

## **4**

### **Disposições normativas, normas e tipos**

#### **4.1**

##### **Os diferentes usos do vocábulo “norma”**

No capítulo anterior, foi visto que o material jurídico produzido ou reconhecido como válido em uma comunidade política, segundo os critérios de identificação previamente definidos, pode ser representado de diferentes maneiras, conforme sejam adotados esses ou aqueles princípios de individualização. Naquela oportunidade, foi sugerida a utilização da expressão “disposição normativa” para designar as unidades básicas nas quais o direito é dividido. Nem sempre se poderá dizer que cada uma dessas unidades corresponde a uma norma. Isso por dois motivos: em primeiro lugar porque o vocábulo “norma” é dotado de tamanha vagueza e ambiguidade que sempre será possível encontrar algum significado que não coincida com o que se definiu como sendo uma norma. Ademais, já foi demonstrado que princípios de individualização diferentes produzem disposições jurídicas com estruturas lógicas diferentes. Por certo que algumas dessas estruturas identificadas podem ser chamadas de normas, conforme o princípio de individualização que se adote; é, contudo, igualmente certo que certas estruturas poderão ser identificadas como disposições jurídicas, sem que necessariamente tenham que ser qualificadas como normas. No que segue, serão apresentados alguns usos do termo “norma”. Feita a exposição, será proposta a adoção de determinado sentido, isso para evitar confusões desnecessárias.

Normas são seres esquivos, difíceis de serem definidos. Parte dessa dificuldade explica-se pelo fato de que o vocábulo pode ser usado para fazer

referência a objetos bem diferentes. Fala-se, por exemplo, que algo não deve ser feito, por assim ser a “norma da casa”; que determinada maneira de falar contraria as “normas gramaticais”; ou simplesmente que em certa comunidade é “norma” retirar o chapéu quando alguém mais velho se aproxima. O amplo espectro de significação do termo foi notado por Kelsen. Em sua “Teoria geral das normas”, ele diz:

“Fala-se de normas de Moral, de normas de Direito, como de prescrições para a conduta recíproca de seres humanos, e com isto se quer manifestar que aquilo que se qualifica como ‘Moral’ ou ‘Direito’ compõe-se de normas, é um agregado ou sistema de normas.

Fala-se também de normas de Lógica, como de prescrições para o pensamento; (...)

Supõe-se que há normas de pensamento, normas da Lógica, assim como normas da Moral e do Direito (...)” (Kelsen, 1986, pp. 1-2)

Mesmo se se restringir o campo de investigação – o que pode ser feito com o acréscimo de um qualificativo ao termo – e se perguntar, por exemplo, não qual é o significado de norma, mas de norma *jurídica*, ainda assim as respostas serão não somente variadas, mas possivelmente incompatíveis entre si. Essa discrepância se explica porque, de uma maneira geral, quem se preocupa em estudar as normas jurídicas precisa, antes, definir a expressão. E definir significa fazer escolhas, selecionar elementos que, identificados, autorizam aquele que define a dizer que tal objeto é um exemplo do termo ou expressão que se pretende definir. Ora, conforme sejam selecionados estes ou aqueles elementos, de ocorrência mais ou menos freqüente, ter-se-á uma definição que inclui em seu campo de abrangência um número maior ou menor de objetos. Austin, por exemplo, propõe uma definição bastante restritiva, ao dizer que normas jurídicas são (somente os) comandos, emitidos por alguém com poderes para tornar efetiva uma sanção prevista na hipótese do seu não cumprimento. Em suas palavras,

“Si tu formulas o declaras un deseo de que yo haga o me abstenga de hacer algún acto, y si me infligieres un daño en caso de que no me ajustara a tu deseo, la expresión o manifestación de tu deseo es un mandato. Un mandato se distingue de otras manifestaciones de deseo no por la forma en la cual se manifiesta el deseo, sino por el poder y la intención de quién emite el mandato de infligir un mal o un daño en el caso de que el deseo no sea satisfecho” (2002, p. 36).

Kelsen, que não foge à tradição imperativista, define norma jurídica como sendo “o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém”

(2003, p. 6). Isso não o impede, contudo, de afastar do núcleo significativo do vocábulo o elemento volitivo, presente na definição de Austin:

“Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser” (2003, p. 6)

Porque está mais interessado em compreender as normas na sua relação com o mundo, naturalmente complexo e contingente <sup>51</sup>, e não propriamente a partir do reconhecimento do caráter autoritário das manifestações normativas, Luhman define-as como sendo “expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos” (1983, p. 57). Por certo que ele não negligencia o fato de que normas são, sim, manifestações de autoridades, mas esse ponto parece-lhe menos importante. Em verdade, o que ele pretende é chamar a atenção para o papel social que as normas cumprem enquanto instrumentos de estabilização de expectativas, com a conseqüente redução da complexidade do mundo que isso acarreta, e viabilização de uma convivência humana menos incerta.

Muitas outras definições poderiam ainda ser citadas e discutidas, cada uma delas com suas características e pressupostos próprios, mas isso escapa ao objeto deste trabalho. Releva, porém, esclarecer que o grande número de definições existentes pode ser explicado pelo próprio tipo de definição que um filósofo do direito normalmente busca: uma definição teórica. De acordo com Copy (1978, p. 117), definição teórica é aquela que se preocupa em formular uma “caracterização teoricamente adequada aos objetos a que se aplica”. Ou, dito de outra forma: “propor uma definição teórica equivale a propor a aceitação de uma teoria” (*Idem*, p. 117). Exatamente porque teorias são discutíveis, serão discutíveis também as definições que tenham por pressuposto a aceitação de uma teoria qualquer. Tal discussão, porém, por extrapolar os limites deste trabalho, não será levada à frente.

Ao invés, propõe-se, por ora, a adoção de um conceito fraco de norma jurídica. Algo suficientemente sólido para servir de base para as análises que se seguirão, porém frágil o bastante para ser compatível com o maior número possível de teorias sobre a validade do direito <sup>52</sup>. Será considerado norma

<sup>51</sup> Sobre o conceito de complexidade e contingência, v. Luhman, 1983, v. 01, p. 45.

<sup>52</sup> Alexy usa a mesma estratégia, ao propor o que chama de “conceito semântico de norma jurídica”. Em suas palavras: “Isso sugere que se busque um modelo de norma que, de um lado, seja sólido o suficiente para constituir a base das análises que se seguirão, e, de outro lado,

jurídica o conteúdo de sentido de um enunciado normativo. A ideia de um conceito como esse não é nova. Na verdade, Ross, que prefere falar em “diretivas” em vez de “normas”, já havia atentado para a diferença entre elas, as normas, e suas construções linguísticas:

“How can a directive be said to exist? A directive is the meaning content of certain linguistic constructions; it is consequently, an abstraction which lacks independent existence, and exists only by virtue of the linguistic constructions which express it” (Ross, 1968, p. 80)

Ao que tudo indica, a diferenciação proposta por Ross apóia-se em, ou quiçá expressa outra distinção, ainda mais antiga, utilizada pelos autores que se dedicaram ao estudo da semiótica. Em sua “Introduction to Semantics”, Carnap faz saber que a semiótica, entendida como ciência da linguagem, divide-se em semântica, sintaxe e pragmática, e tem por objeto de estudo as unidades últimas de expressão, chamadas de *signos* (1946, p. 9). Um signo é composto por dois elementos: o indicador (ou expressão) e o indicado (ou designatum). Por seu turno, a semântica é o campo da semiótica que se preocupa com o estudo da relação entre um e outro, vale dizer, da relação entre o indicador e o indicado, independentemente de quem está usando a linguagem (quando então se está diante da pragmática) e de quais são as relações entre as expressões utilizadas (sintaxe). Como esclarece Warat,

“para Carnap, o signo é composto por dois elementos: *indicador*, situado no plano da expressão, de natureza sempre material (som, grafia, gesto), e o *indicado*, constituído pela situação significativa (fenômeno, fato, situação do mundo), que conseguimos comunicar mediante o indicador. O signo seria uma realidade bifásica e seu estatuto lógico seria o de uma relação” (1995, p. 39)

Ora, se observarmos a distinção feita por Ross entre diretivas e suas construções linguísticas, não teremos dificuldade em perceber que ela (a distinção) reproduz no campo do discurso normativo a separação feita na semiótica entre expressões e seus significados. Nesse prisma, a *norma* se mostra como o conteúdo de sentido (indicado ou significado) de uma expressão linguística, a qual, por pertencer ao discurso normativo, pode ser chamada de *enunciado normativo*. Feitas essas primeiras considerações sobre as dificuldades que envolvem a conceituação das normas jurídicas, e adotada uma concepção fraca, segundo a qual uma norma é o conteúdo de sentido de um enunciado normativo, pode-se, agora, investigar os diferentes fenômenos

---

suficientemente frágil para que seja compatível com o maior número possível de decisões no campo dos problemas mencionados. Essas exigências são satisfeitas por um modelo semântico, compatível com as mais variadas teorias sobre a validade. (...) O ponto de partida desse modelo consiste na diferenciação entre norma e enunciado normativo” (2008, pp. 52-53).

reconhecidos pela comunidade linguística de um modo geral como exemplos do termo norma. Esse é o tema do próximo item. Por se tratar de classificação amplamente aceita pelos teóricos do direito, e especialmente porque dela se vale Raz em seu “The concept of a legal system”, obra de significativa importância para o presente trabalho, será usada a tipologia que G. H. von Wright sugere em seu “Norma y acción”.

## 4.2

### A classificação das normas, segundo G. H. von Wright

Não obstante o que se falou no final no item anterior, ainda há outros motivos para a escolha de von Wright. Sua escolha parece justificar-se pelo fato de que sua preocupação não foi vincular um conceito específico de norma a uma teoria sua, pressuposta; tal como fizeram, por exemplo, Austin, Kelsen e Luhman. Antes, o que ele pretendeu foi tão-só elencar os diferentes usos que se faz do termo <sup>53</sup>. Em “Norma y acción”, von Wright lista três tipos principais e três tipos secundários de normas. Enquadram-se entre os principais as *regras constitutivas* (ou simplesmente regras, como ele prefere chamar), as *regras técnicas* e as *prescrições*; entre os tipos secundários estão as *normas ideais*, os *costumes* e as *normas morais*. Vejamos no que consiste cada um desses tipos. Antes, porém, cabe mencionar que daqui para frente os termos “norma” e “regra” serão usados como sinônimos. Começemos pelas prescrições.

#### Prescrições

Prescrições são ordens ou permissões dadas por alguém que se encontra em uma posição de autoridade a alguém que a ele se subordina (von Wright, 1970, p. 27). Enquanto tais, expressam a vontade da autoridade de que um ou mais indivíduos comportem-se de determinada maneira, não de outra. As

<sup>53</sup> Da mesma forma, Ross também crê que von Wright, em “Norma y Acción”, não apresenta nenhuma definição de norma: “Norm is a term widely used in legal theory, sociology, linguistics, moral philosophy and logic, but there is no common agreement about its sense. It is in fact used most frequently without being defined at all. This is true, for example, of von Wright, although one of his books is chiefly concerned with norms” (1968, p. 78).

prescrições funcionam, assim, como um “reduzidor de opções do indivíduo em suas variadas possibilidades de comportar-se porque sua presença implica comportamentos não opcionais com respeito a certo universo de ações possíveis” (Sgarbi, 2007a, p. 123). Toda prescrição possui [1] um caráter; [2] um conteúdo; [3] condições de aplicação; [4] uma autoridade normativa; [5] um sujeito normativo; e [6] uma ocasião.

[1] O *caráter* de uma prescrição nada mais é do que o modo como algo é prescrito, a forma como uma ação ou atividade deve se dar. Uma conduta qualquer, como, por exemplo, a comunicação da ocorrência de uma doença ao órgão local de saúde, pode ser definida pelo legislador como permitida, obrigatória ou proibida. Se tal conduta for permitida, diz-se da norma que ela tem o caráter de permissão; se for obrigatória, de obrigação ou dever; se for proibida, de proibição (von Wright, 1970, pp. 88-89).

[2] O *conteúdo* é aquilo mesmo que é permitido, proibido ou devido (*Idem*, p. 88). É a ação ou a atividade prescrita. No exemplo mencionado no parágrafo anterior, o conteúdo da norma, independentemente do seu caráter ser de dever, proibição ou permissão, será o ato de comunicar a ocorrência de uma doença ao órgão local de saúde. Em suma: se o conteúdo de uma norma é *aquilo* que é devido, o caráter é a *forma* como é devido o que é devido.

[3] Von Wright define *condição de aplicação* como sendo aquela que tem que se dar para que se tenha a oportunidade de fazer aquilo que é o conteúdo da norma (*Idem*, p. 90). Para que se dê a oportunidade de se fazer o que a norma “pare” exige, é necessário que se esteja em movimento. Fala-se, portanto, que “estar em movimento” é condição de aplicação de tal norma. Conforme a condição de aplicação possa ou não ser identificada exclusivamente a partir do conhecimento do conteúdo da norma, fala-se em normas *categóricas* e *hipotéticas*. A norma “pare” é exemplo de norma categórica porque o só conhecimento do seu conteúdo (o ato de parar) já basta para que se possa sustentar que estar em movimento é condição necessária para sua aplicação. Afinal, não é possível que alguém que já esteja parado tenha condições de cumprir a norma “pare”. Isso porque, obviamente, só é dado parar a quem está em movimento.

Por outro lado, uma norma hipotética só pode ser adequadamente cumprida se em sua formulação constar a própria condição de aplicação. Por exemplo, o conteúdo da norma “caso venha alguém, pare” é “pare”. Mas a ordem de parar, nesse exemplo, não deve ser cumprida por todos os que estiverem em movimento, mas tão-só por aqueles que, sobre estarem em movimento, percebem que alguém se aproxima. “Alguém se aproximar” é, portanto, condição de aplicação dessa norma. E conhecer tal condição não é possível com a simples identificação do conteúdo normativo, que, no caso, é simplesmente “pare”. Necessário se faz saber de antemão como a norma foi linguisticamente formulada.

[4] *Autoridade* é quem prescreve, é aquele que “ordena, permite o proíbe a determinados sujetos hacer determinadas cosas en determinadas ocasiones” (*Idem*, p. 91). Conforme se trate de um agente empírico ou supra-empírico, fala-se, respectivamente, em normas *positivas* ou *teônomas*. Aqui não se discutirá quem são ou como atuam os agentes supra-empíricos, como também não serão objeto de estudo as normas teônomas. A autoridade normativa é ainda utilizada como critério para separar as normas *heterônomas* das *autônomas*. Se a autoridade normativa não se identificar com o sujeito normativo, então a norma será heterônoma; do contrário, será autônoma.

Como é fácil de perceber, a grande maioria das normas que regulam a vida de uma comunidade são heterônomas, sejam elas normas morais, religiosas ou jurídicas. Isso porque, em uma comunidade que pretenda ser razoavelmente organizada, é conveniente que algum indivíduo ou órgão colegiado estabeleça regras de comportamento, diga como devem se comportar os demais membros do grupo. Em casos como tais, as normas são heterônomas porque a autoridade normativa (seja um só indivíduo ou um órgão colegiado inteiro) não se identifica com os sujeitos normativos (os demais membros da coletividade). Segundo von Wright, são exemplos de normas autônomas tanto aquelas desprovidas de autoridade normativa, quanto aquelas outras, produzidas pelo próprio sujeito normativo (*Idem*, p. 93). Algumas normas morais se enquadram na primeira hipótese; na segunda podem ser colocadas aquelas normas que von Wright chama de auto-comandos (*Idem*, p. 93).

[5] São *sujeitos normativos* aqueles a quem a prescrição se dirige (*Idem*, p. 93). Quando dirigidas a um indivíduo específico ou a um grupo determinado de

indivíduos específicos, fala-se de prescrições *particulares*; quando dirigidas a todos os indivíduos, sem restrições, ou a um grupo de indivíduos que corresponda a uma determinada descrição, então se fala que a prescrição é *geral* (*Idem*, p. 94). Exemplos do primeiro caso são as prescrições “Pegue o livro, Maria” e “João e Maria, peguem seus livros”. Exemplos do segundo caso são prescrições como “Não matará” e “Peguem os livros todos aqueles que forem fazer a prova”. As prescrições gerais podem ainda ser consideradas *conjuntiva* ou *disjuntivamente* gerais: são conjuntivamente gerais aquelas que se referem a todos os membros de uma classe, tais como a prescrição “Todos os alunos deverão fazer a prova”; são disjuntivamente gerais as que dizem respeito a algum ou a alguns indivíduos indeterminados de uma classe, tais como a prescrição “Alguém, nesta sala, deverá fazer uma lista de chamada”. O exame do traço de generalidade das normas será retomado mais abaixo, no item 4.3.

[6] A *ocasião* de uma prescrição é sua referência temporal. Quando se faz menção a uma ocasião em especial ou a um número finito de ocasiões, fala-se em prescrição *particular em relação à ocasião*. São exemplos as seguintes prescrições: “Levante-se agora” e “Levante-se nas seguintes ocasiões: quando se aproximar o Sr. José, e quando se aproximar a Sr<sup>a</sup> Maria”. Quando se refere a um número ilimitado de ocasiões, diz-se que se trata de prescrição *geral em relação à ocasião*. As prescrições desse segundo tipo podem ainda ser divididas, ao menos em tese, em *conjuntivamente* gerais em relação à ocasião e *disjuntivamente* gerais em relação à ocasião. Exemplifica o primeiro caso a prescrição “levante-se sempre que alguém se aproximar”. No que concerne ao segundo tipo de prescrições gerais, cabe anotar que von Wright não aceita sua existência como possível (*Idem*, p. 96).

Embora não faça menção expressa à distinção feita por von Wright entre normas gerais em relação à ocasião e normas gerais em relação ao sujeito normativo, o Ministro Cezar Peluso, do Supremo Tribunal Federal, acaba por aceitar tal diferenciação. Isso fica patente em sua manifestação nos debates que antecederam o julgamento da ADI 2.925-8/ DF <sup>54</sup>, quando o Pleno do Supremo

<sup>54</sup> Naquela ação se questionou a constitucionalidade do art. 4º, I, “a”, “b”, “c”, “d” e “e” da Lei 10.640/ 2003, que assim dispunha:

Art. 4º Fica o Poder Executivo autorizado a abrir créditos suplementares, observados os limites e condições estabelecidos neste artigo e desde que demonstrada, em anexo específico do decreto de abertura, a compatibilidade das alterações promovidas na programação orçamentária com a meta de resultado primário estabelecida no Anexo de Metas Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias 2003, para suplementação de dotações consignadas:

Tribunal entendeu cabível o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária “revelar contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia completa”. Para sustentar essa tese, assim se manifestou o Sr. Ministro:

“Sr. Presidente, com o devido respeito, também acho que [o conteúdo de sentido do art. 4º, I, “a”, “b”, “c”, “d” e “e” da Lei 10.640/ 2003] é norma típica, de caráter geral e abstrato. Não é o fato de estar dirigida a sujeito determinado, como seu destinatário, que descaracteriza a abstração e a generalidade da norma. A norma constitucional que, por exemplo, no regime anterior, dava competência ao Supremo Tribunal Federal e, portanto, a destinatário específico, para editar preceitos regimentais com força de lei, era norma geral e abstrata. Concreta é a norma que prevê ação historicamente determinada. Não é o caso” (D.J. 04.03.2005, Ementário nº 2182-1)

### Regras ou normas constitutivas

Outra classe de normas a que von Wright se refere é formada pelas *regras* (ou normas) *constitutivas*. Vejamos quais são seus traços diferenciais. Em alguns casos, se emprega o termo “norma” (ou regra) para fazer referência a determinado padrão de comportamento, padrão esse usado para avaliar se alguém pratica de forma adequada certa atividade. Não que se possa dizer, com base em tais normas, que Fulano fez ou deixou de fazer o que era devido, no sentido de prescrito, ordenado. Pelo contrário, as normas são usadas, em tais contextos, muito mais como referenciais para o enquadramento de ações como válidas ou inválidas, do ponto de vista da atividade que se pratica, do que propriamente como ordens, ou mesmo permissões.

Veja-se, por exemplo, o caso das normas do xadrez ou do futebol. Diz-se delas que são constitutivas, exatamente porque criam algo, constituem e conformam uma atividade (que é a atividade de jogar xadrez ou futebol) até então inexistente. O que lhes dá o traço peculiar é o fato de que não se assemelham nem às regras descritivas, posto que não se restringem à mera descrição de uma regularidade empírica; nem tampouco às prescrições, já que

---

I – a cada subtítulo, até o limite de dez por cento do respectivo valor, mediante a utilização de recursos provenientes de:

- a) anulação parcial de dotações, limitada a dez por cento do valor do subtítulo objeto da anulação, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo;
- b) reserva de contingência, inclusive de fundos e de órgãos e entidades das Administrações direta e indireta, observado o disposto no parágrafo único do art. 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal, e no § 6º deste artigo;
- c) excesso de arrecadação de receitas diretamente arrecadadas, desde que para alocação nos mesmos subtítulos em que os recursos dessas fontes foram originalmente programados, observado o disposto no parágrafo único do art. 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal; e
- d) até dez por cento do excesso de arrecadação.

não criam obrigações no sentido mais estrito do termo, tal como exposto logo acima. Em seu conjunto, as regras do xadrez não descrevem o que é jogar xadrez; antes, dizem como se deve agir se se quiser jogar xadrez. Ou, o que dá no mesmo, dizem quais movimentos serão avaliados como corretos (válidos) ou incorretos (inválidos) do ponto de vista de quem pratica o jogo.

Em suma: regras constitutivas são, certamente, exemplos de regras ou normas, posto que correntemente denominadas como tais pela comunidade lingüística. Diferenciam-se, porém, das chamadas regras descritivas porque ultrapassam a simples descrição de regularidades empíricas; da mesma forma que se distanciam das simples prescrições, já que não ordenam nada, antes estabelecem que determinado movimento ou ação seja reconhecido como válido ou inválido, conforme o caso, por aqueles que conhecem as regras que constituem e dão forma ao jogo.

### **Regras ou normas técnicas**

O terceiro grupo é formado pelas *regras técnicas*. Uma regra que pertença a essa classe especifica os meios necessários para que determinado fim seja obtido (von Wright, 1970, p. 29). São exemplos de regras técnicas as instruções sobre como usar algo, tais como “se quiser abrir esta lata de leite condensado, deverá usar um abridor de lata” ou “se quiser fazer com que seu computador fique mais rápido, deverá formatá-lo”. De acordo com von Wright, a formulação-tipo de uma regra técnica é uma oração condicional (que ele irá chamar de “enunciado anankástico”), em cujo antecedente se faz menção a algo que se deseja, e cujo conseqüente estabelece o que é devido para tanto (*Idem, ibidem.*). Por certo que nem toda oração condicional é um caso de regra técnica. Afinal, também as prescrições podem assumir a forma de normas hipotéticas.

O que diferencia, então, uma prescrição expressa de forma hipotética de uma regra técnica? Ao que parece, o que aparta os dois tipos de norma é o fato de que uma regra técnica indica o que deve ser feito para satisfazer certo *desejo* (de abrir a lata de leite condensado ou de fazer com que o computador fique mais veloz, por exemplo); ao passo que uma norma hipotética prescreve uma ação ou abstenção, caso se dê determinado *estado de coisas*, caso surja alguma *contingência* (*Idem, p. 30*). Assim, se, por um lado, as normas

hipotéticas regulam nossa conduta, caso estejamos diante de certa contingência; por outro, as regras técnicas despontam no universo normativo como instruções sobre como materializar nossos anseios. Como bem explica Sgarbi,

“Nesse sentido, as ‘regras’ técnicas não estão destinadas a conformar a vontade do destinatário, senão para indicar que uma determinada atividade está condicionada a um determinado comportamento. Portanto, as regras técnicas não estabelecem um ‘dever’ (ou como se costuma dizer: um ‘dever-ser’), mas um ‘ter que’” (2007a, p. 117)

### Regras ou normas ideais

A expressão “regras ideais” foi cunhada por G. E. Moore e, conforme von Wright, faz referência àquelas normas que têm mais relação com um “ser” do que com um “fazer”, tais como a que diz que um homem tem que *ser* generoso, sincero, justo, equânime; e aquela outra que fala que um soldado deve *ser* bravo e disciplinado (*Idem*, p. 33). Segundo von Wright,

“Las reglas ideales están en estrecha conexión con el concepto de *bondad*. Las propiedades que un artesano, un administrador o un juez tienen que poseer son características, no de *cada* artesano, administrador o juez, sino de un buen artesano, administrador o juez. La persona que tiene las propiedades de un bon lo-que-sea en un grado supremo le llamamos frecuentemente un lo-que-sea *ideal*. Lo mismo puede decirse de los relojes, coches y otras cosas que sirven para diversos propósitos humanos (1970, p. 33)”

As regras ideais são normas que estabelecem, portanto, um padrão, com base no qual se pode avaliar os membros de certa classe e dizer deles que são bons membros, exemplos de indivíduos virtuosos. Como ressalta von Wright, deve-se tomar cuidado para que não se confunda tais normas, que estabelecem um padrão de virtude, com aquelas chamadas de *princípios morais*, as quais são normas de ação moral (1970, p. 33). Da mesma forma, não é o caso de se pensar que as normas ou regras ideais são exemplos de regras técnicas. Afinal, enquanto nas primeiras as qualidades de um indivíduo que determinam sua excelência como membro de certa classe não estão causalmente relacionadas com o ideal que se tem dos membros dessa classe, antes compõem o próprio conceito de “bom membro” da classe; as segundas estabelecem o que se deve fazer de modo a produzir uma consequência que tenha sido causada pela própria ação (*Idem*, p. 34). Se as regras ideais dizem como eu devo *ser* para que possa ser visto como exemplar virtuoso de uma classe que contenha vários outros indivíduos, as regras técnicas dizem o que devo *fazer* para produzir determinada alteração no estado de coisas atual.

## Costumes

Von Wright não nega que, em aspectos relevantes, os costumes assemelham-se às prescrições e, quiçá, às regras constitutivas. Por isso – e tendo como pressuposto que tanto as prescrições quanto as regras constitutivas já foram adequadamente caracterizadas – parece vantajoso ressaltar inicialmente o que esse tipo de norma tem de diferente e de semelhante com as outras espécies citadas, para só então investigar aquilo que lhe é próprio. Costumes estabelecem padrões de comportamentos, e o fazem ao tornar certa ação ou atividade proibida, obrigatória ou permitida, exatamente como se dá no caso das prescrições. Ao contrário dessas últimas, porém, os costumes não possuem uma autoridade normativa, não foram formulados por um indivíduo ou grupo de indivíduos, antes surgiram de forma natural como regularidades de conduta dentro de uma comunidade. Nas palavras do próprio von Wright, são normas que poderiam, perfeitamente, ser caracterizadas como prescrições anônimas (von Wright, 1970, p. 28). De mais a mais, os costumes não precisam ser promulgados por meio de “signos simbólicos”, não precisam estar escritos em nenhum lugar, e exatamente por isso, podem ser chamados de prescrições implícitas (von Wright, 1970, p. 28).

Por outro lado, em outros aspectos, os costumes assemelham-se às regras constitutivas, posto que definem “formas de vida que são características dentro de certa comunidade” (*Idem, ibidem*):

“Un miembro que no vive de acuerdo con la costumbre, raramente es sancionado con una pena, tal como se hace con el que infringe las leyes. Su actitud es más como la de un niño que se mantiene apartado y no quiere participar en los juegos de sus compañeros. Se convierte más en un ‘extraño’ a su comunidad que en un ‘fuera de la ley’ (*Idem, ibidem*)”

## Regras ou normas morais

Determinar os traços característicos das normas morais, com vistas a descobrir seu lugar dentro da classificação das normas em grandes grupos, não é tarefa das mais simples. Isso porque não é fácil encontrar exemplos claros de normas morais. De fato, algumas delas – como a que diz que “as obrigações devem ser cumpridas” – assemelham-se às regras constitutivas, uma vez que

definem o que se deve entender por isso ou aquilo; no caso, o que se deve entender por promessa. Atente-se para o fato de que o “serem cumpridas” faz parte da própria estrutura conceitual das promessas. Nas palavras de von Wright, “por definición, uno puede decir, las promesas deben cumplirse” (*Idem*, p. 31). Outras normas morais, por seu turno, assemelham-se aos costumes.

Em verdade, o termo “moral” evoluiu a partir do vocábulo latino “*mos*”, que significa justamente costume. Isso parece reforçar a tese de que a moralidade, entendida como conjunto de normas morais que norteiam certa comunidade, nada mais é do que o conjunto de costumes dessa mesma comunidade. Se assim for, então as normas morais são todas elas normas consuetudinárias. De fato, algumas normas consuetudinárias possuem inegável conteúdo moral, como as que se referem à vida sexual dos integrantes da comunidade, e examiná-las como tais pode ser extremamente proveitoso (von Wright, 1970, p. 31). Por outro lado, continua von Wright, parece um pouco forçado estudar, por exemplo, a obrigação de se cumprir as promessas a partir da pressão normativa exercida pelos costumes. Não se pode, ainda, deixar de notar que é perfeitamente possível que existam normas de caráter consuetudinário desprovidas de qualquer conteúdo moral, a exemplo das normas de mera coordenação, como a que estabelece o lado da rua pelo qual as pessoas devem seguir.

Talvez se avance mais ao explicar as normas morais em termos de prescrições. Nesse prisma, os “comandos” morais aparecem ora como mandamentos de Deus (concepção teológica da moralidade), ora como diretrizes para se alcançar certo fim (concepção teleológica), ora como prescrições autônomas, que existem por si só, independentemente de uma autoridade emanadora (concepção deontológica) (von Wright, 1970, pp. 31-32). De todo modo, parece razoável colocar as normas morais em um grupamento autônomo, isso em vista da dificuldade de reconduzir todas elas a somente um grupo.

### 4.3 Normas e tipos

Como se viu, o vocábulo “norma” pode ser usado para fazer referência a objetos de natureza bem diferente. Fala-se em normas para designar, por exemplo, comandos emitidos por alguém e direcionados a outra ou a outras pessoas; para significar obrigações morais ou costumes centenários; assim como também para individualizar as regras que definem e conformam dada atividade. A pluralidade de significados do termo em estudo é um fato incontornável. E como é da natureza dos fatos serem teimosos, parece conveniente especificar um pouco mais o sentido que se atribuirá ao vocábulo daqui para frente. Em ao menos um de seus sentidos, norma significa “regra”, “padrão” (HOUAISS, VILLAR e FRANCO, p. 2027) e indica *tipos*, não objetos ou indivíduos particulares. Fala-se das regras com essas características que são *gerais*. Não são somente as normas gerais que aparecem em nosso dia-a-dia. Como se viu no item anterior, o universo normativo é formado por normas gerais e particulares, seja em relação ao sujeito normativo, seja no que concerne à ocasião. São as regras gerais, porém, que merecem atenção, isso porque são elas (não as particulares) que atuam como o grande instrumento de controle social nas comunidades modernas. Confira-se o que diz Hart sobre o ponto:

“Em qualquer grande grupo, as regras gerais, os padrões e os princípios devem ser o principal instrumento de controle social, e não as diretivas particulares dadas separadamente a cada indivíduo. Se não fosse possível comunicar padrões gerais de conduta que multidões de indivíduos pudessem perceber, sem ulteriores diretivas, padrões esses exigindo deles certa conduta conforme as ocasiões, nada daquilo que agora reconhecemos como direito poderia existir. Daí resulta que o direito deva predominantemente, mas não de forma alguma exclusivamente, referir-se a *categorias* de pessoas, e a *categorias* de actos, coisas e circunstâncias, e o seu funcionamento com êxito sobre vastas áreas da vida social depende de uma capacidade largamente difundida de reconhecer actos, coisas e circunstâncias particulares como casos de classificações gerais que o direito faz” (1994, p. 137)

No que segue, será examinado o traço de generalidade das normas. Conquanto o mundo se nos apresente, no mais das vezes, como uma totalidade não organizada de objetos e indivíduos particulares, tendemos a agrupá-los em classes ou tipos, identificados a partir do reconhecimento de certas características, que lhe são próprias. Um pequeno instrumento de madeira, cilíndrico e colorido sobre a mesa é um dos múltiplos objetos que compõem o conjunto formado por todos os lápis de cor existentes no mundo.

Ou, para ser mais sintético, é um *exemplo* de lápis de cor; da mesma forma que são exemplos de livro as coleções de folhas de papel, impressas ou não, cortadas, dobradas e reunidas em cadernos cujos dorsos são unidos por meio de cola, costura etc., formando volumes que se recobrem com capas resistentes.

Naturalmente, um objeto pode ser simultaneamente membro de numerosas classes, nem mutuamente excludentes, nem rigidamente distintas (Schauer, 2004, p. 79). Isso porque é possível generalizar em diferentes direções, conforme desejado. O lápis de cor, descrito no parágrafo anterior, pode ser, ao mesmo tempo, um exemplo das possessões de Beatriz, dos materiais obrigatórios para o curso de arquitetura e dos instrumentos, na posse dos quais os visitantes estão proibidos de entrar em um estabelecimento penitenciário. Igualmente, os livros de que se falou podem ser tidos, simultaneamente, como exemplares que compõem uma biblioteca, como materiais inflamáveis e como objetos coloridos.

A escolha da classe que se utilizará para fazer referência ao objeto não é determinada por nenhuma das propriedades inerentes ao próprio objeto, antes tem que ver tão somente com o contexto discursivo. Provavelmente faz mais sentido justificar a bagunça da sala dizendo que as coisas de Beatriz estão espalhadas por todo o chão, do que sustentar que há por ali muitos materiais obrigatórios para o curso de arquitetura. De toda forma, ambas as proposições podem ser, simultaneamente verdadeiras, embora se refiram a conjuntos com extensões divergentes.

Generalizações feitas em uma mesma direção podem, ainda, ser mais ou menos excludentes. Se é certo que não há, para além da ocorrência do lápis de cor, relação alguma entre a classe dos objetos que pertencem a Beatriz e a dos materiais obrigatórios para o curso de arquitetura, também o é que todos os objetos presentes no conjunto dos livros estão, simultaneamente, contidos no conjunto mais abrangente dos objetos inflamáveis, posto que tudo o que é feito de papel (como todos os livros o são) pega fogo, embora nem tudo que seja inflamável seja feito de papel. O que é digno de nota é que, ao elegerem certa propriedade como identificadora de um tipo qualquer, as generalizações suprimem também outras, inclusive aquelas que marcam diferenças reais entre os indivíduos

tratados como iguais por conta da propriedade selecionada (Schauer, 2004, p. 80).

Quando chamamos de livro o volume contendo as obras completas de Edgar Allan Poe, somos forçados a colocá-lo no mesmo conjunto de objetos que contém, por exemplo, a versão encadernada das Histórias da Turma da Mônica, do nacionalmente conhecido Maurício de Souza. Sem dúvida, tal generalização não toma como relevante o fato de que o primeiro é tido como o pai do *romance noir*, gênero literário essencialmente sombrio e violento, enquanto o segundo fez fama por produzir quadrinhos para o público infantil. Se alguém der dinheiro para que uma criança vá à livraria comprar um livro, não poderá dizer que ela não o fez, caso retorne com um exemplar da obra do autor de *Os Crimes da Rua Morgue*. Se o intento for retirar do seu campo de liberdade de escolha livros destinados ao público adulto, pode-se acrescentar ao termo o qualificativo “infantil”, de tal modo que as obras de Poe restem excluídas do conjunto indicado.

O traço da generalidade das normas, tão bem explorado por Schauer, não estava no foco principal das atenções de von Wright. Para esse último autor, mostrou-se mais importante descrever o universo normativo, nas suas diversas manifestações linguísticas, ou seja, a partir dos usos igualmente aceitáveis que são feitos do termo por quem dele se vale em diferentes contextos discursivos. Isso não significa, porém, que von Wright não tenha se dado conta de que, para além do universo das prescrições, outras normas também são inegavelmente gerais. Por certo que sim. Se tomarmos, por exemplo, os costumes e, assim como fez von Wright, ressaltarmos sua condição de “prescrições anônimas” – já que desprovidas de autoridade normativa – seremos forçados a reconhecer neles o traço de generalidade, seja em relação ao sujeito normativo, seja em relação à ocasião. Do contrário, seria impossível transmitir seu conteúdo normativo aos demais membros da comunidade. O mesmo pode ser dito sobre as normas morais, claramente dirigidas aos seres humanos, na sua totalidade; e passíveis de serem aplicadas em diferentes oportunidades. Há ainda outros exemplos, mas não parece ser o caso de elencá-los. Por ora, basta ter em mente que a generalidade é traço característico das normas, de um modo geral, e não das prescrições, como uma leitura apressada pode sugerir.

#### 4.4 A estrutura das normas

As normas possuem uma estrutura lógica. Segundo uma visão bastante difundida, toda norma contém um predicado fático e um conseqüente <sup>55</sup>. Canonicamente, “se *x*, então *y*”. Naturalmente, nem todas elas são, de fato, expressas de forma canônica, conquanto toda norma possa ser reformulada de forma hipotética (Schauer, 2004, p. 82). Um aviso colado na parede, com os escritos “é proibido fumar” pode ser reformulado como “se alguém quiser fumar, então deverá sair do recinto” ou “se alguém acender um cigarro dentro do recinto, então deverá ser expulso”. Por outro lado, toda norma formulada canonicamente pode ser reformulada como a proibição, obrigação ou permissão de se fazer isso ou aquilo. O predicado fático especifica o alcance da norma (Schauer, 2004, p. 81), as condições que, presentes, impõem a aplicação do conseqüente. Em se tratando de normas gerais, o predicado é expresso com o auxílio de tipos, nunca de objetos singulares. No predicado fático previsto no art. 155 do Código Penal, por exemplo, pode-se ler “subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel”. Veja-se que verbos ou expressões verbais como “afanar”, “retirar de alguém” ou “apropriar-se” são exemplos ou instâncias de “subtrair”, ou seja, são ações que podem ser corretamente descritas como exemplificativas do ato de subtrair. A expressão “coisa alheia móvel”, por seu turno, refere-se a todo objeto corpóreo que, não sendo um bem imóvel, pertença a qualquer pessoa diferente de quem a lê – de que são exemplos o automóvel do vizinho do leitor, todas as mini-saias existentes no mundo e o dinatron oscilador do Laboratório da Faculdade de Engenharia da Universidade Federal de Juiz de Fora.

Verificar se um objeto pertence ao conjunto das “coisas alheias móveis”, e se alguém realmente praticou um ato que está contido no conjunto de atos que se deixam definir como instâncias da conduta de “subtrair”, é fundamental para decidir se é ou não o caso de aplicar, por exemplo, o conseqüente previsto no art. 155 do Código Penal, qual seja, pena de reclusão de um a quatro anos e multa. O conseqüente é, dessa forma, a ação que deve ser praticada se, e

---

<sup>55</sup> Sobre o ponto, conferir Schauer, 2004, p. 81.

somente se, se verificar a ocorrência do predicado factual. Em termos kelsenianos, o conseqüente é o castigo ou sanção que deve ser aplicado caso certa pessoa pratique a ação descrita no predicado factual. Como também o conseqüente é expresso através de termos gerais, vale para ele o que se disse sobre as generalizações que se encontram no predicado factual.

#### 4.5 Sobre como podem ser justificadas as normas

Não é demais reforçar que, em regra, uma norma jurídica não existe como um fim em si mesmo, mas como um meio presumível e potencialmente hábil para que se alcance certa meta ou para que se afaste algum mal que se pretende erradicar. A essa meta pretendida e ao mal que se deve afastar Schauer dá o nome de justificação<sup>56</sup>. Em suas palavras:

“Por lo tanto, al igual que la descripción, la generalización prescriptiva comienza habitualmente con un individuo, lo toma como ejemplar de una categoría más general y luego busca aquella propiedad de ese individuo que es causalmente relevante para la ocurrencia de la categoría más general. De aquí en adelante me referiré a la categoría más general como la *justificación*, esto es, el mal que se pretende erradicar o la meta que se pretende lograr” (Schauer, 2004, p. 84)

Como bem coloca Struchiner (artigo inédito “a”, p. 1), é natural que tentemos encontrar os meios para realizar os propósitos ou justificativas que temos em mente. Se nosso propósito é promover certo estado de coisas, criamos regras que funcionam como meios potencialmente hábeis para a obtenção desses objetivos. Conceber as normas jurídicas como meios para a consecução de finalidades subjacentes é visualizar o direito de forma *instrumental*. À primeira vista, parece natural e bastante razoável conceber o direito nesses termos, mas nem sempre será o caso de valorar positivamente o instrumentalismo. Especialmente se se levar em conta que a simples ideia de que as normas são meios para a obtenção de fins nos autoriza a indagar como agir diante daqueles casos em que o cumprimento da regra não conduz ao resultado desejado. A questão de como agir diante desses casos, que Schauer chamará de “experiências recalcitrantes” (2004, p. 98) será examinada mais

<sup>56</sup> No que segue, o termo “justificação” será utilizado exclusivamente para fazer referência ao processo de apresentação de razões em prol de determinada forma de agir; para referir ao propósito que se encontra subjacente às regras, será usado, entre outros, o termo “justificativa”.

abaixo. Antes, porém, é o caso de investigar se, e como é possível acessar as razões ou justificativas que subjazem às normas.

Por vezes, descobrir o que justifica uma norma é tarefa tranqüila; em certos casos, porém, exige do intérprete grande esforço hermenêutico. A título de exemplo, vale lembrar que o legislador, ao instituir o Código Penal, nos ajudou a descobrir a razão de ser das normas incriminadoras, ao separá-las, segundo o “bem jurídico” tutelado. Por isso sabemos que a proibição do furto e do roubo são maneiras de se assegurar a proteção do patrimônio (daí se falar em crimes contra o patrimônio); da mesma forma que sabemos que a proibição do homicídio é uma estratégia política para incrementar a proteção do bem jurídico “vida” (naturalmente que se trata de exemplo de crime contra a vida).

Em outros casos, contudo, restarão dúvidas consideráveis sobre o que realmente se pretendeu resguardar. Veja-se o disposto no art. 164, § 3º da Constituição Federal, nos termos do qual “as disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei”. Parece razoável perquirir se o objetivo de tal norma foi reservar aos bancos oficiais, com exclusividade, o poder de administrar as disponibilidades de caixa do Distrito Federal, dos Estados e Municípios (o que certamente lhes agrada), se se pretendeu afastar dos bancos ditos “não oficiais” a possibilidade de administração dos recursos públicos (já que, do contrário, poderia haver margem para negociações pouco republicanas entre tais entidades privadas e os governos locais), ou mesmo se se pretendeu fazer as duas coisas ao mesmo tempo.

Independentemente de ser mais ou menos fácil apontar a razão que justifica a existência desta ou daquela norma, o fato é que sempre podemos concebê-las (as normas) como instrumentos capazes ou potencialmente capazes de promover sua razão de ser. Aqui cabe fazer outra observação, não menos importante. Como se afirmou logo acima, ao criar uma norma geral, o legislador vincula a aplicação da consequência jurídica à ocorrência de atos ou fatos descritos, em regra, por meio de tipos. Verificar se um caso concreto encontra-se ou não descrito em uma norma consiste basicamente na atividade de investigar se as propriedades que definem o tipo encontram-se presentes no

caso concreto. Sendo a resposta positiva, impõe-se (ao menos em linha de princípio) a aplicação da consequência prevista; sendo negativa, não é o caso de aplicá-la (ao menos em linha de princípio).

O cumprimento da norma aumenta as chances de se promover sua própria justificação, sua razão de ser. Dar cumprimento à norma que proíbe o homicídio é o que se espera de todo e qualquer membro da comunidade jurídica. Isso porque a conduta de não matar é vista pelo legislador como causalmente ligada à proteção da vida. Naturalmente, não se trata de ligação causal no sentido estrito do termo, vale dizer, não se sustenta aqui que a conduta de não matar seja não só necessária, mas também suficiente para a proteção da vida. Por certo que não é esse o caso. Obviamente, existem práticas diferentes de “não matar”, capazes de promover igualmente ou quase que igualmente o bem vida. Cite-se como exemplos as condutas de alimentar uma criança desnutrida ou de proteger do frio um mendigo exposto ao rigor de uma noite de inverno na Serra Gaúcha. O que se tem em mente, com a proibição do homicídio, é que a conduta de não matar aumenta significativamente as chances de se proteger o bem “vida”.

Schauer dá o nome de “causalidade probabilística” à relação existente entre a ocorrência do predicado factual e a justificação da própria norma (Schauer, 2004, p. 86 e segs). No seu entender, a ocorrência do fato descrito no predicado factual incrementa as chances de ocorrência da justificação da norma, o que acaba por legitimar a exigência feita (seja ela uma proibição ou obrigação) ou a liberdade concedida. Confira-se o que ele diz sobre a norma que, visando incrementar o bem-estar dos clientes de um restaurante, proíbe a entrada de cachorros:

“La condición de perro de Angus no sólo no es una condición suficiente para la ocurrencia de los comportamientos molestos, sino que tampoco es una condición necesaria. Otros animales o niños pequeños podrían igualmente hacer ruido (aunque probablemente no ladrar), correr, saltar y comer restos de comida del suelo. La propiedad de ser perro no es, por lo tanto, en ningún nivel de justificación, una condición necesaria para la ocurrencia de los hechos que constituyen la justificación de la regla.

(...)

Si la regla es ‘no se admiten perros’ y no algo más complicado, entonces el predicado fáctico de la regla, la condición de perro *simpliciter*, no es una enunciación de las condiciones individualmente necesarias y conjuntamente suficientes para la producción de las consecuencias temidas. Más bien el predicado fáctico – perro en restaurante – representa un conjunto de hechos que se hallan en una relación de *causalidad probabilística* con la justificación. Si ‘perro en un restaurante’ es el predicado fáctico de la regla e ‘interrupción molesta en un

restaurante” es la justificación de la regla, entonces ‘perro en un restaurante’, aunque no es condición necesaria ni suficiente para la ocurrencia de ‘interrupción molesta en un restaurante’, se encuentra no obstante causalmente relacionado con ‘interrupción molesta en un restaurante’ de un modo probabilístico. Decir que existe una relación de causalidad probabilística entre una propiedad y una consecuencia no es lo mismo que decir que la ocurrencia de la propiedad es necesariamente seguida por la ocurrencia de la consecuencia, ni tampoco es decir que el acaecimiento de la consecuencia requiere la ocurrencia de la propiedad. Simplemente es decir que la incidencia de la consecuencia será mayor en una población que posee la propiedad en cuestión que en una población idéntica en todos los demás aspectos en la cual esta propiedad está ausente” (Schauer, 2004, pp. 87-88)

Compreendida a relação de causalidade probabilística existente entre a ocorrência do predicado factual e a justificativa ou propósito da norma, cabe agora examinar como o *caráter* da norma interfere no reconhecimento dessa relação. Começamos por uma norma que institua uma proibição, digamos uma prescrição de índole penal, formulada nos seguintes termos: “ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem. Pena – detenção de três meses a um ano”. Porque a consequência jurídica prevista é a perda de um bem jurídico desejado – a liberdade – sabemos que se trata de norma proibitiva. Embora o legislador não tenha mencionado de forma expressa o que se pretende obter com a criminalização de tal conduta, parece razoável sustentar que o que se quer é garantir a segurança e o bem-estar dos membros da comunidade<sup>57</sup>. Pois bem. Em se tratando de norma proibitiva (reconhecida como tal porque o legislador vinculou uma consequência jurídica desvantajosa à conduta que se quer proibir), a ocorrência da conduta descrita no predicado factual é vista como capaz de promover um estado de coisas contrário ao desejado. Ou melhor, pode-se dizer que, em casos como esses, a ocorrência do fato descrito no predicado factual está ligada de forma probabilisticamente causal àquilo que se pretende evitar.

O mesmo raciocínio pode ser feito para normas que instituem obrigações. O fato de que a abstenção de certa conduta foi descrita como necessária e suficiente para a aplicação de uma consequência desvantajosa nos autoriza dizer que tal conduta é obrigatória. Sabe-se que ela é obrigatória porque abster-se de agir do modo prescrito acarreta a aplicação de uma consequência ruim, negativa, desvantajosa. Como foi visto, a existência de tal norma está justificada

<sup>57</sup> É perfeitamente possível sustentar a existência de diferentes e sucessivas justificativas para a existência de uma norma. Pode-se dizer, por exemplo, que a norma que proíbe o furto tem por escopo assegurar o direito de propriedade; e que, por sua vez, garantir o direito de propriedade tem por fim garantir segurança jurídica; e que a garantia de segurança, por seu turno, cumpre a função de incrementar o bem-estar dos membros da comunidade.

na medida em que a ocorrência da conduta prescrita aumenta as chances de ocorrência de sua justificativa ou propósito. Permissões e disposições que conferem poder não podem ser consideradas normas no mesmo sentido em que são consideradas as obrigações e proibições. É por isso que nenhuma delas será examinada neste item.

#### **4.6 Sobreinclusividade e subinclusividade das normas gerais**

Foi visto que generalizar significa elencar certos elementos, tidos como causalmente relevantes para a ocorrência de certo evento. No caso de regras sociais, que disciplinam a vida em uma comunidade política, as generalizações têm caráter prescritivo e são feitas, em regra (porém não necessariamente) a partir da observação de condutas individuais e sucessivas. Isso ocorre da seguinte maneira: o observador identifica quais aspectos de determinada conduta individual são causalmente relevantes para a ocorrência de certo evento, que pretende promover ou evitar, e generaliza a partir daí. Naturalmente que uma regra geral não produz o resultado desejado em todo e qualquer caso, ou seja, nem sempre o uso de uma regra conduz ao mesmo resultado a que se chegaria, caso fossem ponderadas as razões envolvidas, tendo em vista exclusivamente o resultado pretendido. Como aduz Struchiner, regras são “guias grosseiros de canalização de condutas”, e o são de duas formas diferentes: em primeiro lugar porque clamam por autoridade; mas também porque “são generalizações probabilísticas atualmente ou potencialmente sobre ou subinclusivas em relação às suas considerações subjacentes, também chamadas de justificativas ou propósitos” (2009, p. 63). A segunda forma de uma regra ser grosseira será tratada no item 4.2.3; a primeira será examinada agora.

Nesse segundo sentido, se fala que uma regra é “grosseira” ou “mal acabada” porque gera ou pode gerar resultados subótimos (Struchiner, 2009, p. 63). A aplicação de uma regra pode não ser ótima de duas formas diferentes: ou porque o caso sob exame subsume-se na generalização, mas não deveria, se levássemos em conta sua justificativa subjacente; ou porque o caso não se

subsume, mas deveria. Schauer nos dá um bom exemplo para compreender a sobre e a subinclusividade. Suponha-se um restaurante e uma regra, prescrita por seu dono, nos termos da qual é proibida a entrada de cachorros. É razoável supor que existam motivos que justifiquem a adoção dessa prescrição. Pode-se dizer, por exemplo, que cães latem, comem no chão, pulam e fazem sujeira; e que tais fatos, tidos como perturbadores, contribuem para a diminuição do bem-estar dos clientes do restaurante. Se se quiser incrementar a sensação de bem-estar, ou pelo menos não reduzir tal sensação, então é possível criar uma regra, nos termos da qual seja proibida a entrada de todo e qualquer ser que perturbe a paz no restaurante. Uma regra como essa exigiria não só da autoridade que a aplica, mas também de seus destinatários um grande esforço na hora de avaliar se certo caso encontra-se ou não dentro do campo de incidência da norma. Afinal, no que consiste exatamente a conduta de *perturbar a paz*? Será que este é um exemplo do caso de perturbação da paz?

Para afastar o esforço gerado pelo necessário sopesamento de razões que envolve toda tomada de decisões, são criadas regras gerais (Schauer, 2004, p. 208). Ao invés de proibir a entrada de todo e qualquer ser que possa praticar alguma conduta que perturbe a paz, o dono do restaurante opta, então, por proibir a entrada de cães, simplesmente. Afinal, cães são seres que geralmente latem, comem no chão, pulam e fazem sujeira. Enfim, são seres que, ao agir dessa forma, perturbam a paz. Naturalmente que nem todos os cães são assim, assim como também existem outros seres que, sobre não serem cães, produzem o mesmo resultado indesejado. Isso significa que a aplicação da regra examinada no restaurante pode gerar resultados ótimos e subótimos, e isso não tem propriamente a ver com a regra, mas sim com o caso que se pretende resolver com o auxílio da regra.

O resultado será ótimo quando o cão proibido de entrar seja realmente um cão que perturba a paz; poderá, contudo, ser subótimo ao permitir a entrada de seres que não são cães, mas que perturbam a paz; e ao não permitir a entrada de cães que, por serem adestrados ou simplesmente “bem educados”, não perturbam a paz. Pode-se dizer que a presente regra é subinclusiva ao incluir no seu campo de incidência menos casos do que deveria. Isso ocorrerá se, com base nela, for autorizada a entrada de seres que não são cães, mas que perturbam a paz. Pode-se dizer ainda que ela é sobreinclusiva, ao incluir em seu campo de incidência casos que não deveriam estar contidos ali, se considerada

a justificativa da regra. A título de exemplo, isso ocorrerá se, com base nela, for proibida a entrada de cães que, por serem adestrados, não promovam a perturbação da paz.

A questão que deve, então, ser colocada é como agir diante desses casos, em que a aplicação da regra produz um resultado subótimo – vale dizer, diferente daquele que seria produzido, caso se considerasse exclusivamente sua justificativa. Mais abaixo, será argüido, com base em Raz, que uma regra só deve ser considerada como tal se sua justificativa não puder ser acessada diretamente para a solução dos casos que se apresentarem – ou seja, se sua “razão de ser” estiver protegida contra eventuais considerações levadas a cabo no cálculo decisório. Schauer dirá que regras como essas são generalizações “entrincheiradas”, e que o modelo de decisões que se baseia nelas pode ser chamado de modelo de tomada de decisões baseadas em regras (2004, pp. 106-112). Será feita, ainda, por ele uma ulterior distinção entre um modelo formalista extremado e outro, digamos, não tão intransigente, chamado de “positivismo presumido” (Schauer, 2004, pp. 259 e segs.). Isso, contudo, será tratado no próximo capítulo.