

A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A NORMA

Miguel Falcão*

SUMÁRIO:

A Nota resume e comenta no fim um artigo de Eduardo Baura sobre a relação entre o direito e a norma.

Baura procura analisar a essência da norma e do direito e compreender a sua relação, baseando-se no pensamento de três grandes filósofos do direito do séc. XX – o francês Michel Villey (1914-1988), o italiano Sergio Cotta (1920-2007) e o espanhol Javier Hervada (1934-2020). Para estes autores, o direito é o que os romanos chamavam *ius*, ou a *ipsa res iusta*, algo objetivo que exige ser respeitado. Pelo seu lado, a norma jurídica é uma regra para a conduta humana estabelecida pela autoridade, que enuncia a exigência a respeitar.

A obrigação de seguir a justiça provém do direito (*ius*) e não da norma, que se limita a indicar o *ius*. O direito natural, mesmo não recebido expressamente, está vigente sempre que o homem necessite de dar uma solução justa.

Ao pretender estudar a relação do direito com a norma, é evidente que Baura não os identifica, como o faz o positivismo jurídico e qualquer outro legalismo. O positivismo jurídico identifica o direito com a norma estabelecida pela autoridade legítima, porque não reconhece nenhum condicionante de tipo moral, etc., para a elaboração ou interpretação das leis ou normas; qualquer outro legalismo, mesmo que reconheça a lei natural ou revelada como inspiradora e limite na elaboração da norma, acaba por identificar com ela o direito, quando não reconhece a tradição jurídica.

ABSTRACT:

The Note analyzes and comments at the end of an article by Eduardo Baura on the relationship between right and norm.

Baura seeks to analyze the essence of the norm and the right and understand their relationship, based on the thinking of three great philosophers of law in the 20th century – the French Michel Villey (1914-1988), the Italian Sergio Cotta (1920-2007) and the Spaniard Javier Hervada (1934-2020).

For these authors, right is what the Romans called *ius*, or the *ipsa res iusta*, something objective that demands to be respected. For its part, the legal norm is a rule for human conduct established by the authority, which enunciates the requirement to be respected.

The obligation to follow justice comes from the right (*ius*) and not from the norm, which is limited to indicating the *ius*. Natural right, even if not expressly received, is in force whenever man needs to provide a just solution.

When intending to study the relationship between right and the norm, it is evident that Baura does not identify them, as does legal positivism and any other legalism. Legal positivism identifies the right with the norm established by the legitimate authority, because it does not recognize any moral constraints, etc., for the elaboration or interpretation of laws or norms; any other legalism, even if it recognizes the natural or revealed right as inspiring and limiting the elaboration of the norm, ends up identifying the right with it, when it does not recognize the juridical tradition.

Introdução; I. Noção de direito. II. Noção de norma; III. Relação entre o direito e a norma; IV. O saber jurídico. Comentário.

* Doutor em Direito Canónico.

A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A NORMA

Eduardo Baura, professor de Direito Canónico na Pontifícia Universidade da Santa Cruz (Roma), publicou um artigo sobre a relação entre o direito e a norma ¹.

Apresentamos a seguir um resumo do artigo, para no fim deixarmos um comentário.

INTRODUÇÃO

Baura começa por explicar a razão do seu estudo.

O termo latino *ius* permanece nas línguas modernas somente nos seus derivados (justiça, jurista, jurídico, jurisprudência), enquanto para falar do *ius* se usa o termo *direito*, que faz referência a recto, regulado, regra. Daí a tendência generalizada a usar o termo *direito* para se referir à norma ou conjunto de normas, chegando a identificar o *direito* (“direito objectivo”) com o conjunto de leis vigentes (p. 18).

Porém, os romanos designavam por *ius* uma coisa (*res*) que pertencia a um sujeito e que devia ser respeitada. Neste sentido, o *ius* era o objecto da virtude da justiça: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* [a justiça é a constante e perpétua vontade de dar a cada um o seu *ius*] (Ulpianus, in *Digesto* 1, 1, 10) (p. 19).

Ora, além das coisas pertencentes a um sujeito, dão-se regras de conduta, normas de organização, leis provenientes da autoridade social ou de acordos, que originam outros direitos (*iura*). Daí colocar-se a questão de conhecer a relação que exista entre o direito (*ius*) e a norma (p. 19).

No seu artigo, Baura procura analisar a essência da norma e do direito e compreender a sua relação, baseando-se no pensamento de três grandes filósofos do direito do séc. XX – o francês Michel Villey (1914-1988), o italiano Sergio Cotta (1920-2007) e o espanhol Javier Hervada (1934-2020) (p. 19).

I. NOÇÃO DE DIREITO

Começando pelas noções de direito e norma, o Autor recorda que, quer Villey como Hervada, partem da ideia de direito de S. Tomás de Aquino que, no seu tratado sobre a virtude da justiça, conclui que o direito é *ipsa res iusta*, objecto da virtude

1] Cf. EDUARDO BAURA, *Il rapporto tra diritto e norma. Considerazioni alla luce delle proposte di Michel Villey, Sergio Cotta e Javier Hervada*, in *Ius Ecclesiae*, XXXI (2019), 1, pp. 17-40.

da justiça (*Summa Theologica*, II-II^{ae}, q. 57). A existência de *iura* (direitos) provém de uma repartição de bens pelas pessoas. O acto de distribuição dos bens é que constituiria o direito (p. 20).

Ambos os autores concordam em que, sendo *ius a ipsa res iusta*, ele é algo externo e objectivo que pertence a um sujeito, de modo que os outros têm o dever de respeitá-lo. Quer dizer, o dever de justiça é derivado do direito (*ius*): a justiça requer dar a cada um o que é seu, o seu *ius*. Para Villey, o dever jurídico distingue-se do dever moral, por este ser mais abrangente. Ao jurista interessa apenas o cumprimento objectivo do direito, independentemente da rectidão da conduta do devedor. Baura estima que, deste modo, se pode confundir a obrigação jurídica com a sanção social, como se o dever jurídico dependesse da eficácia da coacção (p. 21).

Sendo o direito (*ius*) uma *res*, é algo determinado pertencente a uma pessoa, e é o objecto da justiça, a virtude que consiste em dar a cada um o que é seu. O jurista é aquele que sabe indicar o direito (*ius*) (p. 23).

Villey insiste em não confundir o direito – que é a coisa devida – com o direito subjectivo – que é a faculdade de reivindicar essa coisa que é sua. Reduzir a justiça ao direito subjectivo, como faz o pensamento moderno, levaria a deixar o direito à mercê do poder humano e independente da realidade das coisas (p. 24). Pelo contrário, identificar *ius* com a *res iusta* considera esta como um bem objectivo da pessoa. Esta visão contrasta com o relativismo e o subjectivismo. O relativismo deixa a definição dos bens pertencentes à pessoa à decisão do poder social em cada situação histórica; o subjectivismo, por seu lado, entrega a definição a cada sujeito, tornando ainda mais arbitrária (p. 25). Daí as injustiças que geram na vida social (p. 26).

A objectividade do bem do direito está baseada na dimensão natural do direito. Os três filósofos considerados por Baura defendem a concepção clássica de que o direito natural está presente no direito positivo, em maior ou menor medida (p. 26).

II. NOÇÃO DE NORMA

Na vida social encontram-se deveres que não provêm directamente de um direito, mas de uma regra estabelecida pela autoridade: é a norma (p. 26).

A norma jurídica é, pois, uma regra para a conduta humana estabelecida pela autoridade, com carácter obrigatório; normalmente, considera-se a norma escrita, ou lei (p. 26). Segundo Baura, a obrigatoriedade do seu cumprimento provém da obrigação de respeitar a justiça: a violação da norma implicaria a lesão de um direito (p. 28). Sendo o direito uma *res iusta*, em última instância, a norma jurídica deve estar fundada na lei natural (p. 29).

A *lei natural*² corresponde à ordem que rege a Natureza criada por Deus e está dirigida ao bem dela; por isso, deve ser sempre respeitada. No campo moral, a lei natural é intrínseca à realidade, ao contrário da lei humana que é extrínseca à realidade, abstraindo muitos aspectos (p. 29)³.

A diferença entre a lei natural e a lei humana explica a atitude face às excepções à lei: enquanto a *epiqueia* se funda precisamente na imperfeição da lei humana que, devido à sua generalização, não abrange todos os casos possíveis, a lei natural não admite excepções, pois, sendo intrínseca à realidade, opor-se a ela seria querer mudar a natureza da realidade. O homem, na medida em que conhece a realidade, vai conhecendo a lei natural moral, imperfeitamente, pelo que necessita de ir progredindo no seu conhecimento (p. 30).

A eficácia da lei natural não depende de o direito natural (isto é, a lei natural respeito às relações de justiça) ser recebido formalmente pelo direito humano (como propunha um dos principais representantes da escola dogmática do direito canónico, Vincenzo del Giudice – p. 31, nota 53); a sua eficácia provém da própria norma humana, que é justa se fundamentada na lei natural (p. 32). Sergio Cotta chega a dizer que o direito positivo justo é o direito natural vigente (p. 32, nota 54).

Isto não quer dizer que a lei natural tenha uma solução única para qualquer problema acerca da justiça (como sustentava o jusnaturalismo racionalista – p. 31), pois a lei natural deixa várias possibilidades a serem concretizadas pela norma humana (p. 32). Neste caso – em que a norma humana determina uma das possibilidades deixadas em aberto pela lei natural – também existe a obrigatoriedade moral de a cumprir, como explica Hervada (p. 33).

III. RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A NORMA

Baura parte da definição de justiça como virtude que consiste em dar a cada um o seu direito (*ius*). Se a conduta justa manda dar a cada um o seu direito, quer dizer que ela é determinada pelo direito (*ius*). Portanto, a obrigação de justiça provém

2] No seu artigo, Baura distingue a lei divina em lei natural e lei revelada (p. 30, 1º). Contudo, para compreensão fácil da relação com a lei humana nos países actuais, limitámo-nos a considerar a lei natural.

3] Num aparte ao texto do artigo, convém considerar por que razão é necessário respeitar sempre a lei natural ou lei da Natureza. A lei da Natureza está dirigida ao bem dela como criação de Deus e cumpre-se sempre: mesmo quando se tenta transgredir, a Natureza reage por si. Por isso, quando o homem pretende actuar sobre a Natureza, necessita de conhecer as suas leis físicas, sabendo que a Natureza reagirá segundo essas mesmas leis. Daí, o ditado conhecido para a acção do homem contra a Natureza: “Deus perdoa sempre, o homem algumas vezes, a Natureza, nunca”. No campo moral, também existe uma lei natural, que é dada como dever ao homem, o qual por ser livre pode obedecer ou opor-se; além disso, a lei natural quando proíbe abrange todas as circunstâncias. Indo contra a lei natural, o homem vai contra si e contra os outros.

do direito (*ius*) e não da norma. Segundo Villey, a norma limita-se a enunciar ou indicar o direito, conforme a máxima do direito romano: «*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*» [A norma expõe concisamente o tema. *Ius* não provém da norma, antes é do *ius* que deriva a norma] (Paulus, in *Digesto* 50,17,1) (p. 34).

Baura comenta que, ao traduzir *ius* por direito, por extensão aplicou-se também à norma; de todos os modos, os dois conceitos distinguem-se claramente. Assim o entendem também Villey e Hervada, que se apoiam em S. Tomás, para quem «*lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris*» [a lei não é o próprio *ius*, propriamente falando, mas uma certa razão do *ius*] (*S.Th.*, II-IIae, q. 57, a. 1, ad 2) (p. 34).

Para Hervada, contudo, partindo da definição tomista de lei como «*rationis ordinatio*», a norma é uma ordenação com dupla função jurídica: regular a conduta e constituir situações jurídicas, ser causa e medida do direito (p. 35). De facto, se o dever jurídico provém do direito, também a norma origina direitos e deveres. Para conciliar os dois extremos, Baura faz notar que a norma humana é produto de um acto humano. Para ele, os actos humanos podem ser constitutivos de direito, declarando direitos preexistentes e as condutas que se devem observar. Deste modo, a norma (por exemplo, a lei, o decreto, o contrato, etc.) pode modificar a realidade jurídica. No entanto, o que produz o dever jurídico da norma não é a própria norma – como pretende o positivismo jurídico –, mas o direito estabelecido pelo acto humano constitutivo (p. 36).

Se o acto normativo – que cria uma norma – pode ser causa e medida de um direito, é porque o autor do acto tem o *ius* de atribuir direitos, quer pela sua função pública de governar, quer por se tratar de um âmbito da sua autonomia. Porém, tenha-se em conta que existem direitos naturais prévios à actividade normativa, os quais determinam os limites das decisões normativas. Por outro lado, a existência destes direitos naturais torna possível dar soluções justas em caso de lacuna da norma, o que demonstra que o direito natural, mesmo não recebido expressamente, está vigente sempre que o homem necessite de dar uma solução justa (p. 37-38).

IV. O SABER JURÍDICO

Partindo da relação entre o direito (*ius*) e a norma, Baura interroga-se em que medida pode interessar ao jurista o conhecimento da norma.

Para determinar o direito, é necessário examinar o seu título, isto é, a razão por que a *res* é atribuída à pessoa: ou pela própria natureza humana (direitos naturais ou fundamentais), ou por um acto humano (por exemplo, o trabalho, um contrato, uma lei). Daí que, neste último caso, interesse ao jurista a norma (p. 38).

A análise que interessa ao jurista não é o simples conhecimento do conteúdo da norma, mas por que razão esta dá o título do direito. Isto é, interessa analisar a norma *sub ratione iuris, sub specie iustitiae*. Em consequência, o melhor jurista não é aquele que conhece a legislação vigente, mas aquele que conhece o *ius* constituído, tendo presente outros *iura* preexistentes, de modo a poder exercer a sua arte de definir o que é justo num caso concreto (p. 38).

Segundo o normativismo (ou positivismo), a ciência jurídica fica reduzida ao mero conhecimento dos textos legislativos e empobrecida a perspectiva de encontrar uma solução justa; o jurista deixaria de ser um perito em justiça e passaria a ser servo da produção normativa emanada pelo poder social em cada momento (p. 39).

Para o jurista não basta a exegese (interpretação) da norma, pois ele necessita de analisá-la enquanto origem de um *ius*, que é o objectivo do jurista (p. 39).

Para Baura, adoptar como método do conhecimento jurídico a exegese da norma tem dois perigos: o primeiro é reduzir a interpretação à análise gramatical do texto; o segundo é transferir o objecto da ciência jurídica, do direito para a norma. Estas são as premissas do positivismo jurídico (p. 39).

Para o jurista, a interpretação da norma não pode limitar-se ao sentido óbvio do texto, porque o que o jurista pretende é encontrar uma solução justa. Nesta perspectiva, não pode esquecer que a norma humana deve apoiar-se na ordem natural e respeitar em princípio direitos preexistentes (p. 40).

Com estas considerações, Baura procura superar o normativismo, isto é, o entendimento de fazer depender o jurídico da norma, em lugar do *ius*. Por isso, é erróneo identificar a eficácia jurídica com o previsto na norma de modo abstracto, como também reduzir a arte jurídica à aplicação lógica da norma ao caso concreto; em ambos os casos não se tem em conta a realidade dos factos. Esse deve ser o sentido da jurisprudência, arte prudencial de individualizar o direito em casos concretos (p. 40).

Comentário

Ao pretender estudar a relação do direito com a norma, é evidente que Baura não os identifica, como o faz o positivismo jurídico e qualquer outro legalismo. O positivismo jurídico identifica o direito com a norma estabelecida pela autoridade legítima, porque não reconhece nenhum condicionante de tipo moral, etc., para a elaboração ou interpretação das leis ou normas; qualquer outro legalismo, mesmo que reconheça a lei natural ou revelada como inspiradora e limite na elaboração da norma, acaba por identificar com ela o direito, quando não reconhece a tradição jurídica.

Por vezes, autores que reconhecem a vigência da lei natural, quer na elaboração quer na interpretação das normas, afirmam que o direito é o objecto da justiça; até se atribui esta afirmação a S. Tomás. A afirmação choca quando se tem presente a noção comum do direito identificado com a norma: a norma estabelecida pela autoridade legítima contra a lei natural é direito? ela deve ser seguida por razão de justiça?

Ao longo do artigo que comentamos, constata-se que o termo *direito* actualmente não é unívoco. Parece-me que conserva duas notas que motivam o cumprimento das normas. Por um lado, o termo evoca algo justo, racional, lógico, que deve ser cumprido por motivo de consciência. Por outro lado, ressalta o aspecto coactivo, de obrigar ao cumprimento pelo uso da força, ao aceitar-se comumente a coactividade como uma propriedade do direito (“quando não basta a força da razão, usa-se a razão da força”).

Baura, apoiando-se também na concepção do direito romano clássico – em que se baseia muito Michel Villey⁴ –, mostra claramente a distinção entre direito e norma, por corresponderem a realidades diferentes e pelos riscos da confusão. É uma contribuição muito importante para o bom entendimento do direito, na altura de resolver algum caso concreto, mas também à hora de elaborar ou interpretar as normas. Deste modo, poder-se-á chegar à concepção do “direito como arte do bom e do equitativo”⁵, ou, dito de outro modo, o “direito como instrumento ao serviço da justiça”.

Baseado em Villey e Hervada, Baura faz notar o que realmente afirma S. Tomás: o objecto da justiça é o *ius*, entendido como o *iustum* concreto. Tivemos oportunidade de reflectir sobre o direito em S. Tomás, e constatar que o equívoco provém de uma tradução ambígua do *ius*⁶.

Em primeiro lugar, S. Tomás estuda o direito no tratado da justiça e não no tratado das leis, o que dá a entender que, para ele, o direito não significa apenas a lei.

Por outro lado, S. Tomás reconhece que o direito veio a ter vários significados, desde o originário (o direito como “o que é justo”), passando pela concepção romana do direito como “a arte do que é justo” e pelo lugar onde se administra a justiça (“os tribunais”), até se identificar com a determinação feita na “lei” (mesmo que seja iníqua). Estes vários significados podem ver-se nas soluções às objecções ao artigo sobre o objecto da justiça (*S. Th.*, II-II^{ae}, q. 57, art. 1).

4] Cf. a nossa Nota *Direito e Moral: a fundamentação do direito*, in *Forum Canonicum*, XVI (2021), 2, pp. 111-120 (em particular, p. 116).

5] *Ius est ars boni et aequi* (Celsus, in *Digesto* 1, 1, 1 pr.).

6] Cf. outra nossa Nota *Direito e justiça em S. Tomás de Aquino*, in *Celebração Litúrgica*, 2017-2018, 6, pp. 1475-1477.

S. Tomás não diz que o objecto da justiça é o direito, mas o *ius*: “*ius est obiectum iustitiae*”.

E o que entende S. Tomás por *ius*? Ele assume o sentido que lhe dá S. Isidoro de Sevilha: “*ius* é o que é justo”⁷, e “justo é o objecto da justiça, pois diz Aristóteles que todos concordam em denominar justiça ao hábito que leva a praticar actos justos”⁸.

Portanto, para S. Tomás, o objecto da justiça é o justo (ou o *ius*, no sentido do que é justo).

Uma ulterior questão se pode colocar: por que razão os romanos usaram o termo *ius*, se já havia o termo *iustum* como objecto da *iustitia*⁹?

Em nosso entender, *ius* não se identifica com *iustum*, distingue-se dele: *ius* seria apenas uma parte do *iustum*, aquela que é tutelada pela sociedade.

Nem tudo o que é *iustum* (no sentido moral) deve ser tutelado pela sociedade, quer por se considerar privado (por exemplo, as relações de amizade), quer por não ser possível detectar (em geral, os actos interiores).

O que a sociedade tutela, usando a força se necessário (coactividade), é somente o *ius*¹⁰. Assim se compreende por que razão este termo veio a ser traduzido por direito.

Ius e *iustum* distinguem-se como o direito da moral: nem tudo o que é moralmente *iustum* é objecto do direito, mas somente o que for considerado *ius*¹¹.

7] “*Ius dictum est quia est iustum*” (*Etymol.*, L. 5, c. 3), in *S. Th.*, II-II^{ae}, q. 57, a. 1, *sed contra*.

8] “*Iustum est obiectum iustitiae: dicit enim Philosophus, in V Ethic., quod «omnes talem habitum volunt dicere iustitiam a quo operativi iustorum sunt»*», in *S. Th.*, II-II^{ae}, q. 57, a. 1, *sed contra*.

9] Por exemplo: “*iurisprudentia est (...) iusti atque iniusti scientia*” (Ulpianus, in *Digesto*, 1.1.10).

10] Cf. ALVARO D’ORS, *Derecho Privado Romano*, Pamplona 2004¹⁰, p. 47: “en su concepción originaria, *ius* se dice propiamente del acto de fuerza que realiza formalmente una persona, y que la sociedad, mediante sus jueces, reconoce como ajustado a las conveniencias (*ius est*)”.

11] Acerca deste tema, existe expectativa de aprofundamento no Simpósio sobre “O conceito de *ius* em Tomás de Aquino”, organizado na Pontificia Universidade da Santa Cruz (Roma), em colaboração com a Pontificia Universidade de São Tomás (*Angelicum*) e com o Instituto Tomístico *Angelicum*, em 21 e 22 de Abril de 2023.