROPOSTA

NORMAS JURÍDICAS (OBJETO IMEDIATO)



BIBLIOGRAFIA

1. AFTALIÓN, OLAVO e VILANOVA. Introducción Al Derecho. Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1972.
2. ALBUQUERQUE, Francisco Uchoa de. A Teoria Geral do Processo. In: Revista do Curso de Direito, Ceará, UFC, vol,21,nº 02, julho/dezembro de 1980.
3. ARAGÃO, Egas D. Moniz. A Correição Parcial. Curitiba, Imprensa da UFPr, 1969.
4. ARRUDA, Roberto Thomas. Introdução à Ciência do Direito. São Paulo, Juriscredi, 1972.
5. ASCENÇÃO, José de Oliveira. O Direito. Introdução e Teoria Geral. 3 ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
6. BATALHA, Wilson de Souza Campos. Introdução ao Estudo do Direito. 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986.
7. BOBBIO, Norberto. Teoria Dell'Ordinamento Giuridico. Torino, Giappichelli, Editore, 1960.
8. _____. Teoria Della Norma Giuridica. Torino, Giappichelli, Editore, 1958.
9. CALMOM DE PASSOS, J.J. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol.III, 3 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979.
10. CARNELUTTI, Francesco. Estudios de Derecho Procesal, Vol.II. Trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Europa America, 1952.
11. CHIOVENDA, Giuseppe. Ensayos de Derecho Procesal Civil. Vol. I, Buenos Aires, Ediciones Europa America, Bosch Ed., 1949.
12. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo e outros. Teoria Geral do Processo. 6 ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1986.
13. COELHO, Luis Fernando. Teoria da Ciência do Direito. São Paulo, Saraiva, 1974.
14. COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva & ALMEIDA, José Maurício Pinto de. Lições de Teoria Geral do Processo. Curitiba, Juruá Editora, 1990.

15. COUTURE, Eduardo J. Fundamentos Del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981.
16. CHIOVENDA, José. Principios de Derecho Procesal Civil. Trad. José Casais y Santaló, 3 ed., Madrid, Editorial Reus, 1922.
17. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Vol.I. Trad. Guimarães Menegale, notas de Liebman, São Paulo, Saraiva, 1965.
18. DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de Filosofia do Direito. Vol.I, 4 ed., Coimbra, Arménio Amado, 1972.
19. FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Conceito de Sistema no Direito. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1976.
20. _____. Teoria da Norma Jurídica. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
21. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1975.
22. FONSECA, Roberto Piragibe da. Introdução ao Estudo do Direito. 4 ed., Freitas Bastos.
23. GOMES, Fábio Luiz Gomes e outros. Teoria Geral do Processo Civil. Porto Alegre, Letras Jurídicas, 1983.
24. GONTIJO, Naylor Salles. Introdução à Ciência do Direito. 3 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1969.
25. GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução à Ciência do Direito. 5 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1972.
26. HART, H.L.A. El Concepto de Derecho. México, Editora Nacional, 1978.
27. HESPANHA, Benedito. Tratado de Teoria Geral do Processo. Vol.I, Rio de Janeiro, Forense, 1986.
28. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 3 ed., Coimbra, Arménio Amado, 1974.
29. _____. Teoria Geral das Normas. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre, Fabris Editor, 1986.
30. LARENZ, Karl. Storia Del Metodo Nella Scienza Giuridica. Milano, Giuffrè Ed., 1966.
31. LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I. Trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro, Ed. Tempo Brasileiro, 1983.
32. MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Vol.I, São Paulo, Forense, 1965.
33. _____. Instituições de Direito Processual Civil. Vol.I, 3 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1966.

34. MAYNEZ, Eduardo Garcia. Introduccion Al Estudio Del Derecho. México, Ed. Porrúa, 1974.
35. MENEZES, Djacir. Introdução à Ciência do Direito. 3. ed., Rio de Janeiro, Aurora, 1952.
36. MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Parte Geral, Tomo I, 3 ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1970.
37. MONIER, Raymond. Manuel Elémentaire de Droit Romain. Tome. 1er, 6 éme ed., Paris, Ed. Domat Montchretien, 1947.
38. NÓBREGA, J. Flóscolo. Introdução ao Direito. 2 ed., Rio de Janeiro, José Konfino, 1962.
39. OLIVEIRA, Filho Benjamim de. Introdução à Ciência do Direito. 5 ed., Rio de Janeiro, José Konfino, 1973.
40. PACHECO, José da Silva. Curso de Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro, Forense, 1985.
41. PRATA, Edson. História do Processo Civil e Sua Projeção no Direito Moderno. Rio de Janeiro, Forense, 1987.
42. REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 3 ed., São Paulo, Saraiva, 1976.
43. _____. O Direito Como Experiência. São Paulo, Saraiva, 1968.
44. _____. Filosofia do Direito. Vol.II, 8 ed., São Paulo, Saraiva, 1978.
45. SALDANHA, Nelson. Teoria do Direito e Crítica Histórica. In:RInformação Legislativa, a.22, n.88, out/dez., 1985.
46. SICHES, Luis Recaséns. Introduccion Al Estudio Del Derecho. México, Ed. Porrúa, 1972.
47. SOUZA, Daniel Coelho de. Introdução à Ciência do Direito. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1972.
48. SURGIK, Aloísio. Compêndio de Direito Processual Canônico. Ed. "Livro é Cultura", 1988.
49. _____. Temas Críticas de Direito à luz das fontes. Curitiba, Livros HDV, 1987.
50. TUCCI, Rogério Lauria. Temas e Problemas de Direito Processual. São Paulo, Saraiva, 1983.

ÍNDICE

SUMÁRIO	vi
INTRODUÇÃO	01
PARTE I - DIMENSÃO SISTEMÁTICA DAS NORMAS JURÍDICAS	04
CAPÍTULO I - EVOLUÇÃO HISTÓRICA E OUTROS ASPECTOS DO SISTEMA JURÍDICO	05
1.1 INTRODUÇÃO	05
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE SISTEMA	06
1.2.1 Conclusão	18
1.3 ASPECTOS GERAIS DO SISTEMA JURÍDICO	21
CAPÍTULO II - A NOÇÃO DE SISTEMA EM HART, KELSEN, BOBBIO E LUHMANN	37
2.1 A UNIÃO COMPLEXA DE REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS EM HART	38
2.2 A "GRUNDNORM" E A ESTRUTURA ESCALONADA EM KELSEN	47
2.3 HART E KELSEN: COMPARAÇÕES	60
2.4 NORBERTO BOBBIO: SISTEMA É SOBRETUDO COERÊNCIA	64
2.4.1 Conclusão	80
2.5 LUHMANN: ÓTICA SOCIOLOGICA	81
2.5.1 Conclusão	100
PARTE II - DUAS ORDENS DE NORMAS EM UMA ORDEM MAIOR	108
INTRODUÇÃO	109
CAPÍTULO I - O PROBLEMA DA DISTINÇÃO	115

1.1	NATUREZA E LOCALIZAÇÃO	115
1.1.1	Conclusão	121
1.2	DIVERSIDADE DE NOMENCLATURA E CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO	122
1.2.1	Conclusão	128
CAPÍTULO II - A TEORIA GERAL DO PROCESSO: DECORRÊNCIA DA		
	DISTINÇÃO	133
2.1	INTRODUÇÃO	133
2.2	LIMITES E POSSIBILIDADES DE UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO	134
2.3	PAPEL DA TEORIA GERAL DO PROCESSO	148
2.4	EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL E DE SUA TEORIA..	152
2.5	UM CONCEITO DE TEORIA GERAL DO PROCESSO: É POSSÍVEL?	161
2.6	CONCLUSÃO	167
CAPÍTULO III - CLASSIFICAÇÃO DICOTÔMICA DAS NORMAS JURÍDICAS		
		171
3.1	A NORMA JURÍDICA	171
3.1.1	A Norma Jurídica segundo Norberto Bobbio	171
3.1.2	A Norma Jurídica como discurso	185
3.1.3	Conclusão	204
3.2	O CRITÉRIO MATERIAL <u>VERSUS</u> FORMAL	207
3.3	NORMA JURÍDICA MATERIAL: OBJETO IMEDIATO-O QUE?..	216
3.4	NORMA JURÍDICA FORMAL: OBJETO IMEDIATO - COMO?..	218
3.5	NORMAS PROCESSUAIS: CARACTERÍSTICAS GERAIS	220
3.5.1	Natureza Técnica e conteúdo ético	222
3.5.2	Conclusão	232
3.5.3	Conceito e Espécies de Normas Processuais	235
3.6	Conclusão	241

CONCLUSÃO - COMO DISTINGUIR UMA NORMA MATERIAL DE UMA PROCESSUAL ?	247
QUADRO SINÓTICO DA DISTINÇÃO PROPOSTA	256
BIBLIOGRAFIA	257
ÍNDICE	260