- Lamy Filho Alfredo e José Luiz Bulhões Pedreira; *A Lei das S/A*, Renovar, Rio, 1992, (885 págs.).
- Leães, Luiz Gastão Paes de Barros; *Comentários à Lei das S/A*, 2ª vol., Saraiva, São Paulo, 1978 (5 vols.).
- Martins, Fran; *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 2, tomo I, Forense, Rio, 1978, (págs. 113 a 129).
- Oppo, Giorgio; *Contratti Parasociali*, Ed. Dottore Francesco Vallardi, Milano, 1942, (166 págs.).
- Pedrol, Antonio; *La Anónima Actual y la Sindicación de Acciones*, Ed. Rev. de Dir. Priv., Madrid, 1969.
- Peixoto, Carlos Eugênio da Cunha; *Sociedade por Ações*, 2ª vol., Saraiva, São Paulo, 1972, (págs. 352 a 355).
- Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, vol. 50, Borsoi, Rio, 1965, § 5.314, págs. 239 a 249.
- Valverde, Trajano de Miranda; *Sociedades por Ações*, II vol., (3 vols.), Forense, Rio, 2ª ed., 1953 (págs. 59 a 63).

A norma jurídica como modelo

Publicado originalmente no Recueil Dalloz 1990, Chronique, Paris, p. 199.

Antoine Jeammaud

Professor da Universidade Jean Monnet
Saint Etienne - França

Tradução de Fernando Herren Aguillar

Publicação nesta Revista autorizada pelo tradutor

1. A norma jurídica é uma "regra de conduta nas relações sociais, geral, abstrata e obrigatória, cuja sanção é assegurada pelo poder público"¹. Quer se adote tal definição, quer se prefira uma variante que valorize sua vinculação a um tipo de "ordens", "comandos", "imperativos" ou ainda de "diretivas", não se contesta muito que toda regra jurídica tem por objeto uma conduta, que ela mesma impõe, proíbe ou permite. No seu campo de validade, toda ordem jurídica repartiria as ações humanas entre lícitas (prescritas, positivamente permitidas ou indiferentes) e ilícitas (ações proibidas ou abstenções de fazer o que é prescrito). Pouco importa que essa repartição de acordo com um código binário possa ser importunada pelo sentimento de um "vazio jurídico", que torna incerto o estatuto de um comportamento que se desejaria fosse explicitamente comandado, proibido ou autorizado. Essa concepção das normas jurídicas e de uma relação com as ações releva desse "senso comum teórico dos juristas"², que fornece a matéria comum da maior parte das obras e ensinamentos de introdução ao direito. Ela é recebida ou confirmada por inúmeras produções de teoria ou filosofia do direito, a começar pelo normativismo jurídico kelseniano. Os sociólogos que se interessam pela presença do direito nas relações sociais parecem se acomodar a essa situação, ou até mesmo fazem dela o pressuposto de uma noção demasiado sumária da efetividade (os comportamentos conformes) ou da inefetividade (os comportamentos violadores) das normas. Preocupados em desvendar as fun-

ções sociais do direito no coração de um modo de produção gerador de desigualdades e de dominação, os enfoques críticos não se inquietam muito em relação à sua pertinência. É verdade que, se ninguém mais denuncia no direito a vontade mascarada da classe dominante ou uma pura variedade de violência, esta visão da norma jurídica como preceito de conduta pode facilitar a demonstração de sua vocação para garantir e legitimar uma ordem social estabelecida, sempre a serviço de algumas mudanças desejadas pelos detentores do poder.

Gostariamos, contudo, de convencer da necessidade de rejeitar essa definição. Ela peca pelo simplismo e irrealismo ao mesmo tempo. Nossa convicção é a de que se uma ordem jurídica como o direito estatal francês de nosso tempo se apresenta de início como um conjunto de normas, estas não constituem todas, bem ao contrário, regras de condutas. Trata-se no máximo de regras para ações. É nisso que elas pertencem ao gênero de normas éticas, e não em razão daquilo que seria necessariamente seu objeto³.

2. A ambição deste questionamento parece de início limitada. Não se pretende fornecer resposta exhaustiva à questão "o que é uma norma jurídica?", mas apenas mostrar a inadequação à experiência mais banal de uma definição recebida por juristas, teóricos e filósofos do direito de diversas obediências. Este questionamento se quer modesta contribuição a essa forma de polifonia que é naturalmente a prática da teoria do direito, à medida em que esta

última pretende menos descobrir a verdade do direito que propor conceitos úteis a um progresso contínuo na sua compreensão.

Assim, não cremos que a elucidação da vocação específica das disposições convencionalmente dotadas de "valor normativo" se vincule necessariamente aos debates contemporâneos sobre a ontologia do direito. Qualquer que seja a posição preferida a esse respeito⁴, a questão "o que é uma norma jurídica?" deveria continuar pertinente para quem admita que a Constituição, os códigos, leis, decretos, etc., têm algo a ver com o direito, mesmo se eles não o constituam em si mesmos e mesmo se o direito a eles não se limite. "Duvidar que o direito (qualquer que seja sua concepção) compreende regras e que estas sejam um dos aspectos salientes do direito, pareceria por demais violentamente contrário à experiência comum"⁵.

Nossa rejeição da concepção "deontica" geralmente aceita se relaciona à experiência de uma sociedade estatal como a nossa. Nada autoriza com efeito a pretender que a normatividade seja da essência do jurídico, portanto que a existência de regras objetivadas e pré-postas é preponderante a ponto de tornar inconcebível um modelo jurídico carismático⁶. Assim, ela não implica posição particular sobre o delicado problema das fronteiras da juridicidade, supondo-se a intenção de formulá-lo, de maneira útil, sobre a base de uma hipótese razoável de um pluralismo jurídico que não condene ao perecimento, seja no panjurismo, seja num completo relativismo⁷. Ela não ordena mais determinada posição nas discussões sobre as funções do direito - para que e para quem serve o direito numa dada sociedade? - cuja elucidação permanece o objetivo primordial das posturas críticas face ao que se pode chamar "ideologia jurídica dominante". No entanto, a distância que a rejeição da visão deontica conduz a adotar com relação à representação corrente de um direito enquadrando estritamente as ações e tomando de qualquer modo cada um de seus sujeitos pela mão, encaminha a uma compreensão mais realista do *modus operandi*

di desse direito no quotidiano. O "rigor da lei" se encontra relativizado nesse aspecto e se pressente mais claramente a variedade de vias dessa "construção" que a própria idéia de lei evoca. Também nisso a tese muito parcial que vai ser exposta inspira a desconfiança em relação a toda teorização radical da sistematicidade do direito e incita a preferir, sem dúvida graças a alguns remendos, o recurso ao paradigma do jogo⁸. Ela deve, no mínimo, suscitar resguardos quanto a uma compreensão de tipo organicista ou teleológica da *regulação* social para a qual concorre o direito e de sua maneira específica de dela participar⁹.

3. Falaremos indiferentemente de regra ou norma jurídica. A extrema dispersão das distinções propostas entre os conceitos que esses dois vocábulos respectivamente designariam recomenda que se atenha ao uso terminológico mais difundido. Para alguns, normas e regras constituem duas categorias diferentes, mas o acordo cessa quando se trata de precisar o gênero e a espécie. Outros vêem na norma antes uma componente de toda regra. É questão de convenção¹⁰. Se parece oportuno tomar como sinônimas as expressões "regra de direito" e "norma jurídica", não convém desconhecer, por outro lado, a distinção essencial entre regras e decisões. Não acompanharemos os autores que reagrupam estas duas espécies num gênero das "normas"¹¹. Tal opção terminológica poderia contudo se prevaler de uma analogia parcial de uso da regra (ou norma) e da decisão. Esta última, da qual se encontram numerosas variedades na vida do direito (dispositivo de um julgamento, nomeação, mas também disposição ab-rogatória situada numa lei ou disposição sobre a aplicação de uma lei no tempo, edição uma transferência de propriedade ou de capital inscrita numa lei de nacionalização, anistia editada numa lei, etc), é certamente um ato tendente a modificar pontualmente a situação ou o objeto que ela afeta e ela se esgota nessa intervenção¹². Seus efeitos, não obstante, se revelam duráveis, pois enquanto ela não for neutralizada, é possível a ela se referir para determinar a configuração ou o "valor" ju-

rídico da situação que ela regulou: tal pessoa deve ou não indenização a tal outra? Tal ato privado ou público permanece válido ou foi anulado? Qual é o titular de tal função?

O uso da decisão é então análogo ao de uma regra.

4. A norma é de fato uma espécie de modelo: é de sua vocação a servir de referência para o fim de determinar como as coisas devem ser que um enunciado retira sua significação normativa, e não de um pretensão conteúdo prescritivo, proibitivo ou permissivo de uma conduta. Cuidaremos de oferecer as devidas explicações a esse respeito (I), "em seguida examinaremos em que medida ou em que sentido as normas jurídicas, identificadas como modelos para os objetos os mais diversos, apresentam os caracteres que tradicionalmente se lhe atribuem (generalidade, obrigatoriedade, presença de uma sanção) (II).

I - Uma compreensão instrumental da normatividade jurídica

Razões não faltam para se abandonar a representação corrente das normas jurídicas como regras de conduta (A), e de compreendê-las - portanto, também, de identificá-las - como modelos ideais para os objetos mais variados (B).

A - As tibiezas de uma concepção deontica

5. Definir a norma jurídica como uma regra (obrigatória) de conduta, é necessariamente postular que ela sempre tem por objeto um comportamento, uma ação. Os especialistas da lógica jurídica confirmam essa visão, pelos menos aqueles que vinculam esta disciplina à lógica das normas (ou à lógica deontica), porque a seus olhos a lógica formal, dedutiva, governa no essencial a argumentação jurídica¹³, ao contrário do que sustentam os antiformalistas, mais sensíveis ao lugar da lógica da persuasão, da retórica. Com efeito, as demonstrações dos primeiros apóiam-se sobre proposições do

tipo "x deve fazer a", ligando um nome de sujeito (x) a um nome de ação (a) por um "functor proposicional normativo". Desse functor depende a natureza da regra - norma prescritiva ("deve fazer") proibitiva ("não deve fazer") ou permissiva ("pode fazer") - que pode no entanto ser significada por expressões do gênero "é obrigatório ou proibido ou permitido fazer a".

Ora, os enunciados que compõem o Código Civil, o Código Penal, a Constituição, as leis, não revestem sempre, bem ao contrário, essa forma pretendidamente canônica das proposições normativas. Ninguém duvida no entanto que elas signifiquem normas jurídicas. A onipresença do "indicativo" na linguagem do direito suscitou controvérsias e tentativas de interpretação. Para Michel Villey, as inúmeras "disposições sob forma enunciativa" correspondiam à autêntica linguagem do direito: é verdade que se o direito reside, como pretendia esse autor, no "justo objetivo, real", trata-se de uma simples constatação. Para a maior parte dos protagonistas desta discussão, ao contrário, conviria distinguir a linguagem na qual se exprime de fato "o legislador" e a linguagem normativa: se aquele não se vale sempre desta última, é lícito deduzir preceitos legais de verdadeiras proposições normativas, ou, melhor, de reconstruir a partir deles os encadeamentos de normas¹⁴. A elaboração de sistemas informatizados de auxílio à decisão jurídica ou judicial conduz hoje alguns especialistas a convir uma análise automática dos textos legislativos que passa igualmente por uma reconstituição das fontes do direito, postulando uma intensa presença de enunciados que ligam a um antecedente combinando diversamente as condições jurídicas, as conseqüências, seja sob forma de estatuto jurídico, seja sob forma de permissão, de proibição ou obrigação de ações humanas possíveis¹⁵.

Se ela se torna sistemática, tal tradução pode ser admitida sem traição ou empobrecimento do sentido dessas disposições que são a linguagem fenomênica do direito contemporâneo? Por exemplo, é claro que existe no reconhecimento ou atribuição de um

direito subjetivo bem mais que a autorização de uma conduta determinada: é uma habilitação garantida para desempenhar ou não atos jurídicos ou materiais cuja enumeração exaustiva seria freqüentemente inconcebível. É o caso da propriedade ou do direito de cada um a sua vida privada (liberar ou deixar captar ou difundir informações sobre sua vida privada releva do exercício desse direito, e não significa de modo algum renúncia à sua titularidade)! Quem não percebe quão redutora seria a tradução sistemática de todas as disposições legislativas de que resulta hoje a atribuição de uma prerrogativa jurídica (direito, poder) em proposições construídas por meio de um functor "pode fazer" ou da expressão "é permitido fazer" e do nome de uma ação determinada? Observa-se às vezes que o direito é "imperativo-atributivo" e, não importa o que pensemos a respeito no plano filosófico ou político, o direito subjetivo resistiu aos ataques de seus detratores. Os tempos são mesmo os da profusão dos direitos, ainda que eles não tenham uma igual consistência ou uma idêntica eficiência no jogo jurídico. O que chamamos hoje o direito objetivo faz uso aqui de um procedimento de gerenciamento, enquadramento e reprodução das relações entre seus "sujeitos", cômodo e rico de alcance simbólico, que não se encontra freqüentemente em outras regulações sociais de tipo normativo, como as morais (que se reportam às faculdades simples: "ter o direito de fazer alguma coisa" é a mesma coisa que ser titular de uma prerrogativa tal como um direito subjetivo?), as disciplinas puras ou os usos mundanais.

6. Deduzir soluções implícitas de textos legislados é prática bastante corrente e freqüentemente correta no plano lógico, para que se denegue *a priori* toda legitimidade às operações de tradução em nome da distinção da linguagem dos juristas¹⁶. Ainda é necessário explicar-se o que fundamenta a dedução de uma "proposição normativa" de uma disposição enunciativa e verificar que a mudança do significante não altera o significado. Dir-se-á, contemplando-se o célebre art. 2279 do Código Civil ("Em matéria

de móveis, a posse vale o título"), que se está diante de uma norma porque esse texto implica proibição a quem quer que seja de desconhecer o direito assim conferido ao possuidor ou injunção a todos de respeitar... tal norma? Proibição ou injunção somente existem porque há regra. Ora, a que se apegue essa significação normativa, única apta a fundar a passagem de seu "se indicativo" a uma prescrição ou proibição de condutas? A crença de que só há uma norma na prescrição de uma ação ou de uma abstenção - numa permissão de agir também, para a doutrina mais audaciosa - obrigada a manter por objeto da regra a conduta daqueles (sujeitos de direito, ou ainda órgãos da aplicação do direito) cujas relações ou atividade são tributários de sua existência e, precisamente, de seu valor de norma. Mas esta ação consiste apenas, no final das contas, em respeitar a regra porque ela é regra!

Outro teste: reconhecer-se à a normatividade da proposição "A criança concebida durante o casamento tem por pai o marido" (art. 312 do Código Civil) explicando que ela tem por sinônimo o enunciado: "Todo mundo deve tratar a criança concebida durante o casamento como filho do marido da mãe?" Na verdade esse texto se limita a atribuir ao interessado a qualidade de filho legítimo. A obrigação, para cada um, de tratá-lo como tal é exatamente a de levar em conta a disposição legal, de se "conformar" a ela, dir-se-ia. Isso não é postular que tal disposição possui significação de norma, apesar de sua estrutura, sintática, e abstração feita de toda possibilidade de traduzi-la em prescrição de conduta? Convém então vincular essa significação à função reservada a esse enunciado, independentemente de seu objeto e de sua forma.

7. Encontram-se, aliás, no campo da teoria do direito, algumas emittentes reticências a respeito da representação deontica das regras jurídicas, de cada norma jurídica. Inspirando-se na filosofia anglo-saxônica da linguagem comum e da teoria dos atos de linguagem, alguns colocam em evidência o lugar do "performativo" da linguagem¹⁷. Outros distinguem, ao lado das "regras pres-

critivas" (de conduta), numerosas "regras constitutivas" visando à determinação de fatos, processos ou situações assim providos de efeitos pelo sistema jurídico que os contém¹⁸.

Mais significativos ainda nos parecem os reparos que certos realistas escandinavos fizeram aportar à teoria impereativista de John Austin e, sobretudo, sua rigorosa crítica por H. L. A. Hart. No século passado, aquele primeiro autor havia sustentado que o direito surgia do comando que ele constituía de um sistema de ordens constitutivas porque apoiadas em ameaças. Mais recentemente, alguns teóricos escandinavos precisaram que se tratava, na realidade, de "comandos autônomos", impessoais e abstratos (e não de verdadeiros comandos de sujeito determinado a sujeito determinado), antes de distinguir, no seio dessa categoria singular, os "comandos de comportamento" e os "comandos performativos" operando pelo mero efeito de sua edição, a atribuição de uma qualidade ou de uma competência jurídica (ex: "Os descendentes mais próximos sucedem ao falecido", "O rei é o comandante-em-chefe das forças armadas")¹⁹. Mais radical, mas ainda insuficiente, é a crítica endereçada por Hart ao modelo austiniano do direito como conjunto de ordens apoiadas em ameaças. O professor de Oxford estabelece que todo sistema jurídico se apresenta sob a forma de uma união de duas categorias de normas: regras primárias impondo obrigações e regras secundárias, que conferem poderes públicos ou privados de criação e modificação dessas obrigações ou determinam como as normas primárias são reconhecidas²⁰. No curso de sua crítica do imperativismo, que desemboca também em uma versão particular da dualidade regras prescritivas-regras constitutivas, ele admite no entanto uma analogia entre "a lei penal munida de suas sanções" ou as regras da responsabilidade civil, de um lado, e um corpo de ordens gerais apoiados em ameaças, de outro. Ora, se nos restringirmos aos textos formulados na linguagem do legislador, força é constatar que enunciados do código penal (francês) ou as inúmeras dis-

posições de incriminação não-codificadas contêm bem poucas proibições ou prescrições de comportamentos baseados na ameaça de uma pena. Quanto aos artigos 1382 e ss. do Código Civil, não proíbem de modo algum condutas danosas sob a ameaça de indenização: eles se limitam a fixar as condições nas quais nascem dívidas de reparação.

8. Assim os direitos estatais contemporâneos não se assemelham ao Decálogo e bem pouco aos regimentos disciplinares do exército. A observação vale mesmo para o código de trânsito onde abundam no entanto as ocorrências do verbo "dever" - mas na voz passiva - ou para as disposições do código do trabalho relativas à higiene e à segurança. Trata-se aí, não obstante, de setores de regulamentação (no sentido material, e em tanto quanto pejorativo do termo), onde se manifesta um claro propósito de normalização. Ainda que isso se deva à complexidade de nossas sociedades, à variedade das missões a cargo do poder público ou à sofisticação dos instrumentos da regulação assumida pelo direito, não se pode dispensar a busca de um conceito adequado da norma jurídica. Vale dizer, um conceito apto a dar conta da normatividade de inúmeras disposições legislativas ou proposições inovadoras imputadas à jurisprudência, mesmo ao costume, nas quais se lê espontaneamente regras. Pouco importa se elas não revistam a forma pretendidamente canônica das proposições normativas ou somente pudessem emprestá-la mediante o preço da perda de sentido ou de utilidade. A noção de modelo apresenta, a esse respeito, uma notável virtude heurística.

B - A normatividade ligada à função dos enunciados jurídicos

9. Não são raros os autores que qualificam a regra de direito como "modelo"²¹. Mas eles a concebem em geral como um modelo de conduta. A ruptura com a concepção deontica não é consumada. Uma rica análise de M. P. Amselek²² pareceu ao

contrário torná-la possível. É esta via que convém seguir, apesar de que os escritos ulteriores desse autor autorizem a pensar que ele tenha estacado a meio caminho²³.

Situar a norma no gênero dos modelos é colocar em evidência sua natureza instrumental de medida, de padrão. A partir daí a normatividade de uma proposição não se vincularia simplesmente, inclusive na ordem das relações e atividades humanas, à função de instrumento de medida atribuída a esse enunciado, independentemente de seu objeto (uma conduta ou outra coisa) e de sua formulação? A resposta afirmativa faz aceder uma concepção unitária, simples a despeito das aparências, e bastante esclarecedora em muitos aspectos, das normas éticas em geral e das regras jurídicas em particular.

Ao menos quanto a estas últimas, a inteligência dessa concepção requer desde logo duas precisões:

- a vocação de um enunciado para servir de modelo de avaliação resulta de sua inserção num conjunto socialmente considerado como normativo, vale dizer, voltado a essa função específica de permitir determinar como as coisas devem ser, o que elas valem do ponto de vista próprio desse conjunto, é maneira de sublinhar que não se concebe regra jurídica isolada, não integrada a um "sistema" normativo;

- essa inserção depende, por sua vez, seja da competência que outras disposições desse conjunto reconhecem ao autor do enunciado (condição primeira de uma validade das regras legisladas, que é, no direito estatal moderno, uma validade do tipo formal), seja do reconhecimento de sua participação nessa ordem pelos "membros do grupo" (validade factual ou empírica) pelas normas constitucionais (alternativa à hipótese kelseniana da *Grundnorm*) ou pelas regras não-legisladas²⁴.

Explicações complementares se impõem, bem entendido. Elas serão ordenadas em torno de três proposições.

1º Enquanto norma, toda regra de direito se entende de um modelo ideal.

10. Reconhecer valor normativo a um enunciado é compreender que ele é chamado, à maneira de um modelo material (esquadro, molde de roupas, etc.), para servir de referência. Sua vocação será a de permitir a avaliação de situações, relações, atos, ações, condutas, ou outros objetos ainda, vale dizer, de determinar como eles devem ser, deverão ser ou deveriam ter sido do ponto de vista do sistema ao qual pertence essa norma, para que sejam conformes às suas disposições e para obter, em cada caso, os resultados ligados a essa conformidade. Essa função de referência se realiza através de operações de julgamentos, nos sentidos lógico e psicológico, em contextos e finalidades bastante diversos. Essa operação de julgamento se inscreve às vezes numa atividade institucional - atividade administrativa ou atividade jurisdicional (o "julgamento" no processo de decisão ou julgamento no sentido institucional) - mas tal não é seu contexto mais cotidiano.

A perspectiva de colocar em operação esse modelo ideal, dessa variedade de padrão, pode ser a de uma ação futura, vale dizer, da realização de uma operação da qual se espera um certo resultado ou uma regulação de uma situação jurídica. Assim, enquanto uma pessoa busca concluir um contrato ou constituir uma sociedade, ou quando ela deseja conformar sua ação pessoal, uma situação ou uma coisa (um edifício, estabelecimentos industriais, um veículo, etc.) às regras em vigor, seja por civismo ou preocupação de evitar incômodos; ou ainda quando ela quer jogar habilmente com as regras em vigor, ou mesmo se lhe apraz saber o que ela arrisca antes de empreender uma ação ou a materialização de uma situação irregular. Se há sempre, nessas diversas circunstâncias, relação de norma à conduta, é nesse sentido e sempre que a primeira vai servir para dirigir a segunda, mas não porque ela o tem por objeto. Abstração feita da diferença de intenção, a regra manifesta igualmente sua natureza de modelo quando é contemplada pelo jurista dogmático que prepara, por exemplo, um comentário legislativo ou algum guia prático expondo o que

é possível fazer ou esperar segundo o direito positivo.

Mas a perspectiva de referência às regras pode ser também de contestar o que foi feito, tendo em vista alcançar eventualmente um resultado prático (caso daquele que, desejando obter a anulação de um ato ou a reparação de um dano, confronta ora já realizado às normas que regulam sua validade ora uma sequência de fatos às regras da responsabilidade civil). Ela pode ser ainda de apreciar a conformidade de um certo estado de coisas às regras em vigor, em vista de uma inspeção para os mais variados fins (atitude elementar do inspetor de trabalho visitando um estabelecimento, ou atividade de auditoria). Essa ação de avaliação se inscreve, conforme o caso, na perspectiva de elaboração de uma decisão administrativa ou de uma decisão chamada a pôr termo a um pleito formalizado (atividade jurisdicional, pelo menos numa ordem em que "o juiz resolve o litígio de maneira conforme às regras de direito que lhe são aplicáveis", sabendo-se que ele é também instado a se referir às normas de procedimento a fim de assegurar a regularidade do desenrolar do processo).

11. Normalmente utilizadas em séries, em razão das conexões ou indivisibilidades de seus objetos respectivos, estas normas só podem ser empregadas na medida de sua pertinência ao caso em questão, vale dizer, de sua "competência" normativa. Esta é, para cada regra, função do seu objeto e tributária de normas próprias a essa competência (disposições gerais ou especiais relativas à sua aplicação no tempo ou *ratione materiae*). Ela se verifica por uma confrontação tão rápida que mal chega a ser consciente desse teor abstrato da norma aos dados concretos. Trata-se de uma variedade de operação de qualificação. De resto, essa competência se vê às vezes discutível e, em diversas circunstâncias, objetivamente discutida²⁵. Uma vez adquirida, ela torna a norma aplicável no sentido, por exemplo, do art. 12, 1ª alínea, do novo código de processo civil francês ("O juiz decide o litígio conforme as regras de direito que lhe

são aplicáveis"). Assim, a aplicação de uma regra de direito deve de início se entender do ato de referência ao modelo que ela constitui, para os fins de avaliação jurídica numa perspectiva qualquer. Mas se desenha desde logo uma segunda acepção legítima do termo. A aplicação de uma norma se entende da própria operação de avaliação, teoricamente decomponível em dois momentos: a justaposição do modelo e do objeto concreto a avaliar, e em seguida a verificação dessa relação. Se ela representa a operação central de um julgamento jurisdicional, a aplicação deste segundo sentido se encontra em princípio inteiramente alojada em sua motivação, pois o dispositivo é pura decisão fundada sobre a conclusão dessa confrontação (ainda que a prática francesa seja por vezes de retomar essa conclusão no dispositivo do julgamento ou do acórdão).

2º Uma regra jurídica pode ter os mais diversos objetos.

12. O reconhecimento da significação normativa de um enunciado em linguagem do direito e, por esse fato, sua contribuição ao governo das ações, não depende da natureza de seu objeto - do que ela "fala" - uma vez que ela se apegue à sua vocação de modelo. Do mesmo modo, os enunciados que compõem a ordem jurídica estatal francesa atual (considerando apenas seu segmento legislado) têm, na sua imensa maioria, significação de normas, sem que haja necessidade de se perguntar se eles podem ser traduzidos em proposições normativas no sentido dos lógicos das normas.

Nesse conjunto, encontram-se certamente modelos de conduta (art. 212 do Código Civil francês), mas também modelos de relações entre pessoas (art. 312 ou art. 1382 do Código Civil), de qualificação de um sujeito de direito (art. 488 do Código Civil), de atribuição de uma prerrogativa a um sujeito (art. 9º do Código Civil ou o artigo constitucional que enuncia "o Presidente da República tem o direito de conceder indulto"), do efeito de um ato (art. 1165 do Código Civil) ou de uma situação de fato (art. 2279 do Código Civil). Encontra-se

igualmente modelos de coisas materiais (o estado ou o equipamento dos veículos ou as condições dos locais de trabalho) ou de instrumentos especificamente jurídicos (o regime dos escritos contratuais ou o dos títulos de crédito).

Múltiplas são igualmente as normas que significam modelos de aplicação de outras regras, de operações procedimentais, etc.

Não se trata de negar a presença de normas jurídicas tendo uma conduta por objeto, mas elas não são com certeza a maioria. Entre as que parecem de início constituir modelos de comportamento, um exame atento mostra que muitas tratam menos de uma conduta humana que de um ato material ou jurídico. O objeto do modelo é então o resultado possível de ações a cuja consistência as motivações, e freqüentemente os próprios autores, permanecem indiferentes. Pensamos em particular nas inúmeras disposições formuladas na "voz passiva". Quando os textos enunciam que os locais de trabalho "devem ser mantidos num estado constante de limpeza e apresentar as condições de higiene e de salubridade necessárias à saúde do pessoal" e "devem ser organizados de maneira a garantir a segurança dos trabalhadores" (art. L. 232-1 e L. 233-1 do Código do Trabalho francês), eles significam não modelos de condutas dos empregados, mas referências a uma situação dos locais que "deve ser", abstração feita das atividades humanas possíveis ou indispensáveis a esse fim. Do mesmo modo, ao estatuir que "nenhum assalariado pode ser sancionado ou despedido em razão de sua origem, de seu sexo, de seu estado civil (...)", esse texto do Código do Trabalho visa à não-superveniência de um ato jurídico caracterizado por certos motivos objetiváveis, antes que a proibição de uma conduta determinada ao empregador. Esta atitude parece muito banal em nossos sistemas jurídicos. Normas desse gênero, certamente, afetam, no final das contas, ações, mas estas menos determinadas e potencialmente mais numerosas que parecem. Por exemplo, ao dispor que "é proibido fazer anunciar, sob qualquer forma, na ocasião ou no curso de

uma manifestação esportiva, o nome, a marca, ou o emblema publicitário de um produto de tabaco ou o nome de um produtor, fabricante ou comerciante de tabaco ou produtos de tabaco", o art. 10 da lei de 9 de julho de 1976 afeta a atividade de emissoras de televisão tanto quanto os organizadores de manifestações esportivas, na medida em que as primeiras difundem imagens destes últimos²⁶. De resto, os sujeitos cuja atividade ou cujos atos são objeto de tais normas jurídicas são mais freqüentemente pessoas jurídicas (interessados na qualidade de empregador ou a outro título) que indivíduos. Ora, é possível falar do comportamento de "atores" que não sejam pessoas físicas?

Uma enumeração exaustiva dos tipos de objetos dos quais as regras de direito podem constituir os modelos seria vã. O essencial é ressaltar a variedade desses objetos. Acrescentaríamos apenas que as definições das categorias jurídicas anunciadas em linguagem do direito têm, também elas, valor de normas, ainda que a concepção deontológica da normatividade ética obrigue, para lhes reconhecer "valor jurídico", a inseri-las em encaideamentos proposicionais complicados concluídos por "proposições normativas *stricto sensu*". Que as noções, portanto as categorias jurídicas, pertençam, em todo caso, à família dos modelos ideais não é o bastante para assegurar a normatividade de toda definição em linguagem do direito. Ocorre sobretudo que esta última institui uma equivalência entre a denominação de uma categoria e a reunião de elementos, propriamente jurídicos ou factuais ou menos numerosos, de sorte que ela tem o sentido de modelo de atribuição de uma qualificação ao objeto subsumível no conceito nomeado pelo termo definido. Nesse sentido, o enunciado significa já um modelo para operações de qualificação. Mas, de um modo reversível, funciona também como uma referência para a imputação de certos efeitos jurídicos a uma qualificação adquirida. Para a questão de saber se o direito de propriedade de uma pessoa a autoriza a realizar, relativamente ao seu bem, tal ato do qual não trata nenhuma norma particu-

lar, a confrontação com o art. 544 do Código Civil permite responder que é legal realizá-lo, uma vez que "a propriedade é o direito de gozar e de dispor das coisas da maneira mais absoluta (...)"²⁷. Modelos de qualificações, os "enunciados de tipo predicativo" (dos quais encontramos notáveis exemplos nos arts. 516 e ss. do Código Civil: "Todos os bens são móveis ou imóveis". "Os objetos que o proprietário de um fundo ali colocou para o serviço e a exploração desse fundo são imóveis por destinação") constituem normas mais certamente ainda.

13. A concepção da norma como modelo de conduta ou de *qualquer outro objeto* simplifica o reconhecimento da significação normativa da imensa maioria dos enunciados formulados em linguagem jurídica. Parece-nos, sobretudo, que ela dá conta da experiência da relação cotidiana com esses enunciados. Mesmo porque ela não conduz a dotar de valor normativo todas as preposições dos textos constitucionais, legislativos e regulamentares. Na França, em particular, os textos contemporâneos contêm não apenas decisões, mas também disposições que significam, à primeira vista, apenas avaliações éticas, programas de política pública, formulações de objetivos. Esta prática da "legislação proclamatória" ou "declamatória" suscita ironia ou perplexidade de numerosos juristas, que não encontram nos textos em causa essas "regras de conduta", menos ainda esses "comandos dotados de uma ameaça de sanção" que eles tomam por únicas autênticas regras de direito²⁸. No entanto, alguns desses enunciados acabam por desempenhar algum papel na resolução de questões jurídicas e na solução de litígios, quando orientam a interpretação das próprias regras ou quando os tribunais as investem de um valor normativo ou delas deduzem regras implícitas. Prova disso são as mutações semânticas e pragmáticas de diversas proposições do Preâmbulo constitucional de 1946, a serviço das escolhas de política jurisprudencial do Conselho de Estado e, mais ainda, do Conselho Constitucional. Alguns podem se indignar desse

fato, em nome da indispensável segurança jurídica ou lamentar a degenerescência da prática²⁹. Para os nossos propósitos, o fenômeno prova que a significação de norma, tanto quanto a interpretação dos termos que a formulam, constituem apostas das confrontações de interesses, cujo campo de prática retórica específica instituído pelo direito é o teatro³⁰.

14. Assim sendo, se todas as regras jurídicas, qualquer que seja seu objeto, têm igualmente vocação para afetar ações, é um princípio e sempre a partir das operações de julgamento pelas quais elas são aplicadas. Passagem obrigatória de seu uso, a referência a esses modelos adquire um sentido prático particular enquanto deve presidir uma decisão, institucional ou privada, de realizar um ato jurídico ou material. Com efeito, se a perspectiva do operador é a da regularidade jurídica (caso do juiz em particular), tal ato consistirá em conformar a situação a esses modelos. Grande é a variedade dessas ações de conformação das coisas e eventos às regras aplicáveis. Mas se cuida menos de ações-objeto dessas normas que de ações de homens-artesãos, cuja posição em relação a esses instrumentos é análoga à do alfaiate diante do "molde": este último governa a ação do primeiro, enquanto constitui um modelo de vestimenta, e não de conduta humana. Uma condenação de indenizar, a anulação de um ato, o pronunciamento de uma obrigação de fazer, mas também a execução de uma decisão judicial, o pagamento de uma dívida, a preparação e a realização de uma operação regular própria a atingir os resultados que as regras pertinentes conferem a essa regularidade (constituição de uma sociedade, redação de um testamento, celebração de um casamento, realização de um licenciamento regular), a outorga de uma autorização cujas condições se encontram satisfeitas, a realização de arranjos materiais relevam igualmente de uma tal atividade "artesanal" de conformação às regras. Elas ilustram o terceiro sentido que convém reconhecer à expressão "*aplicação* de uma norma jurídica", aquela pela qual alguns agentes do sistema estatal são

encarregados de velar. Mas não se trata exatamente ou não se trata sempre de uma imitação do modelo, análoga ao corte de um pedaço de tecido conforme os contornos do "molde": a metáfora tem limites, inerentes à diferença de um modelo ideal e de um modelo material.

3º As normas jurídicas são modelos simples ou complexos

15. Elas articulam freqüentemente dois ou mais elementos, segundo uma relação que é no mais das vezes de imputação: imputação de uma sanção penal a uma ação, de nulidade de um ato em face de certos vícios ou de certas irregularidades, de uma dívida de reparação ao ato danoso de uma pessoa ou de uma coisa, do poder de fazer um ato dadas tais circunstâncias, etc. Existe espaço, no entanto, para normas-modelos na estrutura mais simples, tais como os modelos de atribuição de prerrogativas reconhecidas a todos ("Cada um tem o direito ao respeito de sua vida privada") ou, ao contrário, a um só ("O Presidente da República exerce o direito de indulto"), ou ainda os modelos de comportamento que não são subordinados a nenhuma outra condição além da existência da situação jurídica ou factual visada ("Os cônjuges se devem mutuamente fidelidade, segurança e assistência", disposições do código de trânsito sobre a circulação dos veículos). A simplicidade estrutural do instrumento-norma não significa necessariamente que ele seja dotado de um sentido claro, preciso, unívoco.

Tal é o caso de numerosos princípios-regras. Pois se o termo "princípio" conhece uma variedade de ocorrências geradoras de uma polissemia no mais das vezes negligenciada - alguns, que são a maioria, opõem "princípios" a "regras" - ele designa e qualifica freqüentemente autênticas normas jurídicas positivas. O uso do vocábulo tende então a sinalizar a estabilidade e o valor particulares reconhecidos à regra, que vão às vezes em paralelo na hierarquia das normas. Ela denota em todo caso uma notável generalidade de pertinência (de competência), ligada a uma freqüente indeterminação

do teor do modelo. A ponto de alguns desses princípios serem antes nomeados que formulados, porque parecem muito difíceis de enunciar. Pensemos no princípio da igualdade, cujas indeterminação e relações incertas com múltiplas regras expressas (tratando de objetos mais limitados) são tão notórias quanto sua positividade.

16. Fora desse caso, o grau variável de complexidade das regras jurídicas parece acreditar uma análise clássica de sua estrutura. Para numerosos autores³¹, uma norma jurídica compor-se-ia sempre (mediante reconstrução dos enunciados) de uma hipótese ou pressuposição (ou ainda antecedente, pressuposto, fato jurídico) e de uma consequência ou efeito jurídico (ou ainda: consequente, dispositivo). Fundamentalmente hipotética, ela poderia portanto se exprimir sob a forma "Se..., então..." Para além das divergências sobre a consistência exata de cada um desses dois elementos, todos os partidários dessa análise vêem na hipótese ou pressuposição a determinação das "condições de aplicação" da regra. Assim, o art. 1382 do Código Civil³² poderia enunciar-se: "Se uma pessoa causa por sua culpa um dano a outrem, então ela é obrigada a repará-lo", a primeira proposição fixando as condições de aplicação de uma norma, que seria assim "inaplicável" na ausência de fato culposo do pretendido responsável. A redação mesma de um texto como o célebre art. L. 122-12, al. 2 do Código do Trabalho - "Se sobreviver uma modificação na situação jurídica do empregador, notadamente por (...), todos os contratos em curso no dia da modificação subsistem entre o novo empregador e o pessoal da empresa" - incita tribunais e doutrina a dizê-lo "não-aplicável" quando o evento que afeta a empresa não constitui uma modificação na situação jurídica do empregador. Como não ver, contudo, que se a transmissão *de plano* dos contratos de trabalho for então descartada, é em consideração desse art. L. 122-12, al. 2 e no final de sua confrontação aos dados da espécie, portanto por efeito de sua aplicação? Igualmente, se na presença de um dano, a responsabilidade civil que se impu-

ta ao autor do fato é descartada por não se ter apurado qualquer culpa de sua parte, não é precisamente em virtude do art. 1382 do Código Civil?

Encontramos aqui a diversidade, já assinalada, dos sentidos do termo "aplicação", que a análise teórica deve opor aos vícios terminológicos dos redatores de leis e dos juristas. Sobretudo se se trata de dar conta do processo efetivo de manipulação das normas jurídicas. Concebê-las como modelos permite distinguir duas operações no curso de sua aplicação: o ato de a elas se reportar em razão de seu objeto, sendo este "causa" de sua competência, depois a confrontação dos dados empíricos aos modelos que elas significam. Uma e outra merecem, já o dissemos, o nome de aplicação. Apesar de que a estrutura dualista destacada por uma doutrina clássica se encontre em inúmeras regras, ela corre o risco, se se a quer sistemática, de caracterizar o que Kelsen chamava *Rechtssätze* (proposições descritivas do direito) antes que *Rechtsnormen* (as normas jurídicas elas mesmas). Sobretudo, compreender a hipótese ou pressuposição como o enunciado das condições de aplicação da regra é desconhecer a realidade e a importância decisiva das duas operações intelectuais primordiais necessariamente prévias a toda conclusão de aplicabilidade ou inaplicabilidade da norma no sentido tradicional desses termos.

Na realidade, as *condições de aplicação* de uma regra (de sua competência normativa) são reunidas quando se põe, nos contextos os mais variados, o *problema da avaliação ao qual ela deve oferecer resposta*: quem é responsável por tal dano? O contrato de trabalho concluído com tal empregador se encontra transmitido a tal outro? Dito de outra forma, essa *competência*, ou *aplicabilidade*, depende do objeto de norma-modelo, e não da maneira pela qual este informa aquele outro, ou seja, se se preferir, depende daquilo de que trata a disposição com significação normativa, e não do modo como ela o trata. A hipótese de sua aplicação se encontra assim realizada cada vez que uma situação concreta faz surgir o problema em questão.

A "pressuposição" tal qual é habitualmente concebida, fixa antes as condições às quais está subordinado um dado efeito: se este não deve se produzir porque as condições não estão satisfeitas, é em virtude da própria norma, pois, em consequência de sua aplicação.

17. Acrescente-se que a freqüente complexidade do modelo trazido por toda norma jurídica é acompanhada de uma incerteza estimada ou virtual de sua exata configuração. A afirmação do "sentido claro" de um texto normativo vem do mito ou, na melhor das hipóteses, do argumento em favor de uma leitura determinada que se quer prevalecer. Convém ao menos reconhecer "a textura aberta do direito"³³. Mesmo a idéia de que existe, apesar de tudo, um "núcleo de certeza" inspira dúvidas legítimas. A experiência atesta, mediante texto constante, que o teor atribuído ao modelo com a autoridade de uma solução "de outro positivo" pode variar. O sentido de uma disposição, que não suscita controvérsia em certa época revelar-se-à ambíguo ou incerto numa circunstância em que sua interpretação será o jogo de uma oposição de interesses. Os exemplos abundam. "O Presidente da República *assina* as leis (...)", percebe-se o equívoco desse art. 13 da Constituição de 1958 antes que as peripécias políticas de coabitação 1986-1988 engendrassem a controvérsia (o Chefe de Estado só tem uma competência vinculada ou pode ele recusar a assinatura)? A disputa, que não diz respeito apenas ao sentido das normas mas por vezes também à sua positividade - tal regra é bem assentada por uma "jurisprudência constante", tal proposição em linguagem do legislador tem significação normativa? - afeta tanto a certeza comodamente emprestada ao direito que a solução oficial (jurisdicional) parece, afinal, orientada por simples "diretivas de interpretação". Sem falar no efeito das noções-quadro e *standards* (fala-se ainda em "noções fluidas" ou de "conceitos plásticos"), das quais a notória instrumentalização do direito contemporâneo em nada reduziu a importância³⁴, nem das perturbações *induzidas* por uma impressionante massa de

instrumentos internacionais ou comunitários, aos quais o ordenamento jurídico deve uma parte de sua "fluidez". Isto também se observa se abordarmos as normas jurídicas sob o ângulo dos caracteres que lhe são ordinariamente reconhecidos.

II - Caracteres atribuídos às normas jurídicas

Uma vez que a significação normativa de um enunciado em linguagem do direito é ligada à sua vocação instrumental de modelo para os objetos os mais diversos, tais caracteres merecem ser reexaminados sob um novo enfoque ou com um sentido novo. A reavaliação é menor, no entanto, no que respeita à generalidade e à abstração emprestadas à regra jurídica (A) que em relação a seu caráter obrigatório (B) e, sobretudo, desta "sanção" que o acompanharia necessariamente (C).

A - Generalidade e abstração

18. Toda norma jurídica obtém estas duas qualidades de sua natureza genérica de modelo. Como tal, todo modelo é abstrato. Um modelo ideal ainda mais. Assim permanece a despeito de quão "concreto" possa parecer seu objeto ou seu teor. Porque ela pertence a esse gênero, toda norma apresenta um caráter essencial de generalidade por sua aptidão a receber um número *a priori* indeterminado, senão ilimitado (existem regras temporariamente em vigor), de aplicações. O procedimento da edição de regras traduz, a esse respeito, uma racionalização, uma economia de meios e contribui à igualdade, quando se o compara ao do imperativo (ordem) e da decisão que precisam ser indefinidamente retiradas. A partir daí, sublinhar a generalidade e abstração da norma jurídica, crendo revelar assim um de seus traços específicos, parece pura tautologia. Esta generalidade permanece mesmo se a situação a que visa a regra, cada vez que haja ocasião de aplicá-la, é sempre a de uma pessoa apenas: as disposições da Constitui-

ção tratando da eleição ou dos poderes do Presidente da República apresentam, nesse sentido, o mesmo característico de generalidade que, por exemplo, o art. 1382 do Código Civil!

É num outro sentido que se reivindica, em nome da igualdade dos cidadãos ou dos sujeitos (igualdade na lei), a generalidade das regras de direito: estas últimas não deveriam distinguir-se segundo a origem, enquadramento sócio-profissional ou a localização dos indivíduos e seria necessário banir os regimes particulares, salvo necessidade de levar em conta algumas diferenciações "naturais" (idade, nacionalidade, sexo ou situação matrimonial, segundo as concepções há longo tempo dominantes). Sabe-se que o manifesto recuo daquela generalidade alimenta, desde G. Ripert, pelo menos a denúncia de um declínio do direito³⁵. Isso não impede que as regras particulares, como as regras especiais (opostas às normas que valem por uma categoria genérica de relações), apresentem mesmo título que as normas de campo de aplicação mais vasto, o caráter de generalidade inerente a todo modelo prometido a um número indeterminado de aplicações. Mesmo a norma que visa à situação de um indivíduo determinado é, desse ponto de vista, geral. Sob condição de que se trate de uma regra, pois se o conceito de norma individual pode ser admitido³⁶, uma diversidade de enunciados que pareceriam ter lugar na sua extensão relevam na verdade do gênero das decisões antes que do das normas. Pensamos nos dispositivos das decisões judiciais ou administrativas, que a teorização kelseniana toma, erradamente segundo entendemos, como atos criadores de normas individuais³⁷.

19. As normas jurídicas manifestam, tudo bem considerado, uma outra forma de generalidade. Poderíamos falar de uma "generalidade de sua oponibilidade", no sentido de que elas podem ser invocadas nas relações as mais variadas entre sujeitos de direito. Esta característica adquire todo seu relevo, tratando-se de regras constituindo um modelo de relação entre pessoas abstra-

tas ocupando posições determinadas, mas suscetíveis de serem mobilizadas no quadro de uma outra relação. O art. L. 122-12, al. 2 do Código do Trabalho ilustrará, ainda aí, a proposta: modelo de relação entre assalariados e um novo empregador, ele é frequentemente invocado entre empregadores, onde um pretende que o outro deve ou teria devido "retomar" seu pessoal totalmente ou em parte, ou então sustenta, ao contrário, que ele suportou indevidamente os custos da demissão de assalariados tratados como seus quando não havia "modificação na situação jurídica do empregador" no sentido do texto. É preciso ver aí uma razão suplementar para rejeitar toda assimilação das normas jurídicas às ordens ou comandos, que "informam" essencialmente as relações daqueles que as formulam com aqueles às quais elas se dirigem. E se compreende de que teóricos tenham forjado o duvidoso conceito de "comandos autônomos" para tentar dar conta dessa singularidade.

B - Obrigatoriedade

20. Dizer que "toda regra de direito é obrigatória" é truísmo ou proposta inútil se se refere à substância da norma compreendida como uma regra de conduta. A prescrição ou a proibição de um comportamento pode ser algo diverso de obrigatório e que pode, em compensação, significar característica semelhante à atribuída a uma permissão? No quadro da concepção aqui desenvolvida, essa mesma afirmação invertida faz sentido, sublinhando o que se poderia compreender como um aspecto da validade das regras. Parece de fato que esta "obrigatoriedade" se relaciona ao uso das normas jurídicas, e não ao seu conteúdo: elas são de uso obrigatório, portanto, exclusivo, em relação a toda situação que penetre o campo da validade do conjunto normativo ao qual elas pertencem. Elas e apenas elas são pertinentes e devem ser aplicadas para determinar o que valem atos e situações, o que eles devem ser ou como as coisas devem se encontrar ou ser organizadas a fim de assegurar sua conformidade à ordem jurídica. Elas

diferem nisso dos simples desejos ou conselhos, mas não das normas constitutivas de um sistema moral ou disciplinar qualquer que não teriam sentido sem essa mesma pretensão à obrigatoriedade no quadro do dito sistema. Se as regras de uma ordem jurídica estatal, tal como o direito francês, parecem dotadas de uma característica obrigatória, intensa a ponto de se verificar na sua própria definição, é porque esta ordem pretende submeter o conjunto da sociedade que enquadra o Estado - constituir o único *corpus* normativo de referência, sob reserva do espaço que ele concede a outras referências, jurídicas ou não - e não se coloca de maneira alguma na dependência de adesões voluntárias.

21. Mesmo assim compreendida, a obrigatoriedade das regras jurídicas não permite elidir os problemas originados da aparição de instrumentos *recomendatórios*. Limitados na ordem interna, eles têm um peso mais notável na produção das organizações internacionais (dos princípios diretores da OCDE à intenção das empresas multinacionais no código internacional de conduta para a transferência de tecnologia da CNUCED, passando pela Declaração de princípios tripartite da OIT sobre as empresas multinacionais e a política social, sem esquecer, bem entendido, as recomendações da CEE). Numa terminologia da visão corrente da norma jurídica como modelo de comportamento, fala-se a seu objeto de "normas de função diretiva elástica" em oposição às "normas de função diretiva autoritária" que seriam os "comandos", portanto as normas jurídicas clássicas³⁸.

Conviria no entanto verificar no detalhe que a "facultatividade" dos modelos em questão afeta - como em outro lugar a obrigatoriedade - sua utilização antes que seu conteúdo. Essa tarefa excederia o objeto do presente estudo. Em segundo lugar, e aí reside o verdadeiro desafio teórico, seria necessário formular adequadamente a questão de sua pertinência ao domínio do jurídico. O debate tem lugar na doutrina de direito internacional e de direito econômico, a propósito desse "direito verde", *soft law*, opondo os que rejeitam aos que admitem a

idéia de uma normatividade ou, mais exatamente, de uma juridicidade relativa³⁹. Ele remete, no fundo, à exigência e às dificuldades já assinaladas de uma definição estimulativa do direito. Admitimos apenas uma inclinação a considerar que, mesmo de uso facultativo, os modelos trazidos por tais instrumentos relevam de um jurídico do qual não se vê em nome de que se poderia negar a evolutividade, inclusive do ponto de vista da natureza dos aparelhos da regulação que ele assume. Este problema de construção de numa definição operativa, ou seja, apta a fundar investigações teóricas e empíricas sobre as formas e transformações da regulação jurídica, poderia ressurgir a partir da elucidação da sanção que, segundo a opinião comum, informaria toda regra de direito.

C - Sanção

22. Consistiria num mal, ou ao menos numa desaprovação, infligido pela autoridade social instituída - portanto o aparelho do Estado no caso de um direito estatal - e compreendido como uma reação à violação da regra. Pena, reparação, expulsão, destruição de um edifício, ou ainda anulação de um ato jurídico, ela concretizaria, tanto no seu pronunciamento quanto pela execução forçada, a presença de uma coerção substancial à noção de direito. A ameaça de sua superveniência seria o fator mais seguro de conformidade espontânea às normas jurídicas. No final das contas, ela forneceria o critério mesmo da juridicidade dessas regras.

Esta representação corrente suscita reservas, umas clássicas, outras menos dominantes, mas mais pertinentes. Mesmo que não se tomem por "verdadeiro direito" os elementos do *soft law* evocados acima, pode-se verificar que cada uma das normas que compõem uma ordem como o atual direito francês se encontra provido de uma sanção assim concebida? A supor que haja possibilidade de distinguir normas de conduta (sancionadas) e normas sancionadoras (governando a ação dos juízes e das autoridades

de aplicação do direito), a que se prende a juridicidade destes últimos se a qualidade de regra de direito depende da previsão de uma sanção em caso de descumprimento do preceito? As regras de incriminação penal e, mais ainda, as disposições fixando as condições da responsabilidade civil delitual têm sempre sentido de organizar uma sanção da violação de normas de comportamento particulares? Seria necessário considerar que cada uma delas implica a existência de uma norma prescrevendo ou proibindo a ação cuja abstenção ou cometimento seria assim sancionado. Mas, induzir da positividade do art. 1382 do Código Civil a de uma interdição implícita de causar por sua culpa um dano a outrem, não é precisamente desconhecer as modalidades de uma regulação que se dispensa de um tal desvio? Sobretudo se as diversas modalidades reagrupadas sob o vocábulo "sanções jurídicas" mantêm alguma relação com as idéias de constrição ou de coerção, a intensidade dessa relação é bastante variável e a esta categoria genérica parece faltar unidade. O que há de verdadeiramente comum entre a nulidade de um ato jurídico, que evoca o insucesso de uma operação, e uma pena, mesmo de simples multa, ou a condenação a pagar uma indenização⁴⁰?

Ph. Jestaz recentemente tentou renovar a análise ou, ao menos, escapar à circularidade das relações entre direito e sanção⁴¹. Conviria, segundo nosso colega, conceber a sanção como a "tarifa" inerente a toda norma jurídica e, ao contrário, significativamente ausente do domínio da moral ou dos costumes, estando entendido que as regras "se tarifam umas pelas outras" e que cada uma não fixa necessariamente sua própria tarifa. Descobre-se todavia que esta reside, em definitivo, na eventualidade do recurso a um juiz suscetível de deduzir disso, pela via da decisão, um efeito preciso. No total, conclui o autor - que permanece atado, por outro lado, a "uma definição do direito pela sanção" - "a regra jurídica seria provida de uma sanção - e por isso digna de portar seu nome - sob dupla condição: que ela se revista de um caráter de precisão suficiente

para que um demandante possa formular uma pretensão com base nela; que exista virtualmente um juiz para julgar essa pretensão, mesmo de uma maneira que se diz erradamente simbólica". Mas o que resta da idéia de tarifa, vale dizer, de um preço anunciado, senão de um preço a pagar? De fato, nosso colega desvia-se disso no curso de sua demonstração para escolher, no final das contas, um critério de *eventus judicii*, portanto do eventual ingresso em juízo no lugar de uma tarificação que aplicaria eventualmente esse juízo. Este desvio lhe permite atingir seu objetivo. Mas convém, ao nosso ver, conferir uma importância central a essa *vocação* que tem em comum as normas qualificadas de jurídicas e que se quer assinalar nomeando-as como tais.

23. A recorrência à idéia de "sanção", como questão pertinente ao que nossas sociedades nomeiam "direito", traduz, à evidência, a *inerência a esse modo de regulação social da possibilidade de recorrer a um terceiro chamado a julgar as demandas*. Ainda é preciso compreender exatamente essa eventualidade: a nosso ver, ela é a do processo antes que da sanção no sentido trivial do "mal" que infligiria, conforme o caso, a decisão que encerra esse processo. Enunciar que uma norma é uma regra de direito, vale dizer, de um elemento de uma ordem jurídica determinada, significa que ela servirá eventualmente, em função de sua aplicabilidade, de instrumento de medida a um juiz instituído por essa ordem, no quadro de uma atividade de resolução de conflitos organizada por essa mesma ordem. É significar, ao mesmo tempo, que essa norma é *suscetível de ver seu sentido e seu alcance em situações concretas discutidos no quadro assim instituído*. Essa caracterização vale tanto para as regras de procedimento que regulam esse quadro - as disputas a seu respeito são moeda corrente e as vias de recurso permitem a proposição de ação de maneira que os tribunais possam interpretá-las ou aplicá-las - quanto para as normas substantivas. Mesmo as disposições legais que ordenam as formas extrajudiciais e não jurisdicionais de resolução de conflitos comparti-

lham dessa vocação de servir de referência para apreciar operações ou atos que relevam de sua competência normativa. Não são poucos os processos judiciais que suscitam a aplicação contenciosa dos artigos 2044 e seguintes do Código Civil a propósito de uma transação cujas qualificação, validade, e alcance são discutidas⁴². Essas regras manifestam em tal circunstância sua "juridicidade", sua pertinência ao sistema de direito, quando a sentença estima que o ato impugnado vale como transação e produz todos os efeitos desta, ou quando ela adota a solução contrária, rejeitando a exceção de coisa julgada levantada pelo defensor que invocou o art. 2052, al. 1ª, do Código Civil ou, ainda, quando anula esse ato atacado por via de ação. Se nos propusermos a conservar o termo, elas são igualmente "sancionadas" em um e outro casos. Elas o são da mesma maneira que todas as outras regras do sistema jurídico, inclusive as da Constituição⁴³: servindo de padrão para julgar como as coisas deveriam, devem ou deverão ser do ponto de vista desta ordem jurídica, no quadro e para os fins da resolução de um conflito - portanto no quadro de um julgamento institucional = independentemente do teor do dispositivo da decisão a intervir (indeferimento do pedido, absolvição ou condenação, anulação, ordenamento de uma medida em virtude de um poder reconhecido em decisão liminar, etc.). Dito de outra forma, a "sanção" das normas de direito se manifesta preponderantemente na motivação da decisão do que em seu dispositivo.

24. Temos aqui o que parece sem equivalente no domínio das diversas morais, dos preceitos de conveniência ou das regras da arte. Se ocorre que essas normas encontram alguma pertinência por ocasião do julgamento das demandas no terreno do direito, é na medida apenas em que as regras jurídicas então aplicáveis a isso remetem explicitamente ou através de uma categoria como a de "culpa". Elas não são igualmente "juridicizadas". No entanto, a especificação que acabamos de ensaiar é a de um *caráter* atribuível a uma norma tida por jurídica - uma

vez que ela é tida como tal por força dos critérios de validade admitidos pela ordem considerada - e não do que poderia ser o critério mesmo de sua juridicidade. Nossa perspectiva não é portanto a das habituais considerações sobre a relação entre norma jurídica e sanção. Segundo pensamos, dizer que uma regra de direito é suscetível de ser debatida em juízo (*justiciable*), não é enunciar o que permitiria identificar, em uma coorte qualquer de normas, aquelas que são jurídicas e aquelas que não o são, mas deduzir uma consequência dessa qualificação.

Extraír um critério genérico do jurídico é um outro problema, que releva de uma iniciativa, já evocada, de construção de uma definição estipulativa do direito, operacional para certas investigações nos confins da teoria do direito e da sociologia jurídica teórica, de pura sociologia do direito (verificação da hipótese e pesquisa das modalidades empíricas de um pluralismo jurídico num espaço social dado) e mesmo de antropologia jurídica. Sem sair à cata de uma tal definição, lembramos que a hipótese do processo, a vocação a um questionamento perante um terceiro, o recurso mesmo a esse terceiro interveniente, exercem desse ponto de vista uma forte atração. Penso nos escritos de alguns eminentes autores engajados numa elucidação das razões de ser do direito, de sua singularidade ou, simplesmente, na pesquisa de um critério universal do jurídico, de Pasukanis à M. Carbonnier, passando por A. Kojève e certos sociólogos americanos ou antropólogos⁴⁴. Se teóricos e sociólogos a negligenciam hoje em suas proposições de definição estipulativa, parecem-nos que estes teriam muito a ganhar, levando em consideração, mais ainda que a normatividade⁴⁵, a possibilidade de recurso institucional ou a aplicabilidade por um juiz (*contestabilité* ou *justiciabilité*) que caracteriza as regras à luz da experiência de fenômenos de regulação, que são os mais indiscutivelmente tidos por do "direito". Mas se trata aí de uma simples anotação à margem de uma proposta que é de pesquisar em que condições as asserções ordinárias sobre os caracteres necessários das regras de uma or-

dem como o direito estatal francês podem encontrar um sentido, admitida sua natureza de modelo "que age" a partir de operações de avaliação. A esse respeito, afirmar que toda norma jurídica se encontra sancionada é inexato se a sanção se entende como uma pressão constritora do comportamento conforme a essa norma ou do castigo mediante sua violação. É preferível constatar que toda regra que se reputa pertencer a uma tal ordem tem, por isso mesmo, vocação a servir de referência na solução institucionalizada dos litígios no campo dessa ordem, e, assim, a ver discutida sua significação e seu alcance.

25. Que resta da idéia de constrição em tudo isso? Sua presença no seio das ordens jurídicas não deixa muita dúvida, não mais que as relações polimorfos dessas ordens com os fenômenos de poder ou de dominação. Tudo sugere que estes últimos passem tanto pelo discurso que os enunciados da linguagem do direito constituem (ou que se desdobra para legitimá-los) e pela "força simbólica" do encadeamento das normas, quanto pelo teor mesmo das regras, a objetividade que eles tendem a conferir à ordem estabelecida, as obrigações e restrições que decorrem de sua combinação ou de seu uso, os atos de coerção que habilitam alguns dentre eles ou pelo efeito de reprodução inerente a todo modelo. Mas se há muito a reter do que pôde ser escrito sobre essa questão⁴⁶, é sob a condição de jamais negligenciar a ambivalência do direito sublinhado, notadamente, pelos enfoques críticos⁴⁷. Mais ainda: a elucidação da parte e das vias da constrição exercida pelos dispositivos jurídicos (ou através deles) determina que se desconfie particularmente das interpretações globais, as que visam "ao direito", ou "ao direito moderno", ou mesmo "ao direito positivo francês". Ela requer, de início, tanto no estágio de análise teórica como no da investigação empírica, a consideração séria do material concreto dos *corpus* normativos, portanto da diversidade de sua tecnologia. Nessa perspectiva, as distinções de acordo com os tipos de regras, as análises por seqüências de disposições e setores que elas

abrangem, e, mais ainda, a "descrição" das condições técnicas de aplicação ou mobilização das normas, serão raramente superfluas. Aqui como alhures o progresso do conhecimento supõe o abandono das propostas gerais sobre "a força do direito", qualquer que possa ser sua virtude desmistificadora ou sua aptidão a sugerir hipóteses que permanecem, portanto, a verificar. Quem discordará?

Um mínimo de atenção para essa tecnologia da regulação jurídica põe em dúvida que o direito assegure "o enquadramento normativo das condutas humanas, impondo o respeito a modelos de comportamento"⁴⁸. Quer-se dizer que ele impõe *de fato* ou apenas que ele prescreve? Mesmo escolhendo a segunda interpretação, a inserção parece largamente inexata ou equívoca. Inexata se se tem olhos voltados à extrema diversidade dos objetos de enunciados que têm vocação de referência *para* agir, para a orientação das ações, sem ser todos, ao contrário, modelos de conduta. Inexata porque se (dada a variedade de seus objetos e sendo dotados de uma obrigatoriedade de uso e de uma aptidão a serem deduzidas em juízo), esses modelos são destinados a "pesar" sobre os comportamentos efetivos nas relações sociais, eles o fazem habilitando e encorajando certos atos mais freqüentemente que dissuadindo certos comportamentos. Equívoca, a afirmação o é na sua concisão, pois negligencia o fato de que as "condutas" enquadadas são às vezes atos materiais ou jurídicos que se pretende garantir, encorajar ou erradicar, mas às vezes também operações especificamente jurídicas (cumprimento de formalidades ou de um procedimento, previsão de cláusulas) orientadas para a realização de atos da mesma ordem ou de decisões cuja validade depende dessas operações: bom número de normas jurídicas tem estatuto de "normas técnicas", de normas de técnica jurídica⁴⁹. Equívoca ela é, enfim, porque ela não pode dar conta da variedade das modalidades segundo as quais as regras de direito em vigor tendem a exercer uma pressão efetiva em vista da realização ou da

abstenção de ações tão diversas, e não mais que diferenças de intensidade dessa pressão.

Creemos que a concepção realista da regra de direito desenvolvida neste estudo favorece a consideração dessa diversidade, que caracteriza o teor das normas tanto quanto os contextos e as finalidades de sua utilização como modelos, como referências. Ela autoriza a compreensão da variabilidade de sua relação teleológica (prevista ou suposta) com as ações que elas têm vocação de guiar. Por exemplo, será indiferente observar que a dissuasão de numerosos atos julgados socialmente nocivos é pesquisada para a formulação de normas de incriminações que dispensem sua proibição formal? Ou que a promoção de certas práticas desejadas, notadamente a título de políticas públicas (pensamos nas formas atípicas de *mise au travail* inventadas pelas sucessivas políticas de emprego ou de tratamento social do desemprego), passa pela edição de regras "técnicas" que as dotam de um regime jurídico particular, conferindo vantagens para os atores que incitam (sem dizê-lo), retirando-os de qualquer controle público?

Importa ainda mais ter atenção às condições nas quais as regras, substantivas ou procedimentais, são *mobilizadas* pelos "sujeitos". Essas condições resultam em parte de dispositivos jurídicos procedimentais, mas elas se vinculam também às possibilidades ou limitações de ação que produzem as normas substantivas, consideradas na sua articulação. Pois, se não se pode desconhecer a força simbólica da ordem normativa - não mais que o evidente e natural fenômeno da ignorância ou do conhecimento aproximativo, mítico, de seu conteúdo⁵⁰ - a primeira exigência é de se lembrar que as normas *não se colocam por si próprias em movimento*. Sua mobilização supõe iniciativas, normalmente tributárias das necessidades, interesses, conhecimento dos atores, sejam eles membros do Ministério Público ou agentes encarregados de velar pelo "respeito" a essas regras. Este lembrete não é jamais inútil. Para a teoria do direito, pode ser o útil ensinamento de uma sociologia jurídica ela mesma atenta aos dados normativos em re-

lação aos quais diversas ações *adquirem sentido*, mesmo se elas aí não encontram sempre sua causa. A questão entre conjunto de regras jurídicas e ações nos parece com efeito situada sobre um terreno onde essas duas disciplinas são necessariamente complementares se se deseja que seus ensinamentos tenham qualquer validade⁵¹. O trabalho de teoria não pode ignorar a variedade dos usos sociais das regras de direito⁵² - a utilização argumentativa na negociação ou para a justificação de atos tanto quanto a busca do resultado jurídico prometido por sua aplicação (no terceiro dos sentidos acima distinguidos) - e a amplitude dos fenômenos de negociação cotidiana sobre as normas, inclusive as estatais⁵³. A sociologia jurídica, por sua parte, seria vã se não levasse em conta a complexidade e as sutilezas da técnica das ordens jurídicas de referência, a "mecânica" de sua aplicação, ou ainda as intenções que podem mais ou menos claramente presidir sua produção⁵⁴. Diversidade, esta é decididamente a palavra chave! E isso tanto quando se trata de descrever a organização interna dos sistemas jurídicos contemporâneos quanto no momento de construir os métodos de investigação dos quais se espera um progresso na inteligência da regulação jurídica de nossas sociedades.

Notas

¹ *Lexique de termes juridiques*, 8ª ed., Dalloz, 1990

² L. A. Warat. Mitos e Teorias na Interpretação da Lei, Ed. Síntese, Porto Alegre, 1979.

³ A análise aqui proposta foi desenvolvida para os propósitos de uma tese de doutorado defendida em 1975. Foi precisada, aprovada perante o CERCRID, à luz das investigações sobre a parte do direito na resolução dos conflitos e no âmbito de um ensino doutoral.

⁴ V. *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, 1989 (sinal dos tempos, esta compilação não reserva nenhum espaço ao enfoque materialista do direito), e *Définir le droit*/1, Droits, 10/1989.

⁵ Mac Cormick, *La texture ouverte des textes juridiques*, in *Controverses...*, cit., p. 115.

⁶ J. Carbonnier, *Sur le caractère primitif de la règle de droit*, in *Flexible droit*, 5ª ed., LGDJ 1983.87, L.Rancent. *Pour*

une théorie critique du droit. Bruxelles, Duculot, 1975, pp. 99 e ss.

⁷ Corpos de regras identificáveis no seio das empresas ou outros grupos infra-estatais, ou ainda a *lex mercatoria*, são direito? Um dado processo de regulação encontrado no seio de comunidades camponesas ou de sociedades "primitivas" releva do jurídico? Se não há nenhuma razão para afirmar que apenas o direito formulado e "sancionado" pelo Estado merece essa qualificação, convém construir um critério genérico para os fins de identificação e de análise comparada dos fenômenos do direito. Mas a definição assim requerida por certas investigações históricas, sociológicas e antropológicas é apenas estipulativa, no sentido que lhe indica M. Troper (*Pour une définition stipulative du droit*, Droits, 10/1989, p. 101).

⁸ Para diferentes pontos de vista: *Le Système juridique*. *Archives de Philosophie du Droit*, t.31, Sirey, 1986. Para uma postura crítica da teoria autopoética da escola de N. Luhmann, v. M. Van de Kerchov e F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988 (especialmente pp. 149 e ss.).

⁹ V. *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie de Droit*, E Story-Scientia, 1988, verb. *Régulation sociale*, por J. Commaille. De início tomado de empréstimo da mecânica pela biologia, depois adotada em ciências sociais, onde conhece grande sucesso, o termo "regulação" designa às vezes um fenômeno que respeita à vida das regras (um dado sistema é autoeco, ou heteroregulado?) ou o processo no qual elas são criadas, transformadas, suprimidas (ex: J. D. Reynaud. *Les règles du jeu. L'action collective et la régulation sociale*. A. Colin. 1989, p. 31). Empregamo-lo aqui para qualificar a ação dessas normas, tendo em vista as relações a que elas visam, porque ele nos parece evocar, a um tempo, a reprodução de uma ordem, a possibilidade de sua alteração (o direito é, por suas reformas ou por certos procedimentos que ele institui, instrumento de uma certa mudança), mas também a de um "jogo", inclusive um jogo com as normas jurídicas. É sem dúvida com uma outra acepção ainda que publicistas e especialistas de ciência administrativa o usam quando trabalham sobre a evolução da intervenção estatal (v. J. L. Autin, *Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: un autre mode de régulation*, Rev. dr. Publ. 1988. 1213 e as referências).

¹⁰ Encontram-se distinções, não concordantes, por exemplo, em L. Duguit, H. Motulsky ou F. Luchaire — Comp. *Dictionnaire...*, cit., verb. *Règles*. par J. Wroblewski, e verb. *Norme*, par M. Troper e D. Loschak.

¹¹ P. Mayer. *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973; G. de Geouffre de la Pradelle, *Essai d'introduction au droit français*. I. Ed. Erasmé, 1990, n° 37 (que distingue "princípios", "regras" e "decisões" no seio de um gênero "normas"). Acolhendo uma conceituação ilustrada por Kelsen, J. F. Perrin distingue as normas gerais, ou regras, e as normas individuais, tais como as ordens ou injunções

(*Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Droz, 1979, pp. 45 e ss.).

¹² Não se trata de decisão sem ato. Melhor: a decisão é um ato (inclusive a decisão implícita de que tenha sido tomada a partir das regras) produzindo, por sua própria realização, o efeito que ela busca sobre sua situação concreta. É quanto a seu objeto que a idéia de "performativo" desenvolvida pela teoria dos *speech acts* tem a pertinência mais indiscutível. Ao contrário, a norma não nasce necessariamente de um ato (ex: regras jurisprudenciais, ao menos nos sistemas que ignoram o *stare decisis*). Se ela não procede de um ato de legislação (no sentido material), o único resultado certo deste é precisamente de colocá-la, de fazer dela um elemento da ordem normativa em vigor. Ela vai em seguida viver e agir como simples produto desse ato de edição, adquirir uma "espessura" e uma eficiência próprias, por sua vocação para afetar um número *a priori* indeterminado de situações concretas. (v. infra, n° 18).

¹³ Cf. os numerosos trabalhos de G. Kalinowski, a começar por sua *Introduction à la logique juridique*. LGDJ. 1965. Recordase de suas controvérsias com o "antiformalista" Chaim Perelman.

¹⁴ A questão havia sido abordada por J. Ray (*Essai sur la structure logique du code civil français*. Alcan. 1926). Para referências aos escritos sobre esse tema de M. Villey, de um lado, de Motulsky, de MM. Kalinowski e J. L. Gardies, de diversos teóricos estrangeiros, de outro, V. nossa tese: *Des oppositions de normes en droit privé interne*, Lyon III, 1975, n°s 4 e ss. Para outras modalidades de reconstrução: R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Turin, Giappichelli, 1985, e *Dalle fonti alle norme*, Turin, Giappichelli, 1990, pp. 13 e ss.

¹⁵ A. A. Martino, *Analyse automatique de textes juridiques et aide à la décision*, Annales de Piretj, n° Montpellier, 1989, p. 59.

¹⁶ Implicitamente operada, desde 1923, por Kelsen (distinção das *Rechtsnormen* e das *Rechtsätze*), a distinção desses dois níveis de linguagem jurídica teria sido explicitamente enunciada pela primeira vez em 1948, por B. Wroblewski. Sobre o conjunto do tema, v. *Le langage du droit*, t. XIX, Sirey, 1974. Para uma diferenciação mais complexa, J. Wroblewski. *Le langage juridique: une typologie*, Droit et société, n° 8, 1988, p. 13.

¹⁷ C. Grzegorzysk. *Le rôle du performatif dans le langage du droit*. Arch. philo. droit, t. XIX, Sirey, 1974, p. 229, e *L'impact de théorie des actes de langage dans le monde juridique: essai de bilan*, in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*. PUF, 1986, p. 165.

¹⁸ Para uma crítica radical da distinção das regras normativas e das regras constitutivas, v. P. Amselek. *Philosophie du droit et théorie des actes de langage*, in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*. cit. p. 109 (especialmente, pp. 143 e ss.) - Contra: C. Grzegorzysk, *L'impact de la théorie des actes de langage...*, pp. 192-193.

¹⁹ S. Stromholm e H. H. Vogel, *Le réalisme scandinave dans la philosophie du droit*, LGDJ, 1975, n°s 97 e ss.

²⁰ *Le concept de droit*. trad. M. Van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976. pp. 33 e ss.

²¹ K. Olivecrona, H.L. Hart. M. Virally. Mac Cormick notadamente.

²² *Méthode phénoménologique et théorie du droit*. LGDJ, 1964 (esp. pp. 217 e ss.), cuja influência será facilmente identificada em nossos desenvolvimentos.

²³ Naquilo em que ele parece não conceber que as normas jurídicas possam ser outras coisas além de modelos de conduta (v. em particular. *La phénoménologie et le droit*, Arch. de phil. du Droit. t. XVII, 1972, p. 185; *Philosophie du droit et théorie des actes de langage*, cit. *Le droit technique de direction publique des conduites humaines*, Droits, 10/1989, p. 7). M. J. L. Souriaux acolhe a idéia de "modelos de referência", mas a propósito de "proposições normativas de comportamento" (*Introduction au droit*, PUF, 1987, n° 24). A interpretação que sustentamos parece bastante próxima, por outro lado, da de J. F. Perrin (*Règle*, in *Archives de Philosophie du Droit*, t. 35, Sirey, 1990, p. 245).

²⁴ A incerteza sobre o que vem a ser esse "meio" (meio social global, meio judiciário, meio dos profissionais especialistas na matéria?) carrega todas as consequências que conhecemos a respeito da positividade das regras imputadas a essa prática denominada "jurisprudência", que se assemelha simultaneamente ao fenômeno da imprensa, da autoridade (repertórios e doutrinadores tanto quanto juízes), da crença compartilhada (E. Serverin, *De la jurisprudence en droit privé*. *Théorie d'une pratique*, P. U. Lyon, 1985; Ph. Jestaz, *La jurisprudence*, ombre portée du contentieux, D. 1989. Chron. 149).

²⁵ Nas configurações empírico-jurídicas de onde nascem esses conflitos de competência normativa que são os conflitos de leis no tempo ou no espaço e os conflitos de regras que resultam de um concurso de qualificações.

²⁶ Cf. o caso da difusão de imagens do "rallye" Paris-Dakar 1986, permitindo a visualização de veículos portadores de publicidades proibidas por essa lei antitabagismo (Paris, 10 de janeiro de 1986. D. 1986, Flash n° 4; Gaz. Pal. 1986.1.76).

²⁷ G. Cornn. Les définitions dans la loi, in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77 (que toma a definição por "uma norma jurídica, um enunciado de direito positivo", mas opera uma convincente distinção entre definição real e definição terminológica, que demandaria aqui um desenvolvimento mais detalhado).

²⁸ J.B. Auby. Prescription juridique et production juridique, Rev. dr. publ. 1988.673. É surpreendente que, partindo de uma concepção muito austiniana da norma jurídica, o autor não descubra mais "normas não-prescritivas".

²⁹ C. Atias. Normatif et non normatif dans la législation récente de droit privé. *Droit prospectif* 1982-2. p. 219; A. Viandier, La crise de la technique législative, Droits, n° 4, 1986, p. 75; J. B. Auby, cit.

- 30 A. Jeammud. Consécration de droit nouveaux positif. Sens et objet d'une interrogation, in *Consécration et usage de droits nouveaux*, CERCRIID, Université de Saint-étienne, 1987, pp. 9 e ss. - Sobre normas programáticas: Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs, *Droit prospectif* 1989-4; Eros Roberto Grau, Direito, Conceitos e Normas Jurídicas. São Paulo, Ed. RT, 1988, pp. 131/153.
- 31 Motulsky, du Pasquier, J. Dabin, P. Pescatore, R. Lukic, na teoria de língua francesa. Mas também MM. A. Decocq, M. Puech, P. Mayer, e por último J. Héron (Étude structurale de l'application de la loi dans le temps, RTD civ. 1985.277).
- 32 Art. 1382 do CC francês: *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*.
- 33 H. L. A. Hart, citado, pp. 155 e ss. Mac Cormick, cit. (que distingue utilmente "texto de regra" e "conteúdo de regra").
- 34 V. CERCRIID. Pour une réflexion sur les mutations des formes du droit, *Procés* 9/1982, p. 5; Les standards dans les divers systèmes juridiques, *Droit Prospectif* 1988-4.
- 35 B. Oppetit. L'hypothèse du déclin du droit, *Droits*, n° 4, 1986, p. 9.
- 36 Os contratos modernos, sobretudo quando são modelados por contratos tipos ou remetem a condições gerais, dão sem dúvida origem a normas individuais que se acrescentam às obrigações contratadas pelas partes ou as "equipam", fixando as modalidades de sua execução ou as consequências de sua inexecução.
- 37 *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962. esp. pp. 318 e ss.
- 38 P. Amselek, *Norme et loi*, Arch. ph. droit, t. 25, Sirey, 1980, p. 89, e L'évolution générale de technique juridique dans les sociétés occidentales, *Rev. dr. publ.* 1982.275 (espec., pp. 285 e ss.).
- 39 V. em particular G. Farjat, Réflexions sur les codes de conduite privés, e P. Sanders, *Codes of conduct and sources of law*, in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à B. Goldman*, Litec, 1982, pp. 47 e 281; M. Bettati, Réflexions sur la portée du code international de conduite pour le transfert de technologie: éloge de l'ambiguïté, in *Étude offertes à... Colliard*, Pedone, 1984, p. 83 e as referências.
- 40 H. L. A. Hart. *Le concept de droit*, citado, pp. 51 e ss.
- 41 La sanction ou l'inconnue du droit, D. 1986. Chron. 197.
- 42 E. Serverin, P. Lascoumes e Th. Lambert. *Transactions et pratiques transactionnelles*, 1987, pp. 6 e ss.
- 43 Se a contrariedade de uma lei à Constituição não pode hoje ser "sancionada" senão em escassa medida (dado o regime de acesso à jurisdição constitucional), as normas da Constituição e de seu Preâmbulo têm vocação a serem manipuladas pelas outras jurisdições, administrativas ou judiciárias, para avaliar atos admi-

nistrativos ou privados (mas não regras de valor legislativo), interpretar outras regras, etc.

44 V. E. B. Pasukanis. *La théorie générale du droit et le marxisme*, Edi, 1970, pp. 83; A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*. Gallimard, 1981, pp. e ss.: J. Carbonnier. *Sociologie juridique*, Thémis, PUF, 1978, pp. 193 e ss. (e a referência a H. Kantorowicz): N. Rouland. *Anthropologie juridique*. PUF, 1988, nos 40 e ss. - V. igualmente, F. Ost e M. van de Kerchove. "Jurisdiction et définition du droit." *Droits*, 10/1989, p. 53.

45 O que permitiria apreender no campo as formas do "direito carismático".

46 Notadamente, D. Loschak, Le droit discours de pouvoir, in *Itinéraires, Études en l'honneur de Léo Hamon*. Economica, 1982, p. 429; CURAPP. *Le droit en procès*, PUF, 1983 (esp. os estudos de J. Chevalier e D. Loschak); G. Rocher, Droit, pouvoir et domination. *Sociologie et sociétés* (Montreal), vol. XVIII, n° 1/1986, p. 33.

47 A. Jeammaud. "Critique du droit" en Francia: de la búsqueda de una teoría materialista del derecho al estudio crítico de la regulación jurídica. *Anales de la Catedra Francisco Suarez* (Grenade), n° 25/1985, p. 105. - Sobre a importância dessa "ambivalência" do direito moderno na reflexão de um considerável filósofo contemporâneo. V. P. Guibentif, Et Habermas? Le droit dans l'oeuvre de Jurgen Habermas, *Droit et société* n°s 11/12, 1989, p. 159.

48 J. Chevallier. Droit, ordre, institution, *Droits*, 10/1989, p. 19.

49 Assim as regras de nossos sistemas jurídicos não provêm exclusivamente do mundo ético.

50 Não vemos que esse fenômeno estabeleceria a "falsidade sociológica" da regra correntemente designada pelo adágio *Nemo censetur legem ignorare*. Com efeito, o teor dessa norma é na realidade que a ignorância das regras jurídicas não poderia eximir das consequências da sua aplicação.

51 Cf., toda uma frente de pesquisas francesas destes últimos anos, cujos principais animadores são P. Lascoumes e E. Serverin.

Reportar-se-á ultimamente a um recente artigo desses pesquisadores: Le droit comme activité sociale. Pour une approche webérienne des activités. *Droit et société*, n° 9, 1988, p. 165.

52 CURAPP. *Les usages sociaux du droit*. PUF, 1989.

53 J. D. Reynaud, cit.

54 Certas distinções que se vinculam ao fato de que a conformação efetiva das coisas às normas parece mais ou menos intensamente pesquisada ou esperada, podem então fornecer um excelente quadro de interpretação. Assim, A. Supiot opôs "regras de direito" e "regras de normalização" (Délégalisation, normalisation et droit du travail. *Dr. soc.* 1984.296, esp. pp. 301 e ss) para apoiar uma leitura (um pouco sombria) da evolução legislativa do direito do trabalho. Uma tal oposição nos parece discutível, em particular pela escolha de negar pertinência ao "verdadeiro direito" de preceitos inscritos nas leis e que engendram uma malha cerrada

de obrigações. Ocorre que ela corresponde a uma diferença plausível entre dispositivos em que os autores entendem absolutamente respeitados pela prática (ex: as regras do código de trânsito ou as relativas à segurança no trabalho) - eles perseguem uma normalização das ações - e aqueles que introduzem faculdades, ou mesmo "imperativos", têm sobretudo por sentido prático apreciar *ex post* as situações ou as ações (ex: o art. 212 do

Código Civil segundo o qual "os cônjuges se devem mutuamente fidelidade, segurança e assistência"). Valeria a pena pesquisar sistematicamente em que medida essa distinção se manifesta no seio de corpos de regras reputadas de ordem pública (ex: na legislação do trabalho, inclusive nos seus setores de passo mais "reglamentarista"). Mas a significação de modelos de referência é, bem entendido, comum a todos os enunciados em causa.