

NASCIMENTO, VIDA E MORTE DA NORMA JURÍDICA

OSVALDO FERREIRA DE MELO
(Livre Docente;
Professor do CPGD (UFSC))

O que faz nascer uma norma dentro de um sistema jurídico? O que a faz permanecer viva durante certo espaço de tempo? O que pro-voca ou determina seu perecimento?

Eis três indagações de fundamental importância no quadro das preocupações epistemológicas da Política do Direito.

Percebido o valor do homem como ser empírico/racional em face dos fenômenos naturais que ele procura entender e dominar, pode-se admitir que regras de comportamento devam surgir ou perecer como resultado dessa apaixonante relação homem/natureza, as quais, submetidas ao cadinho das mutáveis e progressivas experiências sociais, passariam a ser vividas como socialmente aceitas.

Poder-se-ia, assim, tentar explicar o nascimento, vida e morte de normas de natureza técnica, econômica ou moral. Mas não creio haja possibilidade de, pelo mesmo discurso, explicar a autonomia da norma jurídica quer seja ela entendida como "esquema de explicitação conceitual" (Kelsen) quer como "um mero dado lógico" (Battaglia) ou como "expressão de pauta de comportamento" (Reale).

Embora possamos reconhecer que o conteúdo material da norma jurídica tenha sido anteriormente uma regra econômica, reli-

giosa, ética, ou de praxis social, tal regra, quando ingressa no mundo jurídico como prescrição de comportamento, se revela com uma nova natureza, com um novo sentido ontológico.

Seria então a norma jurídica o resultado de um mero episódio formal-legislativo ou de uma circunstância no processo jurisprudencial? Entendemos que não, pelo menos no que se refere às suas condições de legitimidade, vigência e eficácia dentro de um sistema jurídico dito civilizado.

Evitando dispersões em face do quadro dialético em que comparecem, no fundo dessas questões, o empirismo e o racionalismo, fenômenos que, segundo Bachelard⁽¹⁾ dominam o pensamento científico atual, deveremos, partir para algumas alternâncias teóricas.

Cremos que a primeira preocupação nessa tentativa de questionamentos, é ter presente que o chamado sistema jurídico é apenas um subsistema sócio-cultural. Assim, as normas jurídicas não seriam fenômenos originais, genéticos e metafísicos, mas uma nova valoração de prescrição já existente no imaginário social, ou seja, a explicitação de uma representação jurídica, lenta e progressivamente formada.

Como isso não basta, seguir-se-ia a preocupação com a descoberta dos elementos que distinguiriam uma norma jurídica dentre todas as normas resultantes da multifacetada experiência social. Duas seriam, segundo entendimento consagrado, tais características distintivas: a bilateralidade e o respaldo do Estado, ou seja, a garantia da coação.

Com relação à primeira característica, entendemos, com Miguel Reale, que não se trata da bilateralidade lato-sensu que, afinal, é comum a todas as regras de conduta, mas "algo que supera as pessoas de um e de outro sujeito e se coloca acima deles, unindo-os em um laço de exigibilidade ou de pretensões".⁽²⁾ A essa espécie Reale chama de bilateralidade atributiva, expressão com a qual concordo e que também tenho utilizado. Assim, "a bilateralidade atributiva é uma relação objetiva que, ligando entre si

(1) Vide a respeito o prefácio de Gaston Bachelard à sua *Filosofia do Novo Espírito Científico*, tradução de Joaquim José Moura Ramos, Editorial Presença, Lisboa, 1976.

(2) Miguel Reale, *Filosofia do Direito*. Saraiva, São Paulo, 10ª edição, pág. 687.

dois ou mais seres, lhes confere e garante, de maneira recíproca ou não, pretensões ou competências".⁽³⁾

A bilateralidade, no sentido genérico, é elemento comum também às questões de moral e de costume. Mas a bilateralidade atributiva é característica exclusiva do direito, eis que, interagindo dois ou mais seres, vai dar a medida dos vínculos constituídos, ou seja, as obrigações e os direitos de cada um. A exigibilidade seria somente possível em função dessa atributividade. Diferentemente da bilateralidade moral, a jurídica não se limita a dizer o que cada um deva fazer ou não fazer: garante a outrem, legitimamente interessado na ação ou omissão, o poder de exigir tal procedimento. Por isso afirma Reale que o "Direito é coercível porque é exigível e é exigível porque bilateral atributivo".⁽⁴⁾

No que concerne à coerção podemos dizer ser ela a garantia, por parte do Estado e das instituições, da bilateralidade atributiva. É o que o monismo Keiseniano chamaria de "ordem coercitiva da conduta" ao caracterizar o direito como ordem coativa, pois dizer-se "que el derecho sea un orden coactivo, quiere decir que sus normas estatuyen actos de coacción atribuibles a la comunidad jurídica".⁽⁵⁾

Pois bem, verifica-se que, sem grandes dificuldades, pode-se caracterizar a norma jurídica, distinguindo-a das variadas espécies de regras que povoam o complexo sistema de interações humanas. O que vimos antes são, assim, meros aportes teóricos para a ação do político do Direito, pois este trabalhará com a norma seja numa dimensão axiológica (analisando-a, justificando-a mesmo) ou numa dimensão pragmática, operacionalizando, com o uso da técnica jurídica, sua introdução no sistema legal do País ou mesmo sua exclusão desse sistema.

Persiste, contudo, a pergunta: quando uma regra social ganha status de representação jurídica, podendo-se apresentar de maneira a ser apreendida como algo distinto e passível de ser trabalhada pelo político do direito, quer seja ele o teórico, o

(3) Reale, id. ib. pág. 692.

(4) Reale, id. ib. pág. 692.

(5) Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. Universidade Nacional do México, 1979, tradução de Roberto Vernengo, págs. 46 e 47.

legislador ou o juiz?

Arrisco-me a considerar que uma prescrição de conduta (regra) ganha condições de representação jurídica, ou seja, de vida pré-jurídica, quando se corporifica na consciência jurídica da sociedade, o que pode ser observado por manifestações reiteradas através do canal que se convencionou chamar de opinião pública.⁽⁶⁾ As experiências sociais contínuas sobre os mesmos fatos e valores, numa sucessão de juízos que se vão selecionando e, a partir daí, se cristalizando, produzem imagens do justo e do injusto, do socialmente útil e do socialmente inútil. Tais imagens ficam expostas à influência de discursos diferentes, cujos fundamentos são absorvidos total ou parcialmente. A opinião pública, quando o ambiente político a deixa, livre, começa a vaziar impressões, aspirações, aprovações e vetos. Inicia-se um processo de arbitramento social que, repetido sobre fatos e valores idênticos, desenha uma representação jurídica ou seja o embrião de uma regra de comportamento, a qual, devidamente detectada, se constituirá em uma decisão judicial que preencherá a lacuna da lei, em uma norma de direito costumeiro ou ainda, se devidamente tratada do ponto de vista da validade formal, em norma de direito positivo.

O processo que vai decidir sobre a durabilidade da norma ou mesmo sobre a sua exclusão do sistema jurídico, deverá obedecer ao mesmo rito sócio-cultural, ou seja, será a consciência jurídica da sociedade que vai determinar essas situações. Mesmo que, num episódio político ocorra, por um processo autoritário, a inclusão ou exclusão de norma com referência ao direito positivo, para atender a interesses da máquina burocrática ou de grupos ocasionalmente detendo o poder, o resultado jurídico de tais violências será efêmero. Quando a sociedade tornar a viver num ambiente democrático, voltará a manifestar livremente seus juízos e seus arbitramentos e poderão ser revigoradas normas já proscritas e

(6) É preciso, no entanto, considerar a importância vital de um clima de liberdade para as possibilidades de autêntica manifestação social. Como afirma Karl Mannheim em seu livro *Liberdade, Poder e Manifestação Democrática* (Editora Mestre Jou, São Paulo, 1972, pág. 183). "A opinião pública livre, além de ser a força dinâmica da democracia, é também essencial como válvula de segurança contra as atitudes represivas que ainda subsistem..."

sepultadas normas criadas no clima de arbítrio.

Existem casos em que a longevidade da norma é conseguida por meios artificiais, quando isso interessa aos que detêm o Poder. Instala-se, então, na parte debilitada do organismo jurídico, uma aparelhagem ideológica que vai manter com vida vegetativa uma norma rejeitada socialmente. No entanto, sem a oxigenação natural que lhe dá a legitimação social, essa norma não consegue durar. Após crises de eficácia (o que é considerado ilegítimo tem eficácia falaz), sobrevêm outras de desobediência generalizada dificulta ou mesmo impede a ação coercitiva. Ora, sabemos que prescrição desobedecida sem que ocorra, por coerção, uma conseqüência, não será norma jurídica. Com o decorrer do tempo, a tendência é atestar-lhe o óbito, quando o legislador declarar encerrada sua vigência.

Não é demais insistir, portanto, que é papel predominante do Político do Direito (para o qual se presume um senso especial capaz de detectar, compreender e manipular essa fenomenologia) propor, no momento oportuno, ou o ingresso, no sistema jurídico, de norma reclamada pelo sentimento ou idéia do justo e do útil, ou o expurgo de norma que não seja justificada por aqueles valores sociais.