XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU - URUGUAI

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA, LITERATURA E LINGUAGEM II

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

LEONEL SEVERO ROCHA

MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

D597

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA, LITERATURA E LINGUAGEM II

[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Rogerio Luiz Nery Da Silva, Leonel Severo Rocha, Márcia Haydée Porto de Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-983-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – 2. Filosofia do direito. 3. Hermenêutica jurídica. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU (2: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA, LITERATURA E LINGUAGEM II

Apresentação

GT - FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA, LITERATURA E LINGUAGEM II

O CONPEDI - CONSELHO NACIONAL DAS PÓS-GRADUAÇÕES EM DIREITO, consolidando sua atuação proativa em favor do avanço da pesquisa na área jurídica, desde à teoria do direito, aos mais inovadores ramos de estudo e aplicação jurídica, além de áreas afins, promoveu – em conjunto com a UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA URUGUAY (UDELAR) – o XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI - MONTEVIDÉU, "ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN". De 18 a 20 de setembro de 2024, foram apresentados variados trabalhos científicos, a partir de palestras, mesas redondas, artigos científicos e painéis, que se distribuíram por dezenas de grupos de trabalho (GTs) com ampla diversidade temática. A nós, Professor-doutor Leonel Severo Rocha, da Universidade do Vale dos Sinos (Unisinos), Professora-doutora Márcia Haydée Porto de Carvalho (UFMA) e Professor-doutor Rogério Luiz Nery da Silva, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), coube a honrosa tarefa de conduzir os trabalhos do GT - FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA, LITERATURA E LINGUAGEM II, cujos trabalhos foram os seguintes:

1) Texto CIUDADANÍA Y JUSTICIA: UN ANÁLISIS DEL REFUGIO Y EL CASO BATTISTI, por Karla Pinhel Ribeiro , Nico de Souza Macei, estuda os dilemas éticos da proteção aos refugiados, a partir das perspectivas filosóficas de Hannah Arendt e Giorgio Agamben. O confronto entre a proteção ao asilo e a necessidade de justiça, com efeitos sobre as relações diplomáticas, com debates sobre soberania nacional, cooperação internacional, ultrapassando as linhas das relações jurídicas também pelas políticas e sociais, especialmente sob o ponto de vista humanitário.

2) Texto A IMPORTÂNCIA DA COMPREENSÃO DO DIREITO COMO SISTEMA PARA A HERMENÊUTICA JURÍDICA, por Márcia Haydée Porto de Carvalho e Alexsandro José Rabelo França, explora a perspectiva do Direito enquanto sistema, com destaque à relação entre regras e princípios. O direito deve prover a necessária segurança

jurídica às relações interpessoais, com visão de previsibilidade à solução de conflitos. Daí a necessidade de enxergar o direito como sistema e não isoladamente. Tanto nos sistemas jurídicos do tipo aberto e como no fechado, a interpretação desvela a complexidade do sistema jurídico a partir do entrelace com os elementos históricos, sociais e políticos.

3) Texto A. A CONTINUIDADE ENTRE A FORMA E O IDEAL MORAL: TRÊS CONCEPÇÕES DE ESTADO DE DIREITO, por Ricardo Andrés Marquisio Aguirre, propõe a partir da tipologia de concepções normativas do Estado de Direito, quanto à solução de crises dos variados sistemas jurídicos, enfrentar questões sobre como evitar a arbitrariedade e abuso de poder, com foco em: a forma de criação do direito que maximize a autonomia das pessoas, e, na justificativa moral do vínculo colaborativo entre os participantes da prática jurídica, concluindo pela possibilidade de conjugar as versões de modo complementar, a partir da análise meticulosa, tomando como centrais: a forma do direito, a legalidade e a reciprocidade entre agentes morais autônomos.

4) Texto DIREITO E LITERATURA EM A FESTA DE BABETTE, DE KAREN BLIXEN, por Mara Regina De Oliveira , Davi Pereira do Lago, examina a relação entre o direito e a literatura, na obra “A festa de Babette”, de Karen Blixen (1950). As tensões enfrentadas por Babette ao deixar a França e se refugiar na Noruega, após o Massacre na Comuna de Paris de 1871. As interpretações filosóficas tradicionais não valoraram adequadamente os aspectos jurídico-políticos, reduzindo a protagonista a extremos (de redentora a angustiada). O arco narrativo é mais bem compreendido se observada a condição de revolucionária e refugiada política de Babette e os postulados jurídico-filosóficos da locomoção dos refugiados e do asilo político, assim como o desenvolvimento do multiculturalismo como ideal jurídico-político, a garantir ao indivíduo o poder de desenvolver plenamente a própria identidade.

5) Texto A METODOLOGIA DA PESQUISA E O MÉTODO SOCIOLÓGICO: UM ESTUDO ACERCA DA CRIAÇÃO DE ÉMILE DURKHEIM, por Claudio Alberto Gabriel Guimaraes, Pedro Bergê Cutrim Filho e Conceição de Maria Abreu Queiroz, analisa as contribuições de Émile Durkheim para o estabelecimento da sociologia como ciência autônoma a partir de sua obra “As regras do método sociológico”. Traz um panorama da sociedade francesa, fonte inspiradora da obra durkheimiana, e segue para “As regras do método sociológico”.

6) Texto A DIALÉTICA JURIDICA ENTRE UNIVERSALISMO E PLURIVERSALISMO: DOUTRINAS DE FILOSOFIA DO DIREITO INTERNACIONAL, por Clodomiro José Bannwart Júnior, Guilherme Borges Cilião e Larissa Gonzales Linhares, investiga dialeticamente o universalismo e o pluriversalismo no direito, com foco no jus gentium e sua

capacidade de juridicização de questões não legisladas. Investem em Otried Höffe, com a ética global; em Villey e em Grotius. Concluem que a produção legislativa tem responsabilidade compartilhada entre parlamento, tribunais e sociedade civil, com participação ativa dos cidadãos.

7) O texto O DESEJO DE CONSISTÊNCIA E O DOGMA DE COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO: ASPECTOS CRÍTICOS DE UMA ILUSÃO (DES) NECESSÁRIA, por Juan Pablo Ferreira Gomes, explora a dependência da questão da consistência ou coerência do ordenamento jurídico do reconhecimento concepção como sistema. Ante o conflito entre normas, uma das duas, ou ambas, devem ser eliminadas. As normas devem observar compatibilidade sistêmica, o que implica a exclusão da incompatibilidade. A "completude" de um ordenamento jurídico o habilita a tutelar todo e qualquer caso. A ausência é lacuna; a completude é a "falta de lacunas".

8) O texto A QUESTÃO FUNDANTE: A COMPREENSÃO (IM) POSSÍVEL DA JURIDICIDADE PELA ESTRITA NOÇÃO DE NORMA, por Juan Pablo Ferreira Gomes, trata da delimitação dos limites da juridicidade, a fronteira entre o que o que é direito e o que não é direito, como aporia fundamental à teoria geral ou filosofia do direito. Cada escolha pode servir de elemento caracterizador de distintas tradições ou linhas de abordagens, quer formalista, quer analítico; pode ainda ser crítica, social ou histórica. O texto sustenta a possibilidade ou não de compreensão do fenômeno da juridicidade a partir de uma teoria do direito estritamente normativa, para investigar a hipótese da inevitável presença do valor ou da legitimidade no fenômeno da juridicidade.

Certo de buscar cumprir o papel articulador das melhores iniciativas de fomento à pesquisa jurídica, o Conpedi oferece por meio deste volume os conteúdos a sua reflexão.

Desejamos aos muito prezados pesquisadores uma excelente leitura!

Professor-Doutor LEONEL SEVERO ROCHA - UNISINOS

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Mestrado em Direito (UFSC); Doutorado (Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales – Paris) – revalidado pela UFSC; Pós-doutorado em Sociologia do Direito (Universitá di Lecce – Itália). Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos); Professor do PPGD da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI);

Coordenador da Cátedra Warat; Professor Visitante da Faculté de Droit da Univ de Paris 1. Bolsista Produtividade do CNPq. Professor Titular do PPGD-UFSC Mestrado e Doutorado). Consultor da Capes e da Fapergs.

E-mail: leonel.rocha@icloud.com

Professora-Doutora MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO - Universidade Federal do Maranhão (UFMA).

Possui graduação em Direito (UFMA); graduação em Ciências Econômicas (UFMA), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Especialização em Altos Estudos de Política e Estratégia pela Escola Superior de Guerra (ESG). Professora Associada II da UFMA; Promotora de Justiça em São Luís/MA. Investigadora no Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid/Espanha).

Email: marciahaydee@uol.com.br

Professor-Doutor ROGÉRIO LUIZ NERY DA SILVA - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

Professor no Programa Erasmus Plus, da União Europeia (Univ Cardinal Winzinsky – Varsóvia – Polônia); Pós-doutorado em Direito e Ciência Política (Université de Paris X - França); Doutorado em Direito Público e Evolução Social (UNESA); doutorando em Filosofia do Direito (Universität zu Kiel – Alemanha); Mestrado em Direito e Economia (UNIG); posgraduado em Jurisdición y Justicia Constitucional (Univ. Castilla-La Mancha – Espanha) pós-graduado em Educação (UFRJ), graduado em Direito (UERJ), advogado OAB-RJ.

E-mail: dr.nerydasilva@gmail.com

A QUESTÃO FUNDANTE: A COMPREENSÃO (IM) POSSÍVEL DA JURIDICIDADE PELA ESTRITA NOÇÃO DE NORMA.

THE FUNDAMENTAL QUESTION: THE (IM) POSSIBLE UNDERSTANDING OF LEGALITY THROUGH THE STRICT NOTION OF NORMS.

Juan Pablo Ferreira Gomes

Resumo

A compreensão do fenômeno jurídico, o esforço de delimitação dos limites da juridicidade, a definição do que é direito e o que não é direito, sempre se marcaram como as aporias ou questões fundamentais da teoria geral ou filosofia do direito. Antes mesmo da formulação de respostas (im) possíveis, a própria forma ou escolha do modo de colocação de tais problemas podem servir de elementos caracterizadores de distintas tradições ou linhas de abordagens, seja por um viés formalista ou analítico, ou ainda sob uma perspectiva crítica, social e histórica. Assim, o presente trabalho se propõe a analisar a (im) possibilidade de compreensão do fenômeno da juridicidade a partir de uma teoria do direito estritamente normativa, seja de acordo com a tradição analítica da common law, ou ainda de acordo com Bobbio, Vasconcelos, Reale e Cossio. Desse modo se pretende investigar a hipótese da inevitável presença de um aspecto de valor ou legitimidade ao fenômeno da juridicidade.

Palavras-chave: Teoria do direito, Norma, Justiça, Valor, Positivismo

Abstract/Resumen/Résumé

The understanding of the legal phenomenon, the effort to delimit the limits of legality, the definition of what is law and what is not law, have always been marked as the aporias or fundamental questions of the general theory or philosophy of law. Even before the formulation of (im)possible answers, the very form or choice of way of posing such problems can serve as characterizing elements of different traditions or lines of approaches, whether from a formalistic or analytical perspective, or even from a critical perspective. social and historical. Thus, the present work proposes to analyze the (im)possibility of understanding the phenomenon of legality from a strictly normative theory of law, whether in accordance with the analytical tradition of common law, or even according to Bobbio, Vasconcelos, Reale and Cossio. In this way, we intend to investigate the hypothesis of the inevitable presence of an aspect of value or legitimacy to the phenomenon of legality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal theory, Standard, Justice, Value, Positivism

1. O conceito de Direito enquanto comando na tradição analítica.

A compreensão do fenômeno jurídico, o esforço de delimitação dos limites da juridicidade, a definição do que é direito e o que não é direito, sempre se marcaram como as aporias ou questões fundamentais da teoria geral ou filosofia do direito. Antes mesmo da formulação de respostas (im) possíveis, a própria forma ou escolha do modo de colocação de tais problemas podem servir de elementos caracterizadores de distintas tradições ou linhas de abordagens, seja por um viés formalista ou analítico, ou ainda sob uma perspectiva crítica, social e histórica.

A denominada teoria analítica do Direito, tem em H. L. A. Hart e na obra de 1961, "O Conceito de Direito" (*The concept of Law*) a sua maior influência, consistindo em uma espécie de "linguagem geral" a partir da qual muitos dos debates atuais ainda são pautados, especialmente na tradição *da common law* e a partir da discussão teórica com Dworkin.

A análise conceitual promovida por Hart (1994) pode ser entendida como a análise filosófica da natureza das coisas no mundo aos quais o conceito "direito" necessariamente se refere, com atenção especial a questões relacionadas a (i) propriedades necessárias e suficientes para sua existência e (ii) o que se segue do fato do Direito ser Direito—e não algo diferente, como um código de vestuário, normas de etiqueta.

Assim, o objetivo de Hart pode ser colocado como um estudo sobre a natureza conceitual do Direito e sua relação com a moralidade e com a coerção, sendo seus principais interlocutores teóricos o jurista John Austin, Hans Kelsen e os realistas jurídicos escandinavos e americanos.

O projeto teórico de Hart é fortemente pautado pelas chamadas "perguntas recorrentes":

(i) como o Direito e obrigações jurídicas diferem de ordens apoiadas por ameaças?
(ii) o que são regras e como elas se diferenciam de mera convergência de comportamento (hábitos)?
(iii) como Direito e moralidade estão relacionados?

Antes de responder "positivamente" às três perguntas formuladas, Hart dedica boa parte de seu livro à análise das deficiências no positivismo imperativista de John Austin, cujo pensamento era dominante na teoria do direito anglo-saxão até então.

De fato, para que se tenha alguma ideia de sua influência, o período entre a publicação póstuma das *Lectures on Jurisprudence*, de John Austin, em 1863, e a publicação de *The Concept of Law*, em 1961, pode ser visto como um momento em que a teoria do Direito produzida e ensinada parecia fazer pouco esforço em divergir ou mesmo contestar a ortodoxia acadêmica representada pela teoria de Austin.

Austin sustentava duas noções não-jurídicas básicas, a partir das quais sua teoria do Direito é construída: uma teoria sobre regras e uma teoria sobre soberania. Comecemos com a ideia de regra.

Podemos entender uma regra como um comando geral. Um comando é a expressão de um desejo direcionado a uma ou mais pessoas para que façam ou se abstenham de fazer certa ação, com base em uma sanção, isto é, uma ameaça possível e provável de imposição de algum mal, na hipótese de descumprimento do desejo.

Isto posto, cabe aqui mais uma qualificação: para Austin, toda regra é um comando, mas nem todo comando é uma regra. Isto porque, como já sugerimos acima, toda regra é um comando *geral* e nem todo comando possui generalidade. Assim, o comando de um assaltante armado para que alguém entregue a ele determinado bem, mesmo sendo dotado de uma ameaça cumprível, não se configuraria uma regra.

Falta somente explicar qual propriedade conferiria juridicidade a uma regra. É aqui que se insere a noção de *soberania*.

Podemos definir um soberano como uma pessoa ou grupo de pessoas que é habitualmente obedecido pela maioria da comunidade e que não tem o hábito de obedecer a mais ninguém. A título de exemplo destas duas instâncias de soberania, podemos recorrer ao próprio Austin, que identificava o *King-in-Parliament* como o indivíduo soberano no Reino Unido, e o Povo como o grupo soberano de pessoas nos Estados Unidos da América.

Austin sustentava que regras jurídicas eram nada mais e nada menos do que o conjunto destas duas noções não-jurídicas mais básicas: regras emanadas por um soberano ou, ainda, comandos gerais emanados por um comandante não comandado. É devido a este aspecto que podemos caracterizá-lo tanto como um *imperativista*, quanto como um *positivista jurídico*.

Um aspecto importante que podemos depreender deste ponto é que Austin parece ter construído uma teoria do Direito sem qualquer recurso a uma noção de *normatividade*. Esta é uma das várias razões pelas quais Hart rejeitará seu projeto teórico.

Ainda que a obra de Hart marque uma considerável rejeição da teoria do Direito defendida por Austin, não é tão fácil afirmar o mesmo acerca de sua visão metodológica. Hart compartilha com Austin uma preocupação metodológica com a separação entre questões sobre os eventuais méritos do Direito e questões sobre sua existência. Na expressão emblemática de Austin (1998), em "*The Province of Jurisprudence Determined*": a existência do Direito é uma coisa, seu mérito e demérito é outra. Perspectiva similar à apresentada por outro teórico basilar do denominado positivismo jurídico, o austríaco Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito.

Hart (1994) reconhece, assim como Austin, que há diferenças entre um assaltante que *ordena* ("*to order*") e um soberano que tem autoridade para *dar uma ordem* ("*to give an order*"), o autor elucida essa diferença através da linguagem — e, portanto, existem características que são peculiares ao Direito (e à outras ordens normativas, como a religião e demais autoridades não-jurídicas) e que não se afiguram na relação de imposição do assaltante.

São elas:

(i) sua *generalidade,* isto é, o Direito prescreve uma série de condutas que devem ser observadas por uma classe geral de indivíduos;

(ii) sua *persistência*, ou melhor, a persistência das prescrições emanadas pelo Direito, das quais se espera uma continuidade, diferentemente dos "comandos" do assaltante armado; e

(iii) o *hábito de obediência* por parte daqueles que estão sob a égide das prescrições emanadas por um Poder Legislativo, que é soberano obedecido por todos em seu território, e que não obedece a mais ninguém.

A partir de então, Hart passa a expor as falhas dessa simplificação do conceito de Direito em três principais objeções:

I) a explicação de Austin é incapaz de conceber a existência de "regras que conferem poderes" e atribuições ("*power conferring rules*"), que são regras responsáveis por regular, se não a maioria, boa parte das nossas vidas;

II) a tese do soberano que, para tanto, deve ser obedecido por todos, mas não obedecer a ninguém, não explica o Direito como ele é, pois mesmo o Legislativo é vinculado por suas leis (e apenas por uma "divisão artificial" da pessoa do legislador como tal e em sua esfera privada é que poder-se-ia tentar reconhecer essa imposição "de cima para baixo" como característica de um ordenamento jurídico);

III) o modelo de Direito de Austin passa a falsa noção de que é possível situar em que momento uma regra passou a existir no ordenamento jurídico quando, em verdade, a realidade é mais nebulosa que isso.

Definidos tais pontos, Hart (1994) concebe o direito como a existência de uma ordem de obrigações e condutas não facultativas decorrentes da união entre regras primárias e secundárias, sendo estas distinguidas em regras de reconhecimento (identificação), modificação (alteração) e julgamento (adjudicação). Por sua vez, na esteira de Kelsen, concebendo as regras enquanto comandos despsicologizados (*depsychologized command*).

O último aspecto serve-nos de gancho para observar outras formas de abordagem que divergem das premissas metodológicas anteriores, seja por não prescindir de aspectos materiais definidores do conceito de direito (a aporia do justo), seja por distinguir ou conceber uma anterioridade do direito em relação ao Estado e ao direito por ele posto.

2. Teoria do Direito enquanto teoria da norma jurídica em Bobbio.

Nas obras "Teoria da Norma Jurídica" (1958) e Teoria do Ordenamento Jurídico (1960), o jurista italiano Norberto Bobbio funda uma efetiva teoria geral do direito, concebendo-o a partir das noções de regras de conduta e instrumento de controle social (coativo, persuasivo e premonitivo), partindo da análise da norma (árvore) ao ordenamento (a floresta).

Neste período, o jusfilósofo tece e desenvolve as premissas básicas da teoria geral do direito, particularmente no que pertence:

I) a coatividade como elemento do ordenamento jurídico e não da norma isolada;

II) a coerência do ordenamento jurídico como princípio e não como fato;

III) a permanente possibilidade de integração do ordenamento jurídico, que não é em si mesmo completo;

Curiosamente, quase no mesmo período e com o mesmo enfoque analítico, surgem as obras de Alf Ross (Direito e Justiça, 1958) e de Hart (O Conceito de Direito, 1961), também, em 1960, publica-se a segunda edição revisada e aumentada da Teoria Pura do Direito de Kelsen.

Bobbio caracteriza, em tese, o direito como objeto de três ciências distintas: quanto a sua formação e evolução, isto é, quanto à eficácia a que correspondem os problemas de observância, aplicação efetiva e sanção da norma jurídica (sociologia do direito); quanto a sua estrutura formal, a que corresponde a questão da validez, ou seja, aos problemas de existência da norma jurídica independentemente do juízo de valor que sobre ela se possa emitir (jurisprudência ou ciência formal do direito), e, finalmente, quanto ao seu valor, ao qual correspondem os problemas ideais de justiça ou injustiça da norma jurídica (filosofia do direito).

Porém, já no fim da década de 60, Bobbio, em um trabalho publicado sob o título "A função promocional do direito", aponta para as novas técnicas de controle social como exigência do Estado social contemporâneo. Estas técnicas não são centradas apenas no desalento de determinados comportamentos repudiados pela sociedade, mediante a aplicação de sanções negativas, de caráter punitivo ou repressivo, mas também nas formas de estímulo às condutas desejadas, mediante a aplicação de sanções positivas, de caráter promocional.

Entretanto, o mestre italiano está longe de substituir o enfoque da análise estrutural do direito, dominante na primeira fase de suas investigações acadêmicas, pela análise funcional ou teleológica do direito.

A primeira via de investigação, a da análise estrutural, que responde a pergunta "de que se compõe o direito?", é complementada e aprofundada pela segunda via de pesquisa, a da análise funcional, que responde a pergunta "para que serve o direito?", onde se coloca em jogo a relação entre meio e fim, numa perspectiva mais sociológica do que lógica.

O ponto de vista acolhido em sua Teoria da Norma Jurídica (1958) é o ponto de vista normativo. Com isto, entende-se que o melhor modo para se aproximar da experiência jurídica é apreender seus traços característicos e considerar o direito como um conjunto de normas, ou regras de conduta. Comecemos então por uma afirmação geral: a experiência jurídica é uma experiência normativa.

A História pode ser imaginada como uma imensa torrente fluvial represada: as barragens são as regras de conduta que detiveram a corrente das paixões, dos interesses, dos instintos, dentro de certos limites, e que permitiram a formação daquelas sociedades estáveis, com as suas instituições e com os seus ordenamentos.

As normas jurídicas, às quais dedicaremos de modo particular a nossa atenção, não passam de uma parte da experiência normativa. Além das normas jurídicas, existem preceitos religiosos, regras morais, sociais, costumeiras, regras daquela ética menor que é a etiqueta, regras da boa educação etc.

São regras de conduta tanto os dez mandamentos quanto as prescrições do médico, as regras do xadrez ou do bridge, tanto as normas de direito internacional, quanto o regulamento de um condomínio, tanto as consideradas normas sociais quanto as regras da gramática, da sintaxe de uma língua, tanto as normas religiosas para o bom proceder nesta vida quanto às regras de trânsito para mover-se no tráfego sem acidentes.

Todas essas regras são muito diversas pelas finalidades que perseguem, pelo conteúdo, pelo tipo de obrigação que fazem surgir, pelo âmbito de suas validades, pelos sujeitos a quem se dirigem. Mas todas têm em comum um elemento característico que consiste em ser proposições que têm a finalidade de influenciar o comportamento dos indivíduos e dos grupos, de dirigir as ações dos indivíduos e dos grupos rumo a certos objetivos ao invés de rumo a outros.

Embora possa parecer que o elemento característico da experiência jurídica seja o fenômeno da normalização, sendo, portanto, legítimo o ponto de vista normativo por onde iniciamos, não podemos deixar de mencionar que existem teorias diversas da normativa, que consideram como elementos característicos da experiência jurídica fatos diversos das regras de conduta.

Há pelo menos duas teorias que são distintas da normativa: a teoria do direito como instituição e a teoria do direito como relação.

A teoria do direito como instituição foi elaborada em França com Maurice Hauriou e Georges Renard, e ao menos na Itália, por Santi Romano. O polêmico alvo dos institucionalistas precisamente é a teoria normativa do direito. O conceito de direito deve conter os seguintes elementos essenciais:

I) Deve-se retornar ao conceito de sociedade, em dois sentidos recíprocos que se completam: o que não sai da esfera individual, que não supera a vida de cada um enquanto tal, não é direito (*ubi ius ibi societas*) e, além disso, não há sociedade sem que nela se manifeste o fenômeno jurídico (*ubi societas ibi ius*).

II) O conceito de direito deve, em segundo lugar, conter a ideia de ordem social: o que serve para excluir cada elemento que conduza ao arbítrio puro ou à força material, isto é, não ordenada. Cada manifestação social, somente pelo fato de ser social, é ordenada pelo menos em relação aos cidadãos.

III) A ordem social posta pelo direito não é aquela que é dada pela existência, originada de qualquer maneira, de normas que disciplinam as relações sociais: ela não exclui tais normas, ao contrário, serve-se delas e as compreende em sua órbita; contudo, ao mesmo tempo, as ultrapassa e supera. Isto quer dizer que, antes de ser norma, antes de concernir a uma simples relação ou a uma série de relações sociais, é organização, estrutura, situação da mesma sociedade em que se desenvolve, e a qual constitui como unidade, como ente por si só.

Disto se vê que, para os institucionalistas, os elementos constitutivos do conceito de direito são três:

I) a sociedade, como base de fato sobre a qual o direito ganha existência;

II) a ordem, como fim a que tende o direito;

III) a organização, como meio para realizar a ordem.

Esta sociedade ordenada e organizada é aquilo que se chama de instituição. Dos três elementos constitutivos, o mais importante aquele decisivo, é certamente o terceiro, a organização: os dois primeiros são necessários, mas não suficientes. Só o terceiro é a razão suficiente do direito, a razão pela qual o direito é aquilo que é.

Isto significa que o direito nasce no momento em que um grupo social passa de uma fase inorgânica para uma fase orgânica, da fase de grupo inorgânico ou não organizado para a fase de grupo organizado.

Por exemplo, a classe social é certamente uma forma de grupo humano, mas não tendo uma organização própria, não exprime um direito próprio, não é uma instituição. Uma associação de delinquentes, ao contrário, que se exprime em uma organização e cria o seu próprio direito (o direito da sociedade de delinquentes), é uma instituição.

O fenômeno da passagem da fase inorgânica para a fase orgânica se chama também institucionalização. Dizemos que um grupo social se institucionaliza quando cria a própria organização, e através dela se torna um ordenamento jurídico. Com isto, no entanto, se revelaria uma incongruência, embora marginal, se é verdade que a organização é o elemento constitutivo primário da sociedade jurídica, e se também é verdade que há sociedades não organizadas, pode-se aceitar a máxima *ubi jus ibi societas*, mas não se pode aceitar a máxima inversa, *ubi societas ibi ius*.

É preciso reconhecer o mérito da teoria institucionalista de ter alargado os horizontes da experiência jurídica para além das fronteiras do Estado. Fazendo do direito um fenômeno social e considerando o fenômeno da organização como critério fundamental para distinguir uma sociedade jurídica de uma sociedade não jurídica, esta teoria rompeu com o círculo fechado da teoria estatalista do direito, que considera direito apenas o direito estatal, e identifica o âmbito do direito com o do Estado.

Além disso, não existiram, historicamente, Estados que pudessem ser comparados com associações de delinquentes, devido a violência e à fraude com que se conduziram frente aos seus cidadãos e à comunidade internacional? Não chamava Santo Agostinho os Estados de *magna latrocinia*? A obra “Os Sete Samurais” (1954) de Akira Kurosawa não serviria de metáfora da origem do direito e do Estado?

A doutrina institucionalista representa uma reação ao estatalismo. Ela é uma das tantas maneiras pelas quais os teóricos do direito e da política tentaram resistir à invasão do Estado. Ela nasce, ora da revaloração das teorias jurídicas da tradição cristã, como em Georges Renard, ver a *Théorie de l'institution* (Teoria da Instituição), 1930, ora da influência das correntes socialistas libertárias, anárquicas, ou sindicalistas como é o caso de Georges Gurvitch, *ver L'idée du droit social* (A Ideia do Direito Social), 1932.

Posta a questão nestes termos, se deve exprimir mais oportuna a definição ampla, isto é, aquela proposta pelos institucionalistas, porque, limitando o significado da palavra "direito" às normas de conduta emanadas do poder estatal, se contraria o uso linguístico geral que chama de direito também o direito internacional e dos variados agrupamentos humanos.

Segundo Bobbio, antes de tudo, a teoria da instituição, acreditando combater a teoria normativa ao demolir a teoria estatalista do direito, aponta para um alvo falso. A teoria normativa não coincide absolutamente em linha de princípio com a teoria

estatalista, ainda que, em linha de fato, muitos juristas estatalistas sejam normativistas e vice-versa.

A teoria normativa se limita a afirmar que o fenômeno originário da experiência jurídica é a regra de conduta, enquanto que a teoria estatalista, além de afirmar que o direito é um conjunto de regras, afirma que estas regras têm características particulares (por exemplo: serem coativas) e, como tais, distinguem-se de qualquer outro tipo de regra de conduta. A teoria estatalista é uma teoria normativa restrita. E, portanto, não há nenhuma razão para se considerar a teoria normativa em si, menos ampla do que a teoria institucional.

Para os institucionalistas "antes de ser norma", o direito "é organização". Ora, esta afirmação é contestável. O que significa organização? Significa distribuição de tarefas de modo que cada membro do grupo contribua segundo suas próprias capacidades e competências, para a realização do fim comum; mas esta distribuição de tarefas não pode ser cumprida senão mediante regras de conduta.

E então, não é verdadeiro que a organização venha antes das normas, mas sim o oposto, que as normas venham antes da organização. Uma sociedade organizada, uma instituição, é constituída por um grupo de indivíduos, os quais disciplinam suas respectivas atividades com o objetivo de perseguir um fim comum, isto é, um fim que não poderia ser alcançado por indivíduos sozinhos, isoladamente considerados.

A instituição nasce ali onde surge e toma forma uma certa disciplina de condutas individuais, destinada a conduzi-las a um fim comum. Mas uma disciplina é o produto de uma regulamentação, isto é, de um complexo de regras de conduta. Particularmente, para que se possa desenvolver o processo de institucionalização que transforma um grupo inorgânico em um grupo organizado, isto é, em um ordenamento jurídico ocorrem três condições:

I) que sejam fixados os fins que a instituição deverá perseguir;

II) que sejam estabelecidos os "meios", ou pelo menos, os meios principais que se consideram apropriados para alcançar aqueles fins;

III) que sejam atribuídas as funções específicas dos indivíduos componentes do grupo para que cada um colabore, através dos meios previstos, na obtenção do fim.

Ora, está claro que, quer a determinação dos fins, quer a determinação dos meios e das funções só podem ocorrer através de regras, sejam elas escritas ou não, proclamadas solenemente em um estatuto (ou Constituição) ou aprovadas tacitamente pelos membros do grupo, o que vale dizer que o processo de institucionalização e a produção de regras de conduta não podem andar separados e que, portanto, onde quer que haja um grupo organizado, estaremos seguros de também encontrar um complexo de regras de conduta que deram vida àquela organização ou, em outras palavras, se instituição equivale a ordenamento jurídico, ordenamento jurídico equivale a complexo de normas.

Para Bobbio, a teoria da instituição teve o grande mérito, mesmo prescindindo de seu significado ideológico, que não pretendemos discutir, de pôr em relevo o fato de que somente se pode falar em direito onde há um complexo de normas formando um ordenamento e, portanto, o direito não é norma, mas conjunto coordenado de normas; concluindo, uma norma jurídica não se encontra nunca sozinha, mas é ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo.

Que o elemento característico da experiência jurídica seja a relação intersubjetiva é, ao contrário da teoria institucional, doutrina velhíssima e periodicamente recorrente. Se observarmos bem, ela nasce da mesma ideia fundamental de que nasce a teoria da instituição, qual seja a de que o direito é um fenômeno social, que tem sua origem na sociedade.

É imperioso ressaltar o contributo teórico de autores como Carlos Cossio e sua Teoria Egológica reconhecendo o direito enquanto conduta em interferência intersubjetiva, resgatando e reformulando a teoria kelseniano do direito, bem como Miguel Reale e a tridimensionalidade da norma e do fenômeno jurídico em seu aspecto fático, axiológico e normativo, seguindo na mesma esteira o jurista cearense Arnaldo Vasconcelos em sua Teoria Geral do Direito: Teoria da Norma Jurídica (1978). Para ambos os juristas brasileiros, o direito é a ordenação ética coercível, heterônoma e bilateral atributiva das relações sociais, na medida do bem comum. O direito, assim, é um conjunto de normas éticas (uma "ordenação ética").

É de se notar que a teoria da instituição surgiu criticando não apenas a teoria normativa, como mostramos até aqui, mas também a teoria da relação intersubjetiva. Segundo os defensores do institucionalismo (sobretudo os franceses), uma pura e simples relação entre dois sujeitos não pode constituir direito; para que surja o direito, é necessário

que esta relação esteja inserida em uma série mais vasta e complexa de relações constituintes, ou seja, a instituição.

Duas pessoas isoladas que se encontram somente para estabelecer entre si a regulamentação de certos interesses particulares, não constituem ainda direito. Este nascerá apenas quando esta regulamentação se tornar de um certo modo estável, e originar uma organização permanente da atividade dos dois indivíduos.

A conclusão de Bobbio é que a teoria da instituição e a da relação não excluem, mas incluem a teoria normativa, o que equivale a dizer que a teoria normativa permanece válida não obstante a teoria da instituição e a da relação, ou melhor, ela é o pressuposto de validade de ambas. Pode-se somar ainda a consideração seguinte: as três teorias não se excluem entre si, e assim é estéril toda batalha doutrinal para fazer triunfar uma ou outra. Cada uma põe em evidência um aspecto da multiforme experiência jurídica: a teoria da relação, o aspecto da intersubjetividade; a da instituição, o da organização social; a normativista, o da regularidade.

3. Teoria do Direito enquanto teoria da norma em Cossio, Reale e Vasconcelos.

Conforme a lição do jurista Arnaldo Vasconcelos (1996) a expressão formal do direito como disciplina de condutas é a norma jurídica.

Segundo Arnaldo Vasconcelos (1996), a norma define dentre as múltiplas possibilidades que se oferecem ao homem, os tipos de conduta desejáveis, ao considerar sua relevância para a manutenção e progresso da vida social. Definindo, selecionando e limitando, a norma incorpora, com os fatos que prevê, os valores que a estes são atribuídos, adquirindo a dimensão trivalente específica do Direito, tornando-se, assim, seu elemento nuclear.

Na perspectiva do jurista cearense, a norma jurídica, igualmente ao Direito que por seu intermédio se manifesta e se traduz, pertence ao mundo da Ética. Constitui assim, com a moral, espécie do gênero norma ética. Não haveria, pois, pensar-se em estabelecer distinção essencial entre o mundo jurídico e o mundo ético, coisa ontologicamente impossível, mas sim, entre jurídico e moral.

O mundo da ética, axiológico e normativo, define-se em oposição ao mundo da natureza, neutro e causal. Por conseguinte, na qualidade de norma ética, a norma jurídica

afirma não o que é, mas o que deve ser e o dever-ser envolve sua eventual inobservância. Daí a assertiva de Miguel Reale (2013) que parece paradoxal, mas é fundamentalmente verdadeira a asserção de que uma norma ética se caracteriza pela possibilidade de sua violação.

Justamente aí, nessa possibilidade de violação que certa tradição jurídica busca encontrar o traço diferencial da norma jurídica, desde os contratualistas, passando por Kant até Kelsen. A institucionalização da sanção, que passa a ser pública e monopólio do Estado, seria o marco da juridicidade.

Sendo a norma jurídica e a norma moral, ambas espécies de normas éticas, porquanto se ocupam de condutas, enunciam-se, porém de modo distinto.

Ao passo que a normal moral se expressa através de um juízo hipotético simples:

"A deve ser B";

Partindo-se da noção disjuntiva e do direito enquanto conduta em interferência intersubjetiva de Carlos Cossio (1964), a norma jurídica o faz mediante um juízo hipotético disjuntivo, composto ou complexo:

"Dado H, deve ser P, ou dado não P, deve ser S",

Bilateralidade, disjunção e sanção constituiriam as notas características e discriminatórias da norma jurídica. Toda norma na qual apareceriam em conjunto seriam, induvidosamente, norma jurídica. Por outro lado, nenhum desses elementos, mesmo tomado de per si, integra de modo indispensável, a norma moral.

Ainda é valorosa a teoria de Miguel Reale (2002) sobre a norma como juízo de estrutura trivalente. O conceito de norma integra o conceito de direito. E a razão é simples: a norma antecipa padrões de conduta, projetando-lhes as medidas de justiça.

É o direito vinculação bilateral-atributiva da conduta humana para a realização ordenada dos valores da convivência. Sobressaem as dimensões fática (conduta humana) e axiológica (valores de convivência) que se integram e se superam através do processo normativo (ordenação). Reale conceitua a norma jurídica finalmente como "forma de integração fático-axiológica".

A norma, antes de ser simples estrutura lógico-formal é modelo ético-funcional, sendo dividida em normas jurídicas de conduta e de organização, com estruturas diversas, abandonando-se a concepção unitária kelseniana.

Não vê Reale meio de encontrar hipótese de fato nas normas de organização, porquanto não se pensam em termos condicionais.

As normas de conduta, por sua vez, decompõem-se em duas partes autônoma que, no entanto, integram-se numa unidade lógica:

- Se F é..... C deve ser

-Se não-C..... SP deve ser.

O esquema, tirante a omissão da disjuntiva "ou" aí implícita, todavia, em tudo é semelhante ao da Teoria Egológica de Cossio. Ao reduzir à entidade única Direito e norma jurídica, Kelsen (1962) optava por uma teoria jurídica eminentemente formal, que resultou antes numa lógica jurídica. Cossio e Reale elaboraram teorias tridimensionais, alcançando as instancias fática, axiológica e normativa do Direito.

Partindo de Kelsen o superaram, embora subsistam problemas a resolver: na Teoria Egológica o relativo ao posicionamento da sanção premial na estrutura normativa; na Teoria Tridimensional a convivência da noção de imperativo com a de hipoteticidade.

Através da predicação de caráter imperativo às normas jurídicas, quer Reale, justamente assegurar a obrigatoriedade de seus preceitos, assim impedindo o reino do arbítrio. Tem-se, pois, que a norma se define pelas notas de hipoteticidade e imperatividade, restando definidos dois pontos:

A hipótese que toda regra jurídica que postula, contém ao contrário, a superveniência de uma outra norma que venha garantir sua obrigatoriedade. Aqui está a diferença entre o meramente indicativo e o imperativo;

Toda regra jurídica, formulada embora sob esquemas indicativos e hipotéticos, consagra sempre a escolha de um valor que se julga necessário preservar;

Se a norma tem caráter imperativo e é formulada em termos hipotéticos, logo se conclui que, em sua integridade, assumirá a forma de imperativo hipotético.

Importa indagar se a obrigatoriedade do Direito advém da obrigatoriedade da norma, ou disso independe.

Segundo Arnaldo Vasconcelos (1996), o que se busca, para fundamentar a norma jurídica, é um valor. A obrigação como dever-ser, implica considerações axiológicas, e estas, a noção superior de justiça. Por conseguinte, a norma jurídica obriga por que contém preceito capaz de realizar, em cada época e de acordo com sua específica mundividência, aquilo que se entende por justiça.

O fundamento da norma jurídica é buscado por diversas correntes ou teorias ao longo da história do pensamento jurídico: teoria teocrático, jusnaturalista, contratualista e neocontratualista, histórica, sociológica e normativista.

Seja o respeito pelas leis divinas, naturais, a vontade geral, o espírito do povo (*volksgeist*), a solidariedade social, convicção de sua obrigatoriedade, a norma hipotética fundamental (*Grundnorm*) ou a regra de reconhecimento (*rule of recognition*), sempre buscou-se encontrar um fundamento último para a norma que atestasse a razão de sua obrigatoriedade.

Posto isso, para concluir examinaremos as principais e mais difundidas características da norma jurídica: a) generalidade; b) abstratividade; c) imperatividade; d) coatividade; e) permanência; bem como as características já mencionadas: f) bilateralidade g) disjunção e h) sanção.

A concepção de generalidade como nota individualizadora do conceito de norma jurídica seria legado da doutrina greco-romana. Aristóteles (2019) afirma que a lei dispõe sempre de modo geral, nada prescrevendo para casos particulares. Papiniano a definira como preceito comum "*Lex est commune praeceptum*" (*Digesto De Legibus*). Rousseau revitaliza a noção com a doutrina da vontade geral.

Diz-se que a norma é geral, porque seu preceito se dirige indiscriminadamente a todos. A generalidade seria um dos mecanismos de contenção do arbítrio governamental. Contudo, dois aspectos demonstram a fragilidade desse elemento.

Cada vez mais, as normas são especiais e individualizadas, a exemplo daquelas que disciplinam as profissões liberais e das que impulsionam a atuação administrativa do

Estado. Melhor seria situar a questão nos termos em que Kelsen fez: geral ou individual é o âmbito de validade pessoal da norma e não a própria norma.

Outro motivo de inaptidão do princípio da generalidade estaria no advento da nova concepção de vida social fundada na solidariedade. Com efeito, a especialidade, e não a generalidade, seria a condição que se impõe a norma jurídica em face da realidade atual.

Quanto a abstratividade, a norma jurídica deveria preceituar em tese, ou seja, mantendo-se à margem das disputas pessoais. Tal princípio reforça, como efeito colateral, o individualismo jurídico, não por outro motivo passa a ser atacado quando do enfrentamento da denominada questão social.

Antônio Menger, já em 1890 (O Direito Civil e as Desapossadas Classes Sociais) após apontar as bases do Direito Privado – a propriedade, a liberdade contratual e a sucessão hereditária – enfrentou a identificação da neutralidade e da abstratividade como motivos determinantes da improficiência do sistema para enfrentar com êxito a questão social.

Quanto a imperatividade, a norma jurídica seria um comando imperativo e não indicativo. Vale ressaltar a noção da norma enquanto imperativo independente em Karl Olivecrona e de imperativo despsicologizado em Hans Kelsen. Nem tudo que está na norma, portanto, seria Direito.

Nesse sentido, diversas são as críticas históricas e conceituais. Vale frisar a análise de Carlos Cossio reconhecendo que a própria estrutura da norma jurídica destrói sem réplica o reconhecimento da norma como comando.

Vale ressaltar ainda a análise de Hart em face do imperativismo de John Austin e a crítica à noção da norma enquanto comando dotado de ameaça de sanção.

Importante tecer, ainda, considerações sobre a teoria do imperativo hipotético de Léon Duguit (2009) e sua dicotomia das normas jurídicas em regras normativas e regras construtivas.

A fim de fixar a natureza da norma jurídica, parte Duguit da caraterização da norma social, indo, portanto, da classe ao gênero. São duas as notas discriminadoras da norma social por se aplicarem a fatos humanos:

I) não são leis de causa, mas leis de fim, precisamente regras de conduta;

II) não contêm um imperativo categórico, mas um imperativo hipotético;

A norma jurídica, juntamente com as normas econômica e moral, constitui espécie de norma social, pelo que se exprime na forma de um juízo hipotético. Difere da norma genérica, pela intensidade da reação social que produz sua violação, do que decorre, precisamente, sua imperatividade.

As regras normativas se impõem independentemente da existência de um poder social, mesmo embrionário e esporádico, ao contrário das regras construtivas, cuja finalidade consiste em assegurar o respeito e a aplicação daquelas, assim exigindo a presença do Estado, não importa que ainda primariamente organizado.

A concepção da norma enquanto imperativo, comando, leva necessariamente à teoria da coatividade. Descumprida a ordem, a potência passaria a ato: a coação tomaria lugar da coatividade, a ameaça seria substituída pela força.

Segundo Arnaldo Vasconcelos (Teoria da Norma Jurídica) restaria aí a confusão da distinção entre sanção e coação vinculados à teoria imperativo-coativista, problema fantasma na visão de Recaséns Siches (1936).

Ihering (2019), entre povo e juiz não faz aberta opção. Apesar de admitir a existência de normas destinadas, de modo exclusivo, à autoridade pública, em geral elas se dirigem, originariamente, ao próprio povo. Nesse ponto, teria chegado ao resultado que o Direito não é identificável com coação.

A Escola Analítica Inglesa a acolhe intacta. Para John Austin (1998) a nota essencial do direito está no seu caráter imperativo. Toda norma é um comando ditado por um soberano para uma pessoa ou grupo de pessoas que o obedece habitualmente.

Kelsen, na primeira fase, concebe a norma como juízo hipotético, posteriormente ao elaborar a teoria do imperativo despsicologizado, entende que as normas são prescrições dirigidas para autoridades e funcionários estatais encarregados de aplica-las. Por isso, o Direito é definido como ordem estatuidora de atos de coerção, cujo exercício compete às pessoas que detém o monopólio do poder sancionador, o Estado.

As numerosas e frequentes objeções interpostas à teoria coativista foram reduzidas, por Norberto Bobbio (1995)) a três argumentos fundamentais:

Geral observância espontânea da norma;

Existência de normas desprovidas de sanção;

Processo absurdo ao infinito de uma norma jurídica ser sancionada por outra;

Se a observância voluntária da norma afasta a coação, tornando-a prescindível, por isso insuficiente para discriminá-la, restaria, contudo, o momento hipotético da coatividade. Ainda assim, tal concepção não daria conta de açambarcar, por exemplo, as normas constitucionais de conteúdo programático.

Sobre a permanência, a redução do Direito à norma serviria para segurança das relações jurídicas. A estabilidade da norma implicaria sua permanência. A lei seria feita para durar indefinidamente, até que outra a revogasse. As situações juridicamente constituídas estariam ressalvas a título de ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada, premissas basilares do liberalismo jurídico.

A existência de leis temporárias, disposições transitórias, apresentam o primeiro obstáculo para tal característica. Persistindo ainda o problema da compatibilização da estabilidade da norma jurídica com o progresso ou dinâmica da vida social.

Arnaldo Vasconcelos (1996) reconhece apenas três características ou propriedades intrínsecas na norma jurídica: a bilateralidade, a disjunção e a sanção.

A propriedade da bilateralidade (bis – lateralis) advém da própria natureza do direito. O direito é relação jurídica. Sendo o “querer entrelaçante” (Stammler) “a conduta em interferência intersubjetiva” (Carlos Cossio) ou “bilateralidade atributiva” (Reale). Daí a impossibilidade de direito para Robinson Crusoé insulado.

Já a disjunção, especialmente na teoria da Carlos Cossio, visa superar a inversão promovida por Kelsen ao reconhecer apenas enquanto norma aquela que condiciona à aplicação de uma sanção.

Na concepção do mestre argentino as duas partes enunciativas da norma se integram mediante a disjuntiva ou, compondo uma estrutura única e indissociável. Sua forma completa é: dado H, deve ser P, ou dado nãoP, deve ser S.

A norma jurídica apresenta estrutura disjuntiva porque apenas desse modo poderá traduzir as possibilidades contempladas nos momentos distintos da endonorma (prestação) e da perinorma (sanção). A situação coexistencial (H) e a não-prestação (nãoP) constituem pressupostos de fato, que colocam, de maneira alternativa, as possibilidades da prestação (P) e da sanção (S). Porquanto somente assim poder-se-á figurar a liberdade que se efetiva na conduta. As situações abrangidas pela norma cifram-se na seguinte alternativa: cumprir a prestação espontaneamente ou, em caso, negativo, submeter-se a possível sanção daí advinda.

Finalmente, a sanção é puramente uma consequência, boa ou má, agradável ou desagradável, de uma atitude perante o direito. Em face de uma exigência jurídica, há três condutas possíveis: I) normal, ou o cumprimento espontâneo do preceito normativo II) anormal, ou a sua inobservância III) sobrenormal, ou adesão a maior, que ultrapassa o ordinariamente estabelecido.

No primeiro caso, a possibilidade de sancionamento fica de todo afastada, nos dois últimos deverão ocorrer uma sanção penal ou punitiva e uma sanção premial ou recompensatória.

Importante analisar um possível falso relacionamento entre sanção e coação. A sanção é inapta para fazer valer a coação, embora a pressuponha e a autorize. Pode haver a sanção e faltar a coação, o que acontece quando a parte sancionada acata a decisão e a cumpre. Enquanto a sanção é parte integrante da norma, donde sua natureza jurídica, a coação estaria fora dela, definindo-se em termos políticos de utilização do poder social institucionalizado.

Finalmente cumpre observar as categorias propostas por Norberto Bobbio (1995). Na sua formulação doutrinária, as concepções de justiça, validade e eficácia se definiriam como critérios de valoração da norma jurídica, transmitindo-se ao próprio direito. Inobstante comporem um conjunto indissociável, não devem elas, dada a autonomia individual, ser confundidas ou reduzidas uma à outra.

Eliminada qualquer dessas três qualidades essenciais da norma, chegar-se-á sempre a uma redução e nunca a um conceito pleno do fenômeno jurídico. Assim ocorreria com o positivismo jurídico que subentende a justiça na validade, ou com o realismo para o qual a validade está compreendida na eficácia.

Nesse quadro, são estas as situações possíveis em que se pode achar a norma jurídica: justa sem ser válida; válida sem ser justa; válida sem ser eficaz; eficaz sem ser válida; justa sem ser eficaz; eficaz sem ser justa.

4. Conclusão.

Para concluir resta observar a distinção feita por Arnaldo Vasconcelos (1996) entre instâncias de validade da norma: a) juridicidade b) positividade c) vigência d) eficácia, das denominadas como as instâncias de valor: a) justiça b) legitimidade, contemplando as primeiras aspectos formais e as segundas aspectos axiológicos ou morais na norma jurídica.

Nesse esteio, ainda que se construa uma teoria do direito que busque compreender o fenômeno da juridicidade a partir do ponto de vista restrito da norma estatal, os aspectos axiológicos ou as instâncias de valor e legitimidade se tornam inarredáveis.

5. Referências.

AUSTIN, John. "***The Jurisprudence of Providence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence***". Indianápolis: Hackett Publishing Co, Inc, 1998.

ARISTÓTELES. "**Política**". São Paulo: Editora Edipro, 2019.

BOBBIO, Norberto. "**Teoria do Ordenamento Jurídico"**. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 6ª Edição, 1995.

COSSIO, Carlos. "***La Teoría Egológica del Derecho y El Concepto Jurídico de Libertad***". Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

DUGUIT, Léon. "**Fundamentos do Direito**". Tradução Márcio Pugliesi. 3ª Edição. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HART, H.L.A. "**O Conceito de Direito**". Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

IHERING, Rudolf Von. "**A luta pelo direito**". Tradução Edson Bini. São Paulo: Editora Edipro, 2019.

KELSEN, Hans. "**Teoria pura do Direito**". Tradução J. B. Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1962, v. II.

MENGER, Antonio. "***El Derecho Civil y Los Pobres***". Trad. De Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1947.

NEVES, António Castanheira. "**Uma reconstituição do sentido do direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas**". Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto, v. 1, n. 1, p. 1-31, 2012b, Porto.

REALE, Miguel. "**Lições Preliminares de Direito**". 27ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

_____. "**Filosofia do Direito**". 20ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

SICHES, Luis Recaséns. "***Direciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico – La Filosofia del Derecho em el Siglo XX***". Barcelona: Editorial Labor S.A, 1936.

VASCONCELOS, Arnaldo. "**Teoria Geral do Direito. Vol.1: Teoria da Norma Jurídica**". 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1996.