

do uso, da realidade em que se encontram imersos, tendo em vista que o importante é a função linguística, e não sua construção sintática ou sua formulação semântica puras. Isso sugere, portanto, a ausência de correspondência exata entre a forma sintática e semântica dos enunciados com a função linguística desempenhada. Ademais, explica em parte como é possível de um mesmo texto chegar-se a normas contraditórias.<sup>20</sup>

Considerando os textos produzidos pelas autoridades normativas, as normas são o significado desses textos, ou, se assim se quiser pôr, desse discurso contextualizado, de modo que o aspecto pragmático está imprescindivelmente presente na análise da relação entre o registro linguístico empregado e seus usuários. Daí que o aspecto sintático encontra-se no enunciado normativo (nos textos); o semântico no sentido desse enunciado (o que nos possibilita alcançar, por interpretação dos textos, as normas que esses textos expressam); e o aspecto pragmático no como é assimilado como resultado do uso da linguagem. Porque prescritivo não é propriamente o enunciado, mas o modo de usá-lo. Um uso que está circunscrito pelo que as autoridades normativas enunciam.

Por essas razões que se tem denominado o ato normativo (aspecto pragmático), o enunciado normativo (aspecto sintático) e a norma (aspecto semântico) de «tríade da linguagem jurídica»: porque o ato normativo (ato linguístico de formulação do enunciado normativo), o enunciado normativo (que equivale ao texto legal produzido), e a norma (resultado da interpretação dos textos legais), embora não se confundam, mantêm laços próximos.

Embora seja comum referirem-se às prescrições enunciadas frente a frente de «normas», elas tecnicamente constituem mais bem «comandos» ou «ordens».<sup>21</sup> Esta distinção é relevante na medida em que nem todo «comando» está fundado em uma «norma jurídica», pois ordens há, por exemplo, como as de um assaltante, que não são sustentadas por qualquer texto legal.

Em conclusão, as mensagens destinadas à conformação das condutas são prescrições. As prescrições são chamadas de comandos ou ordens quando pronunciadas face a face; quando formuladas em textos legais são normas. As normas decorrem da interpretação dos materiais jurídicos; elas necessitam contextualização, enfim, a referência pragmática.

## 2. Tipos de normas jurídicas

A percepção de haver certos agentes produtores de textos normativos parece evidenciar que além das normas de «conduta» deve haver normas que atribuem o poder de elaborar normas jurídicas a certas pessoas. Portanto, caso

<sup>20</sup> Capítulo VI, «Interpretação jurídica», item IV.

<sup>21</sup> HART, 1994: 18-19.

sejam consideradas as referências normativas que específica ordem jurídica pode apresentar, parece ser claro que nem todas cumprem a função de servirem de pautas para as condutas humanas.<sup>22</sup>

Grosso modo, as normas de uma ordem jurídica determinada ou bem são normas de conduta (normas primárias), ou bem são normas de estrutura (normas secundárias).<sup>23</sup>

### 2.1 Normas de conduta (ou primárias)

«Normas de conduta» são determinações de comportamento, ou seja, preceitos que geram obrigações, proibições e permissões. São normas, por assim dizer, que instituem o «obrigatório» (Op), o «proibido» (Php), e o «permitido» (Pp). Estar «obrigado», ser «proibido», e ter a «permissão» são determinações para as condutas humanas. Essas determinações cumprem a função, não apenas de formarem marcos com vistas a obter comportamentos conformes, mas também são padrões avaliativos concretos para os atos disformes.

Às normas de conduta comumente são agregadas sanções jurídicas com vistas a reforçar sua obediência; às de estrutura, caso não sejam escrupulosamente atendidas, podem resultar em anulações.

As normas jurídicas de conduta, por serem prescritivas, cumprem importante papel de estabilização. Essa estabilização é reconhecida, por Niklas Luhmann, como estabilização «contrafática».<sup>24</sup> «Contrafática» porque elas, as normas jurídicas de conduta, atuam contrariamente aos fatos reais, o que significa dizer que:

a) Uma norma N pode não estar sendo obedecida que ela continuará sendo uma norma jurídica N da ordem jurídica OJ; e que

b) A norma N, quando instituída, o foi para atuar em determinado comportamento presente na comunidade C com vistas a mudá-lo.

Entretanto, os itens a) e b) não descartam a possibilidade de as normas jurídicas atuarem no sentido de reforçar, em certos casos, a conformação e a permanência, não a mudança. Em suma, as normas de conduta não podem faltar em nenhuma ordem jurídica. E não podem faltar porque uma das características essenciais dos ordenamentos jurídicos é a de criar vínculos jurídicos de deveres.

<sup>22</sup> SGARBI, 2006b; SGARBI, 2007b: 164-183.

<sup>23</sup> HART, 1994: Cap. V.

<sup>24</sup> LUHMANN, 1983: 53-56; FERRAZ JR., 2007: 92-129.

Passemos a sua análise individualizada.<sup>25</sup>

### 2.1.1 Normas que impõem obrigações de fazer algo ou alguma coisa

São as normas que especificam certos atos que devem ser realizados. Portanto, uma norma de obrigação é uma norma cuja finalidade é estabelecer que algo «deve ser feito».

Por exemplo, CF: «a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada» (art. 5.º, inc. LXII); «o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado» (art. 5.º, inc. LXIII); «a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária» (art. 5.º, inc. LXV).

A configuração elementar das obrigações pode ser assim retratada, sendo certo que p refere-se à conduta devida ou obrigatória: [Op]: É obrigatório que se faça p.

### 2.1.2 Normas que proíbem

São as normas que estabelecem o dever de não fazer algo que é, por ela própria, especificado. Portanto, uma norma de proibição é uma norma que se produz com vistas a que algo «não seja feito». Exemplo de preceito de proibição: CF, art. 5.º, inc. LVI: «são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos». A configuração elementar das obrigações pode ser assim retratada, sendo que p refere-se à conduta proibida: [Php]: É obrigatório que não se faça p.

Todavia, nem sempre as proibições são diretamente apontadas. Porque quando as autoridades normativas qualificam comportamentos às vezes elas especificam o devido de modo indireto. Basta, para isso, descreverem certa atividade estatuinto sua punição. Como claramente não faz sentido entender que o ato descrito é o devido dado que para este há uma punição estabelecida, dele se infere corresponder ao que deve ser evitado. Esta técnica é muito comum quando se formula uma norma de cunho restritivo de liberdade.

Pense-se, aqui, dentre os muitos exemplos que poderiam ter sido colhidos em nossa legislação, o que consta do CP, art. 121: «Matar alguém». Observe-se que preceito descreve a ação-tipo e a partir dessa previsão atribui uma sanção: «Pena – reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos». Ou seja: o caráter do proibido está implícito no preceito. A norma é «não mate».

---

<sup>25</sup> Por muitos: VON WRIGHT, 1979.

### 2.1.3 Normas que permitem

Uma norma de permissão basicamente institui que algo «pode ser feito». Operacionalmente elas tanto podem gerar exceções às regras proibitivas como podem criar obstáculos à atividade legislativa quando a relação é de superior hierárquico para inferior hierárquico. Uma conduta permitida por um superior hierárquico impede que um inferior hierárquico a proíba.

Dessa forma, uma norma de permissão amplia a esfera de liberdade daquele que se encontra na posição de ser o seu beneficiário, considerando que tanto mais ampla será a sua liberdade quanto maior for o número de normas permissivas que porventura lhe venha a favorecer.

Sua configuração elementar pode ser assim descrita: [Pp]: Não é proibido fazer p.

### 2.1.4 Conceito de omissão e normas que estabelecem a obrigação de omitir

Quando pensamos nas normas jurídicas geralmente atentamos para a situação de as normas estabelecerem um fazer. Sendo isso correto, a noção de não-fazer passa a ter importância corretiva desse modo de pensar.

A esse respeito, três observações.

Em primeiro lugar, «omitir» implica possibilidade de se fazer. Ninguém omite algo que, no plano fático, era impossível realizar. Da mesma maneira que não faz sentido afirmar que se omite abrir uma gaveta já aberta, não há omissão de socorro quando a pretensa pessoa a ser socorrida já se encontrava morta.

Em segundo lugar, quando digo «Estou omitindo andar», «Omito cantar», «Deixo de beber mate», explico compreensões que possuem pouco ou nenhum sentido para o «direito», porque se não há a obrigação de andar, cantar, ou mesmo de beber mate, inexistente omissão no sentido jurídico; aqui, utilizar o termo «omitir» apenas retrata um jogo da linguagem comum.

A terceira e última afirmação pode ser praticamente intuída. Juridicamente, omitir não é, pura e simplesmente, um não-fazer quando era faticamente possível fazer; omitir é um não-fazer quando havia a «possibilidade» e a «obrigação normativa para fazer». Por exemplo: se o bombeiro tem a função normativa de entrar num prédio em chamas, não se pode dizer o mesmo do transeunte comum. E este é o ponto: a compreensão de omissão jurídica apenas está completa quando se pensa numa obrigação de fazer ou numa proibição de não-fazer em certo contexto devidamente configurado por alguma norma jurídica. Portanto, «omitir» para o direito é não-fazer quando se estava obrigado e era possível fazer.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> SANTIAGO NINO, 1987: 95-99.

Em resumo, as normas primárias ou normas de conduta são normas que: a) dispõem sobre o comportamento humano; e b) estabelecem as qualificações elementares dos comportamentos. Portanto, a função das normas primárias é a de determinar as atividades humanas estabelecendo o «proibido», o «obrigatório», e o «permitido»; enfim, os «deveres».

## 2.2 Normas de estrutura (ou secundárias)

«Normas de estrutura» são as normas que cumprem a tarefa de regular o uso de outras normas, de modo que são elementos essenciais à dinâmica normativa.

Norberto Bobbio, atento a essa diferença funcional entre normas primárias e secundárias, propõe três classes para as normas secundárias que, segundo entende, são normas «relativas a normas»: <sup>27</sup>

(1) «Normas de identificação do sistema»: são as normas que estabelecem o critério ou os critérios a partir dos quais se poderá determinar que normas pertencem ao ordenamento jurídico. Segundo Bobbio, os ordenamentos jurídicos evoluídos apresentam normalmente as seguintes normas de seleção de outras normas:

(a) «Normas sobre as fontes»: são as normas que indicam quais são os atos e os fatos ~~com~~ os quais se atribui o poder de produzir normas;

(b) «Normas sobre a validade das normas» no «tempo» e no «espaço»: são as normas que especificam os limites temporais e os limites espaciais a partir dos quais se pode considerar que uma norma pertence à determinada ordem jurídica;

(c) «Normas sobre a interpretação» e «aplicação» de normas: são as normas que cumprem a função de auxiliar o intérprete a distinguir entre os diversos significados prováveis, o significado que mais bem expressa a norma pertencente à ordem jurídica. Este é o caso das normas que autorizam ao juiz a fazer uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito;

(2) «Normas constitutivas das sanções»: estas normas institucionalizam a aplicação da sanção. Seu papel é a preservação da ordem jurídica mediante formas de incentivo (sanções positivas) e de dissuasão (sanções negativas) com respeito ao que se define como comportamento devido;

(3) «Normas sobre a produção jurídica»: estas normas atuam reduzindo a excessiva rigidez das normas primárias estabelecendo mecanismos de modificação do conjunto normativo. Elas viabilizam a transformação dos elementos da ordem jurídica.

<sup>27</sup> BOBBIO, 1994c: 233-243.

Como é possível notar, as normas secundárias são normas «diferenciadas». Diferenciadas porque as normas secundárias são normas cuja função se traduz em fornecer racionalização operativa às normas.

Vejam as principais normas secundárias com um pouco mais de detalhe.

### 2.2.1 Normas de modificação

Doutrinariamente, fala-se em «normas de modificação jurídica» para se indicar certas normas que, quando usadas, resultam em alterações no conjunto normativo. Portanto, são «normas de modificação jurídica» tanto as «normas sobre a produção de normas» como as «normas sobre a eliminação de normas».

#### 2.2.1.1 Normas sobre a produção de normas

«Normas sobre a produção de normas» são todas as normas que disciplinam a criação de materiais jurídicos. Com esse objetivo, elas devem oferecer resposta as seguintes perguntas: Quem pode produzir materiais jurídicos? (regras de competência) Que materiais jurídicos podem produzir e como? (regras de exercício) Com que objetivo devem produzi-los? (regras de finalidade).

2.2.1.1.1 Regras de competência — As «regras de competência» possuem a função de responder a pergunta: Quem é? Portanto, são normas de especificação das autoridades normativas que antes dessas regras simplesmente não existiam no ordenamento jurídico.<sup>28</sup> Não são, como se usa dizer, normas de conduta; assim, não há como obedecê-las ou desobedecê-las. De todo modo, as normas de competência possibilitam saber a quem se atribui o poder jurídico de criar materiais normativos (documentos ou textos normativos). Portanto, seu objetivo é especificar o «sujeito», o ator ou atores do «poder jurídico». Exemplo: CF, art. 44.<sup>29</sup>

Este «sujeito» ou «sujeitos» podem ser tanto um órgão como podem ser pessoas privadas. Neste último caso diz-se que possuem «capacidade». Quando for um órgão este pode ser composto por uma pessoa (órgão «unipessoal») ou mais pessoas (órgão «pluripessoal»).

Demais disso, pode haver partilha da atividade com respeito aos sujeitos. Por exemplo, pode-se atribuir à fase de iniciativa, discussão e votação a determinados atores e a possibilidade de vetar o que tiver sido votado a outros

<sup>28</sup> FERRER BELTRÁN, 2000: Cap. IV.

<sup>29</sup> CF, art. 44: «O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal».

atores. Também se pode atribuir a iniciativa a mais de um agente (iniciativa concorrente) ou colocá-la como de disposição de um agente específico (iniciativa privativa).

Finalmente, diga-se que as normas de competência constituem condições «necessárias» para a realização de atos jurídicos, mas não são «suficientes» para sua produção correta. Isso porque, para a produção correta de atos jurídicos deve-se cumprir ainda regras de procedimento ou de exercício.

2.2.1.1.2 Regras de exercício — As «regras de exercício» possuem a função de responder as perguntas: Que é? Como fazer? Portanto, são normas que estabelecem as espécies normativas reconhecidas, os procedimentos a serem atendidos, e as restrições materiais a serem observadas. Estas não devem ser confundidas com as normas de competência, pois uma coisa é atribuir poder jurídico, outra é reger o exercício desse poder: um ato do legislativo continua sendo um ato do poder público ainda que incorreto sob o ponto de vista procedimental, material, ou de fins a serem alcançados.

Nesse sentido, as normas relativas ao exercício são aquelas que estabelecem «condições de atuação» da competência, e não uma determinação de «quem é» competente. Nestes termos:

(1) «Disposições procedimentais»: são relativas tanto ao «objeto do exercício» quanto ao «modo do exercício»:

(1.1) «Objeto»: diz respeito à espécie normativa que se pretende produzir; isso, em um duplo sentido: no sentido da determinação de quais são as espécies normativas admitidas e no sentido de que autoridade normativa as pode levar a efeito:

(a) No sentido de quais são as espécies normativas admitidas: exemplo ainda que não exaustivo dessas espécies normativas pode ser encontrado na CF, art. 59;<sup>30</sup>

(b) No sentido de que autoridade normativa que as pode levar a efeito: nos Estados contemporâneos é frequente vincular a autoridade normativa a certa atividade, sendo incomum uma autoridade normativa ter poder para produzir todas as espécies normativas admitidas. Por essa razão é que no exercício normativo do Poder Executivo este não tem como produzir toda e qualquer espécie normativa, mas apenas aquela ou aquelas, a ele, atribuídas. Por exemplo: CF, art. 84, inc. XXVI.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Constituição Federal, art. 59: «O processo legislativo compreende a elaboração de: I – emendas à Constituição; II – leis complementares; III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções».

<sup>31</sup> CF, art. 84: «Compete privativamente ao Presidente da República: (...) XXVI – Editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62».

«normas de incompetência».<sup>34</sup> Este é o caso, por exemplo, da CF, art. 60, § 4.º.<sup>35</sup> Mas não se deve perder de vista que quando há disposição normativa diferenciada pela hierarquia, todas as permissões estabelecidas na norma de grau superior atuam como óbice à autoridade normativa subordinada. Assim, normas como o direito de reunião pacífica (CF, art. 5.º, inc. XVI)<sup>36</sup> não só podem ser lidas como campos de liberdade para seus titulares como, também, proibições a qualquer pretensão de criar-lhes embaraço, a não ser, é claro, que haja alguma incidência normativa do mesmo nível hierárquico excepcionando (CF, art. 136, § 1.º, inc. I, a).<sup>37</sup>

2.2.1.1.3 Regras de finalidade — Por seu turno, as «regras de finalidade ou de fins» possuem a função de responder a pergunta: Com que fim? Portanto, estabelecem as especificações que vinculam as regras qualificadoras aos objetivos ou finalidades que fornecem a razão de ser dos entes instituídos. Por exemplo, CF, art. 3.º.<sup>38</sup>

Importa destacar que as «disposições procedimentais» também são conhecidas como «disposições formais»; e as «disposições substanciais» também são conhecidas como «disposições materiais». Já as «regras de finalidade ou de fins» comumente são referidas, em seu gênero, como «programáticas».

---

<sup>34</sup> HERNÁNDEZ MARÍN, 1998: 319-321.

<sup>35</sup> CF, art. 60: «A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4.º: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais».

<sup>36</sup> CF, art. 5.º: «Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XVI – Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente».

<sup>37</sup> CF, art. 136: «O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa pra preservar ou prontamente reestabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza: § 1.º: O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I – restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações».

<sup>38</sup> CF, art. 3.º: «Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação».