

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

THIAGO ANDRADE MIYAMOTO

**A ARTE COMO INSTRUMENTO PREPONDERANTE NA GARANTIA
DA EFICIÊNCIA DE NORMAS POUCO FISCALIZADAS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

FORTALEZA

2011

THIAGO ANDRADE MIYAMOTO

**A ARTE COMO INSTRUMENTO PREPONDERANTE NA GARANTIA
DA EFICIÊNCIA DE NORMAS POUCO FISCALIZADAS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**Monografia submetida à Faculdade
de Direito da universidade Federal do
Ceará, como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em
Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Marcelo Lima
Guerra**

FORTALEZA

2011

THIAGO ANDRDADE MIYAMOTO

A ARTE COMO INSTRUMENTO PREPONDERANTE NA GARANTIA DA
EFICIÊNCIA DE NORMAS POUCO FISCALIZADAS NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia submetida à Faculdade de Direito da universidade Federal do
Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra

Aprovada em __/__/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Mestrando Álisson José Maia Melo
Universidade Federal do Ceará – UFC

Mestranda Gabriela Pimentel Pessoa
Universidade Federal do Ceará - UFC

À Família

AGRADECIMENTOS

À minha família com tanto amor quanto é possível conceber.

Aos amigos, por todo apoio durante a jornada da vida, saúdo-os por seus epítetos: Geraldo ‘Bigas’, Lucas “Mahatma”, Pablo “Pélvis”, Pedro “Prades”, Leonardo “Tunico”, Gustavo “Ceguim”, Jader “Iguatu”, Edgar “Edgar”, Rafael “Chefinho”. E a todos que, por falta de epítetos ou por falta de memória, não foram aqui mencionados nominalmente, fica a saudação carinhosa em nome dos sempre presentes “Fossa”, “Malária” e “Caveira”.

À minha flor-de-laranjeira e sua formosura inspiradora, meus mais sinceros agradecimentos e todo meu amor infantil.

A ilustríssima banca cujos ensinamentos mais preciosos se apresentaram travestidos de conversas informais repletas de descontração e leveza, um “MUITO OBRIGADO”.

Ao genial amigo Álisson, pela dedicação e pela esperança depositada neste que aqui escreve; à irmã mais velha Gabi, pelas provocações adolescentes que tanto instigaram meus pensamentos e ao indescritível Professor Marcelo, por renovar minha crença na eternidade.

À Deus, Buda, Jah, ou como quer que Ele se chame, pela graça que é viver especialmente pela oportunidade de viver dentre os melhores.

“Os homens dissentem mais em virtude da
equivocidade da linguagem que usem, do que
pelas concepções que tenham das realidades
em si”

Sampaio Dória

*“Everybody seems to think I'm lazy
I don't mind, I think they're crazy
Running everywhere at such a speed
Till they find there's no need”*

Lennon / McCartney

RESUMO

Pretende-se demonstrar como a arte pode funcionar como instrumento no aumento da eficiência de normas que por falta de fiscalização gozam de pouca ou nenhuma aplicabilidade no ordenamento brasileiro. Para tanto, faz-se um estudo preliminar sobre o que vem a ser norma, mais especificamente a norma jurídica, analisando os traços que a ela não podem ser imputados, bem como os que lhe são necessários; procede-se então à diferenciação conceitual entre eficácia e eficiência para dirimir qualquer possível dúvida acerca do significado do termo escolhido. No decorrer do estudo faz-se um esboço das possíveis razões para o cumprimento das normas, bem como dos meios disponíveis pelo sistema para influenciar o sujeito a se portar conforme os preceitos normativos. Adiante, propõem-se duas formas de relação com a norma que podem ser expressas pelos verbos “entender” e “sentir”. Analisa-se a problemática das normas pouco fiscalizadas, tentando delimitá-las tanto quanto possível e, por fim, através de um exemplo paradigmático tenta-se demonstrar como a arte serviria ao fenômeno da eficiência em diferentes dimensões.

Palavras-chave: Norma. Arte. Eficácia. Eficiência. Entendimento. Sentimento.

ABSTRACT

It intends to demonstrate how the art can work as a tool to increase, the efficiency of norms that, due to the lack of fiscalization, have little or no applicability in the Brazilian order. For that, a preliminary study about what it comes to be a norm, more specifically law norms, analyzing the traces that cannot be imputed to it, as well as these are necessary; it proceeds then to the conceptual differentiation between effectiveness and efficiency to nullify any possible doubt concerning the meaning of the chosen term. During the study an sketch of the possible reasons for the fulfilment of the norms is done, as well as the available ways for the system influence the person to obey the normative rules. Later, it considers two forms of relation with the norm that can be express by the verbs “understand” and “feel”. The problem of little fiscalized norms is analyzed, trying to delimit them as much as possible and finally, through a paradigmatic example, it tries to demonstrate how the art would serve to the phenomenon of the efficiency in different dimensions.

Keywords: Norm. Art. Effectiveness. Efficiency. Understanding. Feeling.

SUMÁRIO

Sumário

1 INTRODUÇÃO	9
2 A NORMA JURÍDICA	11
2.1 “Que não é o que não pode ser”	14
2.1.1 Norma é Lei?.....	14
2.1.2 A Norma é Texto Escrito?.....	18
2.2 “Não há ninguém que explique e ninguém que não entenda”	21
3. EFICÁCIA OU EFICIÊNCIA?	27
3.1 Todas as normas jurídicas devem ser eficientes?	29
4. O ENTENDER E O SENTIR	34
4.1 O entender	34
4.1.1 A primeira dimensão do entender	35
4.1.2 A segunda dimensão do entender	37
4.2 O sentir	40
5. AS NORMAS POUCO FISCALIZADAS	45
6. A ARTE PERTURBA OS SATISFEITOS E SATISFAZ OS PERTURBADOS	49
6.1 A arte para mim	50
6.2 A arte para nós	52
6.3 A arte para tudo	54
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho surgiu, principalmente, da aflição constante de ver o “dever-ser” não sendo. De fato, sobretudo quando a ingenuidade infantil ainda não nos permite entender que a vida real difere em muito daquilo que nos é ensinado, é doloroso conviver com as antíteses. Ora, pensa a criança, se eu não posso comer doce antes do almoço, por que meu vizinho está comendo? E os questionamentos vão se acumulando no decorrer da vida. Se eu sou obrigado a freqüentar as aulas de matemática, por que meus amigos foram ao *shopping*? Se o salário mínimo tem que atender a todas as necessidades básicas, por que não atende?

Com o passar do tempo, depois de tantos desentendimentos entre a teoria e a prática, a agonia com as contradições diminui. Com a experiência vem a compreensão de que, embora algo deva ser, muitas vezes não é. Mas por quê? Na busca pela resposta de tal pergunta é imperioso, e não poderia deixar de ser, que se faça um estudo aprofundado sobre a norma, especialmente sobre sua eficiência.

De antemão, importante que se diga: o objetivo da presente monografia não é responder a questão acima formulada, pois, se tal resposta fosse possível, imprescindível para alcançá-la seria o conhecimento profundo da alma humana e de sua essência, só assim poderíamos intentar descobrir por que o homem cria regras que não consegue obedecer plenamente. Aqui a intenção se restringe a analisar alguns tipos de norma, os efeitos de seu cumprimento e as razões de sua inobservância, sem, é claro, a pretensão de esgotar o assunto.

A realização aqui pretendida está resumida no título do trabalho, qual seja, o aumento na eficiência de normas pouco fiscalizadas no ordenamento jurídico brasileiro. Cabe ressaltar, o que não está feito no título, que as normas as quais se faz referência não são todas as normas pouco fiscalizadas. Embora se creia que a arte possa, em última instância, interferir na observância, seja positiva ou negativa, de qualquer norma, as que serão tratadas no presente trabalho são normas que, pelos seus fundamentos, devem gozar de aplicabilidade independente de fatores externos como a fiscalização e a sanção.

Propõe-se que a relação com a norma se dê em dois níveis diferentes, que podem ser expressos pelos verbos: entender e sentir. Tais níveis de relação com a norma não são estanques e pretende-se demonstrar que, no processo de interação norma-fato, a decisão pelo cumprimento ou não do mandamento jurídico está subordinado aos dois níveis de relação propostos.

Para que um ordenamento atinja os fins pretendidos pelo legislador é necessário que suas normas sejam observadas na maior medida possível. Não é lógico pensar que o legislador editaria textos inúteis. Ainda que tais textos existam, cabe à dinâmica social, ao legislador e ao judiciário fazer com que eles sejam extirpados do ordenamento, mas como consequência lógica da idéia de sistema normativo é plausível afirmar que as normas devam ser observadas.

Dito isso, podemos considerar que tanto maior será o sucesso de um ordenamento quanto maior for a observância de suas normas, independentemente do que leva o sujeito a observá-las. Nesse contexto de busca por uma maior eficiência das normas cuja substância reclama um cumprimento independentemente de fiscalização, propõe-se a utilização da arte como instrumento garantidor desse cumprimento. Para tanto é preciso que se demonstre que o poder transformador da arte pode se alinhar, e de fato se alinha, à função modificadora da norma.

É para isso que o presente trabalho se direciona. Para demonstrar a estreita relação entre os objetivos que orientam a feitura de um texto normativo e os fins alcançados pelas manifestações artísticas.

2 A NORMA

Essa expressão tão rica em significados assume tantas formas quantas forem as posições de seu observador-analista. Assemelha-se ao canto da sereia, pois o que a torna tão fascinante é justamente a causa dos problemas e conflitos entre aqueles que com ela trabalham. Daqui por diante, a tentativa será a de delimitar tanto quanto possível o significado de “norma” de modo que se alinhe ao fim aqui mirado.

A primeira delimitação concerne ao objeto do estudo que aqui se apresenta. Cabe, portanto, extrair do universo de todas as normas existentes somente a norma jurídica, entendido o adjetivo “jurídico” como sendo “aquilo que é do Direito”. Impossível tratar dessa espécie de norma sem antes fazer uma brevíssima exposição de alguns traços inerentes à idéia de Direito, que servirão de norte no desenvolver do pensamento aqui defendido.

Tal como acontece com o termo “norma”, ao termo “Direito” são atribuídas centenas de conceituações. Sobre o conceituar Direito, Gustav Radbruch¹ tece os seguintes comentários:

A ciência do direito já tem, efectivamente, repetidas vezes, tentado captar por via indutiva um tal conceito [de direito], procurando extraí-lo dos próprios factos ou fenómenos jurídicos, e nenhuma dúvida pode haver de que é fundamentalmente possível chegar, por meio de confronto dos diferentes fenómenos desta natureza, a determinar o conceito que lhes está a todos na base. Evidentemente, é possível colher por este meio o conceito de direito; o que não é possível é fundamentá-lo

Por óbvia limitação, o presente trabalho não se propõe a fundamentar o conceito de Direito, mas resigna-se a elencar algumas visões que auxiliarão o caminho a ser aqui percorrido. O próprio Radbruch², em seguida, deixa subentendido um certo conceito de Direito ao afirmar que se trata de um “conceito cultural, isto é, duma realidade referida a valores, ou ainda, duma realidade cujo sentido é achar-se ao serviço de certos valores.”

Uma das definições mais consagradas sobre o Direito foi dada não por um jurista, mas por um poeta. Escreveu Dante Alighieri³ que o Direito “é proporção real e pessoal de homem para homem a qual quando é mantida por estes, mantém a sociedade, e quando se corrompe, corrompe-a”. Da visão do poeta percebe-se que necessária a existência do Direito

¹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado. 1974, p. 85.

² RADBRUCH, **Filosofia do direito**, p. 86.

³ ALIGHIERI, Dante. **Monarquia. Seleção de textos**. Coleção Os Pensadores. Tradução de Carlos do Soveral. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 276.

somente é a relação interpessoal entre os homens, a forma como se dá essa relação tem o poder de manter ou corromper a sociedade. Miguel Reale⁴ ressalta a importância dessa conceituação ética, conforme ele mesmo adjectiva, no não reconhecimento da coação como sendo essencial a existência do Direito.

Embora Dante não reconheça expressamente a existência de uma função ao direito, pela análise axiológica dos verbos “manter” e “corromper” é plausível afirmar que o Direito teria a função de manter a sociedade, vez que uma sociedade, a medida que é corrompida, tende a desaparecer, e não havendo sociedade não há relação interpessoal, por conseguinte não há Direito. Já Norberto Bobbio⁵ defende de forma explícita a existência de uma função específica do Direito:

[...] a crise do primado do Direito é ainda mais ampla: não se trata de colocar em dúvida a sua capacidade de influir na mudança social, mas também destacar os seus limites naquela que é sua função específica, qual seja, servir como instrumento de controle social (no sentido mais estrito da palavra)

Na mesma toada de Bobbio, Arnaldo Vasconcelos⁶, deixando escapar também sua definição de norma jurídica, reconhece uma função ao direito ao afirmar que a “expressão formal do Direito como disciplina de conduta é a norma jurídica. Prevê ela os modos de conduta interessantes ao convívio social”.

“Assume, assim, o direito o carácter de força social propulsora, quando visa proporcionar, por via principal aos indivíduos e por via de consequência à sociedade, o meio favorável ao aperfeiçoamento e progresso da humanidade”, na lição de Vicente Ráo⁷, ou em outras palavras, aproveitando para justificar também o estudo da Arte e conferindo a ela a mesma função do Direito, Morell⁸ diz o seguinte:

Estudiar Derecho y Arte es atacar desde dos lados diversos el mismo problema, bajo el perfil de lá función y la estructura. « El arte, como el Derecho, sirven para

⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 60: “Essa conceituação ética de Direito, que coloca a coação como elemento externo e não como elemento intrínseco da própria vida jurídica, teve uma formulação bastante feliz”

⁵ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007, p. 34 e 35.

⁶ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.2

⁷ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 54-55.

⁸ MORELL, Manuel Gallego. El Derecho e sus Relaciones com el Arte. **Boletín de la Facultad de Derecho**. Num.3. 1993. p. 46

ordenar el mundo. El Derecho, como el Arte, tienden un puente desde el pasado al futuro».

O Direito nem é, nem deve ser; ele está. Tal qual um vetor, ora está a indicar um sentido, ora está sendo adaptado a indicar sentido diverso. Talvez a melhor metáfora para indicar esse caráter oscilante do Direito seja a do fluido não-newtoniano, que não é líquido nem sólido, mas pode, no entanto, ser os dois a depender da interação mecânica a que se sujeite. Afinal, é o Direito criador ou criatura? Ele disciplina condutas ou são as condutas que lhe darão a forma? Impossível responder a essas perguntas em sede de monografia, talvez impossível seja responde-las. O importante é que ao pensar o Direito se tenha em mente essa idéia de movimento, não um movimento qualquer, mas um movimento de dois, como uma dança onde é preciso que haja beleza e fluidez, sob pena de estragar a coreografia.

Jhering⁹, auxiliado pelo brilhantismo de Goethe, já tratou dessa idéia de movimento do Direito.

[...] a idéia do direito será eternamente um movimento progressivo de transformação; mas o que desapareceu deve ceder lugar ao que em seu lugar aparece, porque ... *“tudo o que nasce está destinado a voltar ao nada”* (GOETHE, Fausto)

Até o momento é possível colher alguns elementos essenciais ao Direito. Ousamos elencá-los, do mais concreto ao mais abstrato: 1) o ser humano; 2) a vida em sociedade, ou o relacionamento entre os homens; 3) a necessidade de preservação da sociedade. Este último elemento talvez assuma mais um caráter de função do que propriamente de elemento essencial.

Por tudo o que foi dito, resta ainda uma dúvida: como, ou por quais instrumentos, o Direito é capaz de movimentar o corpo social de modo que a vida em sociedade não só seja mantida, mas tenda a um estado de constante evolução? Um desses instrumentos, conforme anteriormente mencionado por Arnaldo Vasconcelos, é a norma. Daqui por diante o foco da análise recai sobre ela.

⁹ JHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 23. ed. Tradução de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.8, grifos no original

2.1 “Que não é o que não pode ser”¹⁰.

O processo de conceituação sempre é muito arriscado, em especial quando a “coisa” a ser conceituada é um fenômeno cultural, pois como tal é de se esperar que sobre ela incidam diversas visões, por muitas vezes até antagônicas, e para que se tenha um conceito definitivo muitas vezes é preciso conciliar os antagonismos; resolver os problemas. Nem da mais alta das aspirações megalomaniacas, ousar-se-ia, em sede de monografia, propor um conceito definitivo para norma, contudo, no trabalho que ora se apresenta, é necessário limitá-la tanto quanto possível, e esse processo de delimitação começa, não pelo que ela é, mas pelo que ela não pode ser.

2.1.1 Norma é Lei?

Muitos são os conceitos de norma e suas espécies, e não poderia ser diferente. Por ser um fenômeno que, em tese, alcança toda a humanidade de alguma forma, e sendo a humanidade um corpo complexo de indivíduos incomensuravelmente plurais, é de se esperar que a subjetividade do indivíduo, tal qual o fim visado por ele, influencie-o na forma de encarar a “norma”. Há, no entanto, alguns traços comuns no caminho percorrido para se chegar a um conceito de norma, seja esse conceito de quem for. Não se pode negar que um desses traços é o confronto necessário com a idéia de Lei.

O que se concebe por norma, assim como o que se concebe por Direito, é produto do fenômeno cultural, mas antes haver fenômenos culturais havia fenômenos naturais. Tal qual os enunciados que descrevem os acontecimentos naturais (Leis), relacionando suas causas e conseqüências, a norma pretende também descrever, mas descreve um modelo ideal de conduta atribuindo-lhe conseqüências de acordo com a adequação, ou não, entre as condutas descritas e as realizadas. Daí poder se afirmar que antes da norma veio sua progenitora, a idéia de Lei.

Acontece que a idéia subjacente ao signo “LEI” é de tal maneira vinculante que será responsável por muita discordância e incômodo, conforme confidenciado na introdução do presente trabalho, talvez por isso os teóricos se preocupem tanto, cada um a seu modo, antes de conceituar a norma, em especial a jurídica, em separar a Lei natural (o que é) da lei

¹⁰ ANTUNES, Arnaldo. O que. Intérprete: Titãs. In: TITÃS. **Cabeça Dinossauro**. WEA, p1986. 1 CD. Faixa 13.

humana (o que deve ser). Sob essa perspectiva, retornemos ao conceito de norma na visão de Arnaldo Vasconcelos¹¹:

O mundo da ética, axiológico e normativo, define-se em oposição ao mundo da natureza, neutro e causal. Por conseguinte, na qualidade de norma ética, a norma jurídica afirma, não o que é, mas o que deve ser. O dever ser envolve, necessariamente, o não-ser, equivalendo isso a afirmar-se que a observância da norma implica sua eventual inobservância. “parece paradoxal – dizemos com Reale – mas é fundamentalmente verdadeira a asserção de que uma norma ética se caracteriza pela possibilidade de sua violação

Para Herkenhoff, por exemplo, também é possível falar em normas éticas, profundamente relacionadas com o mundo axiológico e normativo de Vasconcelos. Acontece que o autor insere em seu texto um novo elemento: as normas técnicas, que em parte estão insertas no mundo “neutro e causal” do professor cearense, senão vejamos.

As normas éticas disciplinam o comportamento do homem, tanto o íntimo quanto o social, prescrevendo “deveres para a realização de valores. Não implicam apenas juízos de valor, mas impõem a escolha de uma diretriz considerada obrigatória, numa determinada coletividade. Caracterizam-se pela possibilidade de serem violadas.”¹² Já as normas técnicas, “também chamadas normas práticas ou de operação, são regras que indicam a maneira de agir para alcançar um fim determinado. Ministram instruções sobre meios adequados para a obtenção de certo efeito.”¹³

Caminhando para o lado ideologicamente oposto, fatalmente ocorrerá o encontro com Kelsen¹⁴, que, embora não reconheça as normas técnicas (para o autor alemão a norma é o sentido de um ato de vontade, sendo assim, não se pode falar em vontade da natureza) também deixa clara a necessidade de separar o natural, ou real, do humano, ou ético. Tal separação é mais precisa, pois é feita com base na limitação do significado dos termos “dever-ser” e “ter de”, ambos relacionados ao significante maior: “Lei”. Refere-se o primeiro à lei dos homens; enquanto o segundo, à Lei natural.

¹¹ VASCONCELOS. **Teoria da norma jurídica**, p. 15

¹² HERKENHOFF, João Baptista. **Fundamentos de direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.13.

¹³ HERKENHOFF, **Fundamentos de direito**, p.13.

¹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986, p. 16: “A norma que fixa determinada conduta como devida não se refere de nenhum modo a um meio na relação para o qual a conduta devida é um fim, ou a um fim na relação para a qual a conduta devida é um meio. Ainda muito menos é a norma – que é o sentido de um ato de vontade de quem a estabelece – um fim. Um fim é um efeito desejado.”

O êxito de Kelsen está justamente em atribuir diferentes significantes a diferentes significados, ao contrário de outros autores que insistem em diferenciar o sentido do termo “lei”, ora significando uma coisa, ora outra. Pode parecer irrelevante, mas usar a mesma palavra para tratar de idéias tão próximas pode, de fato, causar certo imbróglio na mente de quem com aquela se relaciona. Hart¹⁵ faz uma distinção primorosa entre a Lei natural e a lei humana. Embora não se preocupe com a hipótese de que o simples fato de se usar o mesmo termo para coisas diferentes pode, em certa medida ser o causador da confusão, o autor inglês constrói um panorama interessante acerca do problema, admitindo inclusive que, em se tratando de Leis naturais, quando há discrepância entre o enunciado (teoria) e a vida real (prática), a tal “lei” já não mais poderia ser assim chamada:

Foi deste modo que John Stuart Mill tratou Montesquieu, o qual no primeiro capítulo do *Esprit des Lois* se interroga ingenuamente por que razão é que, enquanto as coisas inanimadas, tais como as estrelas e também os animais, obedecem à «lei da natureza», o homem não o faz, mas cai em pecado. Isto, pensava Mill, revelava a confusão perene entre leis que formulam o curso ou as regularidades da natureza, e leis que exigem que os homens se comportem de certos modos. As primeiras, que podem ser descobertas pela observação e pelo raciocínio, podem designar-se como «descritivas» e cabe ao cientista, por isso, descobri-las; as últimas não podem ser assim determinadas, porque não são afirmações ou descrições de factos, mas são «prescrições» ou exigências de que os homens se comportem de certos modos. Por isso, a resposta à questão de Montesquieu é simples: as leis prescritivas podem ser violadas e contudo permanecem como leis, porque tal apenas significa dizer que os seres humanos não fazem aquilo que se lhes diz para fazer; mas carece de sentido dizer das leis da natureza, descobertas pela ciência, que podem ser ou não ser violadas. Se as estrelas se comportarem de modos contrários às leis científicas que têm como objectivo descrever os seus movimentos regulares, estas não são violadas, mas perdem o direito a serem chamadas «leis» e devem ser reformuladas.

É muito provável que a percepção das idéias que envolvem muitos conceitos complexos se dê ainda na infância, razão pela qual alguns defendem que a idéias de Direito, de Justiça, de Ética etc. estejam impressas no espírito humano, quando na realidade existe grande probabilidade de serem apenas conceitos tão antigos em nossas mentes que a tarefa de desvendar sua origem conscientemente beira o impossível.

Kelsen vê a necessidade na delimitação dos significados, pois observou por diversas vezes que ambos os termos são usados como se sinônimos fossem, tal não se dá a toa, afinal as duas expressões vêm se relacionando com a mesma palavra – lei – desde tempos

¹⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 203.

imemoriais. Na realidade, elas se diferenciam na mesma medida em que o **ser** e o **dever-ser** dos autores já mencionados. Observe-se agora a distinção feita por Kelsen¹⁶:

Na proposição: “quem quer dilatar uma esfera metálica tem de aquecê-la”, *tem de* é a expressão de uma necessidade casual. É uma relação entre dois fatos, dos quais um, como o meio, é a causa; o outro, como fim, é o efeito. O fim é um efeito querido, mas não necessariamente um efeito devido. Mas a relação entre os dois fatos como meio e fim não é um dever-ser. O dever-ser não é a relação entre dois elementos: nem a relação entre uma norma e a conduta que lhe corresponde, nem uma relação entre o ato de fixação da norma e a conduta correspondente à norma. O dever-ser é a norma, quer dizer: é o sentido do ato.

A Lei não é criada e sim descoberta. Uma vez descoberta, a Lei poderá servir a um fim específico intentado pelo sujeito. O calor dilata corpos metálicos, forças iguais em sentidos opostos se anulam e algumas bactérias são essenciais para o organismo humano. Tais enunciados são verdadeiros, ou seja, o que está neles contido realmente é. Cabe ao indivíduo fazer uso ou não daquelas Leis para alcançar determinado fim. Já a norma é criada a partir de um ato de vontade, sendo assim é necessário que se pondere a relação da norma com a idéia de Lei, em seu real sentido.

Mais uma vez, segundo Kelsen¹⁷:

[Schlick] distingue lei natural, quer dizer, lei causal, como “fórmula que descreve como algo de fato se comporta”, de lei moral e lei jurídica como “prescrição, como qualquer coisa deve se comportar”, e observa: “Ambas as espécies de ‘leis’ têm apenas e unicamente em comum o fato de que ambas costumam ser expressas através de uma fórmula. Aliás nada têm elas, real e absolutamente, a ver uma com a outra, e é sumamente lastimável, que, para duas tão diferentes coisas, seja usada a mesma palavra.

Feliz a colocação do autor no que concerne ao uso da mesma palavra para designar idéias diferentes. Não é precisa, no entanto, a afirmação de Schlick quando diz não terem nada a ver as idéias de lei moral e jurídica com a idéia de Lei natural. Se estivessem ideologicamente em pontos tão distantes umas da outra, como estão, por exemplo, a manga da camisa e a fruta, não haveria muitos problemas ao se tratar o signo LEI ora como Lei natural, ora como lei humana. A grande problemática reside justamente na proximidade entre o que se chama de lei jurídica, que por enquanto equiparamos à norma, e a Lei em seu real sentido, qual seja a Lei da natureza.

¹⁶ KELSEN, **Teoria geral das normas**, p. 15, grifos no original.

¹⁷ KELSEN, **Teoria geral das normas**, p. 368-369

Até o momento, e em decorrência do que foi apresentado, poder-se-ia dizer que os autores fazem sim distinção entre as “leis” naturais e as morais, mas não está comprovado que o conceito de norma decorre da idéia de Lei. Percebe-se pela leitura do excerto supracitado que não se trata de um problema do nosso idioma, de fato, e em várias línguas, a idéia contida na expressão “Lei”, graças à impossibilidade de agir contra Ela, é uma idéia vinculante, uma idéia que sujeita. Esse poder de sujeição da Lei natural é o objetivo da norma.

Não há quem descumpra uma Lei da natureza, aliás, não faz qualquer sentido falar em descumprir uma Lei da natureza. Nesse contexto, onde se encontra a proximidade anteriormente citada entre a Lei natural e a norma jurídica? Ora, a resposta para essa pergunta está na análise do sentido da norma, mas, afinal, qual é o sentido da norma? A norma só faz sentido se for cumprida. Nessa toada, concordamos com Reale¹⁸ quando afirma que “Para empregarmos uma expressão popular, densa de significado, a primeira impressão que nos dá a lei é de algo feito ‘para valer’, isto é, de uma ordem ou comando emanado de uma autoridade superior”.

Ainda que seja verdade afirmar que a norma pode ser descumprida, não faz sentido dizer que ela nasce com este fim. A norma nasce para ser cumprida, tal qual são “cumpridas” as Leis naturais; prova disso são todos os mecanismos disponíveis num dado ordenamento para que as normas dele advindas sejam cumpridas na maior medida possível. A idéia, o pensamento, o etéreo contido no significante Lei é exatamente o que dá a chama da vida à norma. A despeito dessa proximidade não se pode fundir criador e criatura.

A norma não é, portanto, Lei.

2.1.2 A Norma é texto escrito?

Já que se propõe a análise das normas à luz do ordenamento jurídico brasileiro, e sendo nosso ordenamento composto por um corpo sistematizado de escritos normativos, é necessário analisar qual a posição da norma em face dessa espécie de texto. Sobre a importância da elaboração deste texto normativo, Reed Dickerson¹⁹ diz o seguinte:

¹⁸ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 15.

¹⁹ DICKERSON, Reed. **A arte de redigir leis**. Tradução de Paulo de Castro Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 27.

Difícil seria exagerar a importância de saber preparar corretamente um diploma legal. Particularmente, uma lei. Um bom governo necessita de leis que digam o certo de modo certo, na linguagem mais clara, mais simples e mais acessível. Precisa de redatores capazes de escrevê-las com desembaraço e presteza.

O texto escrito desempenha função de extrema relevância no ordenamento, qual seja, a de comunicar, de repassar aos destinatários, tanto quanto possível, a mensagem idealizada pelo legislador. Não se pode confundir essa afirmação com a que defende a descoberta da real intenção do legislador como requisito essencial para o entendimento da norma; é necessário apenas reconhecer que não existe razoabilidade em supor que o legislador deliberadamente redigiria um texto em desacordo com o que ele deseja comunicar. Acontece que daí decorrem inúmeros problemas, pois é quase impossível redigir um texto capaz de comunicar precisamente aquilo que se gostaria, ou seja, o sentido do texto normativo ou da vontade do legislador. É, no entanto, possível se falar em apreensão do significado, ou de algum significado emanado pelo texto normativo. Sobre a diferença entre sentido e significado, Adrian Sgarbi²⁰ diz o seguinte:

Quanto ao “significado”, este corresponde à informação codificada a impressão lingüística. Deve-se observar, assim, que “significado” e “sentido” não se confundem porque enquanto o “significado” condiz com a «quantidade de comunicação que um segmento de linguagem exprime», o “sentido” é «o valor preciso que adquire o significado abstrato num contexto, numa situação, numa língua, num assunto único”.

Percebe-se a impossibilidade de extrair o sentido da norma, mas é plenamente possível apreender algum significado do texto escrito, ou pelo menos deveria ser. Em um país onde o índice de analfabetismo²¹ gira em torno de 27% (vinte e sete por cento)²² e os enunciados normativos estão permeados de ambigüidades e imprecisões, o problema da eficiência das normas começa logo na origem, pois a comunicação entre emissor e

²⁰ SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 29

²¹ Índice que engloba tanto o percentual relativo ao **analfabetismo** quanto ao **analfabetismo funcional**. De acordo com a classificação do Indicador de Analfabetismo Funcional (Inaf), **analfabetismo** corresponde à condição dos que não conseguem realizar tarefas simples que envolvem a leitura de palavras e frases ainda que uma parcela destes consiga ler números familiares (números de telefone, preços etc.); e **analfabetismo funcional** corresponde à capacidade de localizar uma informação explícita em textos curtos e familiares (como um anúncio ou pequena carta), ler e escrever números usuais e realizar operações simples, como manusear dinheiro para o pagamento de pequenas quantias ou fazer medidas de comprimento usando a fita métrica.

²² INSTITUTO PAULO MONTENEGRO. **Indicador de Analfabetismo Funcional (Inaf)**. 2009. São Paulo. Disponível em <http://www.ipm.org.br/ipmb_pagina.php?mpg=4.02.02.00.00&ver=por> consulta em: 24 mai.2011.

destinatário da norma, que é o mínimo necessário à garantia de certo grau de eficiência, por vezes sequer é estabelecida. Como diz Dickerson²³:

Muitas [leis] não satisfazem suficientemente a necessidade de estabelecer um meio de comunicação seguro entre o legislador e aqueles a quem a lei se destina. A linguagem comum é facilmente pervertida por atalhos que, se poupam tempo à redação, cobram-no, mais cedo ou mais tarde, impondo às pessoas, agências e tribunais, muitas horas de esforço, simplesmente para descobrir qual o verdadeiro sentido da lei.

De fato, como pode o texto pretender ser norma, se por diversas vezes, seja por falta de preparo do “receptor”, seja por imperícia do “emissor”, não se estabelece sequer a comunicação, requisito indispensável ao alcance dos fins da norma jurídica? Não se pode confundir a idéia de norma com texto escrito por tratar-se este último apenas de um dos vários veículos que a norma pode fazer uso para alcançar seus fins. Marcelo Guerra diz o seguinte²⁴:

Podemos realmente constatar que a norma, o que quer que ela seja, não se confunde com o veículo lingüístico normalmente utilizado para expressá-la, com este simples exercício: se encontrarmos num cartaz esses três enunciados: ‘*É proibido fumar*’; ‘*No smoking*’; ‘*Vietato fumare*’ – e podemos até acrescentar um símbolo, uma gravura com um cigarro, uma fumacinha e um risco – dificilmente vamos entender que esses três enunciados *expressem três diferentes normas*. No entanto, são três enunciados inteiramente diferentes. E esses três enunciados veiculam uma mesma norma. (informação verbal).

Argumento robusto nesse sentido de não identificar a norma com o texto escrito está precisamente no reconhecimento, pelo ordenamento pátrio, da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto. Ora, declarar a inconstitucionalidade de algo é afirmar que este “algo” está em desacordo, ou mesmo em verdadeiro afronte com a Constituição. Se a lei (que por enquanto é equiparada à norma, nos termos anteriormente expostos) é declarada inconstitucional, mas o texto que lhe dá ensejo permanece o mesmo é de se notar que inconstitucional não é o que está escrito, ou seja, não é o texto em si.

A norma não é, portanto, texto escrito.

²³ DICKERSON, Reed. **A Arte de Redigir Leis**. Tradução de Paulo de Castro Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 29

²⁴ Trecho da palestra Filosofia da Linguagem, Ontologia Jurídica e as Relações Possíveis entre Legislação e Jurisdição ministrada pelo Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra no painel Reforma do Estado: Jurisdição e Processo Civil do I Congresso Internacional Revisitando o Direito Público

2.2 “Não há ninguém que explique e ninguém que não entenda”²⁵

Sobre a norma, mas ainda não sendo possível delimitá-la, observa-se o seguinte fenômeno: no ordenamento jurídico brasileiro, assim como em muitos outros, certo indivíduo (o legislador) interpreta determinado fenômeno social, concebe uma idéia acerca do comportamento relacionado àquele fenômeno, imprime-a em um texto, normalmente um texto escrito, que, por sua vez, deve ser interpretado e, teoricamente, obedecido para que os fins desta sociedade sejam atingidos.

Não é absurdo afirmar que a norma se encontra em algum lugar do processo, extremamente simplificado, que acima fora descrito. Mas onde estaria ela? Entende-se ser possível identificar seus contornos de forma mais clara em dois momentos distintos: 1) no instante que o legislador decide precisamente a mensagem a ser repassada por meio do texto e 2) quando o receptor entra em contato com o que concebe ser essa mensagem através da leitura do texto; desta forma, localizamos a norma antes e depois do processo de escrita, ou seja, a norma tanto é pré-quanto pós-positivação. Falar em norma positivada é referir-se a uma idéia que foi reduzida a um texto escrito.

Sob este prisma, a norma deve ser entendida como significado, como interpretação. Note-se que daí decorrem vários desdobramentos, pois sendo a norma uma interpretação, é possível extrair normas de quase tudo, haja vista que é possível interpretar quase tudo. A norma jurídica, no entanto, só poderá ser extraída de um texto jurídico, embora nem todos os textos de caráter jurídico estejam impressos nos códigos, é possível afirmar que a esmagadora maioria das normas jurídicas advenha de textos escritos. Complementando o que fora mencionado acerca da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, agora é possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal ao declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto de determinado “dispositivo” não o faz com o tal dispositivo. Em verdade, o Supremo declara a norma inconstitucional, ou seja, declara inconstitucional certo tipo de interpretação de um dado texto normativo.

Conquanto não visse a norma como interpretação, Arnaldo Vasconcelos²⁶, lucidamente, reconheceu em sua tese que o sentido do texto normativo é intangível; que a aplicabilidade concerne à interpretação e não ao texto, tal se observa na seguinte passagem de

²⁵ MEIRELES, Cecília. **Romanceiro da inconfidência**. Rio de Janeiro: Letras e Arte, 1965, p. 70.

²⁶ VASCONCELOS, **Teoria da norma jurídica**, p. 24.

seu livro: “a propalada estabilidade e segurança da própria norma escrita são relativas, porque, em verdade, o que se aplica é a interpretação normativa, e nunca a norma em seu presumível e problemático significado original”.

De posse dessas informações, o que mais é possível atribuir à norma? Kelsen²⁷, conforme anteriormente mencionado, entendia a norma como o sentido de um ato de vontade, afirma ainda o autor alemão que com “o termo [norma] se designa um mandamento, uma prescrição, uma ordem. Mandamento não é, todavia, a única função de uma norma. Também conferir poderes, permitir, derogar são funções de normas”. Ora, ainda que confira poderes, permita algo ou derogue outra norma, não deixa a norma, segundo nossa visão, de ter caráter mandamental.

Sendo a norma um ato de vontade é preciso fazer algumas considerações. A primeira delas diz respeito ao fato de ser o ato de vontade um querer, nessa toada não seria absurdo afirmar que a norma é o querer de alguém. No caso da norma jurídica, é o querer do legislador, que em última instância deve ser também o querer do povo, embora nem sempre assim o seja. A pessoa do legislador pode ter “aspirações” conflitantes, o legislador pode ficar em dúvida, mas a norma por ele elaborada deve ser clara e coerente. O ordenamento não suporta antagonismos. Cabe aqui uma ressalva: não se está afirmando que não existam antagonismos no ordenamento jurídico, o próprio viver prova o contrário, o que se pretende dizer é que as normas insertas em um ordenamento não podem ser contraditórias, não pode uma norma permitir determinada conduta enquanto outra a proíbe, considerando-se situações idênticas. Admitamos, por ora, a despeito do sustentado por Kelsen²⁸, a ficção de que a norma jurídica sempre **quer** ou **não quer**, não existe meio termo para essa espécie de norma.

A segunda consideração depende da primeira e concerne à característica direcional da norma. Quem quer algo, visa um fim, tem uma meta. Os fins das normas jurídicas dependem incontestavelmente do agir humano para serem alcançados, logo o fim imediato da norma deve ser direcionar o agir humano. Essa é uma das razões para afirmar que toda norma jurídica tem caráter preponderantemente imperativo, que elas são prescrições, mandamentos.

²⁷ KELSEN, **Teoria geral das normas**, p. 1

²⁸ KELSEN, **Teoria geral das normas**, p. 16: “Somente o ser humano que fixa a norma num ato de vontade pode ter algo em vista, perseguindo um fim, pois apenas o indivíduo pode querer algo; a norma nada “quer”. A pessoa que fixa a norma pode ter algo em vista com o estabelecimento da norma.”

O fato de determinado enunciado fazer parte de um corpo jurídico-normativo, por si só, já confere a este enunciado a força de prescrição. Se eu afirmo que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” esse enunciado pode ser identificado como sendo um enunciado descritivo, podendo, portanto, ser considerado falso ou verdadeiro. No caso de estarem as mesmas palavras daquela forma ordenadas presentes no texto de nossa Constituição²⁹, não há que se falar em verdadeiro ou falso, o que é lido ali se torna um enunciado prescritivo, ou seja, vincula determinado comportamento. Isso se prova pelo fato de que o sistema jurídico erigido pelo ordenamento cuja Constituição enuncia a igualdade de todos perante a lei tem a obrigação de reprimir qualquer ato que atente ou que mitigue a citada igualdade.

Pelo exposto, surge a necessidade de complementar (dentro das possibilidades deste modesto trabalho) o pensamento de Kelsen no concernente ao sentido desse ato de vontade que é a norma. Conforme anteriormente referido, quando a norma desempenha outras funções que não a de comando nem por isso perde o caráter mandamental. Senão vejamos a seguir.

Quando a Constituição Federal, por exemplo, enuncia que é função institucional do Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”³⁰, ao conferir esse poder ao Ministério Público, também está a norma proibindo todos os outros entes do poder público, bem como qualquer indivíduo, sujeito ao ordenamento brasileiro, de propor a ação penal pública, na forma que a lei a regulamenta, manda ainda, com o mesmo texto, o judiciário desconhecer qualquer ação penal pública proposta por quem não for representante do Ministério Público.

Nos casos de permissão ou derrogação o processo é o mesmo. A norma quando permite ou autoriza certo tipo de conduta, indiretamente prescreve que a conduta deve ser respeitada por quem quer que seja. Quando o texto constitucional garante a livre manifestação de pensamento, desde que não seja anônima, contra todos que por ventura possam opor algum óbice a esse direito existe um mandamento de contenção, ou seja, uma proibição de qualquer conduta que impeça a livre manifestação do pensamento. Na hipótese de a norma derrogar

²⁹BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 6 jun. 2011

³⁰ *Idem*.

outra norma, é clara a ordem emitida no sentido de não mais se observar ou aplicar aquela que fora derogada, respeitadas as regras de retroatividade esculpidas nos textos legais.

Ainda sobre o caráter imperativo da norma jurídica, Radbruch³¹ é irretocável ao afirmar que:

[...] as normas jurídicas na sua forma pura, têm mais a natureza de escalas de valores pelas quais se mede e avalia a vida em comum dos indivíduos do que a de ordens que lhes sejam dirigidas; ou ainda, que elas, em harmonia com este seu primitivo caráter, são constituídas mais por *normas de valoração* do que por *normas preceptivas* [...]. Contudo importa não esquecer que o direito não pretende somente julgar a conduta humana; pretende também determiná-la em harmonia com os seus preceitos e impedir toda conduta contrária a eles. Por isso é que as escalas de valores jurídicos, de que falávamos, se volvem em «imperativos».

Percebe-se que Vicente Ráo³² encara a imperatividade da norma sob uma ótica diferente ao afirma que a “proteção-coerção é elemento essencial do direito objetivo, tanto assim que as normas jurídicas positivas se distinguem das normas espirituais, ou morais, principalmente por seu caráter coercitivo”. Do mesmo modo Herkenhoff³³, ao afirmar serem as normas jurídicas “normas que regulam, coercitivamente, as relações das pessoas, em interferência umas com as outras, sob a chancela do Estado. As normas jurídicas criam uma inter-relação de direitos e deveres entre dois ou mais sujeitos”.

Herkenhoff³⁴ vai mais além e dissecar a norma em sua estrutura extraindo dela dois componentes: o preceito e a sanção. “Preceito é a parte da norma que enuncia uma forma de conduta ou de organização, afirmativa ou negativamente” e sanção “[...] é a consequência jurídica prejudicial decorrente da inobservância da norma, estabelecida também por uma norma e aplicada pelo poder público.”

Com a devida vênia, o presente estudo se distânciar tanto quanto possível da idéia de coerção como elemento constituinte seja da norma, seja do Direito. É certo que em um Estado de Direito a coerção se mostra presente em muitos instantes e isso pode levar o observador a encará-la como elemento essencial da norma ou do Direito, mas o que de fato se dá é que a coerção é elemento integrante, ou seja, faz parte do que entendemos por jurídico, mas não lhe é essencial.

³¹ RADBRUCH, **Filosofia do direito**, p. 105

³² RÁO. **O direito e a vida dos direitos**, p. 54.

³³ HERKENHOFF, **Fundamentos de direito**, p. 15

³⁴ HERKENHOFF, **Fundamentos de direito**, p. 21

A coerção é acessória ao Direito e à norma, ela serve como forma de garantir que, por exemplo, determinado tipo de conduta considerada importante o bastante pelo Estado, deverá produzir os efeitos esperados independentemente da vontade do sujeito de conduzir-se conforme a norma a ele imposta. Nesse sentido de elemento integrante, mas não essencial, Hart³⁵ mostra a utilidade da coerção em um Estado de Direito.

[...] uma sociedade com direito abrange os que encaram as suas regras de um ponto de vista interno, como padrões aceites de comportamento, e não apenas como predições fidedignas do que as autoridades lhes irão fazer, se desobedecerem. Mas também compreende aqueles sobre quem, ou porque são malfeitores, ou simples vítimas impotentes do sistema, estes padrões jurídicos têm de ser impostos pela força ou pela ameaça da força; estão preocupados com as regras apenas como uma fonte de possíveis castigos.

Equívocada também se nos afigura a conceituação de sanção feita por Herkenhoff. A sanção é dotada de contornos que se afinam mais com uma possível consequência da realização ou não do prescrito pela norma do que com uma punição ou um prejuízo. Se essa consequência é boa ou ruim, desejável, aceitável ou detestável ou qualquer outra coisa, isso dependerá do juízo de quem emite o mandamento normativo, bem como de quem deveria a ele se submeter.

Bobbio³⁶, de forma bem clara e didática, nos apresenta um breve panorama sobre essa visão punitiva da sanção, bem como a importância de considerá-la também sob seu aspecto positivo.

Por sua escassa importância prática, o tema das sanções positivas sempre foi negligenciado pelos juristas. Enquanto é comum a filósofos e sociólogos ampliar o significado de “sanção” até incluir nele os prêmios e as recompensas, sempre esteve presente entre os juristas uma corrente, que remonta a Austin, segundo a qual é possível falar com propriedade de “sanções” apenas em relação às sanções negativas. Com efeito, o papel do direito na sociedade é comumente considerado do ponto de vista da sua função predominante, que sempre foi aquela, mais passiva que ativa, de proteger determinados interesses mediante a repressão de atos desviantes. Não há dúvida de que a técnica das sanções negativas é a mais adequada para desenvolver esta função, a qual é, ao mesmo tempo, protetora dos atos conformes e repressiva em relação aos atos desviantes. Contudo, a partir do momento em que, devido, às exigências do Estado assistencial contemporâneo, o direito não mais se limita a tutelar atos conformes às próprias normas, mas tenta estimular atos inovadores – e, portanto, sua função não é mais apenas protetora, mas também promocional –, surge, paralelamente ao emprego quase exclusivo das sanções negativas, as quais constituem a técnica específica da repressão, um emprego, não importa se ainda limitado, de sanções positivas, que dão vida a uma técnica de

³⁵ HART, **O conceito de direito**, p. 217-218

³⁶ BOBBIO, **Da estrutura à função**, p. 23-24.

estímulo e propulsão a atos considerados socialmente úteis, em lugar da repressão de atos considerados socialmente nocivos.

Por tudo que foi dito, ainda não é possível diferenciar a norma jurídica das demais normas (morais, éticas, religiosas etc.) a não ser pelo que foi posto no início do trabalho quando relacionamos àquilo que é do Direito o atributo jurídico. Muito embora essa diferenciação seja por demais trivial, ela nos serve plenamente. Doravante a norma jurídica deve ser entendida como o significado prescritivo extraído (ou presumivelmente extraível), por meio de interpretação consciente, de um texto jurídico, ou seja, a mensagem orientadora, ou mandamental, compreendida a partir da leitura de qualquer texto positivado em nosso ordenamento, preenchidos os requisitos de legais de existência desse texto.

3 EFICÁCIA OU EFICIÊNCIA?

Embora seja possível perceber os dois termos de formas tão próximas a ponto de não detectar qualquer diferença de significados entre eles, para prevenir o surgimento de qualquer dúvida sobre a terminologia aqui utilizada se faz imperioso diferenciá-los.

Ainda que se parta de uma visão leiga (juridicamente falando) é possível inferir que tanto a eficácia quanto a eficiência se relacionam com a norma jurídica sob o prisma da aplicação, ou melhor, da concretização da conduta posta pela norma. Sempre que se pensa nos termos cumprimento ou descumprimento, no âmbito da norma jurídica, não há como não associá-los de alguma maneira às idéias de eficácia ou eficiência da norma em questão. Ver-se-á adiante que, conquanto os termos **cumprimento** e **descumprimento** possam ser intuídos como integrantes das idéias subjacentes aos dualismos **eficácia/ineficácia** e **eficiência/ineficiência**, não estão aqueles tão intimamente relacionados com estes como se pode supor. Por ora, a análise recairá somente na diferenciação entre eficácia e eficiência.

De forma geral pode-se associar a eficácia de uma norma ao texto que lhe dá origem. Diz-se eficaz a norma que está apta a produzir seus efeitos. Ora, todo texto normativo que obedeça aos ditames necessários à sua entrada em vigor está, em tese, apto a produzir seus efeitos. Note-se que a eficácia normativa, de fato, não depende da realização em concreto da conduta prescrita pela norma jurídica, sendo assim, a distância entre a idéia de norma eficaz e a idéia contida nos termos cumprimento e descumprimento vai se tornando mais bem delineada. Sobre eficácia, diz Luis Roberto Barroso³⁷:

Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de possuir em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma.

No tocante à eficiência da norma, o fenômeno se nos afigura um pouco mais complexo. A eficiência diz respeito à realização concreta do que fora previsto pela norma jurídica, ou seja, mais do que a mera aptidão para produzir efeitos, a norma jurídica eficiente tem de vê-los de fato realizados. Enquanto a eficácia se relaciona diretamente com o texto e, principalmente, com seus aspectos formais, a eficiência está em contato maior com o conteúdo material do texto normativo e também com o sistema jurídico que lhe dá suporte.

³⁷ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82.

Por sistema jurídico entende-se não só o complexo textual-normativo, mas também os órgãos responsáveis direta ou indiretamente pela garantia de que aquela conduta prescrita pela norma jurídica virá a existir e produzirá seus efeitos no mundo real³⁸, ou seja, todo o aparato estatal capaz de obrigar o indivíduo a cumprir a norma.

A efetividade significa, portanto, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.³⁹

“O que deve ser não pode deixar de converter-se, em algum momento da história, em algo atualizado ou realizável, sob pena de esfumar-se como quimérica aparência”. Essa relevante consideração feita por Miguel Reale⁴⁰ dá a dimensão da importância de se estudar os fenômenos da eficiência e da eficácia da norma jurídica, vez que uma norma jurídica reiteradamente violada por seus destinatários perde sua essência e, embora possa continuar existindo formalmente, está materialmente morta. No mesmo sentido, mas referindo-se especificamente às normas constitucionais, Pontes de Miranda⁴¹ afirma que ao “[...] deparar-se com [normas] manifestamente inexecutáveis, o intérprete tende a negar o seu caráter vinculativo, distorcendo, por esse raciocínio, o teor da juridicidade de norma constitucional”. Não é exagero afirmar que tanto a norma completamente ineficaz quanto a que não dispõe de qualquer eficiência não passam de assombrações jurídicas.

Não custa ressaltar também que para que uma norma jurídica seja eficiente não é imprescindível que o destinatário da norma aja conscientemente conforme o que por ela foi prescrito. Para que uma norma seja eficiente, basta tão somente que a conduta no mundo real corresponda àquela extraída do texto normativo, ou seja, para a norma jurídica pouco importa se a conduta do destinatário a ela se adéqua por escolha racional ou por qualquer outro motivo. Por exemplo, a norma jurídica pode prescrever certo comportamento “X”, e caso se observe que as pessoas tem se comportado da forma “X”, àquela norma será atribuído o

³⁸ VASCONCELOS, **Teoria da norma jurídica**, p. 4: “É preciso que se diga que a diferenciação aqui apresentada não é consenso na doutrina, Arnaldo Vasconcelos, por exemplo, atribui à eficácia as características aqui apresentadas como sendo da eficiência, senão vejamos: “Precisamente porque a norma não constitui o Direito é que se dá o fenômeno da ineficácia. O fato de a norma estar disponível, isto é, ter vigência, não implica a sua realização prática. Essa se funda em razão de justiça que é a causa de seu acatamento, medida de sua eficácia.”

³⁹ BARROSO, **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**, p. 83.

⁴⁰ REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, nota introdutória p. XV.

⁴¹ MIRANDA *apud* BARROSO, **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, p. 74.

adjetivo **eficiente**, ainda que boa parte dessas pessoas esteja se portando da maneira “X” sem sequer tomar consciência disto.

É em razão desta última afirmação se estabelece também certa distância conceitual entre **cumprimento** e **eficiência**. O cumprimento só existe se for consciente, alguém só cumpre ou descumpre qualquer mandamento se o fizer de forma livre; ou seja, se o querer de seu espírito se identificar(cumprimento) ou não (descumprimento) com o querer da norma. Fora disto só se pode cogitar falar em conduta conforme ou desconforme, nunca em cumprimento e descumprimento. Assim uma norma será tão eficiente quantas forem as condutas conformes seus mandamentos.

É preciso que se diga que a eficácia e a eficiência, ainda que mantenham uma relação estreita, são fenômenos independentes, isso quer dizer que é possível que existam normas eficazes sem que sejam eficientes, bem como, existem normas eficientes que não são dotadas de eficácia. Feita essa consideração, daqui por diante, quando tratar-se da eficiência da norma, deve-se ter em mente sua eficácia presumida, pois o estudo se foca nas normas inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, e, sendo assim, presume-se que essas normas preenchem todos os requisitos formais necessários para que gozem de aplicabilidade, ou seja, em tese estão todas as normas inseridas no ordenamento pátrio aptas a produzirem seus efeitos.

3.1 Todas as normas jurídicas devem ser eficientes?

Quando da tentativa de conceituar a norma, foi possível observar que seu contorno fica mais destacado nos instantes pré- e pós-positivação; sendo assim, a questão do dever ser eficiente também deve ser analisada em dois momentos distintos. Também aqui já se afirmou que não faz sentido dizer que o legislador elabore qualquer norma jurídica sem a intenção de que ela seja cumprida na maior medida possível, razão pela qual não é nenhum absurdo asseverar que, do ponto de vista do texto escrito, a norma deve sim ser eficiente; do ponto de vista de quem concebe a norma, a conduta ali prescrita é sim uma conduta devida e deve realizar-se.

Quando se caminha para o outro lado do texto positivo, cria-se um problema, pois inúmeros são os motivos para defender ou atacar a eficiência da norma. Como o discurso que aqui se apresenta é um discurso teórico, pede-se vênias ao leitor para adotar-se uma ficção, qual seja, a de que, se toda norma em sua gênese foi concebida para ser eficiente, pode-se

afirmar que, em tese, a norma jurídica deve ser eficiente. Aqui se apresenta um argumento reconhecidamente falho, mas que sob o ponto de vista da lógica é aceitável, na medida em que tudo deve ser aquilo para que se foi criado, ora, se a norma jurídica foi criada para ser eficiente, assim ela deve ser. O pensamento aqui apresentado tem um caráter puramente legal, e é aí que residem suas limitações. No mundo do Direito não se pode olvidar fazer considerações acerca da humanidade que é essencialmente a razão de existir do Direito, já no pensamento fundado na pura legalidade só se leva em conta a lógica formal de ser a norma a causa para um fim e uma causa que não atinge um fim assim não pode ser chamada. Radbruch⁴² faz interessante consideração sobre a **legalidade** e a **moralidade**, integrando-as inclusive, observe-se:

«moralidade» e «legalidade» não representam de maneira alguma modos diferentes de a obrigação se fazer sentir ou de as normas obrigarem. A sua distinção significa tão só que unicamente a norma moral encontra na vontade humana um substrato susceptível de ser obrigado (*verpflichtbar*). O substrato da norma jurídica que é, não a vontade, mas a conduta, exclui, portanto, conceitual e necessariamente, a obrigatoriedade como susceptibilidade de ser obrigado, e a referida distinção não vem pois a significar outra coisa senão que no direito e na moral são diferentes os substratos. Tal distinção não pode significar, por outras palavras, senão o facto de que só a moral tem por objecto o homem individual com todos os seus móveis de acção, ao passo que o direito tem apenas como objecto a vida dos homens em comum na qual somente a conduta exterior destes interessa (a interior apenas indirectamente) e não os seus motivos de proceder. Deste modo entendida, a legalidade não é uma característica do direito, pois é comum a todos os valores que não têm por objecto o indivíduo e os motivos de sua acção, como são os valores lógicos e estéticos. É por isso que não devemos reear aplicar o ponto de vista da «legalidade» à apreciação do valor estético duma obra de arte, ou a do valor lógico duma obra científica, sem aliás tomarmos em consideração para coisa alguma os motivos que determinaram o seu autor a criá-la, como apreciamos e valoramos um acto jurídico. Certamente, ninguém considerará menos valioso o património cultural da humanidade, só porque muitos elementos desse património foram, por vezes, o produto da ambição humana, como, inversamente, ninguém se lembrará de considerar bom o «mau músico» só por este poder ser uma «excelente pessoa».

Com base no que foi dito, ao mirar-se um ideal de valorização do ser humano em detrimento da visão jurídica focada predominantemente em seu agir, torna-se o problema ainda mais complexo. A pergunta que abre esse tópico poderia ser reformulada de forma que se lesse o seguinte: Todas as normas jurídicas devem ser cumpridas? Observe-se que o elemento volitivo-racional ou simplesmente humano agora se insere na questão. A medida da diferença entre **cumprimento** e **eficiência** é o elemento volitivo-racional. A norma eficiente é aquela que de fato produz seus efeitos, independente de qualquer coisa, enquanto à norma só se atribui o adjetivo cumprida se houver vontade de cumpri-la; a eficiência se processa na

⁴² RADBRUCH, *Filosofia do direito*, p. 104.

esfera do conjunto de indivíduos sujeitos à norma, já o cumprimento está inserido no âmbito do indivíduo propriamente dito. É certo que toda norma cumprida é eficiente, mas nem toda norma eficiente o é porque fora cumprida.

Não é possível tratar do relacionamento racional do sujeito com a norma jurídica sem ter em vista o papel que a moral exerce nesse âmbito. “Não há, pode dizer-se, um único domínio da conduta humana, quer interior, quer exterior, que não seja susceptível de ser ao mesmo tempo objecto de apreciações morais e jurídicas.”⁴³

No complexo processo que envolve o cumprimento, ou não, da norma jurídica, a razão deve atribuir certo valor à conduta normativa e só a partir daí o indivíduo vai tomar a decisão de portar-se conforme o prescrito pela norma, ou não. Radbruch⁴⁴ faz uma sucinta, mas valiosa distinção entre valor jurídico e valor moral.

De facto, sabe-se que o valor jurídico caracteriza as acções como *boas para a vida em comum*, ao passo que o valor moral as caracteriza simplesmente como *boas* em si mesmas. O valor jurídico é sempre o valor que uma acção tem para outros, ou para a colectividade de todos os outros, ao passo que o valor moral é o valor da própria acção.

Sobre a moral, Jacques Leclercq⁴⁵, com base nos ensinamentos de Santo Tomás de Aquino, nos dá a seguinte lição:

para Santo Tomás, o ato é moral quando é livre, e a intervenção da razão, fonte da liberdade, introduz no ato uma finalidade, igualmente racional. É ato racional, ato livre, todo ato realizado em vista de um fim que a razão percebe. Mas os atos do homem, atos não livres, podem ser conformes com a razão, sem contudo serem realizados sob o comando da razão. [...] Outra consequência daquele princípio é que, como o ato só adquire carácter moral pelo fato da liberdade, não existe problema moral se se abstrai da liberdade. Que será então da moral objetiva e daquilo que se conhece pelo nome de moralidade intrínseca dos atos? Quando um homem faz uso da razão, comprova que alguns de seus atos estão de acordo com seu fim e outros não. Ele *deve* querer os atos que estão de acordo com seu fim. Assim se estabelece a regra moral objetiva, que se apresenta com um carácter de objetividade. A *regra moral* é objetiva; mas o *ato* só é moral se a razão nêle intervier.[...] Todo ato do homem adquire, pois, um carácter moral quando é livremente realizado sob o domínio da razão; ato algum tem carácter moral quando a razão está ausente. [...] Fala-se de carácter moral; todavia, o ato imoral tem um *carácter moral*, tal como o ato bom. Do ato bom dir-se-á, porém, que é “moral”. O adjetivo “moral” tanto significa “bom”, como simplesmente “afetado pelo carácter da “moralidade”; e este encontra-se quer no mal quer no bem.

⁴³RADBRUCH, *Filosofia do direito*, p. 99.

⁴⁴ RADBRUCH, *Filosofia do direito*, p. 101

⁴⁵ LECLERCQ, Jacques. **Do direito natural à sociologia**. Tradução de Alípio Maia Castro. São Paulo: Duas Cidades, p. 36-37

Tendo em vista essa tríplice relação entre liberdade, razão e moral, voltemos a analisar o complexo de atos encadeados donde se extrai o conceito de norma jurídica, aqui adotado. É preciso, no entanto, que se esclareça não ser o objetivo deste trabalho estudar minuciosamente o processo legislativo, tão só é de interesse analisá-lo de forma abrangente.

O legislador, por meio de um processo livre e racional, interpreta o fenômeno social; em seguida, apoiado numa concepção axiológica do que apreendeu do fenômeno citado, concebe determinada norma “N” que será reduzida a um texto escrito “T”, que, por sua vez será analisado em seu conteúdo e debatido pelo corpo legislativo. Uma vez aprovado o texto “T” este passa a integrar o ordenamento jurídico, no caso o ordenamento brasileiro. Dado o texto “T” surgirá para e pelos destinatários a norma jurídica “N_n”, onde “n” é o número de interpretações possíveis de “T”.

Perceber-se que, de acordo com a concepção de Leclercq, tanto a norma “N” quanto o texto “T” são dotados de caráter moral, ainda que não sejam dotados do que Radbruch chamou de valores morais. Partindo dessa premissa, é óbvio que a norma jurídica “N_n” terá a mesma característica da norma e do texto que lhe deram origem, ou seja, será dotada de caráter moral. Doravante considerar-se-á dotado de moral (no sentido de ter sido produzido de forma livre e racional pelo ser humano) todo o texto positivado no ordenamento jurídico brasileiro. O que confere esse caráter moral à norma é justamente seu conteúdo, pois é ele o produto da razão livre do homem, seja o conteúdo da norma pré-texto, seja o conteúdo do texto normativo, seja o conteúdo apreendido pelo destinatário da norma jurídica. Ressalte-se que esses conteúdos não necessariamente são os mesmos, mas é preciso que se afinem tanto quanto possível, para que se dê o fenômeno da eficiência.

Usando as normas médicas como exemplo, Leclercq⁴⁶ constrói um quadro interessante acerca da interpretação moral e do conseqüente agir moral diante de uma norma qualquer.

As ciências médicas determinam, por exemplo, as condições de saúde, aquilo que o homem deve comer e beber para se manter em boa forma, e as normas da higiene. Não se trata de valores morais. Uma criança bem alimentada pelos pais não tem nenhum mérito pelo fato de comer o que lhe convém à saúde; e, se eu não puder comer alimentos sãos, não tenho culpa por comer mal. Mas o moralista, considerando as exigências da saúde, dirá que o homem deve respeitar as normas da higiene. A sobriedade, que é uma virtude moral, consiste em comer exatamente

⁴⁶ LECLERCQ, *Do direito natural à sociologia*, p. 39

aquilo que é preciso para que o corpo se mantenha em bom estado e seja capaz de prestar ao espírito todos os serviços que lhe deve prestar. A sobriedade confere, pois, um sentimento moral a uma norma que, em si, não tem nenhum carácter moral, por ser uma norma objetiva, mas que se torna moral quando se transforma em objeto de uma atividade livre. O homem de ciência que estuda as condições da saúde não faz moral; mas aquele que segue as prescrições do homem de ciência, por que a sua razão lhe diz que assim chegará a alcançar o seu fim – neste caso, o perfeito estado de saúde -, fim que por sua vez se subordina a um outro, que é o domínio do espírito sobre a vida, êsse desenvolve uma atividade moral.

Por todo o exposto, embora seja possível afirmar, ainda num juízo lógico-hipotético, que as normas jurídicas, em tese, deveriam ser eficientes, não há como afirmar que todas as normas jurídicas devam ser cumpridas, pelo contrário, deve-se defender que as normas jurídicas sejam entendidas e sentidas, conforme se verá adiante, e, a partir desse processo, o indivíduo pode moralmente optar pelo cumprimento ou não da ordem normativa.

Aqueles que aceitam a autoridade de um sistema jurídico, encaram-no de ponto de vista interno e exprimem o sentido de suas exigências em afirmações internas formuladas na linguagem normativa que é comum, quer ao direito, quer à moral [...] Contudo, não estão por tal circunstância vinculados a um *juízo moral* de que é moralmente certo fazer o que o direito exige. Indubitavelmente, se nada mais se disser, há uma presunção de que aquele que falar desse modo de suas obrigações jurídicas ou das dos outros, não pensa que há qualquer razão moral ou outra contra o respectivo cumprimento. Isto, contudo, não demonstra que algo não pode ser reconhecido como juridicamente obrigatório, a não ser que seja aceite como moralmente obrigatório. A presunção que mencionámos baseia-se no facto de que será frequentemente desprovido de sentido reconhecer ou apontar uma obrigação jurídica, se o autor da afirmação tiver razões concludentes, de natureza moral ou outra, para objectar o cumprimento.

Com essas palavras, Hart⁴⁷ evidencia a importância do fator interno, ou seja, do convencimento moral para o cumprimento dos preceitos normativos.

⁴⁷HART, **O conceito de direito**, p. 219-220, grifos no original.

4 O ENTENDER E O SENTIR

Conforme anteriormente dito, a proposta do presente trabalho é encarar o fenômeno eficiência-norma sob a perspectiva desses dois verbos que, em conjunto, influenciam de forma preponderante a conduta do indivíduo que vai qualificar a norma como eficiente ou não. No presente tópico, objetiva-se expor, de forma clara e resumida, o panorama das hipóteses relevantes para que haja correspondência entre o mandamento jurídico-normativo e a conduta material dos indivíduos na sociedade.

Entender a norma é o mínimo necessário para que se exija algum cumprimento normativo, caso contrário só se pode esperar que haja eficiência; que as condutas conformes sejam tantas quanto possível. Mas o que significa entender a norma? Que tipo de entendimento deve-se buscar? Sob quais aspectos? Nos tópicos que se seguem, pretende-se esclarecer, na medida do possível, essas dúvidas.

4.1 O entender

Entender a norma não significa descobrir a intenção real do legislador no momento da elaboração do texto normativo. O que aqui se propõe, através desse verbo, é a análise da relação entendimento-eficiência no âmbito da norma jurídica; questiona-se qual a influência da compreensão da norma para a realização dos comportamentos conformes? As pessoas, de fato, compreendem ou sequer são capazes de inferir o que vem a ser uma norma jurídica e o que ela pretende comunicar?

Da leitura do parágrafo anterior é possível perceber que o **entender** pode ser dividido em duas dimensões. A primeira dimensão do entender diz respeito à identificação da norma jurídica dentre todas as outras espécies de norma, o interprete precisa saber o que é uma norma jurídica, quais são as implicações de se atribuir juridicidade à norma e de que forma o fato de ser jurídica influencia, ou deve influenciá-lo em seu agir cotidiano.

Já a segunda dimensão está relacionada ao conteúdo do texto normativo, à criação mesma da norma pelo receptor da mensagem cunhada pelo legislador; nos dizeres da teoria pós-positivista de Friedrich Müller⁴⁸, a atribuir significado ao que só possui significância.

⁴⁸ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 11, grifos no original: “Ela [teoria pós-positivista] concebe o trabalho jurídico com um processo a ser realizado no tempo, e os enunciados nas

Uma vez que o sujeito se percebe diante do texto jurídico-normativo é preciso que se estabeleça a comunicação entre ambos, afinal de contas, sendo a norma um meio de instrução social, é preciso que ela exista para operar seus efeitos e, na impossibilidade de se extrair qualquer significado do texto normativo, a norma jurídica, de fato, não chega sequer a existir para aquele intérprete.

4.1.1 A primeira dimensão do entender

Não há dúvidas que em nosso ordenamento a fonte primeira das normas é o texto escrito; é dos códigos que irrompem as normas. Dito isso, não se pode furtar à análise da estrutura do texto normativo sob o prisma da lingüística, e, de fato, muitos autores têm se preocupado com isso.

Adrian Sgarbi⁴⁹ atribui à linguagem quatro funções, quais sejam: a função cognitiva, a função prescritiva, a função emotiva e a função realizativa. Norberto Bobbio⁵⁰ reconhece apenas as três primeiras funções; o autor italiano não faz qualquer menção à função realizativa. Observemos a classificação de Sgarbi:

“função descritiva” é aquela desempenhada pela linguagem quando através dela se formulam ou comunicam conhecimentos, informações, ou dados. Desse modo, “discurso descritivo” é aquele discurso cuja função é a de informar, transmitir conhecimento, ou como se diz com certa freqüência: é o discurso que “subministra” informações sobre a realidade [...] esse tipo de linguagem é tipicamente utilizado pela ciência [...] “Função prescritiva” é aquela que apresenta uma idéia-ação concebida como uma forma de conduta, isto é, como um modelo de comportamento ao qual um ou mais agentes devem adequar-se; é a linguagem utilizada com o intento de conformar condutas. Portanto, discurso prescritivo é aquele discurso cuja função é a de modificar, direcionar, provocar comportamentos humanos: um enunciado desse gênero exprime uma diretiva, um *standard* para o agir, e não uma informação ou descrição sobre o mundo. [...] nem toda norma jurídica se resume a uma prescrição (este é o caso das definições jurídicas e outras tantas variações normativas que estão presentes nos conjuntos normativos jurídicos [...] “função emotiva” é aquela em que a linguagem é utilizada para manifestar estados de ânimo, ou seja que se emprega para transmitir emoções e sentimentos. Discurso emotivo, assim, é aquele cuja função é de provocar ou manifestar comoções emotivas.[...]“função realizativa” é aquela que consuma algo no mesmo instante em que as palavras são pronunciadas. Quando um padre profere as palavras « - eu te batizo” o batismo é realizado, nada mais sendo necessário para que o batismo seja

codificações como *textos de normas* (no sentido da lingüística como “formulários de textos”, no sentido da filosofia da linguagem de Charles Sanders Peirce como expressões com “significância”, mas ainda não com “significado”), i.é, como *pré-formas* legislatórias da norma jurídica, que por sua vez *está por ser produzida* no decurso temporal da decisão. Isso que dizer que a norma jurídica não existe *ante casum*: o caso da decisão é co-constitutivo.”

⁴⁹ SGARBI. **Teoria do direito**, p. 32-35

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2005, p. 78.

consumado. [...] A diferenciação dos realizativos e as demais funções da linguagem pode ser visualizada com o enunciado «Peço desculpas» em contraste com a construção frasal «Estou andando». Quando descrevo meu ato «Estou andando» ao pronunciar-lo este não está realizado, pois depende não do que eu digo, mas do que eu faço empiricamente. Não obstante, quanto ao enunciado «Peço desculpas», por tratar-se de um realizativo, o simples fato de dizê-lo já implica desculpar-se, realizar imediatamente o que se diz pela razão de se ter dito.

Antes de qualquer coisa, é preciso que se façam algumas considerações acerca de função realizativa. Com base no que foi estudado não se afigura possível a consumação de nada no instante mesmo em que as palavras são pronunciadas, da mesma forma que não se pode consumir coisa alguma no instante em que um texto jurídico, por exemplo, é publicado. Sabe-se que o batismo não se realiza pela simples emissão das palavras “eu te batizo”, para que se realize o batismo é necessária uma cadeia de atos, uma série de procedimentos é exigida para que se consume o rito batismal. Da mesma forma se processa com os outros exemplos, a diferença se dá no aspecto interno ou externo que eles podem assumir. Dizer “peço desculpas”, sob a análise externa, poderia ser considerado o bastante para efetuar a ação de desculpar-se, mas se a análise considera o elemento interno tem-se a seguinte situação: se não se tem a intenção de reparar o fato que ensejou o pedido de desculpas, fazê-lo apenas para eximir-se de alguma conseqüência que se repute indesejada, é tão real quanto afirmar “estou andando” sentado em uma cadeira.

Em paralelo, pode-se afirmar que a ficção estampada na Lei de Introdução do Código Civil, onde se lê que “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”⁵¹ ganha força para aqueles que atribuem aos enunciados normativos algum traço da função realizativa; é como se, no lugar de proferir as palavras, a publicação delas já realizasse o ato de informar seu conteúdo a todos os destinatários vinculando-os, o que por óbvio não acontece. “Conhecer a lei” é um processo muito mais complexo do que simplesmente vê-la publicada ou tomar ciência de sua existência por meios indiretos.

A escritura que contém a norma tem função diversa. Por tudo que se disse até o presente, é possível, sem muita dificuldade, perceber que a função lingüística primordial do texto normativo é a função prescritiva. É muito importante que se tenha isso em mente, haja vista que nem sempre, ou melhor, quase nunca o texto normativo vem escrito em forma de proposições imperativas, ou comandos. Com isso há certa discrepância entre a função

⁵¹ BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>>. Acesso em 6 jun. 2011.

gramatical e a função semântica do texto normativo. Os códigos estão repletos de proposições que gramaticalmente tem caráter enunciativo e isso pode causar certo embaraço na relação intérprete-texto normativo.

Considerar um texto normativo como mero enunciado é a razão pela qual vários juristas concebem a coerção como elemento essencial do Direito. O indivíduo não pode descumprir uma proposição declarativa; pode no máximo ignorá-la, e, em verdade, por muito tempo isso se processou na esfera das normas constitucionais. Um enunciado não é capaz por si só de vincular uma vontade; ver o texto normativo como enunciado é arrancar-lhe qualquer força modificadora. Diante dessa hipótese, o observador perceberá que o texto não tem o poder de exercer nenhuma influência no agir dos indivíduos e será levado a crer que para conduzir o destinatário da norma ao fim por ela colimado é imperioso que haja coação.

Não se pretende advogar pela possibilidade absurda de engessar a semântica à gramática, mas é necessário que se tenha em mente que a possibilidade de confusão que aqui se ventila é uma possibilidade concreta, a força que o intérprete confere ao texto depende muito da forma como ele encara o que está escrito. Conclui-se, portanto, que o texto normativo deverá ser encarado como prescrição, esse deve ser o pressuposto da interpretação que dará origem à norma. Basta que se veja a norma como um imperativo, para que o indivíduo tenha mais consciência de que seus atos, considerados sob a óptica normativa, vão enquadrar-se como conformes ou desconformes a uma ordem, ou seja, o ato de portar-se ou não conforme a norma adquire um grau maior de razão e se aproxima cada vez mais daquele ideal de visão moral da norma explicitado no item 3.1.

4.1.2 A segunda dimensão do entender

“Juarez Freitas identifica uma das principais dificuldades na interpretação jurídica: dar conta da diversidade de significados que vem a tona quando da leitura dos significantes legais”⁵². Ultrapassada a barreira do como o texto normativo comunica, deve-se proceder à análise do o que o texto normativo pretende comunicar. Essa segunda avaliação também é imprescindível para que a norma exista como interpretação, e, conforme dito no início do parágrafo, é uma das principais dificuldades enfrentadas por aqueles que com o texto

⁵² JUNIOR, Roberto Ernani Porcher. **Direito e arte: intersubjetividade e emancipação pela linguagem**. Disponível em <http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2006_2/roberto_ernani.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2011.

normativo se deparam; vale dizer, que extrair o significado, ou algum significado, do mandamento normativo é tarefa das mais penosas.

O professor Marcelo Lima Guerra⁵³, por meio de fórmula, salienta de forma didática e precisa o problema da plurisignificância dos textos normativos. Observe-se os ensinamentos do professor.

Diante da distinção apontada entre norma jurídica e texto legislativo, o fenômeno corriqueiro da *ambigüidade* das expressões lingüísticas utilizadas pelo legislador permite que se tenha uma real dimensão do papel do intérprete na determinação das normas vigentes em dado ordenamento. Transpondo-se o que se disse sobre a ambigüidade de expressões na linguagem ordinária para o discurso propriamente jurídico, pode-se dizer que dado um texto normativo TN1, composto das expressões lingüísticas EL1, EL2 e EL3, e sendo o caso de uma dessas expressões ser *ambígua*, cada significado que se pode atribuir a esta expressão faz com que deste texto TN1 se extraia diferentes normas, como seu sentido global. Assim, digamos que EL2, sendo ambígua, pode ter como *significados* os conceitos S1(EL2) e S2(EL2) [leia-se: significado 1 de EL2 e significado 2 de EL2]. Sendo assim, cada significado distinto, por contribuir diferentemente para o sentido global de TN1 (=a norma por ele veiculada), faz com que do mesmo texto normativo se possam extrair *distintas normas*. Dessa forma, optando-se por S1(EL2), de TN1 se extrai a norma N1(TN1), enquanto que optando-se por S2(EL2) extrai-se de TN1 a distinta norma N2(TN1). Eis a forma geral do fenômeno da *ambigüidade de expressões lingüísticas* ocorrentes em textos normativos.

Diante da flagrante dificuldade que envolve o processo de apreensão da mensagem do legislador por meio do texto normativo, surge para alguns a necessidade de trabalhar estruturalmente o texto na tentativa de solucionar o problema, quando na realidade o ideal seria trabalhar o fundamento do texto. Sobre o assunto, Dickerson⁵⁴ nos diz o seguinte:

[...] registra-se um interesse cada vez mais vivo pelas questões de forma, em especial as concernentes à simplificação da linguagem. Isto é salutar e elogiável. Muito ainda se pode fazer para tornar mais fácil a aplicação e o entendimento das leis. Mas há o perigo do exagêro: de se dar excessiva importância ao estilo, com prejuízo da substância e da construção. Qualquer teoria de redação que separe drásticamente forma e substância fará provavelmente mais mal do que bem, pois tenderá a obscurecer o fato de que a clareza tem suas raízes, não na frase, mas na substância.

Dickerson foi muito lúcido ao reconhecer que a clareza da norma reside mais em sua substância do que em seu correspondente textual. Tendo o intérprete em mente que a norma será sempre um imperativo cuja função é orientar a sociedade em direção a um ideal de evolução, já dispõe de bastante substrato para buscar o conteúdo de qualquer norma e decidir-se por cumpri-la ou não.

⁵³ Extraído do texto premissas teórico-metodológicas publicado em GUERRA, Marcelo Lima. *Competência da justiça do trabalho*. Fortaleza: Tear da Memória, 2009, grifos no original.

⁵⁴ DICKERSON. *A Arte de Redigir Leis*. p. 37

Tome-se como exemplo o já citado dispositivo constitucional que diz, dentre outras coisas, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza⁵⁵. O sujeito, ao entrar em contato com este excerto deve, primeiramente, ter em mente que a norma manda que ele considere todos iguais sem distinção de qualquer natureza, após-essa primeira leitura, o indivíduo deve tentar descortinar tanto quanto possível os significados contidos nas palavras utilizadas nessa construção textual, levando em conta que somente serão adequados os significados que se afinem com a idéia de evolução social. Não se quer dizer que, obedecido esse procedimento, as normas tornar-se-ão mais eficientes, ou que o intérprete, seja ele quem for, será capaz de alcançar o cerne da norma jurídica, mas pode-se afirmar sem sombra de dúvida que aqueles que têm a oportunidade e são capazes de fazê-lo deveriam assim proceder, pois assim as relações jurídicas desfrutariam de muito mais verdade.

Sendo o indivíduo capaz, e tendo observado a norma da forma aqui proposta, ele está apto a escolher pelo cumprimento ou não do mandamento normativo; diga-se, é capaz de encarar o texto sob um ponto de vista moral e a partir daí pautar suas decisões. Observe-se a fala de Leclercq⁵⁶:

[...] certos automobilistas têm medo de atropelar os pedestres por causa das complicações que isso lhes poderia causar. Os seus atos estão de acôrdo com a Moral, mas não têm caráter moral, se realizados com a exclusiva preocupação de salvaguardarem a comodidade própria. E, quando os poderes públicos estabelecem regulamentos, pode ser que se preocupem unicamente com os efeitos a alcançar, pouco lhes importando que as pessoas que observam a regra tenham preocupações morais. Existe, pois, uma técnica social, exatamente como existe uma técnica de higiene e de construção, e estas técnicas tornam-se objeto da Moral quando a atividade racional do homem a elas se aplica.

De posse de todo essa informação, se o intérprete ainda optar por descumprir a norma o faz por alguma razão e não existe qualquer artifício textual ou de interpretação que seja capaz de convencê-lo de portar-se de forma diferente. Na hipótese acima ventilada o automobilista entende o mecanismo de sanção negativa, não a norma. Em síntese, se o sujeito, nessas condições, opta por descumprir o mandamento normativo, somente a sanção será capaz de dissuadi-lo. Ou melhor, somente a sanção seria capaz, afinal de contas ainda não exploramos as implicações de se encarar a norma também sob o aspecto sensível da norma.

⁵⁵BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm Acesso em 06/06/2011

⁵⁶ LECLERCQ. **Do Direito Natural à Sociologia**. p. 42

Como última consideração, é válido dizer que encarar a norma sob seu aspecto sensível nada tem a ver com sanção ou coação. Poder-se-ia pensar que, no caso do automobilista do exemplo supracitado, o comportamento é conforme a norma, pois ele sente um temor relacionado à possibilidade de ser sancionado, quando é bem provável que o motivo que o leva a portar-se daquela maneira seja um motivo puramente racional, um motivo puramente matemático, que sopesa os prós e os contras dos comportamentos disponíveis e opta pelo comportamento menos penoso. Esse tipo de atitude está longe de tocar o espírito do indivíduo, razão pela qual não se adéqua à esfera do sentir. Tampouco acontece quando se concebe o sentir físico, aquele sentir das penas aplicadas ao corpo do indivíduo que se porta em desconformidade com o mandamento normativo pelos mesmos motivos apresentados anteriormente.

Observe-se adiante o que de fato se deve entender por “sentir” no âmbito normativo.

4.2 O sentir

De antemão é preciso que fique claro ao leitor que daqui por diante o percurso se dará em um terreno que para muitos pode parecer obscuro, metafísico ou carente de cientificismo. Em certa medida, essas afirmações são verdadeiras, mas de forma alguma isso desnatura o objetivo traçado para essa monografia e a escolha por adentrar em caminho tão delicado encontra seu fundamento justamente no ser humano e em sua beleza, na beleza de ser esse ente complexo e indecifrável, além de certa megalomania oculta nos recantos do subconsciente deste que aqui escreve.

O homem, reduzindo-o ao máximo, é um misto de razão e paixão e, assim como um dos grandes filósofos da humanidade já afirmara que é preciso dar “a César o que é de César, a Deus o que é de Deus”⁵⁷, à razão cabe o entendimento e às paixões cabe o sentimento.

O homem muitas vezes pauta seu comportamento na forma como sente o conteúdo da norma, ainda que não tenha consciência disto. Jacques Leclercq⁵⁸, na tentativa de

⁵⁷BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada.** Disponível em <<http://www.chamada.com.br/biblia/index.php?act=ler&cap=22&livro=Mat&from=concord&ver=ACRF&modo=0>> Acesso em: 6 jun. 2011

⁵⁸ LECLERCQ. **Do direito natural à sociologia**, p. 37

explicar como o ato mau pode tornar-se moralmente mau, acaba por dar os contornos dessa idéia de sensibilidade normativa:

[...] diremos apenas que, para que um ato mau seja moralmente tal, é preciso que o espírito o entenda como mau. Mas como é possível querê-lo nessas condições? A causa disto está em que o ato apresenta muitos aspectos, nunca é pura e simplesmente mau; e o espírito pode prender-se a um aspecto que o dê por bom, sem que, com isso, sob o ponto de vista do conjunto, deixe de ser mau

Além disso, “A humanidade quase sempre considerou inseparáveis a lei moral e sua sanção: aos olhos da maior parte dos moralistas, o vício chama racionalmente, em sua seqüência, o sofrimento, e a virtude constituem uma espécie de direito à felicidade”⁵⁹. Essa relação vício-sofrimento/virtude-felicidade é a coluna vertebral da idéia de justiça retributiva⁶⁰, idéia essa que sustenta nosso ordenamento jurídico. O problema está no vocábulo “racionalmente”. De fato, o sofrimento pode mudar a conduta de certo indivíduo, mas o sofrimento não se opera racionalmente, ele atua em outro nível, além do que as conseqüências do sofrer não podem ser previstas racionalmente, não existe uma fórmula donde se pode relacionar certo tipo de sofrimento com certa conduta como conseqüência.

Se o sofrimento imputado ao indivíduo pelo Estado, por considerar este que aquele agiu em desconformidade com determinada norma jurídica, é sentido como injustiça, dificilmente a conduta se modificará; pior, pode o indivíduo movido por desejos de vingança potencializar sua conduta socialmente viciada. Por outro lado, se o sofrimento é sentido como remorso, a probabilidade de não se repetir a conduta é imensa. Acontece que o Direito não dispõe de meios seguros e definitivos para inculcar o remorso.

Preciosos são os ensinamentos da Guyau⁶¹ sobre o assunto:

O sofrimento, por exemplo, se não se justifica como *penalidade*, justifica-se muito bem como utilidade. O remorso adquire um valor quando pode nos servir para alguma coisa, quando é a consciência de uma imperfeição ainda atual – seja em suas causas, seja em seus efeitos – e da qual o ato passado era simplesmente o sinal. Então ele não concerne a esse ato mesmo, mas à imperfeição revelada pelo ato ou às conseqüências que se desenrolam, é um aguilhão que serve para nos lançar adiante. Desse ponto de vista, que não é propriamente da sanção, o sofrimento do remorso e mesmo todo sofrimento em geral, toda austeridade, adquirem um valor moral que

⁵⁹ GUYAU, Jean-Marie. **Crítica da idéia de sanção**. Tradução de Regina Schöpke e Mauro Baladi. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 24

⁶⁰ KELSEN. **Teoria geral das normas**, p. 31: O princípio retributivo, segundo Kelsen é “o princípio segundo o qual deve ser punida a conduta contrária à sociedade: àquele que se conduz mal, um mal deve ser aplicado; a conduta adequada à ordem social deve ser recompensada : àquele que se conduz bem, um bem deve ser feito.”

⁶¹ GUYAU. **Crítica da idéia de sanção**, p.74-75

não é possível negligenciar [...] O sofrimento às vezes pode ser, em moral, o que os remédios amargos são na medicina: um poderoso tônico.

Com relação à dor que provoca o movimento, Jhering também dedicou linhas precisas na abordagem do assunto e por duas vezes defende que o homem, seja ele conhecedor do direito ou não, ao sentir essa dor entra em contato mesmo com o Direito, em verdade faz mais que isso, esse homem se torna um defensor do Direito. No primeiro momento diz Jhering⁶²:

Mas o povo, dir-se-á talvez, sabe então que o direito de propriedade e o de resistência são condições da existência moral da pessoa? Sabê-lo-á? De forma alguma, talvez; mas outra é ver se ele tem o sentimento e eu espero demonstrar que efetivamente o tem. Que sabe o povo, por exemplo, dos rins, dos pulmões, do fígado, como condições da vida física? No entanto sente qualquer uma dor viva nos pulmões, nos rins ou no fígado e logo compreende-o aviso que este mal lhe dirige. A dor física é um sinal de uma perturbação no organismo, da presença de uma influência inimiga; abre-nos os olhos sobre o perigo que nos ameaça e pelo mal que essa dor nos causa adverte-nos da necessidade de tratamentos. Sucede exatamente o mesmo com a dor moral que causa a injustiça intencional, o despotismo!

Mais adiante o autor nos mostra como a experiência sensível é capaz de transformar o homem comum em defensor dos princípios jurídicos através da perturbação sensível⁶³

Pouco importa o que forma o objeto do meu direito[...]Fazendo-o meu, imprimi-lhe um sinete da minha personalidade: quem o toca, toca esta última; o golpe que lhe vibre atinge-me a mim também porque estou nele; a propriedade não é mais do que a periferia dá minha pessoa estendida aos objetos. Esta conexão do direito com a pessoa confere a todos os direitos, de qualquer natureza que sejam, este valor incomensurável que designarei pelo nome de valor ideal, para distinguir do valor, puramente substancial, que os direitos têm sob o ponto de vista do interesse [...] Esta concepção ideal do direito não constitui um privilégio das naturezas de elite; a mais grosseira compreende-a tão bem como a mais refinada; a mais rica como a mais pobre; os povos selvagens como as mais civilizadas nações; e é precisamente isso que nos patenteia o quanto esse idealismo é fundado sobre a mais íntima essência do direito: não é mais do que o vigor do sentimento jurídico[...]Prosa na região das coisas meramente materiais, transforma-se o direito em poesia na esfera pessoal, na luta para defender a – Personalidade: - a luta pelo direito é a poesia do trabalho. E que é então que produz todas essas maravilhas? Não é a experiência nem a educação, mas o simples sentimento da dor. A dor é o grito de alarde e a chamada de socorro da natureza ameaçada. Isto é verdade tanto para o organismo moral, como para o organismo físico. [...] Aquele que por si ou por outrem nunca experimentou essa dor, não sabe o que é o direito, embora tenha de cabeça todo o *corpus júris*.

Mas não pense o leitor que a mudança do espírito do indivíduo no âmbito do Direito se dá unicamente em razão da dor ou dos maus sentimentos, porque o espírito humano é por demais complexo e por muitas vezes o prazer se mistura com a dor; o gozo, com a

⁶² JHERING, **A luta pelo direito**, p. 26

⁶³ JHERING, **A luta pelo direito**, p. 38-39

expição. Vale dizer também que entre o sensível e o racional existe uma relação de quase simbiose, a nossa mente por muitas vezes interpreta o sensível e o associa à idéias, a conceitos que também servirão como mola propulsora do comportamento humano. É certo que a esperança de alcançar a felicidade dispõe de um poder direcionador bem razoável. Jean-Marie Guyau⁶⁴ traça em breves linhas o que entendemos ser a razão da mudança no agir através do bom estímulo sensível:

A razão pode estabelecer certa ligação entre a sensibilidade e a felicidade, porque todo ser sensível deseja o prazer e odeia a dor por sua própria natureza e definição. A razão pode também estabelecer ou supor uma ligação entre *qualquer* vontade e a felicidade, porque todo ser suscetível de vontade aspira espontaneamente a sentir-se feliz.

O mesmo autor, mais adiante em sua crítica a idéia de sanção, reforça ainda mais a importância da sensibilidade no processo de moldagem do agir humano, Guyau entende que nossa natureza “patológica” é a chama que dá a vida àquela idéia de valor moral abordada anteriormente. O filósofo francês apresenta um novo elemento na alquimia da aplicabilidade das normas, anteriormente atribuímos caráter moral tanto ao texto normativo quanto às normas, mas o que ainda não se conseguiu explicar é a questão dos valores morais. Estando a moral intimamente ligada à liberdade e à racionalidade, o valor moral será resultado da interpretação livre e racional dos fenômenos sensíveis no indivíduo.

Se o mérito moral fosse pura conformidade com a *lei* racional como tal, pura *racionalidade*, puro *formalismo*, se ele fosse obra de uma pura liberdade transcendente e estranha a qualquer inclinação natural, ele não produziria nenhuma fruição na ordem da natureza, nenhuma expansão do ser sensível, nenhum calor interior, nenhuma palpitação do coração. Do mesmo modo, se a má vontade, fonte do demérito, pudesse, por hipótese, não ser ao mesmo tempo contrária a *nenhuma* das inclinações naturais de nosso ser, mas servisse a todas, ela não produziria nenhum sofrimento. O demérito, nesse caso, deveria, mesmo *naturalmente*, resultar na perfeita felicidade sensível e passional. Se não é assim, é porque o ato moral ou imoral, ao mesmo tempo que é supra-sensível pela intenção, encontra em nossa natureza “patológica” ajudas ou obstáculos. Se gozamos ou sofremos então, não é mais na medida em que nossa intenção é conforme ou contrária a uma lei racional fixa, uma lei de liberdade supranatural, mas na medida em que ela se acha ao mesmo tempo conforme ou contrária a nossa natureza sensível, sempre mais ou menos variável.⁶⁵

Por fim, cabe fazer certa reflexão sobre mais um excerto de Guyau⁶⁶:

⁶⁴ GUYAU. *Crítica da idéia de sanção*, p. 43.

⁶⁵ GUYAU. *Crítica da idéia de sanção*, p.68

⁶⁶ GUYAU, Jean-Marie. *A Arte do ponto de vista sociológico*. Tradução de Regina Schöpke e Mauro Baladi. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.44.

A massa das sensações humanas e dos sentimentos simples é sensivelmente a mesma através do tempo e do espaço, mas aquilo que aumenta constantemente e se modifica para a sociedade humana é a massa das idéias e dos conhecimentos, que reagem sobre os sentimentos

Diante da afirmação acima, é preciso notar que se não houver uma relação de complementaridade entre o sensível e o racional, a evolução que tanto se busca não será alcançada tão cedo. O homem sente prazer desde sempre, mas pode o homem sentir hoje prazer nas mesmas coisas que sentia a milhares de anos atrás? Será que o simples fato de imprimir uma regra no texto de determinado código proibindo, por exemplo, certo comportamento que antes era a razão do gozo humano, é o bastante para fazê-lo abrir mão desse prazer? Será que um indivíduo que sensivelmente não se dispõe a portar-se de determinada forma, vai passar a assim se portar em razão de um texto normativo?

5. AS NORMAS POUCO FISCALIZADAS

Para que se possa delimitar o grupo de normas que aqui se qualificam como normas pouco fiscalizadas, é preciso voltar os olhares novamente para o fenômeno da eficiência da norma. Já se observou que, para determinada norma ser considerada eficiente, é necessário que as condutas se alinhem tanto quanto possível à previsão nela contida. Viu-se também que a norma será tão eficiente quantos forem os comportamentos conforme ao que por ela for prescrito. Com relação aos comportamentos conformes, estes podem ser inconscientes ou conscientes; nesta última hipótese é possível falar-se de cumprimento. No presente tópico focaremos apenas as condutas conscientes, por entender que o fato de serem as normas fiscalizadas ou não só opera efeitos na conduta consciente.

Já se disse também que, abstraindo-se completamente a dimensão sensível, o homem que opta deliberadamente por descumprir um mandamento normativo não será dissuadido a não ser por meio da sanção. É importante que se analise a presente situação com cautela. Primeiramente não se pode conceber, tal qual Herkenhoff, a sanção como sinônimo de consequência jurídica prejudicial; na sabia lição de Norberto Bobbio⁶⁷ percebe-se que o Estado também faz uso das sanções positivas como instrumento de persuasão do indivíduo na busca pela eficiência da norma jurídica. Em segundo lugar é importante notar justamente o caráter instrumental da sanção; seja a sanção negativa, seja a sanção positiva, ela serve ao Direito, nada mais é que um instrumento para alcançar seus fins.

Sendo a sanção um meio para alcançar o fim da norma, qual seja, sua maior eficiência, surge a pergunta: como pode o Estado “descobrir” o momento oportuno para a aplicação da sanção? Só há um meio: a fiscalização. O Estado possui milhares de olhos que tomam conta da concretização das condutas previstas pela norma jurídica. Quando aquele cidadão idealizado por Jhering sai busca no judiciário a defesa de seu direito violado, exerce a função de fiscal e o faz sob a justificativa de que o comportamento de alguém, em desacordo com o preceituado em lei, feriu o Direito; quando um guarda de trânsito aplica uma multa, o faz na condição de fiscal das normas de trânsito; quando a Receita Federal concede certo benefício fiscal, em razão do preenchimento de determinados requisitos legais, o faz em benefício da eficiência da norma que prescreve a citada concessão. Pode-se afirmar que é

⁶⁷ BOBBIO, *Da estrutura à função*, p. 23-24.

através da fiscalização que o Estado interfere na equação que redundaria na eficiência da norma jurídica. Sobre a importância da Fiscalização, Hart⁶⁸ diz o seguinte:

A maior parte dos homens é capaz de os ver e de sacrificar os interesses imediatos de curto prazo que a conformidade de tais regras pede. Podem na verdade obedecer, por uma variedade de motivos: uns a partir de um cálculo prudente de que os sacrifícios valem os ganhos; outros a partir de uma preocupação desinteressada pelo bem-estar dos outros; e ainda outros porque encaram as regras como merecedoras de respeito em si próprias e encontram os seus ideais na devoção a elas. Por outro lado, nem a compreensão do interesse de longo prazo, nem a força de vontade ou rectidão desta, das quais depende a eficácia desses diferentes motivos de obediência, são partilhadas igualmente por todos os homens. Todos são tentados por vezes a preferir seus próprios interesses imediatos e, na ausência de uma organização especial para a sua descoberta e punição muitos sucumbiriam a tentação. Indubitavelmente, as vantagens da abstenções recíprocas são tão palpáveis que o número e a força dos que cooperariam voluntariamente num sistema coercivo, serão maiores do que qualquer associação possível de malfeitores. [...] As «sanções» são, por isso, não como motivo normal para a obediência, mas como uma *garantia* de que os que obedeceriam voluntariamente não serão sacrificados aos que não obedeceriam.

Surge então a seguinte situação: no âmbito da eficiência de certa norma “N”, pode-se dividir os que estão sujeitos a norma “N” em grupos: 1) o dos que entendem a norma e cumprem-na; 2) o dos que entendem a norma e não a cumprem; 3) o dos que não entendem a norma, mas se portam conforme o que por ela foi prescrito; 4) o dos que não entendem a norma, mas se portam desconforme o que por ela foi prescrito. Nos grupos cujos comportamentos são contrários à norma, a sanção deve funcionar como fator de persuasão, no sentido de adequar o agir dos indivíduos em questão ao mandamento normativo. Acontece que a fiscalização é o primeiro ato no complexo procedimento de aplicação da sanção ao caso concreto e sem aquela esta simplesmente não existe.

Para esclarecer o que foi dito, observe-se o seguinte: no capítulo referente às infrações do Código de Trânsito Brasileiro, é possível ler

Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência
 Infração - gravíssima;
 Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;
 Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.
 [...]
 Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código.⁶⁹

⁶⁸ HART, **O conceito de direito**, p.213-214, grifos no original.

⁶⁹ BRASIL. Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997. CTB, **Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9503.htm>>. Acesso em: 6 jun. 2011

Do texto legal, sob o signo do entender, se concebe uma norma que proíbe o consumo de qualquer quantidade de álcool pelo condutor de veículo automotor. Ressalte-se que essa não é a interpretação última, mas se adéqua bem ao impresso no texto normativo. Diante dessa norma, atente-se para certo indivíduo do segundo grupo: ele entende tratar-se de uma proibição cuja substância se encontra, por exemplo, no fato de que o álcool altera a percepção e pode causar um acidente fatal, em desconformidade com os objetivos do Estado que, como o nosso, protege a vida, mas a despeito disso ele pode optar por descumprir o mandamento por acreditar que é “resistente” aos efeitos da bebida alcoólica, por exemplo. Aqui o entender a norma não foi o bastante para adequar a conduta real ao dever ser. Caso a fiscalização desse preceito seja ostensiva, é provável que o sujeito opte por cumprir o mandamento normativo, pois entende quão penosa seria a desvantagem por ele sofrida no caso de aplicação da sanção.

Do mesmo modo se procede com o indivíduo do grupo quatro, que, embora não entenda a norma (nos termos que aqui se propõem para *entender*), percebe que se for pego dirigindo sob influência do álcool, sofrerá conseqüências desagradáveis. Nos dois casos apresentados, é possível entender como a sanção negativa aumenta a eficiência da norma. Considere-se agora a hipótese de uma sanção positiva.

A norma que estabelece a obrigatoriedade do pagamento de certo tributo contém em si a conseqüência, ou sanção, benéfica, qual seja, o retorno daquele valor pecuniário em serviços. Ainda que isso aconteça de forma muito precária em nossa sociedade, essa é a relação que se estabelece em tese. Ressalte-se que para que a sanção positiva seja concretizada é preciso que aja uma dupla fiscalização, o contribuinte tem que ser fiscalizado para que exista a contribuição pecuniária; e também o Estado para que se converta essa contribuição em benefícios para a sociedade.

Diante do contexto apresentado, o indivíduo do segundo grupo compreende plenamente a relação entre o que ele deve “gastar” financeiramente e o que ele deve “ganhar” na forma de benefícios estatais, mas opta por sonegar, pois conclui que o benefício individual que experimenta ao sonegar é maior que o benefício que experimentaria enquanto membro da sociedade favorecida pelo pagamento de impostos, haja vista o parco retorno provido pelo Estado. Na hipótese de uma fiscalização contundente sobre o Estado, a sanção positiva seria plenamente percebida pelo indivíduo em questão, que muito provavelmente não só pagaria seus impostos por obrigação, mas por interesse. Da mesma forma se procede com o indivíduo

que não compreende a substância da norma que institui o pagamento de impostos e opta pela sonegação simplesmente pela vantagem imediata.

Por todo o exposto observa-se que a relevância da fiscalização se dá no início do procedimento que culmina com a aplicação da sanção. Ainda que essa seja apenas uma das formas de se aumentar a eficiência normativa, observa-se que em nossa sociedade ela tem um papel preponderante. No Brasil, a cultura do “ninguém está vendo” é a prova de que uma fiscalização mais robusta garantiria um aumento da eficácia de muitas normas, ou seja, é comum, embora não seja normal, que as pessoas ajam em desconformidade com a norma jurídica pela ausência de fiscalização. Acontece que o nosso país não dispõe, dada sua enorme dimensão, e principalmente, dada sua ínfima administração, de meios para fiscalizar a eficiência das normas tanto quanto necessário. Cabe então buscar uma via auxiliar.

O comportamento contrário à norma é patrocinado pela certeza da impunidade e pela falta de esperança na recompensa. No presente trabalho, a arte se apresenta não como solução para o problema da ineficiência de muitas normas pouco fiscalizadas, tampouco como opção à sanção, mas como um complemento. A arte vai agir preponderantemente na esfera do sentir, e se defende que o cumprimento pela arte depende muito menos dessa idéia de punição ou recompensa racional proporcionada pela sanção. Ressalta-se a importância dessa forma de operar da arte, justamente na independência de sanção e fiscalização, pois muitas dessas normas pouco fiscalizadas, em verdade nem deveriam depender de fiscalização, mas de educação e humanidade.

6. A ARTE PERTURBA OS SATISFEITOS E SATISFAZ OS PERTURBADOS⁷⁰

A arte, diferentemente do Direito, não tem um fim, um objetivo ou uma utilidade, embora jamais se possa dizer que a arte é inútil, poder-se-ia classificá-la, com ajuda do neologismo, como útil, pois a ela não se ousa atribuir nenhuma utilidade precisa, ainda que ela possa servir para quase tudo. A arte opera em vários níveis, e por isso ela tanto interessa a este trabalho. Em um desses níveis, entretanto, a arte se diferencia de forma muito especial de todas as outras manifestações humanas: somente a arte é capaz de tocar o ser humano num ponto onde nem mesmo ele, quando tocado, consegue precisar. Nós não conseguimos compreender a vastidão do nosso ser, mas a arte é capaz de preencher todo esse espaço.

Como tentativa de deixar este tópico o mais objetivo possível, trabalhar-se-á com um único exemplo de norma pouco fiscalizada e sobre ele construir-se-á a linha de raciocínio e argumentação. Vamos ao exemplo. De acordo com a lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 é crime punível com detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano “pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano”⁷¹. Das várias normas jurídicas extraíveis desse texto, considere-se o seguinte pensamento que posteriormente redundará em uma norma: os resíduos de que não mais se consegue extrair qualquer serventia sujam, maculam o local em que se encontram, devem, portanto, ser dispensados em recipiente adequado; simplificadamente: o lixo-resíduo deve ser dispensado no lixo-recipiente, caso contrário conspurcará a edificação ou o espaço em que se encontre. Daí extrai-se a norma que proíbe que se jogue lixo no chão, eis o exemplo.

É PROIBIDO JOGAR LIXO NO CHÃO.

Conforme visto, existem vários “porquês” para se obedecer a essa norma, definitivamente a aplicação da sanção prevista não é um deles, pois a fiscalização para esse tipo de crime é inexistente. Ou o leitor conhece alguém que foi preso por jogar lixo no chão? Observe-se como a arte pode ser útil em situações como a do exemplo.

⁷⁰ Frase atribuída a Witold Gombrowicz. Disponível em < <http://pensador.uol.com.br/frase/NzM4Njcj/>> Acesso em: 6 jun. 2011

⁷¹BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em: 6 jun. 2011

6.1 A arte para mim.

Tem caráter de verdade a assertiva de que o homem, onde quer que esteja, seja ele quem for, está em contato com a arte de alguma forma. Seja através de um repente ou uma escultura em argila; seja através da 5ª Sinfonia de Beethoven ou a escultura “Estupro de Proserpina” de Bernini, o homem sempre estará se relacionando de certo modo com a arte. Pode-se afirmar, inclusive, que a arte alcança de fato onde a norma só tem pretensões, pois a arte é concreta tanto para o analfabeto quanto para o letrado, tanto para o rico quanto para o pobre, tanto para quem escreve quanto para quem lê, enquanto a norma só o pode ser em teoria.

Dito isso, a primeira abordagem a ser tratada no presente trabalho é uma abordagem objetiva, mais concreta do valor da arte. O ponto de partida para essa análise encontra-se no discurso que Ronald Dworkin⁷² proferiu para justificar o patrocínio da arte pelo Estado. A justificativa consiste justamente no poder que as manifestações artísticas têm de criar paradigmas. Nas palavras do autor norte-americano nossa cultura é capaz de oferecer “pinturas, representações, romances, projetos, esportes e filmes policiais que valorizamos e que nos dão prazer, mas também oferece a moldura estrutural que torna possível valores estéticos desse tipo, que os torna valores para nós”.

Mais adiante, Dworkin⁷³ reforça a importância da criação do valor estético, pela arte, no âmbito da linguagem e depois explica como esse valor estético tornou-se um valor em si mesmo no que tange à autoridade que conferimos à continuidade histórica.

A possibilidade da arte, de encontrar valor estético em certo tipo de representação ou de objetos, depende de um vocabulário comum de tradição e convenção. Essa parte de nossa linguagem poderia ter sido muito mais pobre. Suponha que ninguém nunca houvesse encontrado valor na criação narrativa, isto é, numa história. Nossa linguagem não teria os recursos complexos de que dispõe para distinguir um romance de uma mentira [...] temos agora o equipamento conceitual para descobrir valor na continuidade histórica e cultural. Podemos considerar estimulantes, e consideramos várias formas de citação extraídas da história de nossa cultura; encontramos valor na idéia de que a arte contemporânea retrabalha temas ou estilos de outras épocas ou é rica em alusões a elas, de que o passado está conosco, retrabalhado, no presente. Mas essa idéia complexa depende tanto de uma prática compartilhada quanto a idéia da ficção narrativa. Ela só pode ser sustentada se essa prática persistir de forma viva, apenas se o passado for mantido vivo entre nós, na cultura maior que irradia do museu e da universidade em círculos concêntricos que abarcam a experiência de uma comunidade muito maior.[...]A própria possibilidade

⁷² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.341

⁷³DWORKIN, **Uma questão de princípio**, p.343-344

de encontrar valor estético na continuidade depende de continuarmos a ter sucesso e interesse pela continuidade, e isso, por sua vez, pode muito bem exigir um rico estoque de coleções ilustrativas e comparativas que só podem ser mantidas, ou mantidas da melhor maneira, em museus e exploradas em universidades e outras academias

No exemplo de Dworkin, a continuidade é o objeto da valoração estética que com o tempo se torna um valor em si mesmo. É muito provável que o primeiro homem a guardar a primeira lança ornamentada, com o intuito de mostrar a seus descendentes o que para ele era belo, tenha sentido a mesma coisa que sentiram os discípulos de Sócrates: ambos perceberam que tal beleza deveria ser compartilhada com as gerações posteriores.

Joseph Campbell⁷⁴ afirma que o que concebemos por amor romântico hoje em dia nasceu com os menestréis europeus do século XII; a idéia de alma gêmea remonta àquela época. Isso mostra como a arte exerce poder na construção mesma de determinados conceitos a que atribuímos valores. Reconhecido esse poder à arte, as possibilidades são infinitas. Ainda que não se possa dizer que a arte tem a função específica de educar, jamais poder-se-á negar sua aptidão para tanto. É nesse sentido que a arte pode ser utilizada como poderoso instrumento na busca por uma maior eficiência de determinadas normas.

Mas a beleza da obra poética também é acompanhada de um prazer próprio no reconhecimento do que está sendo expresso ou representado. Deste prazer no reconhecimento resulta a eficácia da função didática e filosófica da obra de arte. se esta educa e instrui, isto é uma consequência do prazer que o homem sente na imitação e na representação em geral. Não se trata propriamente de uma finalidade, mas de uma utilidade adjacente ou coincidente [...] O prazer da obra de arte não é, todavia, um prazer simples, unicamente decorrente da força expressiva da representação ou da harmonia orgânica e vital da unidade das partes. As obras de arte podem e devem suscitar emoções e comoções pelas ações representadas, de modo que quem as contemple venha a experimentar sentimentos perturbadores como os de angústia e de horror. A beleza mais sublime pode produzir vertigem e até mesmo ferir. Mas esta dor, profundamente sentida na beleza, paradoxalmente, não repugna, mas atrai; não destrói, mas segundo Aristóteles, purga e purifica.⁷⁵

Nessas palavras de Fernando Santoro é possível perceber a incrível força da arte e de sua consequência imediata: a catarse que é o motivo da purgação e da purificação mencionadas por Aristóteles. Toda a dimensão dessa força artística, em tentativa, será injustamente condensada e abordada adiante. Por ora, voltemo-nos ao aspecto mais objetivo da arte.

⁷⁴ CAMPBELL, Joseph. **O poder do mito**. Tradução de Carlos Felipe Moisés. São Paulo: Pala Athena, 199, p.202

⁷⁵ SANTORO, Fernando. Aristóteles e a arte poética. In: HADDOCK-LOBO, Rafael (Org.). **Os filósofos e a arte**. Rio de Janeiro: Rocco, 2010, p. 53-54, grifos no original.

Com base na norma do exemplo mencionado, se for possível às manifestações artísticas expressarem um valor estético na limpeza, por exemplo, o lixo no chão causará um desconforto tal que, independente de qualquer fator externo o indivíduo não mais irá jogá-lo em qualquer lugar que não seja o devido. Guyau⁷⁶ faz uma precisa associação entre a feiúra e a imoralidade, para demonstrar porque o apelo estético é tão eficiente no impulso do agir humano.

Enfim, há que se fazer valer as considerações estéticas. Um ser imoral contém uma *feiúra* bem mais repulsiva que a feiúra física sobre a qual a vista não gosta de se deter. Quer-se, portanto, corrigi-la ou afastá-la, melhorá-la ou suprimi-la [...] Portanto, a feiúra produz, em menor grau, o mesmo efeito que a imoralidade, e sentimos a necessidade de corrigir tanto uma quanto outra.

Sob este prisma, dentro da hipótese levantada no início do capítulo, é possível afirmar que o valor estético atribuído à limpeza, ao ser percebido pelo indivíduo possa se transmutar em valor objetivo, fazendo com que a falta dela venha a causar tamanho incômodo individual que o sujeito não vai apenas deixar de sujar o ambiente, mas vai passar a limpá-lo e conservá-lo limpo.

6.2 A arte para nós.

No início do trabalho, chegou-se à conclusão de que a sociedade é elemento essencial a existência do Direito, sem ela não há que se cogitar a existência do Direito, tampouco de normas jurídicas, a existência da sociedade pressupõe relações tanto entre os indivíduos uns com os outros, quanto ente os indivíduos e o Estado. Nessa teia de relações, surgem as obrigações, que certamente provém da norma. Radbruch⁷⁷ ao tratar dessas obrigações, divide-as em obrigações jurídicas e morais, e, quanto às obrigações morais, atribui um caráter eminentemente individual.

[...] em face do sujeito da obrigação jurídica se acha sempre um outro interessado, pretendente ou credor de alguma coisa, enquanto que em face da obrigação moral só simbolicamente pode falar-se na existência dum pretendente ou interessado no seu cumprimento. É o que se passa quando se fala, já de obrigações para com Deus, já de obrigações para com a nossa consciência, para com a humanidade, ou para com a parte melhor de nós próprios, como também se costuma dizer. Nos domínios do «jurídico» pode falar-se de «direitos e obrigações», de «créditos e débitos». Nos da moral, porém, o chamado dever moral não é um débito; não é um dever para com um credor, mas simplesmente um dever. Até mesmo inclusivamente, os chamados «deveres para com o próximo» não o são no sentido de os outros poderem exigir de nós o seu cumprimento. [...] A moral exige que cumpramos nossos deveres pelo

⁷⁶ GUYAU, *Crítica da idéia de sanção*, p. 47-48.

⁷⁷ RADBRUCH, *Filosofia do direito*, p.101-103.

sentimento puro do dever. O direito admite outros móveis no cumprimento dos nossos deveres jurídicos. A moral não se satisfaz sem a consciência harmônica com a norma. O direito é menos exigente e requer apenas a conduta conforme o preceito. Como dizia KANT, a moral reclama «*moralidade*» (espírito de moralidade); o direito apenas «*legalidade*» (observância exterior).

Da norma exemplo “É proibido jogar lixo no chão” poder-se-ia extrair, nos termos de Radbruch, uma obrigação para com a sociedade, uma obrigação social de manter, por exemplo, o meio ambiente limpo. Ainda na linha de pensamento daquele autor, essa obrigação não teria, em tese, um destinatário que pudesse reclamar seu cumprimento. Sob esse ponto de vista, caberia somente ao indivíduo, por sua moral, decidir-se por não jogar lixo no chão influenciado talvez pelo valor estético do item anterior. Não jogaria por achar feio. Digamos que uma reportagem mostre que os males de uma enchente são exponencialmente catalisados em decorrência do lixo dispensado de forma inadequada; de posse dessa informação o indivíduo pode racionalmente ligar os pontos e perceber que jogar o lixo em local adequado é socialmente interessante, moralmente vinculante dir-se-ia, haja vista a implicância dessa conduta para a coletividade. Mas será isso o bastante? Como poderia então o corpo social exigir o cumprimento da norma em benefício da coletividade? Ora, se o jurídico trata justamente das relações sociais e a sociedade, de acordo com Radbruch, não tem meios de vincular moralmente a conduta do indivíduo, cria-se um problema.

Observe-se a situação de outro ângulo: o mesmo indivíduo assiste a um filme, ou lê um poema no qual o sofrimento causado por uma enchente é de fato por ele sentido espiritualmente. Nessa hipótese o indivíduo vê a obrigação de não jogar lixo no chão como uma obrigação para consigo mesmo, ele sente os males que sua atitude pode prejudicar, embora não viva esses males. Ninguém tem tanto poder sobre o homem quanto ele mesmo, e a auto-cobrança é sem dúvida a mais eficiente.

É nesse contexto que a arte age, ela é um instrumento de aproximação. Já foi demonstrado o poder do sentir no agir humano, mas o sentir é essencialmente uno. Normalmente eu só sinto o que comigo se passa isso também deve ser verdade para o leitor, mas a arte dispõe da magia da identificação, o poder de fazer-nos sentir sentimentos que não são nossos. Sobre isso, Santoro⁷⁸ já nos dava valiosa lição, mostrando inclusive o caráter de complemento que a arte deve ter como instrumento de linguagem:

⁷⁸ SANTORO, Aristóteles e a arte poética, p. 45.

[...] se, para Platão, a imitação era o distanciamento da verdade e o lugar da falsidade e da ilusão, para Aristóteles, a imitação é o lugar da semelhança e da verossimilhança, o lugar do reconhecimento e da representação. A função mimética em Aristóteles não é uma exclusividade das artes poéticas; ela apresenta-se também, por exemplo, na linguagem humana em sua função de representar as coisas. Tal função, a de adequar o nome ou signo à coisa significada, é a função mimética ou representativa da linguagem, lugar em que pode acontecer o verdadeiro ou o falso.

Aqui o mimetismo da arte adquire uma dupla função enquanto linguagem: auxilia na compreensão da mensagem que o emissor do texto (inclusive o jurídico), pretende passar; e “[...] consiste em evidenciar certos sentimentos e tentar evocá-los de modo a fazer participar os outros de uma certa situação”⁷⁹. É nesse contexto que a arte, através da dimensão sensível, tira o aspecto moral do “eu” a transfere-o para “nós”. O sentimento artístico não existe só, assim como não há Direito para a unidade; a arte permite a aproximação dos espíritos criando de fato uma identidade social que, justamente por ser identidade no sentido mais profundo da palavra, tende a ser preservada.

6.3 A arte para tudo

Para além do sentimento de identificação, a arte possibilita uma expansão dos horizontes do espírito humano em níveis intangíveis, níveis completamente acima do que compreendemos. Se existe alguma coisa que liga todos os seres humanos, essa coisa só pode ser o sentir. Depois de passar da dimensão do “eu” para a dimensão do “nós”, só resta passar para a dimensão do transcendente, que escapa à figura humana e abrange a idéia mesma de existência.

[...] toda arte seria um meio de concórdia social, e talvez ainda mais profundo que os outros; porque *pensar da mesma maneira* é muito, sem dúvida, mas ainda não é o bastante para nos fazer *querer* da mesma maneira: o grande segredo é nos fazer *sentir* da mesma maneira e eis o prodígio que a arte realiza

Pela leitura do excerto escrito por Guayu ⁸⁰, é possível equivocadamente se pensar na arte como meio de dominação, de massificação. O erro é justificável, pois a imagem de todos sentindo da mesma maneira tende a conduzir o pensamento na direção de uma uniformização nociva. Em verdade, o que o filósofo francês quer suscitar é o fato de que se existe algo que possa se chamar de humanidade, ela deve ser entendida como um conjunto de iguais denominados humanos e é de se esperar que haja uma semelhança última que em cada uma das partes está presente e que por isso identifica-as com o todo. Essa semelhança última é

⁷⁹ BOBBIO, *Da estrutura à função*, p.78.

⁸⁰ GUYAU, *A arte do ponto de vista sociológico*, p.34.

o sentir, mas os “gatilhos” que estimulam o sentir são muito diversos e o fato de a arte ser tão plural não está à toa relacionado a essa diversidade

Aí reside a supremacia persuasiva da arte em detrimento do Direito. O Direito dispõe apenas da norma, que, se e somente se entendida em sua substância, pode ser capaz de projetar algum traço de remorso, por exemplo, no receptor da ordem normativa. Já a arte possui milhares de formas de fazê-lo, tantas quantas forem os motivos causadores de remorso em cada um de nós. Isso vale para qualquer sentimento. Quando Guyau afirma que o prodígio da arte é nos fazer sentir da mesma maneira, ele quer dizer que eu posso me sentir extasiado ao ouvir, por exemplo, Pink Floyd, enquanto o leitor pode sentir-se assim lendo um poema de Patativa do Assaré e através dessa mesma sensação de êxtase podemos contribuir para o sucesso do todo, que é, ou deveria ser, nosso fim último.

O intento do trabalho não é demonstrar o indemonstrável, mas tão somente trazer à tona fatos que de tão evidentes se afiguram como a mais absoluta verdade, qual seja, a aptidão da arte de formar um indivíduo tão evoluído quando o que a norma espera comandar, um indivíduo que busca, nas profundezas do sensível, respaldo para racionalmente mirar um ideal de comportamento e em busca dele partir. Assim a arte funciona como mola propulsora de elevação espiritual. Mais uma vez, Jean-Marie Guyau⁸¹, nos dá precisa lição sobre isso.

Se os elementos do remorso ou da alegria interior, que provêm assim da sensibilidade, são geralmente variáveis, existe um, entretanto, que apresenta certa fixidez e que pode existir em todos os espíritos elevados. Estamos falando dessa satisfação que sempre experimenta um indivíduo ao sentir-se classificado entre os seres superiores, aproximado de seu próprio ideal, adaptado, por assim dizer, a esse ideal. Essa satisfação corresponde ao sofrimento intelectual de sentir-se decaído de sua posição e de sua espécie, caído ao nível dos seres inferiores. Uma tal satisfação, um tal gênero de remorso intelectual praticamente só existem nos espíritos filosóficos; além disso, essa sanção, limitada a um pequeno número de seres morais, comporta certa antinomia. Com efeito, o sofrimento produzido pelo contraste entre nosso ideal e nosso estado real deve ser, em nós, tanto maior quanto mais nós temos consciência mais plena do ideal, porque, então, adquirimos uma visão mais clara da distância que nos separa dele. Portanto, quanto menos somos imperfeitos, mais devemos sofrer ao nos compararmos com o ideal de perfeição. A suscetibilidade da consciência vai aumentando à medida que esta se desenvolve, e a intensidade do remorso é uma medida de nossa elevação moral.

Santoró⁸² já expôs o poder que a arte dispõe de transportar para os domínios do consciente a idéia de um ideal a ser alcançado.

⁸¹ GUYAU. *Crítica da idéia de sanção*. p. 72 e 73

⁸² SANTORÓ, Fernando. *Aristóteles e a arte poética*, p.49.

Quando, na Poética, Aristóteles trata do objeto de imitação na poesia, diz que aquilo que se imita é, sobretudo, o caráter dos homens e suas ações. Imitações de ações de caráter nobre são as imitações da epopéia e da tragédia, imitações de caracteres mesquinhos são as imitações da comédia. Todas tem função didática, seja por servir de êmulo e meta no caso das personagens épicas e trágicas, seja para servir de escárnio e provocar a vergonha no caso das personagens cômicas. Assim, a comédia parece realizar uma imitação ou representação mais verdadeira, enquanto a tragédia é mais comovente; isso porque esta exprime homens melhores, como gostaríamos de ser, ao passo que aquela, homens piores, como gostaríamos de não ser. Ora, o que gostaríamos de ser ainda não somos e nos move mais do que o que gostaríamos de não ser, mas, a despeito disso, já somos. Tanto é que, da tragédia, saímos elevados e motivados para ações elevadas, e da comédia saímos envergonhados, e a vergonha é, sem dúvida, um reconhecimento. Motivação e reconhecimento são funções didáticas da música, a primeira no aspecto moral da formação do caráter e a segunda no aspecto cognitivo da elaboração da experiência

A maior realização da arte é a catarse; somente através dela somos capazes de sentir na intensidade que esse verbo merece. Esse espelho do espírito em sua totalidade⁸³ é, sem dúvida, um instrumento poderosíssimo não só na garantia de maior eficiência às normas jurídicas, mas também na elaboração destas. Pede-se licença para repetir a citação de Santoro⁸⁴, pela força que esta contém

O prazer da obra de arte não é, todavia, um prazer simples, unicamente decorrente da força expressiva da representação ou da harmonia orgânica e vital da unidade das partes. As obras de arte podem e devem suscitar emoções e comoções pelas ações representadas, de modo que quem as contemple venha a experimentar sentimentos perturbadores como os de angústia e de horror. A beleza mais sublime pode produzir vertigem e até mesmo ferir. Mas esta dor, profundamente sentida na beleza, paradoxalmente, não repugna, mas atrai; não destrói, mas segundo Aristóteles, purga e purifica.

Tomando por base este nível de transcendentalidade, nosso indivíduo modelo agora não mais vai jogar lixo no chão unicamente por medo de ser sancionado, ou pela agonia provocada pela feiúra da sujeira, tampouco por sentir interiormente o que uma vítima de enchente pode sentir na pele, mas portar-se-á conforme a norma por todas essas razões; e mais: o indivíduo do exemplo, independente de texto normativo, compreenderá que ao jogar lixo no chão ele prejudica muito além da sociedade ou de seus pares humanos; entenderá que, ao portar-se desta forma, o prejuízo é da vida.

⁸³ GONÇALVES, Márcia. Hegel: Materialização e Desmaterialização de Idéia nas Obras de Arte. In. HADDOCK-LOBO, Rafael (org.). **Os Filósofos e a Arte**. Rio de Janeiro: Rocco. 2010 p. 85 “Se fosse possível descrever em poucas palavras o aspecto mais importante do processo de desenvolvimento do conceito hegeliano de arte, essas diriam que a arte tem como principal função ser um espelho do espírito em sua totalidade. Mas tais palavras não são capazes obviamente, de descrever todo o processo”

⁸⁴ SANTORO, Fernando. **Aristóteles e a Arte Poética**.p.54

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que foi exposto, é possível notar que no contexto da realidade atual brasileira, muito ainda se tem a percorrer ante de se exigir que determinadas normas gozem de um alto grau de eficiência, nosso país impõe à sociedade o cumprimento dos mandamentos legais, quando a ela só se dá a oportunidade de um contato extremamente superficial com o fenômeno complexo que é a norma jurídica.

É de se esperar que, nesse contexto, entre as normas mais eficientes estejam as mais fiscalizadas, as mais temidas. Ainda que o indivíduo sequer entenda, nos termos do que aqui se propôs, a norma, ele é condicionado, tal qual o cão de Pavlov, a se portar de uma determinada maneira. Após o estudo que aqui se finda, entendeu-se que na falta do mínimo que é o entender o comportamento do indivíduo, na maioria das vezes, só será conforme a norma enquanto houver fiscalização para tanto.

O elemento artístico goza de algumas vantagens por seu tão plural quanto os indivíduos sociais, e pode de fato operar tanto em níveis mais objetivos quanto na profundidade mais oculta do ser humano. É nesse sentido que se espera ver a arte cada vez mais presente no dia-a-dia das pessoas, que inevitavelmente passarão por uma profunda mudança interior, essa sim permanente.

REFERÊNCIAS

- ALIGHIERI, Dante. **Monarquia. Seleção de textos.** Coleção Os Pensadores. Tradução de Carlos do Soveral. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- ANTUNES, Arnaldo. O Que. Intérprete: Titãs. In: TITÃS. **Cabeça Dinossauro.** WEA, p1986. 1CD. Faixa 13.
- BARROSO, Luis Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.
- BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada.** Disponível em <<http://www.chamada.com.br/biblia/index.php?act=ler&cap=22&livro=Mat&from=concord&ver=ACRF&modo=0>> Acesso em: 6 jun. 2011
- BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função.** Tradução Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole. 2007.
- _____. **Teoria da Norma Jurídica.** Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3ª ed. São Paulo: Edipro. 2005.
- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 06/06/2011
- BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.** Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>>. Acesso em 06/06/2011.
- BRASIL, **Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em 01/06/2011.
- BRASIL. **Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em: 06/06/2011.
- CAMPBELL, Joseph. **O Poder do Mito.** Tradução Carlos Felipe Moisés. São Paulo: Pala Athena. 1991.
- DICKERSON, Reed. **A Arte de Redigir Leis.** Tradução de Paulo de Castro Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- GONÇALVES, Márcia. Hegel: Materialização e Desmaterialização de Idéia nas Obras de Arte. In: HADDOCK-LOBO, Rafael (org.). **Os Filósofos e a Arte.** Rio de Janeiro: Rocco. 2010.
- GUYAU, Jean-Marie. **A Arte do Ponto de Vista Sociológico.** Tradução Regina Schöpke e Mauro Baladi. São Paulo: Martins Fontes. 2009.

GUYAU, Jean-Marie. **Crítica da idéia de sanção**. Tradução Regina Schöpke e Mauro Baladi. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1986.

HERKENHOFF, João Baptista. **Fundamentos de Direito**. 1ªed. Rio de Janeiro: Forense. 2000

JHERING, Rudolf. **A Luta Pelo Direito**. 23ªed. Tradução João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense. 2007

JUNIOR, Roberto Ernani Porcher. **Direito e Arte: intersubjetividade e emancipação pela linguagem**. Disponível em http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2006_2/roberto_ernani.pdf. Acesso em 06/06/2011

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução de José Florentino Duarte. 1ªed. Porto Alegre: Fabris. 1986 .

LECLERCQ, Jacques. **Do Direito Natural à Sociologia**. Tradução Alípio Maia Castro. São Paulo: Duas Cidades. s/d.

MEIRELES, Cecília. **Romanceiro da Inconfidência**. Rio de Janeiro: Editora Letras e Arte. 1965.

MORELL, Manuel Gallego. El Derecho e sus Relaciones com el Arte. **Boletín de la Facultad de Derecho**. Num.3. 1993

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito: Introdução à Teoria e Metódica Estruturantes**. 2ª Ed. Vários tradutores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução L. Cabral de Moncada. 5ª ed. Coimbra: Armênio Amado. 1974.

RAÓ, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 6ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2004.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 22ªed. São Paulo: Saraiva. 1995.

_____. **O Direito Como Experiência**. 2ªed. São Paulo: Saraiva. 1992.

_____. **Teoria Tridimensional do Direito**. 4ªed. São Paulo: Saraiva. 1986.

SANTORO, Fernando. Aristóteles e a Arte Poética. In.HADDOCK-LOBO, Rafael (org.). **Os Filósofos e a Arte**. Rio de Janeiro: Rocco. 2010.

SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1986.