

Taxinomia das regras jurídicas

DJACIR MENEZES.

A LEI natural descreve uma relação constante e necessária entre fenômenos. Constata os fatos. E' *indicativa*. A norma jurídica prescreve certa forma de conduta, — é, portanto, um *imperativo*. Daí o dizer de Capitant: direito e moral são *sistemas de imperativos*. Tôda proposição, que os traduz em linguagem humana, tem um conteúdo imperativo, mesmo que se formulem, graças aos giros e recursos de linguagem, noutros modos e tempos do verbo. A ciência que estuda os fatos sociais é a sociologia. E' *descritiva*, diz o que é. O direito visa regrá-los, dirigí-los, discipliná-los, enuncia o que *deve ser*. Daí, como já estudamos em outra oportunidade, caracterizar-se como *normativo*. (1)

Estabelecida a distinção, importante à propedêutica do nosso estudo, passemos à classificação das regras de direito.

Pelo já exposto, tôdas as normas são "imperativas". Porém essa imperatividade, muitas vêzes, dá lugar a normas de categoria diversas, — deixa de existir com a evidência manifesta nos preceitos jurídicos mais comuns, onde se verifica logo o comando disciplinador. Daí podermos aceitar sua discriminação em: *normas imperativas* (*strictu sensu*), *normas dispositivas*, *normas interpretativas*. (2)

Gounod estabelece um critério que facilita a separação das normas imperativas das dispositivas. Diz êle: "Há nos códigos uma quantidade de regras que não comandam nem interpretam vontades, pela valiosa razão de que, em grande número de situações jurídicas, não se admitiria a intervenção de vontades individuais. A lei se dirige às vontades privadas? Não. Dirige-se, inicialmente, ao juiz, e, em muitos casos, sòmente a êle. Frequentemente, ela objetiva, não restringir ou interpretar vontades, mas regular interêsses, sem que por trás dêsses interêsses haja vontades exercendo-se ou suscetíveis de se exercerem". Poderíamos exemplificar com as regras do nosso código civil, regulando o procedimento do juiz, em face de bens de ausentes. E' uma regra interpretativa, ou imperativa (*strictu sensu*). Não comanda, nem interpreta — responde Gounod, mas dispõe. (3)

A norma de direito enuncia algo; e a norma, que no-lo diz como se deve entender seu enunciado, é uma regra ou norma interpretativa.

REGRAS SUPLETIVAS, DE CAPACIDADE E DECLARATIVAS

As chamadas leis supletivas obrigam sòmente na falta de convenção em contrário. No casamento, com ausência de declaração expressa, vige o regime de comunhão de bens entre os cônjuges. Sem a manifestação da vontade dos contraentes por outro regime, a norma reguladora é a da comunhão de bens: ela se impõe, então, com as características coercitivas das normas imperativas. Por isso, alguns juristas classificam-na como uma categoria "*strictu sensu*" das normas imperativas.

As normas de capacidade ou de competência conferem a um órgão poder de editar uma regra de direito. As declarativas, embora redigidas no indicativo, com auxílio de certos verbos (*dever, ser preciso, ser livre para, etc.*), ou no futuro do indicativo (*leis penais*), são imperativas, como mostrou lúcidamente René Capitant. (4)

"As normas declarativas ou explicativas — predica Ferrara — objetivam fixar o sentido que a lei atribui às suas palavras ou a determinar-lhe o conteúdo ou esclarecer dúvidas relativas a aplicação de outras normas". (5) São declarativas — mas impõem ao aplicador certo entendimento de suas expressões. "O princípio explicativo se conjuga ao princípio explicado, formando um único comando" — resume Ferrara. Ai está a razão de sua obrigatoriedade, e não, como observou Bierke, por causa de ser um comando ou ordem ao juiz para aplicá-la, pois tôdas as normas subentendem êsse "comando de aplicação".

Examinando-se as regras compreendidas nas Constituições, encontramos regras que, por si sós, bastam para aplicação. Sua incidência é imediata, pela própria prescrição formulada, como se acha formulada. São chamadas regras *self-executing*, regras incidentes por si, em contraposição a outra categoria de regras, que carecem de regulamen-

(1) Djacir Menezes, *Introdução à Ciência do Direito*, 2.^a ed. Liv. do Globo.

(2) Idem, *ibidem*.

(3) Gounod, *Le principe de l'autonomie de la Volonté en Droit privé*, Paris, 1928.

(4) Capitant, *L'Illicite*, Librairie Dalloz, Paris 1929.

(5) Ferrara, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. I, 1921, Roma.

tação, insuficientes para entrarem, por si sós, em incidência. (6)

Há, porém, dispositivos constitucionais (lembramos, v. g., o tópico sobre educação e cultura, sobre a Justiça do Trabalho, o atinente à economia), que traçam normas gerais, diretivas colimando orientação dos poderes em determinados setores da vida social e política. A estas, reservouse a denominação de *regras programáticas*, ou *standards jurídicos*.

Tais regras surgem, nas modernas constituições, com frequência, dado seu caráter social pronunciado. Observa-se a tendência crescente, para transformar aquela mera programaticidade em imperativos precisos, dentro do próprio estatuto: isso significa a progressiva precisão dos fins do Estado moderno.

Não há, contudo, como nota Dabin, uma separação absoluta entre normas e standards. Escreve êle: "A verdade é que, quanto mais o "standard" se torna particular e concreto, tanto mais se aproxima da diretiva; e quanto mais esta se torne particular e concreta, tanto mais se transforma em "regra de direito".

Observou Sanhoury que é nos períodos de direito em formação que mais exsurtem standards, comuns nas épocas de crise e revoluções, épocas do *judge made law*. Nos períodos de estabilidade, quase todo o direito positivo se cristaliza em normas, aperfeiçoando-se sua sistemática, que tende à rigidez hierática, oferecendo campo aos artifícios engenhosos dos hermeneutas. Época de glossadores por excelência, — de confiança no direito positivo.

DIREITO COGENTE

Analisamos, rapidamente, as mais comuns discriminações das normas jurídicas. De modo geral, vimos como a relação entre a regra de direito e a vontade das partes, de acôrdo com a explicação de Ferrara, poderá ser: ou a imposição absoluta do preceito jurídico, sem margem à manifestação da vontade individual, ou mesmo contra ela; ou o preceito tem função subsidiária, no silêncio do indivíduo, abrindo-se claro à "autonomia" privada.

"O *jus cogens* decorre de todos aquêles comandos ou proibições cuja observância ou omissão absolutamente se impõem para tutela de interesses gerais, na prática de certos atos, de formas, de modo que as partes não possam derogar ou subtrair-se a tôdas as conseqüências do ordenamento jurídico. O direito cogente tem caráter de necessidade inderrogável".

Nessa categoria estão as leis de ordem pública, as que dizem respeito às funções essenciais do Estado.

Indicando as lacunas ou incoordenação do direito público, Jean Dabin alude ao dinamismo dos serviços públicos, através de circunstâncias movediças da vida, o que, no seu parecer, é causa de serem suas regras, no domínio do direito administrativo, mais elásticas, mais sutis, envolvendo freqüentemente "standards".

LEIS FORMAIS E REGULAMENTOS

Observa, com acêrto, Tito Prates da Fonseca ainda escrevendo na vigência da Constituição de 37, que, de acôrdo com o texto constitucional, leis formais são aquelas que provêm do concurso do Parlamento, do Conselho de Economia Nacional e do Presidente da República, que tem a iniciativa e sanção dos projetos de lei. Tais decretos subordinam-se à aprovação do Parlamento. No período em que o mesmo não esteja em atividade, adviria ao Presidente da República competência legislativa, por força do próprio dispositivo constitucional de 37. Essa competência técnica, aceita pela maioria das modernas cartas, foi defendida ao tempo como uma condição do Executivo para assegurar sua eficiência, com o aumento de encargos e maior complexidade de suas funções administrativas. Havia restrições (art. 13) à matéria sob que incidirá a sua competência de editar normas, sob a forma de decretos-leis.

Devemos ainda indicar aqui outras normas jurídicas que têm raio de eficácia mais restrita; as normas regulamentares, o regulamento.

O seu fundamento — como assinala o autor referido — reside justamente na autonomia atribuída aos órgãos ou Institutos do Estado, para editar um ordenamento jurídico próprio. Estes órgãos são criados por leis formais, são ejetores de normas que regularão seu funcionamento. Enquanto o Executivo exerce seu poder normativo *jure proprio*, tais órgãos exercem-no *jure delegato*. Os regulamentos apresentam, em razão de sua matéria, normatividade jurídica, e, quanto à forma, são atos administrativos.

"Os regulamentos — escreve d'Alessio — são leis no sentido material: têm conteúdo de lei, criando normas jurídicas, mas não têm a forma de lei, porque promanam de órgãos administrativos e não de órgãos legislativos".

Não esquece, porém, o autor italiano, de frisar a diferença de forma, que se reflete sobre a eficiência da lei: esta limita e condiciona o regulamento. "Na emanação do regulamento — escreve êle — o Govêrno deve respeitar uma exigência fundamental: não pode violar a lei". Do contrário, não seria ato regulamentar, teria eficácia de lei formal — *lei delegada*.

(6) Cf. o estudo sucinto publicado por Otacilio Alecrim "in" *Direito*, jan. fev. 1949, Liv. Freitas Bastos, Rio. Do mesmo autor, o livro que primeiro versou o tema no Brasil: *Fundamento do Standard Jurídico*, Rio, 1941.

Ainda se pode fazer uma discriminação em *direito substancial*, que consta de regras que incidem sobre relações sociais, a serem disciplinadas, e *superdireito*, isto é, regras de direito que incidem sobre regras, segundo a denominação devida a Zitelmann. Estas são regras sobre aplicação de leis, leis sobre leis, como são as de Direito Internacional Privado, por exemplo. Nessa disciplina, os problemas surgem pela coexistência de sistemas jurídicos no espaço. Quando as leis visam limitar a aplicação de outras leis no tempo, então temos outro superdireito, — o *Direito Transitório*. Ambos êsses ramos do Superdireito são apontados por Ferrara como integrando uma categoria de normas, solucionadoras de conflitos entre leis e ordenamentos jurídicos, — as *regras de colisão*.

Não se confunda a expressão “Direito substancial” com a “Direito material”, observou perspicazmente Pontes de Miranda. Ao Direito material se contrapõe o formal, e há regras formais que são substanciais. Os dois conceitos, como argutamente acentuou o jurista brasileiro, não notam o mesmo objeto (7).

Também não se confundem com as normas de competência. Estas regulam o poder ejetor do direito conferido a um órgão, ou discriminam poderes (separação de poderes), etc.

NORMAS RÍGIDAS E ELÁSTICAS

Foi Crome quem divulgou, inicialmente, a designação de “normas elásticas”, por oposição a “normas rígidas”. A denominação deriva da observação fundamental de que as regras de di-

(7) Pontes de Miranda, *Fundamentos do Direito Constitucional*, Rio, 1938.

reito são feitas para incidência sobre os fatos. Quando tais fatos, que elas visam a regular, são definidos e precisos, sua aplicação é de caráter rígido e objetivo. Quando, porém, são fatos indeterminados — “estados de fatos indeterminados e oscilantes”, expressão de Ferrara — então se oferece o ensejo à apreciação do juiz, que deverá considerar as causas que influem na plasticidade multiforme da vida social.

Daí preferir Dernburg nomear tais preceitos de *arbitrários*, o que é evidentemente impróprio. Não há arbitrariedade, pois o juiz deverá adstringir-se aos dados, que lhe fornece a vida em tórno, à fluidez dos fatos cambiantes, que o legislador, em determinados casos, não pôde fixar pelos processos técnicos de legiferação.

Assinala-se, aí, uma das funções cooperadoras do juiz no ato de criação do direito, que muitos jurisperitos procuram acentuar, no fito de afastar a idéia de ser êle um mero aplicador mecânico de textos.

Essas normas elásticas são de duas espécies: a) podem dar ao juiz a diretiva a seguir, deixando à sua apreciação as circunstâncias do fato, os motivos, a fisionomia momentânea; b) ou atribuir-lhe poder para criar, modificar ou melhorar as relações entre as partes, como nos casos em que intervém, como conciliador, na composição de interesses.

Mas ainda se poderá indicar certa elasticidade da norma, quando ela contém conceitos suscetíveis de conteúdos significativos variáveis, como o de *dolo*, *fraude*, *boa fé*, *equidade*, *indenização justa*, etc. “São conceitos mutáveis através da história” — adverte-nos Ferrara. Comparou-se tal função aos órgãos respiratórios do direito positivo, por que permitia um contato mais estreito com a vida social e cultural, evitando a imobilidade e inflexibilidade do direito positivo.

* *
*

O estudo e exame do contrabando, encarado como termo jurídico e como ação ilícita contra a lei, estudo já de si tão árido e pouco atraente, não constitui assunto fácil, como à primeira vista parece, pela variedade das interpretações aplicadas ao termo e pela diversidade da orientação adotada nas questões de direito administrativo. O princípio aceito, porém, é de que o contrabando é uma transgressão ou violação da lei. E não somente da lei fiscal, como da lei penal também. O contrabando, encarado ainda como ação ilícita, é um ato culposo, porque, dadas as suas proporções, pode alterar o mercado de uma determinada praça comercial, provocando o desequilíbrio e a baixa dos preços de mercadorias congêneres das contrabandeadas, com prejuízo dos comerciantes e riqueza dos contrabandistas. — (Alberto Ruiz — “R.S.P.” de maio de 1950).