
REFLEXÕES SOBRE A CIÊNCIA DO DIREITO

Nely Lopes Casali ¹

SUMÁRIO: SUMÁRIO: 1. A Ciência do Direito, Modelo Analítico e Empírico - 2. A Ciência do Direito e o Fenômeno da Positivização - 3. A Teoria da Norma e o Modelo Pragmático - 4. Os Elementos da Norma Jurídica - 5. O Sistema Normativo - 5.1. O Problema da Validade - 5.2. O Problema da Efetividade - 6. O Discurso Normativo - 7. O Problema da Sanção - 8 Situações Jurídicas Subjetivas - 8.1. O Poder Jurídico - 8.2 Direito Subjetivo.

RESUMO: Coletânea de reflexões sobre alguns dos principais temas da Ciência do Direito, que vão desde a discussão quanto ao seu método, o fenômeno da positivização, a análise das normas jurídicas, o sistema e o discurso normativo, algumas considerações sobre a sanção, até a análise, ao final, das chamadas situações jurídicas subjetivas.

PALAVRAS-CHAVE: Ciência do Direito, Reflexões, Norma Jurídica, Sistema Normativo, Discurso Normativo, Sanção, Direito Subjetivo.

ABSTRACT: *Reflections about some of the most important subjects of the law science, that go from the discussion of its methods, the positive law phenomena, the analysis of the laws, the normative system and speech, some considerations about the sanctions, to the analysis, in the end, of the so called subjective juridical situations.*

¹ *Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professor do Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina*

I. A CIÊNCIA DO DIREITO, MODELO ANALÍTICO E EMPÍRICO

A Ciência do Direito tem por objeto estabelecer um “sistema de conhecimentos sobre a realidade jurídica”².

Como toda ciência, precisa estabelecer os caminhos que devam ser seguidos, para se chegar ao conhecimento de seu objeto.

A Ciência do Direito, eminentemente social, não pode se servir dos mesmos métodos da ciência da natureza, onde os fenômenos são repetitivos, determinados por causas pré-estabelecidas e com efeitos antecedentemente estimados.

A Ciência do Direito, por ter objeto próprio, há de ter, também, método próprio. Entretanto, não há unanimidade quanto à natureza de seu método, existindo três correntes que tentam explicá-lo: a histórica, a analítica e a empírica:

a) a primeira corrente insiste na historicidade do método e considera a Ciência do Direito uma atividade metódica que procura conhecer o sentido do fenômeno jurídico, através de suas variações no espaço e no tempo;

b) a segunda corrente defende o método analítico, através do qual ocorre um processo de decomposição do todo em seus segmentos, separados por classificações e sistematizações, que melhor conhecimento possibilitam de cada um e do todo³;

c) finalmente, a terceira corrente, desprezando a historicidade do método, pretende estabelecer um relacionamento do Direito com a condições empíricas subjacentes, para explicar as “estruturas funcionais”.

No confronto com estes modelos, não resta a menor dúvida que o método analítico se destaca por ser o construtor da ciência universal; o espírito analítico joga com questões dicotômicas, para buscar a verdade; v.g, “houve furto ou houve roubo?”; “há posse ou há propriedade?”. O cientista

² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito, p. 09.

³ O método analítico serve-se de procedimentos lógicos, como a dedução e a indução e, no caso da Ciência do Direito, utiliza-se, com frequência, do método analógico: “ubi eadem ratio, ibi eadem legis”.

do Direito, através do método analítico, pode se utilizar da indução e da dedução, isto é, dos procedimentos conclusivos de proposições do particular para o geral e vice versa, ou seja, do geral para o particular.

O método analítico jurídico está se endereçando, atualmente, para o pensamento tecnológico, o que representa um extraordinário passo para o aperfeiçoamento da Ciência do Direito.

2. A CIÊNCIA DO DIREITO E O FENÔMENO DA POSITIVAÇÃO

Ciência do Direito, costuma-se dizer, é um sistema de conhecimento sobre a realidade do mundo jurídico, cujo centro é ocupado pelo homem.

O homem, numa situação ambígua, pela sua ação cria, modifica, transforma, amplia, reduz as estruturas da sociedade - cria o Direito, do qual é o destinatário.

Positivção é o fenômeno através do qual o homem, por sua decisão, modifica, transforma o Direito, adaptando-o às exigências, anseios, idéias e ideais.

Esta “legalização do câmbio do direito”⁴ faz com que o direito seja mutável, dinâmico, envolvente e evolutivo, num acompanhar incessante de todas as mutações sociais.

Positivção e decisão são dois fenômenos que caminham passo a passo, inseparavelmente, e expressam a liberdade do homem em escolher o seu sistema jurídico.

O Direito Positivado é aquele provindo da decisão do homem, completamente apartado do Direito Natural.

Daí dizer NIKLAS LUHMANN que devemos entender por positivção do direito o fenômeno segundo o qual “todas as valorações, normas e

⁴ LUHMANN, Niklas. *Apud* FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *op. cit.* p. 43.

expectativas de comportamento na sociedade têm que ser filtradas através de processos decisórios antes de poder adquirir a validade”⁵.

A positivação do Direito seria, em termos políticos, a participação de todos, sem distinção, nas decisões em torno da realidade jurídica.

3. A TEORIA DA NORMA E O MODELO PRAGMÁTICO

As palavras que se usam para expressar pensamentos são signos.

Falar é uma ação indicativa em que se atribui palavras aos objetos. O ato de falar é algo corrente, contínuo, formando o discurso.

Considera-se, assim, discurso ou ato de falar a ação dirigida a alguém (ouvinte) por alguém (orador) com apelo ao entendimento de quem ouve. O entendimento e o aprender correspondem à possibilidade de o ouvinte repetir o discurso.

As regras para o estudo do discurso são três: sintaxe, semântica e pragmática. Na sintaxe, procura-se estabelecer a relação de um signo com outro signo; na semântica, a relação do signo com seu objeto; e, na pragmática, a relação signo com o usuário.

Se se transportar estas regras para a teoria da norma jurídica, pode-se estabelecer os modelos sintáticos, semânticos e pragmáticos. O que é pragmática? É o estudo dos signos tendo em vista seus usuários. O que é o modelo pragmático? É o estudo da norma jurídica, tendo em vista seus usuários.

A estrutura do modelo pragmático pousa em 5 pontos básicos:

a) o princípio básico da análise da pragmática é a interação - troca de mensagens; comunicação; perguntar e responder; perguntar significa estar inseguro quanto ao seu próprio comportamento;

b) comunicação verbal (digital) e comunicação analógica; na comunicação verbal, emana-se, com as características de semanticamente pobre e sintaticamente rica; na

⁵ Apud FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *op. cit.* p.

comunicação analógica, a característica é inversa da anterior: semanticamente rica (por exemplo: chorar, rir, semblante alegre, sério, etc) e sintaticamente pobre;

c) nível de relato - expressão do modo verbal; nível do cometimento - transmitido analogicamente; o relato é a informação transmitida e o cometimento é uma informação sobre a informação, que diz e orienta como a informação transmitida deve ser entendida (exemplo: relato - “você está muito gordo”, cometimento - “digo-lhe isto porque gostaria de vê-lo mais elegante, participando do nosso esporte preferido”);

d) relações simétricas - aquelas em que as partes são paritárias; relações complementares - aquelas em que as partes estão hierarquicamente postas umas em relação às outras;

e) última característica do discurso é a estratégia (exemplo: a mulher pretende se equiparar ao homem e, para isto, usa de certos recursos e planos anteriormente estudados e projetados).

Esta é a síntese do modelo pragmático.

4. OS ELEMENTOS DA NORMA

A norma jurídica é entendida como um discurso; sob o ângulo pragmático, é interação em que alguém dá a entender a outrem alguma coisa.

O conteúdo da norma é um pensamento, uma proposição jurídica de natureza prática; vale dizer, a norma é uma orientação para a ação humana; é uma regra segundo a qual devem ser orientadas as ações.

Como em todas as normas, as normas jurídicas têm seus caracteres próprios, distintivos dos das demais. Em primeiro lugar, em comum com as regras gramaticais, as normas jurídicas têm o caráter de orientação, sendo um imperativo positivo emanado de uma vontade mais forte, por força de um sistema jurídico ou da força propriamente dita.

Sendo relação entre vontades, as normas jurídicas são interpessoais e somente existem no mundo social, não existindo no mundo da natureza, onde prevalecem as relações de causa e efeito. A norma jurídica, como discurso lingüístico, tem umbilical vinculação com o princípio da interação,

que é a relação entre o orador e o ouvinte, estabelecendo uma situação comunicativa e um sistema comunicativo.

Esta situação comunicativa tem como elementos o repertório e a estrutura. O repertório, por sua vez, é constituído pelos seguintes elementos: orador, ouvinte e questão.

A estrutura pode ser dialógica ou monológica.

Na relação orador x ouvinte x questão, distingue-se o relato, o cometimento e a estratégia. Relato é a informação contida na mensagem transmitida pelo orador ou pelo comunicador normativo e cometimento é a informação sobre o modo de encarar a mensagem. Em outras palavras, o relato é a informação transmitida; o cometimento é uma informação sobre a informação, que diz como a informação transmitida deve ser entendida.

O objeto do discurso normativo da norma jurídica é a decisão que nele se encerra. Isto implica que as normas possam ser questionadas de dois modos distintos: “questio certa” e “questio dubia”.

5. O SISTEMA NORMATIVO

Sistema é um conjunto de objetos e seus atributos e suas respectivas inter-relações, de conformidade com certas regras. Ao conjunto de objetos e seus atributos dá-se o nome de repertório do sistema; às inter-relações, de conformidade com as regras, dá-se o nome de estrutura do sistema.

Sabe-se que normas são interações em que alguém comunica a outrem alguma coisa, estabelecendo-se, por consequência, uma relação entre o comunicador e o ouvinte.

No discurso normativo, há o relato e o cometimento e à adequação, de um ao outro, dá-se o nome de efetividade; há o problema da imunização do aspecto-cometimento de uma norma pelo aspecto-relato de outra norma, à qual se dá o nome de validade.

Os discursos são unidades compostas por orador, ouvinte, questões e estes são interligados por certas regras do dever de prova.

O sistema normativo tem por objeto o conjunto destas unidades, discursos normativos ou, simplesmente, normas.

Portanto, o objeto dos sistemas normativos (repertório do sistema) são as normas especificadas por seus dois importantes atributos: validade e efetividade, sendo que as relações entre as normas dão a coesão do sistema como um todo.

O sistema normativo jurídico é um sistema do tipo “aberto”, isto é, capaz de absorver elementos que vêm de fora e que são incorporados dentro de um certo limite; para HANS KELSEN⁶, porém, o sistema normativo jurídico é fechado, por quanto todo ele se reduz à norma fundamental, sem possibilidade de qualquer aceitação de outros elementos estranhos à sua teoria pura do direito.

Para TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR⁷, o sistema normativo jurídico é aberto, porque ele não tem unifinalidade e, sim, equi-finalidade; isto é, podem ser alcançados os seus fins (os seus “jus”) por diversos modos.

O sistema jurídico normativo é “aberto” porque está em constante interligação com o mundo circundante, no qual existem os conflitos; estes conflitos entram dentro do sistema normativo; parte é absorvida e parte é expelida; a linguagem cibernética chama a absorção de “input” e a rejeição de “output”.

Acontece com o sistema normativo jurídico exatamente o que acontece com o corpo humano, que também é um sistema aberto, envolto por um modo circundante; o corpo humano também tem canais de “input” (de entrada) e de “output” (de saída).

A imperatividade é uma qualidade do sistema. Validade e efetividade são atributos das normas que integram o sistema.

5.1. O Problema da Validade

A expressão “validade” tem várias significações. “Validade” é uma palavra que designa uma qualidade lingüística; designa material de natureza

⁶ Teoria pura do direito. p. 310.

⁷ Teoria da norma jurídica. p. 141.

lingüística. Validade designa uma relação. O termo validade pode ser trabalhado em termo de validade jurídica.

O termo validade é termo chave no aparecimento do Direito, no século XIX.

Pelo esquema semiótico, os signos são relações tríplices; se se substituir os signos pela norma, vê-se que ela também mantém uma relação tríplice, com o meio, com o objeto e com o intérprete ou com o usuário.

Com o meio, mantém uma relação sintática; com o objeto, uma relação, ou melhor dizendo, uma interpretação semântica da validade e com o intérprete, uma concepção pragmática.

Validade é a qualidade da norma que exprime uma relação hierárquica das normas entre si; uma norma válida significa, portanto, que ela guarda uma relação com outra norma, relação esta de natureza hierárquica.

HANS KELSEN⁸ vê a validade da norma como um problema sintático de relação da relação entre normas.

RUPERT SCHREIBER⁹ faz uma classificação das normas em três tipos, dizendo que quando a doutrina usa a expressão “validade”, quer se referir a três noções diferentes:

a) validade constitucional; b) validade no sentido de efetividade; c) validade endereçada ao usuário, numa relação entre editor e o endereçado.

A validade de natureza constitucional é de natureza hierárquica; a concepção sintática da validade é sempre de natureza constitucional, pois sempre leva ao problema da norma fundamental.

Quanto ao segundo aspecto, a validade no sentido de efetividade, é uma validade no sentido semântico; este segundo conceito também é defendido por ALF ROSS¹⁰, que explica o sentido semântico dizendo que a validade exprime, neste sentido, uma relação entre a norma e a realidade; terá validade ou será válida se for adequada à realidade; não será, neste caso,

⁸ Apud FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito. p. 57.

⁹ Idem, ibidem.

¹⁰ Sobre el derecho y la justitia. p. 109.

a hierarquia, mas, sim, a adequação o fato gerador da validade. Segundo ROSS, esta adequação pode ser medida. Desde que a norma seja aplicada pelos tribunais, desde que esteja atuando, diz ROSS, estão usando as normas com a consciência de que devem ser usadas. ROSS se opõe, portanto, a KELSEN.

Sob o ponto de vista da pragmática, a validade da norma representa uma relação de imunização. A norma é uma relação de imunização do editor, em face do endereçado. A autoridade do editor fica vacinada contra eventuais críticas do endereçado; havendo esta imunização, diz-se que a norma é válida.

5.2. O Problema da Efetividade

A noção de efetividade da norma jurídica é ungiada à correspondência entre aquilo que a norma prescreve e o comportamento humano diante do prescrito.

Se, no triângulo semiótico, substituir-se o signo pela norma, estabelecer-se-ão três relações:

*a) norma à norma - relação sintática; b) norma ao objeto - relação semântica; c) norma ao usuário - relação pragmática. Na relação norma - objeto, na relação semântica, ter-se-á a **efetividade semântica**.*

Na relação norma - norma, na relação sintática, ter-se-á a **efetividade sintática**, que corresponde à possibilidade de produzir efeitos, também chamada de **eficácia**. Esta efetividade sintática apresenta dois casos: a possibilidade de produção imediata de efeitos e a possibilidade de produção mediata de efeitos.

No segundo caso - possibilidade mediata de produção de efeitos, diz-se que há eficácia, que é dividida em duas: **eficácia contida e eficácia limitada**.

Ocorre a eficácia contida quando a norma precisa de uma outra norma para produzir efeitos; por exemplo: a lei que, para produzir efeitos, precisa de ser regulamentada, possui eficácia contida, porquanto, enquanto não houver a regulamentação, há contenção da eficácia.

Ocorre a eficácia limitada quando a norma precisa de outra produção normativa, como no caso das normas pragmáticas, que constam do texto constitucional. Exemplo: a Constituição determina a destinação de recursos públicos às escolas públicas e comunitárias, na forma determinada por leis especiais; estas leis especiais vêm a se constituir um novo elenco de produção normativa, para que surjam os efeitos pretendidos pela norma anterior¹¹.

Sob o ponto de vista pragmático, são estudadas estas duas formas de noção da efetividade: tanto na relação semântica, quanto na relação sintática.

Sabe-se que do ponto de vista da pragmática, as normas têm, sempre, um cometimento e um relato. O cometimento estabelece uma relação autoridade x sujeito; isto é, o emissor das normas estabelece uma autoridade e o endereçado da norma é estabelecido como sujeito. Pelo relato, prescreve-se alguma coisa.

Sabe-se que, quem fala não transmite apenas uma informação (relato), mas, transmite ao mesmo tempo como esta informação deve ser entendida (cometimento); isto é, quem fala - o orador ou emissor, informa e determina a relação entre si próprio e o seu ouvinte - o endereçado.

Pois bem, a noção de **efetividade** nada mais é que a **relação de adequação do relato ao cometimento**.

Haverá norma efetiva se houver adequação do relato ao cometimento; exemplo: nesta sala, é proibido fumar.

Não haverá efetividade se não houver esta adequação; exemplo: nesta sala é proibido subir nas árvores; o relato - subir nas árvores, é totalmente inadequado ao cometimento, não chegando a estabelecer a relação autoridade x sujeito.

Quando ocorre esta adequação, diz-se que a norma é efetiva porque a comunicação normativa é bem sucedida - **tem sucesso!**

O sucesso da comunicação normativa gera a efetividade da norma.

¹¹ Cf. art. 213 da Constituição Federal.

6. O DISCURSO NORMATIVO

Discurso, na linguagem universitária, é “um conjunto de fatos lingüísticos ligados entre si por regras sintáticas de construção”¹².

O discurso normativo, aquele que encerra a comunicação da norma, tem múltiplas definições, tendo RUEDIGER LAUTMANN¹³ catalogado 82 variações.

A doutrina jurídica tradicional tem preferido indicar o caráter imperativo dos enunciados, para embasamento da definição do discurso normativo.

Incontestavelmente, o discurso normativo funda-se no princípio da interação, através da qual o comunicador transmite aos destinatários a mensagem normativa; com uma vantagem: há, no discurso normativo, uma inversão do “ônus probandi” que, no discurso-*contra*, heterológico, de estrutura dialógica, cabe ao emissor, enquanto que naquele, cabe ao receptor o ônus de provar as razões de sua recusa à informação normativa. Esta é uma das mais importantes características do discurso normativo: destinando-se a ação lingüística do comunicador a dirimir um conflito entre as partes, sua decisão é válida, independentemente das expectativas e reações dos endereçados.

Há, no discurso normativo, três regras específicas:

a) a primeira regra: da imputação do dever de prova pela recusa da comunicação ao endereçado; b) a segunda regra: da garantia do conflito; c) a terceira regra: da exigibilidade, que confere ao comunicador normativo o seu caráter contrafático.

O discurso normativo é dialógico e monológico e, em consequência, seu objeto é um “certum” e um “dubium” a um só tempo.

É objeto “certum” na relação autoridade/sujeito (de estrutura monológica) e é objeto “dubium” tendo em vista a relação parte argumentante/intérprete, de estrutura dialógica.

¹² FOUCAULT, Michel. *Apud* FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Teoria da norma jurídica. p. 08.

¹³ *Apud* FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Teoria da norma jurídica. p. 36

Neste segundo aspecto, compreende-se porque todas as ações lingüísticas do comunicador normativo podem ser postas em dúvida pelo ouvinte, resultando a necessidade de diálogos parciais, para a obtenção de enunciados primários persuasivos, a partir dos quais o diálogo se instala.

Normas jurídicas são regras; são decisões. Consequentemente, o discurso normativo é um repositório de decisões e de regras, através das quais são estabelecidos controles, cuja finalidade é de determinar outras decisões.

Pode-se, pois, afirmar, que o objeto do discurso normativo é a comunicação de regras e de decisões, inclusive nos casos onde possa haver uma alternativa de decisões.

No discurso normativo, o relato e o cometimento formam, no seu conjunto, o objeto (“quaestio”) a ser decidido.

7. O PROBLEMA DA SANÇÃO

A questão da relação entre o discurso normativo e a sanção, sob o ponto de vista pragmático, decorre da própria ambigüidade do discurso, que é diálogo e monólogo, concomitantemente. Ao nível do cometimento ele é, basicamente monólogo, enquanto que o nível do relato ele é diálogo. Toda lei se impõe e não se pode discutir o caráter positivo da lei; entretanto, concomitantemente, embora não se possa recusá-la, pode-se discuti-la e interpretá-la.

Resultam, daí, dois caracteres: dogmaticidade e interpretabilidade, em razão dos quais é lícito se perguntar: o caráter de coercitividade do discurso normativo está ou não ligado à sanção?

Tal indagação é perfeitamente justificada face à existência de normas independentes que prevêm a sanção e normas dependentes que têm a sanção em outra norma.

HANS KELSEN¹⁴ reconhece que a sanção é elemento essencial da norma e que há normas independentes e dependentes, sendo estas ligadas à

¹⁴ Teoria pura do direito. p. 52

uma última e hipotética norma não sancionadora e que é o fundamento e alicerce de toda a ordem jurídica.

A temática da sanção enseja tríplice aspecto:

a) o que é sanção? Qual é seu sentido? b) qual é a relação entre norma e sanção? Toda norma tem de prever uma sanção ou pode haver norma desprovida de sancionabilidade? c) qual é o fundamento da norma na sanção? É o direito uma forma de violência?

Quanto ao primeiro aspecto, pode-se dizer que sanção é a consequência do ilícito ou delito, prevista no próprio ordenamento jurídico, dentro daquele aforisma representativo do positivo jurídico: “nullum crimen sine previa lege”; mesmo que determinado fato seja indesejável ou nocivo, ele não será ilícito se não se constituir em pressuposto da aplicação de um ato coercitivo.

Quanto ao segundo problema (relação entre norma e sanção), deve-se examinar se toda norma, mesmo que não preveja uma sanção, se se constitui numa ameaça de sanção; sabe-se que há normas que prescrevem condutas e estabelecem a meta complementariiedade autoridade/sujeito, destituídas de ameaças de sanção; esta, porém, é encontrada em outra norma e, por conexão é aplicada.

Finalmente, quanto ao terceiro aspecto, parece não haver dúvida que uma das características da norma jurídica é estar inserida nela a previsibilidade da sanção; a sanção não deve ser considerada, contudo, como a causa genética do Direito. Não é por outra razão que RODOLF VON IHERING, define Direito como sendo “o conjunto de normas coativas válidas num Estado (...)”¹⁵, acrescentando que esta definição é a que mais lhe agrada porque atingiu perfeitamente o essencial, os dois fatores básicos: norma e coação.

8. SITUAÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS

Depois do estudo feito sobre os três aspectos do problema da sanção dentro da norma - o que é sanção?, qual é o papel da sanção dentro da

¹⁵ Teoria pura do direito. p. 52

norma? a sanção constitui ou não fundamento da norma?, chega-se à identificação dos elementos necessários para a caracterização das chamadas situações jurídicas subjetivas.

Estes elementos são três:

a) noção de norma, como relação meta-complementar entre as partes; b) a noção de sanção, como elemento do aspecto-relato da norma; c) noção do editor normativo como autoridade e de endereçado como sujeito.

Quanto à noção de norma, como relação meta-complementar, viu-se que o comunicador normativo se coloca perante os endereçados numa posição hierarquicamente diferente; inicialmente, numa relação complementar, de natureza indosincrática; esta complementariedade imposta, estabelecida, recebe a denominação de relação meta-complementar.

Quanto à noção de sanção, viu-se que, sob o ponto de vista normativo e discursivo, a sanção é um fato lingüístico constitutivo de uma ameaça ou de um castigo socialmente desagradável.

Sanção, como diz HANS KELSEN¹⁶, não é uma palavra de fácil definição, porquanto tem ela várias significações; inclusive, o verbo sancionar pode significar o “referendum” aposto pelo Presidente da República à lei elaborada pelo Poder Legislativo. Mas, de uma maneira geral, a noção de sanção está ligada à idéia de um castigo, como um mal socialmente reconhecido.

Finalmente, quanto à noção do editor normativo, vimos quais são os papéis que as pessoas assumem na relação meta-complementar; a diferença entre normas de obrigação e normas permissivas. Identificados esse elementos, constata-se que o discurso normativo é um discurso-contra, de estrutura ambígua, com aspectos dialógicos e monológicos, com controle das reações do ouvinte discursivo, pelo orador, com inversão do ônus de prova.

Podem ser distinguidas três situações subjetivas jurídicas básicas: a) obrigação ou dever jurídico; b) poder jurídico; c) direito subjetivo.

As situações subjetivas jurídicas indicam posições variáveis do sujeito, dentro do discurso normativo, que é interação, posições estas que se

¹⁶ *Op. cit.* p. 55

modificam de conformidade com as forças argumentativas do seu discurso.

Sujeito da obrigação não é apenas aquele que pode evitar a sanção, mas também aquele que se encontra em relação meta-complementar perante o editor normativo.

8.1. O Poder Jurídico

Para existir o poder jurídico, há necessidade de uma norma permissiva, cujo relato autoriza a edição de normas e de uma norma de obrigação, cujo relato autoriza a aplicação de sanção aos contraventores da norma permissiva.

A conexão destas duas normas gera o poder jurídico, que representa a possibilidade de ser editada norma para restabelecer a relação autoridade x sujeito.

O poder jurídico é o criador das normas de competência, conhecidas por denominações diversas: normas secundárias, normas de 2º. grau e, ainda, normas de organização.

As normas de competência têm por caracteres primordiais: são permissivas e são normas de conhecimento, porquanto autorizam editar normas e reconhecem a validade de outras normas.

Quando se diz, por exemplo, “o Chefe do Departamento está autorizado a resolver os casos, dentro de sua competência funcional”, se quer dizer que o Chefe do Departamento está autorizado a editar normas, para decidir os casos submetidos à sua apreciação, normas estas que são reconhecidas, prioristicamente, como válidas.

Estas normas que compõem o poder jurídico têm as funções de reconhecer, ligar, julgar e de organizar; diz MIGUEL REALE¹⁷ que elas **organizam** outras normas.

As normas permissivas, além de reconhecer a validade de outras normas, também provocam a mudança de outras normas.

¹⁷ *Filosofia do direito*, p. 565.

Na noção de poder jurídico está inserida a questão do comportamento que contraria a norma, comportamento este sujeito às normas de obrigação que sancionam as contravenções das normas imputadas pelo sujeito do poder.

A violação da norma permissiva se dá ao nível do cometimento e não ao nível do relato. Neste sentido, a norma permissiva acaba provocando uma consequência, que não é, propriamente, a da aplicação da sanção, porquanto esta está sempre no nível do relato, ou seja, da conduta prescritiva.

Portanto, quando o cometimento é violado, a única coisa que acontece, que não é sanção, só pode ser a nulidade. Por esta razão, pode-se afirmar que o problema das nulidades está ligado ao cometimento e não ao relato.

8.2. *Direito Subjetivo*

Existem certas palavras que têm função designativa; basta ouvi-las e já vêm à mente os objetos que elas designam; por exemplo: mesa, cadeira, livro.

Há outras palavras, porém, que não têm definição ostensiva; são palavras ocas, vazias, que não traduzem os objetos a que se referem. Menciona-se, como exemplo de uma expressão oca, a expressão “libra esterlina”; quem a ouve, não pode criar a imagem do objeto que lhe corresponde. Transportando para o direito estes mesmos conceitos, verifica-se que há palavras, no mundo jurídico, que também não têm função designativa. Uma delas é “direito subjetivo”, como também o é “propriedade”.

Assim, quando se fala de propriedade, a que se está referindo? Ao direito do proprietário? Ao objeto possuído? A um direito real?

Ainda, no caso da propriedade, onde está o direito subjetivo? Na escritura pública? No registro do título no cartório de imóveis?

Resulta, portanto, a necessidade de ser definido o que significa “direito subjetivo”.

Algumas palavras ocas do Direito têm função social e a função mágica ou mística.

Assim, por exemplo, “jus” é uma palavra mágica ou mística, porquanto cria certos efeitos. Direito subjetivo é também uma expressão mágica ou mística, porquanto estabelece uma vinculação entre dois sujeitos e facilita a comunicação humana. Direito subjetivo de propriedade, por exemplo, significa que, sobre determinada pessoa incidem normas que, por sua vez, têm ligação com uma série de outras pessoas.

A expressão **direito subjetivo de propriedade** facilita o entendimento respeitadamente à transferência da propriedade.

Por outro lado, a expressão “direito subjetivo” tem uma função técnica, tem operacionalidade limitada, restrita. Direito subjetivo é um problema de conexão de normas permissivas e normas de obrigação.

Quando surge o direito subjetivo como objeto da reflexão?

Os juristas romanos, que se não distinguiram no direito público (no qual se destacaram os gregos) não tiveram a noção de Estado, mas criaram os conceitos de “norma agendi” e de “facultas agendi”.

Na expressão direito subjetivo há uma norma permissiva simétrica. Por exemplo: “É permitido fumar”. O editor se coloca numa posição igual ao endereçado; o editor é igual ao receptor. Para que surja o direito subjetivo há necessidade da auto imposição. A auto limitação cria um problema para a autoridade no sentido de isentar o ônus da prova.

Como explicar esta situação? É através da referência à divisão dos poderes. A obrigação de um poder dado a outro poder. Daí surgiu o Estado, como organização burocrática. A divisão dos poderes é um princípio ordenado que assegura um equilíbrio de forças, tornando possível a realização dos compromissos.

Este equilíbrio não permite a predominância de uma sobre a outra. O Direito subjetivo resulta de um equilíbrio de forças.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência jurídica*. 1º.ed. São Paulo. Atlas. 1977.
_____. *Teoria da norma jurídica*. 1º.ed. Rio de Janeiro. Forense. 1978.
KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4º.ed. Coimbra. Armênio Amado.1976.
REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17º.ed. São Paulo. Saraiva. 1996.
ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justitia*. [s.ed.] Buenos Aires. Eudeba.1963.