

CONCEITO RETÓRICO DE NORMA JURÍDICA COMO NARRATIVA

RHETORICAL CONCEPT OF LEGAL NORM AS NARRATIVE

JOÃO MAURÍCIO LEITÃO ADEODATO¹**RESUMO**

O texto aborda os debates em torno do conceito de norma jurídica, problema de relevância epistemológica e prática na compreensão e aplicação do direito. Essa problematização se confunde com o próprio conceito de direito, e daí é necessário o corte epistemológico. Por isso o trabalho objetiva partir das origens do pensamento ocidental, passando pelas concepções modernas tradicionais, de origem neokantiana, para compreender o funcionalismo contemporâneo, que coloca a norma como uma estratégia para controle de complexidade, entendida como expectativa quanto ao futuro. A conclusão procura complementar a visão funcionalista, por meio de uma perspectiva retórica de expectativas como construções linguísticas, levando à tese da norma jurídica como narrativa. A metodologia retórica, a analítica do *dissoi logoi*, perpassa todo o texto, evitando juízos de valor e confrontando a evolução conceitual da norma jurídica à luz desses debates.

PALAVRAS-CHAVE: Tempo e complexidade. Função da norma jurídica. Expectativas normativas. Norma como narrativa.

ABSTRACT

The text presents theoretical frameworks, which constitute the most recent debates in the general theory of law, and exposes a concept for one of the most discussed expressions in the area, that is, legal norm, which comes to be confused with the concept of law itself. Although connecting it with the origins of Western thought, it abandons traditional conceptions of neo-Kantian origin and departs from a functionalist context that places the norm as a strategy for controlling complexity, understood as expectations about the future. It seeks to draw attention to the existential and anthropological aspect of norms, as part of human rationality, and to complement the functionalist view through a rhetorical perspective of expectations as linguistic constructions.

KEYWORDS: Time and complexity. Function of the legal norm. Normative expectations. Norm as narrative.

* Artigo recebido em 09/07/2021 e aprovado em 27/08/2021

¹ Professor titular da Faculdade de Direito de Vitória. Graduado pela Faculdade de Direito do Recife (1977), mestrado (1980), doutorado (1986) e livre docente (2011) pela Faculdade de Direito da USP e pós-doutorado na Universidade de Mainz pela Fundação Alexander von Humboldt (1988-1989). jmadeodato@gmail.com

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em uma visão retórica realista, que será esclarecida ao longo do texto, o que se chama de “norma” consiste em uma estratégia antropológica para reduzir agora a complexidade do futuro. É um dos aspectos mais relevantes da “racionalidade”, que diz respeito ao controle, não só dos comportamentos, mas também das expectativas das pessoas a respeito desses comportamentos. A norma exerce controle sobre a conduta humana de forma mediata, na medida em que controla de forma imediata as expectativas de conduta.

Para desenvolver essa perspectiva, pode-se começar pelo conceito de complexidade, uma contribuição da teoria dos sistemas, que tem em Niklas Luhmann um de seus principais nomes no século XX, inspirado em diversos antecessores, dentre os quais Talcott Parsons e Humberto Maturana. A compatibilidade entre a teoria dos sistemas e uma visão retórica da filosofia do direito, tentada aqui, já foi sugerida há algum tempo (BALLWEG, 2009, p. 128 e 137).

2 RAZÃO E TEMPO: A COMPLEXIDADE DO FUTURO

Complexidade não é uma operação desempenhada pelo sistema social. É um conceito, um instrumento para observação e descrição de qualquer contexto fático, que não precisa ser necessariamente um sistema. Nos sistemas sociais, a complexidade resulta das características de sentido, auto-referência, reprodução autopoietica e fechamento operativo; e esse fechamento se dá por meio do monopólio de um tipo operativo próprio: a comunicação.

A própria constituição da comunicação leva à hipercomplexidade, que surge de relatos sobre relatos, observações sobre observações ou descrições sobre descrições (*Beschreibungen*), incluindo auto-observações e autodescrições. Por meio dessa recursividade de comunicação sobre comunicação, as possibilidades de relações entre os elementos de um sistema crescem muito mais do que esses mesmos elementos. Por isso a comunicação se retroalimenta e é infinita (LUHMANN, 1998, p. 134-144).

O interesse retórico por essa visão da teoria dos sistemas é assim fácil de perceber. Comunicação é discurso e este é o foco de interesse da retórica.

Importante é também o conceito de expectativa, vez que a retórica vai atribuir à norma uma função antropológica tranquilizante contra a angústia do porvir. É preciso enfrentar as incertezas de um futuro irremediavelmente contingente e os riscos que oferece. Na luta contra a decepção as pessoas institucionalizam expectativas de conduta por meio de padrões. Estes são as normas, dizem como as expectativas devem ser e aparentam garantir que o futuro vai satisfazê-las.

Se a complexidade e o futuro são sempre contingentes, as instituições e normas que procuram controlar essa contingência são elas também contingentes. Isso significa que sempre serão possíveis outras alternativas que desempenhariam o mesmo papel. A complexidade cresce com a diferenciação social e diferenciação social significa que aparecem cada vez mais possibilidades de conduta no horizonte das escolhas.

As pessoas modificam algumas expectativas, outras, não. Podem mudá-las por verem probabilidade de decepção ou mesmo para adaptar expectativas já decepcionadas. Luhmann fala de expectativas cognitivas quando elas se conformam à situação e se modificam de acordo: alguém tinha a expectativa de que seria possível atravessar o rio a nado; depois de ver vários bons nadadores se afogarem, passa a ter a expectativa de que a tentativa será mortal e desiste. Se a expectativa é que a Terra é imóvel e plana e surgem demonstrações de que ela se movimenta e é esférica, a expectativa se modifica de acordo com elas e a partir daí a Terra será considerada assim. A pessoa “aprende com a experiência”, conhece empiricamente o ambiente, daí o termo “cognitiva”.

Já as expectativas normativas permanecem, apesar de terem sido decepcionadas pela experiência: alguém que foi atropelado hoje continua com a expectativa de não o ser amanhã, a decepção é, por assim dizer, ignorada. Se uma pessoa tem a expectativa normativa de não ser assaltada e o é, a expectativa de não ser assaltada no futuro permanece. O direito exerce um papel crucial ao assegurar a permanência dessas expectativas, mesmo que elas sejam eventualmente desapontadas. As expectativas são simbolicamente generalizadas e assim ocorrem as interações sociais ou “reprodução de ações” (LUHMANN, 1988, p. 139 e 392).

Isso leva a um aspecto relevante para a história das ideias, qual seja, o débito da teoria dos sistemas para com teorias normativistas, como a teoria pura do direito. De um lado, Luhmann se afasta da dicotomia colocada por elas, na medida em que não equipara o campo do dever ser ao normativo nem o campo do ser fático ao cognitivo. Para ele, o campo que exclui o dever ser não é o ser, mas o conhecer. Em outras palavras, o dever ser normativo também é vinculado ao mundo fático do ser, tanto as cognições quanto as normas referem-se ao ser, não há um mundo do dever ser. O campo cognitivo, por seu turno, opõe-se ao normativo, são atitudes mentais perante o mesmo mundo. Esta é uma diferença importante e original.

De outro lado, a interpretação ontologizada da teoria pura, que enxerga uma separação independente entre ser e dever ser, o que diminuiria sua influência sobre a teoria dos sistemas, pode ser contestada. E a distinção entre atitudes prescritivas e descritivas, que mostra nítida relação com as expectativas normativas e cognitivas, já está perfeitamente clara na concepção de ciência do direito oferecida por Hans Kelsen (2000, p. 72): ao desenvolver os conceitos de *Rechtsatz* e *Rechtsnorm*, este autor

pretende distinguir uma postura eminentemente cognitiva de uma normativa, como o faz a teoria dos sistemas.

Para esclarecer melhor a relação entre aumento de complexidade e diferenciação pode ser útil uma arqueologia etimológica, observar o surgimento e a emancipação das palavras, como tipos ideais a marcar a evolução social. Com os sofistas, a palavra *nomos* passa a ser empregada para designar uma esfera de ações e intenções humanas, cujo conhecimento não se poderia dar pelos parâmetros da *physis*, que eram privilegiados pelos filósofos da natureza, assim chamados exatamente por não distinguirem essas duas esferas. Apesar de enfrentar a oposição desses monistas, que consideravam as ações humanas também sujeitas às leis naturais, os sofistas e depois Sócrates firmaram a distinção na cultura ocidental (GUTHRIE, 1991, p. 58).

Esse campo dos *nomoi*, das normas, encontra-se com a palavra ética, que evoluíra dos seus significados primitivos de *ethos* como *habitat* de todo animal para o caráter do ser humano e daí para indicar o estudo e também as próprias regras de conduta (LIDDEL; SCOTT, 1996, p. 480; BAILLY, 2000, p. 581), por sua vez diferenciando-se em novos tipos ideais, expressos por palavras como religião, moral, direito (ARENDDT, 1980, p. 120). A palavra direito logo designa duas ideias distintas: regras impostas pelo poder do governo, de um lado, e regras superiores, emanadas de instâncias não-humanas, “naturais” (*physeis*), herdeiras daquele pensamento monista anterior, segundo o qual também a aparente independência de *nomos* seria sujeita a *physis*.

O direito, entendido como direito posto, por seu turno, é dividido em sentidos objetivo e subjetivo, estes se bifurcam em público e privado, o direito privado se separa em civil, empresarial, do trabalho, o direito civil diferencia o direito de família e o direito real, o direito do trabalho se divide em individual e coletivo, a responsabilidade civil distingue-se da penal. Os juristas se enredam nas dificuldades para classificar nitidamente esses termos, mas as diferenças empíricas criadas são reconhecidas por todos e a lista de exemplos pode ser ampliada. Como expressões linguísticas diferentes pretendem se referir a fenômenos distintos, o rastreamento etimológico, mesmo sem ter resultados determinantes, ajuda como método de investigação, pois as diferenciações das palavras já indicam o caminho, como em *auctoritas* e *potestas*, *jus* e *lex* ou *law* e *right*.

Essa arqueologia conceitual indica sucessivas diferenciações e mostra como a complexidade constitui um conjunto de alternativas possíveis em determinado contexto, ou seja, tudo aquilo que pode acontecer, que está no horizonte das possibilidades presentes.

Então esta é a primeira redução na determinação das expectativas: o que é considerado possível e o que não o é, separar o que faz e o que não faz parte da complexidade. Mas é preciso atentar para o seguinte: a fronteira entre o possível e o impossível também depende do contexto, do ambiente social, isto é, das narrativas predominantes sobre o que é considerado possível e impossível. Por exemplo, a

bruxaria é possível em alguns contextos, enquanto as evidências científicas empíricas são descartadas em outros; estar em dois lugares ao mesmo tempo e reencarnar podem fazer parte da complexidade, ao passo que a evolução animal e a esfericidade da Terra podem vir a ser excluídas das possibilidades do discurso.

A história da filosofia mostra que esse conceito de possibilidade em Luhmann, vinculado aos de complexidade e expectativa, separando o possível do efetivo ou “realizado”, não é de modo algum evidente, mas apenas um dos conceitos a serem considerados. Nicolai Hartmann (1966, p. 9-10), por exemplo, aponta seis conceitos diferentes de “possibilidade” na história do pensamento ocidental.

Ele parte da análise da distinção aristotélica entre potência (*dynamis*, δύναμις) e ato (*energeia*, ἐνέργεια) e verifica que não se confunde com a dicotomia forma e matéria nem tampouco com a dicotomia possibilidade e efetividade. Ao investigar as relações entre o possível e a realidade, aponta, em primeiro lugar, o conceito de possibilidade como “potência para se tornar algo”, como a semente em relação à planta. Um segundo sentido, trazido pela chamada aporia da Escola Eleática, entende a possibilidade como o porvir, um modo de ser que é parcialmente real, algo entre o ser e o não ser, ou seja, o que é possível já existe agora. Um terceiro sentido é o da possibilidade como um modo de ser ideal permanente, pois o senso comum se equivoca ao confundir o que existe efetivamente com o que é real e há objetos que existem e não são reais: como parte do ser ideal, a possibilidade é também efetivamente existente, um triângulo retângulo existe em seu modo ideal (e não real) de ser. Em quarto lugar, possibilidade entendida como uma categoria dirigida ao futuro, sem efetividade atual, um presente com uma pluralidade de possibilidades, dentre as quais uma se efetivará. Depois, uma quinta variante entende possibilidade como algo indefinido ou indecيدido, um processo que se iniciou e aguarda completar-se para se realizar e assim tornar-se efetivo. Finalmente, a Escola Megárica identifica possibilidade com efetividade e defende que a distinção é ilusória, haja vista que só é possível aquilo que se efetiva ou vai necessariamente se efetivar, se não se efetivar é porque não era mesmo possível: só se diz que é possível chover, por exemplo, porque não se conhecem as condições causais do momento; se for possível chover, choverá, e se não chover é porque não era possível chover.

Dentro de sua concepção de complexidade, Luhmann parece entender possibilidade nessa quarta acepção – por sinal a mais próxima da linguagem cotidiana, do senso comum e dos dicionários – sem lhe dar, contudo, qualquer conteúdo ontológico: as possibilidades são constituídas pelas expectativas das pessoas e são infinitamente mais numerosas do que aquilo que se efetiva.

Afirma que a representação de complexidade na “forma de sentido”, desenvolvida em algum ponto na evolução da espécie humana, é o que torna possível a comunicação. E essa “forma” é uma unidade composta de dois lados: possibilidade e efetividade, que o autor equipara, no que denomina “uso operativo”, a potencialidade e atualidade (LUHMANN, 1998, p. 55). Observe-se a relação que estabelece

entre possibilidade e potência, de um lado, e efetividade e ato, de outro, relação que não é unânime, como dito.

3 FUNÇÃO DA NORMA DIANTE DAS EXPECTATIVAS DE COMPORTAMENTO

A função da norma, para a teoria dogmática de base kelseniana, confunde-se com seu functor deôntico, é o próprio dever ser:

A função específica de uma norma é a imposição de uma conduta fixada. “Imposição” significa o mesmo que “prescrição”, para diferenciação de “descrição”. Descrição é o sentido de um ato de conhecimento; prescrição, imposição do sentido de um ato de vontade. Descreve-se algo dizendo-se como ele é, prescreve-se algo – especialmente uma certa conduta – expressando-se como ele deve ser.²

A função da norma aqui colocada, por sua vez, toma base na concepção de Niklas Luhmann já mencionada. Ele sugere que o mundo humano é constituído por relações de sentido e que essa “comunicação” vai além dos constrangimentos genéticos da espécie, não pode ser deduzida somente deles. O conceito central que vem acompanhar o de complexidade é o de contingência. Contingência significa que outras expectativas imprevistas podem ocorrer além daquelas previamente escolhidas e complexidade, em resumo, quer dizer que há sempre mais possibilidades do que ocorrências efetivas. Assim, contingência sempre implica risco de decepção e complexidade exige seleção de possibilidades (LUHMANN, 1972, p. 31 s.).

Diferente de possibilidade e efetividade é o conceito de probabilidade. Como sempre souberam os antigos sofistas, probabilidades não são certezas quanto ao futuro e possibilidades não se confundem com dados empíricos efetivos: o mundo empírico é um infinito de possibilidades futuras e infinitos não podem ser previstos.

Precisamente para controlar e eventualmente minimizar os riscos de expectativas frustradas, a racionalidade humana cristaliza expectativas em relatos sobre como o futuro deve ser e esse fenômeno consiste em uma institucionalização. A norma é uma dessas institucionalizações de expectativas, escolhendo aquelas possibilidades que devem se realizar e aquelas que não. Ela se expressa por meio da linguagem e, no caso da norma jurídica, essa linguagem são as secularmente chamadas fontes do direito.

² KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manz Verlag, 1990, p. 76: „Die spezifische Funktion einer Norm ist das Gebieten eines bestimmten Verhaltens. „Gebieten“ ist gleichbedeutend mit „Vorschreiben“, zum Unterschied von „Beschreiben“. Beschreiben ist der Sinn eines Erkenntnisaktes; Vorschreiben, Gebieten der Sinn eines Willensaktes. Man beschreibt etwas, indem man aussagt, wie es ist, man schreibt etwas vor – insbesondere ein bestimmtes Verhalten – indem man zum Ausdruck bringt, wie es sein soll.“

Tais institucionalizações são contingentes, posto que o futuro é sempre contingente, ou seja, podem se concretizar outras possibilidades, além daquelas esperadas, como visto. O papel das normas, no controle das expectativas e assim também dos problemas quanto ao futuro, é fazer com que seus destinatários percebam seus comandos como algo que vai efetivamente ocorrer e não como meras escolhas diante de diversas possibilidades. Esse dado antropológico, “o dever ser da razão”, faz o *homo sapiens* se comportar como se dominasse a contingência; fá-lo, estando no campo das possibilidades, comportar-se como se estivesse no campo da efetividade. Por isso, de uma visão antropológica, vive, literalmente, em uma fantasia (GEHLEN, 2009, p. 135).

Os relatos por meio dos quais o ser humano percebe o mundo podem ser mais ou menos influenciados por elementos supostamente considerados comuns a todos, tais como dados empíricos da percepção sensível ou estruturas lógicas de pensamento da espécie, âmbito do *logos*. Dados empíricos estes que são descritos por meio de palavras, que parecem inteligíveis para todos, como o verde dos vegetais, o azedo do limão e o postulado de que um criminoso não pode estar em dois lugares ao mesmo tempo. E estruturas lógicas, como o silogismo apodítico “se x é igual a y e y é igual a z, logo x é igual a z”. Argumentar e decidir com apoio em dados empíricos e lógicos, a depender do ambiente, constituem fortes aliados para impor determinado relato como dominante.

As escolhas feitas agora quanto ao futuro vão servir de partida para novas seleções de alternativas, vale dizer, a contingência é retroalimentada e se torna infinita, por isso o caráter imprevisível dessas seleções. Caso as expectativas passadas sejam decepcionadas no presente, ainda há a alternativa de modificá-las retroativamente e conciliá-las com o agora acontecido. Assim se altera também o passado, por meio de um relato atual, e tudo isso coopera para constituir novas expectativas quanto ao futuro e ampliar a complexidade.

Luhmann não considera a distinção kantiana entre ser e dever ser, mas classifica as expectativas em cognitivas ou normativas, segundo definidas acima. Se uma expectativa cognitiva é desapontada pelo futuro, o sujeito a reformula ou elimina. Já uma expectativa normativa, mesmo sendo contrariada no futuro, pretende a mesma validade de antes. Normas são, portanto, “expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente”. A expressão “contrafáticas” (*kontrafaktische*) se deve exatamente à relativa indiferença dessa espécie de expectativas para com os fatos, isto é, não é essencial que sejam efetivamente cumpridas (LUHMANN, 1972, p. 43).

Resumindo, o que ambas as espécies de expectativas têm em comum é sua atualidade, ou seja, elas existem no presente; o que as faz diferir é se funcionam aprendendo com a experiência ou de modo contrafático. Tanto as expectativas cognitivas quanto as normativas dizem respeito ao mundo empírico e acontecem agora, embora ambas tenham o futuro como horizonte. Para Luhmann, o conceito que se opõe ao juízo normativo, de dever, não é o de juízo descritivo, de ser, conforme colocaram David Hume,

Immanuel Kant e Hans Kelsen, mas sim o de juízo cognitivo. Tanto as normas quanto as cognições referem-se ao mundo dos eventos, aos “fatos”. Ambos os tipos de expectativas são funcionalmente equivalentes e constituem estratégias humanas para controlar racionalmente o medo do futuro e o risco de decepção. As expectativas diferem quanto ao aprendizado, segundo se modifiquem com a decepção (expectativas cognitivas) ou não (expectativas normativas) (LUHMANN, 1981, p. 73). Por isso pode-se dizer que as normas controlam o futuro e a insegurança das expectativas.

Ressalta-se aqui, portanto, a relação entre a função das normas e a angústia da morte e do futuro. Esse dado antropológico é enfatizado na modernidade, como mostram as filosofias existencialistas da angústia, o enfraquecimento das instituições tradicionais, como a família e a Igreja, e o crescimento do individualismo. A sociedade hipercomplexa é fragmentada, o indivíduo não consegue compreender seus processos, seu suposto centro é um espaço vazio. Essa complexidade traz a pressão da contingência, quer dizer, um potencial de incerteza que causa emoções desagradáveis, dentre as quais o medo do futuro. O medo seria um condensado de práticas comunicativas, fugazes, mas ao mesmo tempo eficazes, um sentimento que, como pano de fundo, norteia a própria percepção do mundo (KOCH, 2011, p. 41).

Também inspirado nas “sombras de Nietzsche”, Arnold Gehlen acredita que as instituições ajudam a “descarregar” o medo, interpõem-se como uma segunda natureza entre o ser humano e o ambiente, protegem-no de si mesmo. Por isso o enfraquecimento das instituições o desalojou no mundo moderno, não há mais “em casa” (GEHLEN, 1978, p. 125). Com ou sem o apoio de instituições eficientes, porém, é preciso lidar com as expectativas e o medo e a angústia que as acompanham.

As expectativas cognitivas e normativas constituem relatos sobre posturas mentais diante do mundo, elas não dependem da qualidade do objeto a que se referem. É um erro pensar que as expectativas sobre assertivas de fato são sempre cognitivas e aquelas sobre opiniões são sempre normativas. Aparentes fatos podem ser percebidos normativamente e opiniões podem ser objeto de análise descritiva. Depende da expectativa, não das assertivas.

Há pessoas, por exemplo, que acreditam que a Terra tem alguns poucos milhares de anos de idade e negam a teoria da evolução. A expectativa nesses casos não é cognitiva, ainda que aparente tratar-se de uma assertiva empírica, sobre supostos fatos, mas sim normativa. Demonstrações cognitivas não funcionariam nessa argumentação porque a idade da Terra e a evolução, para essas pessoas, constituem temas normativos. Da mesma maneira, discursos ideologizados podem ser observados com expectativas cognitivas, conforme procuram fazer as perspectivas analíticas ou epistêmicas.

Daí a afirmação de Blumenberg, no sentido de que, a rigor, prováveis são os fatos futuros, pois expectativas são presentes:

A retórica não lida com fatos, mas sim com expectativas. Aquilo que, em toda sua tradição, se denominou “digno de crédito” ou “verossímil” deve ser claramente

diferenciado, em sua validade prática, do que teoricamente se chama de “provável” (BLUMENBERG, 1986, p. 128).³

A mencionada separação entre os enunciados descritivos e prescritos, a partir dos conceitos gregos clássicos de *physis* e *nomos*, é retomada à sua maneira no século XVIII por David Hume, para quem enunciados prescritivos (*what ought to be*) não podem ser deduzidos de enunciados descritivos (*what is*), posição semelhante às de Kant e Kelsen. Em versões posteriores de seu trabalho, depois de sofrer críticas dos contemporâneos, Hume procura suavizar essa separação, acrescentando uma “advertência” de que a ideia original constava de um “trabalho juvenil”, que ele não mais endossava (HUME, 1990, p. 450).⁴

Nos pensadores posteriores, porém, a distinção mais rigorosa do jovem Hume foi cultivada, especialmente no campo da filosofia do direito e na epistemologia jurídica. Isso porque interessava aos juristas fazer de seus estudos uma ciência especial, com suas próprias regras, uma ciência do dever. A ideia de Hume é logo retomada por Immanuel Kant, nos conceitos de razão pura e razão prática, separando o *Sollen* do *Sein*, e é mais radicalizada no século XX por Hans Kelsen, que a toma como um dos eixos centrais do positivismo.

Não se podem deduzir normas de fatos, como querem as diversas formas de jusnaturalismo, esse postulado é um contrassenso, sem qualquer lógica. Se há um acordo sobre algum dado empírico, o que é perfeitamente possível, nada permite inferir uma norma, uma preferência valorativa sobre esses mesmos dados (KELSEN, 1990, p. 44). Pode-se concordar que alguns tipos humanos são mais baixos, de pele mais escura ou conseguem correr mais rapidamente do que outros; mas daí não se pode inferir que os indivíduos assim ou assado devem ser privilegiados ou prejudicados.

Argumentos biológicos racistas, por exemplo, são sempre irrelevantes para o direito, assim como argumentos referentes a quaisquer diferenças ontológicas, devido a essa intransponibilidade entre ser e dever ser: se uma “prova” “demonstra” que o negro tem mais ou menos isto ou aquilo do que o branco (tem mais leucócitos, menos melanina, cérebro maior, menor massa muscular etc.), não interessa o dado empírico, daí não se podem inferir demonstrativamente quaisquer normas que sejam, qualquer prescrição que se pretenda justificar por esses dados. A prescrição provém de uma escolha “valorativa”, uma tomada de posição que sempre poderia ter ido em outro sentido.

Kelsen, como discípulo de Kant, prefere dizer que um ato de vontade faz essa ponte entre ser e dever ser. Pode-se também dizer que é uma escolha de poder. Como as escolhas de poder resultam de alguma vontade, só o poder determina essa relação entre os dados empíricos e aquilo que o futuro deve

³ Rhetorik hat es nicht mit Fakten zu tun, sondern mit Erwartungen. Das, was in ihrer ganzen Tradition ‚glaubwürdig‘ und ‚dem wahren ähnlich‘ genannt hat, muß in seiner praktischen Valenz deutlich unterschieden werden von dem, was theoretisch ‚wahrscheinlich‘ heißen darf. ”

⁴ HUME, David. A Treatise of human nature, vol. III, part I, section I, de 1739. A versão posterior, a obra *Philosophical essays*, publicada em 1748, ganhou depois o título definitivo de *An enquiry concerning human understanding*.

ser. Porém, mesmo com a capacidade de causar dano, de impor uma versão contrária à vontade dos destinatários, de impedir acesso a algo que desejam, enfim, a prestação que o poder exige pode vir a não ser cumprida.

A concepção de norma jurídica como promessa atual sobre o futuro não segue, mas tampouco contradiz, o modelo positivista, segundo o qual “...o *status* deôntico das ações depende de certas decisões das autoridades normativas...”, que são assim chamadas porque essas decisões que promulgam são “normas jurídicas”. Essas normas jurídicas recortam os fatos jurídicos dos não-jurídicos e viabilizam o conhecimento do direito como “fato social” (MORESO; NAVARRO; REDONDO, 2002, p. 11). Relembre-se aqui aquela diferença importante: essa abordagem do conceito de norma, pela qual algumas formas de positivismo lhe emprestam uma função cognoscitiva, está ausente da perspectiva funcional da norma como promessa atual para controle atual de expectativas atuais sobre o futuro.

Interessante observar como a tradição das línguas neolatinas consagrou a tradução “dever ser” a partir do alemão *Sollen*, que literalmente significa apenas “dever”. O acréscimo do verbo “ser” pode ser entendido no contexto do pensamento ontológico dominante.

4 NORMA JURÍDICA COMO CONTROLE DO FUTURO

Condenada a pensar no futuro e a temer sua contingência, a partir de algum ponto em sua evolução, a racionalidade do *homo sapiens* cria a norma com a função de reduzir complexidade. A concepção de tempo varia nas diversas culturas: em algumas não se separa do espaço, em outras é cíclico, para algumas é subjetivo. A solução de Agostinho é engenhosa: como o eterno não muda, o tempo é humano, pois a mudança é humana, só na mudança há antes e depois, causa e efeito (AUGUSTINE, 1990, XI, 6, p. 378). Na cultura ocidental o tempo passa a ser imaginado de modo linear, como algo que pode ser marcado e contado, ensejando a formação e a importância das ideias de passado e futuro. A predominância da cultura ocidental nos últimos séculos encarregou-se de difundir essa cosmovisão por toda a Terra.

Tal como entendida aqui, a norma é um dos antídotos desenvolvidos para lidar com esse pensar no futuro, ao lado de presságios e todo tipo de premonição, assim como previsões empíricas como as do senso comum e as científicas, em suma, todo esse arsenal que se refere ao que supostamente está por ocorrer. Nesse sentido, a norma constitui, literalmente, uma das formas de racionalização do futuro.

Essa compulsão para pensar sobre o futuro sem a ideia de norma no controle é desagradável, assim como o pensamento de que esse futuro será negativo e deve ser temido. A norma traz racionalidade, no sentido de previsibilidade, porque institucionaliza expectativas, torna-as mais homogêneas. Mesmo para os gregos antigos, com sua fama de mundanos e sem tantas superstições, o desespero diante do

futuro da condição humana está muito presente (DODDS, 1960, p. 38-39). A única certeza do indivíduo sobre o futuro, a de que vai morrer, lhe é desconhecida e, em geral, antipática. Relembrando: as normas racionalizam esse tempo futuro, antecipam um futuro racionalizado que “deve ocorrer”, percebido sempre como “vai ocorrer”.

Entre o presente e esse fim do futuro, a complexidade é simultaneamente inevitável e intolerável. Se efetivamente considerasse atuais, presentes, todos os eventos que poderiam acontecer em uma situação, quer dizer, se pensasse em tudo aquilo que pode vir a ser em um contexto, nenhum humano conseguiria viver e agir no mundo. Não poderia, por exemplo, tomar um ônibus, se estivesse considerando que o motorista vai ter um enfarto ou que o passageiro ao lado vai assaltar a todos. As pessoas precisam se conduzir de acordo com o que as demais esperam dela, isto é, da maneira “normal”, a qual é estabelecida pelas normas, dentre as quais a norma jurídica é uma das espécies. Assim as expectativas quanto ao futuro são controladas, embora esse controle seja fictício, já que o futuro não existe para além dessas expectativas, as quais, por sua vez, são presentes.

A norma pode ser pensada como uma ideia, mas não no sentido ontológico, como um objeto perene de Platão. Uma ideia normativa é uma promessa pensada, uma imagem intencional do futuro, que é pensada agora e é comunicada agora – por meio de linguagem – como se fosse se tornar um evento real no futuro. Esse evento pode ou não ocorrer e corresponder às expectativas, o que equivale a dizer que a promessa pode ou não ser cumprida, ter ou não efetividade. Apesar de destacar a proximidade entre normas e promessas, outros autores opinam que “não seria totalmente correto ‘identificar’ a promessa com essa relação normativa” (VON WRIGHT, 1970, p. 132).

Ao considerar a norma um dos componentes ideais da razão humana, a concepção de norma colocada aqui tampouco deve ser confundida com aquela de razão como justificativa para determinadas ações ou “razões protegidas para a ação”, tal como sugerido no debate a partir da obra de Herbert Hart sobre o conceito de direito (NAVARRO; REDONDO, 1994, 45 s.). O conceito de razão como justificativa da ação, um dos sentidos mais difundidos e dominantes (“ela teve suas razões”), parece tomar como ontológico um conceito que é, como todos, oriundo do uso. A mesma falácia ontológica aparece em diversos estudos de lógica jurídica, adeptos do que denominam, na esteira de Aristóteles, “modos aléticos” (ou “de verdade”): estudam aspectos lógicos do cérebro humano e atribuem ao mundo real características que, no fundo, são simples argumentos ou *modus operandi* do próprio cérebro. Assim a necessidade é “mais forte” do que a simples verdade e esta é mais forte do que a possibilidade (ECHAVE; URQUIJO; GUIBOURG, 2002, p. 113). Esses constrangimentos lógicos, porém, não têm qualquer conexão necessária com a realidade com a qual o cérebro humano precisa lidar, pois toda realidade é contingente, “não tem lógica”.

No sentido normativo de expectativas sobre o futuro, a sociedade consiste num sistema de comunicação que reduz complexidade e controla contingências, ou seja, incertezas do mundo empírico. A norma consiste em uma das vias de comunicação que compõem tal sistema social. A linguagem normativa limita o futuro no presente ao dizer o que deve acontecer e pretender assim garantir agora o que efetivamente vai acontecer.

A norma tem, pois, a função de ajudar o ser humano a lidar com o tempo. Um dos primeiros a sugerir a tese de que o tempo é subjetivo, Agostinho conclui que o tempo é uma propriedade da alma, está ligado ao ser humano e não ao universo objetivo, ideia que vai ser retomada por Kant, dentre outros. Por isso Agostinho diz que só o presente é objetivamente real:

Há três tempos: o presente do passado, o presente do presente e o presente do futuro... O presente do passado é a memória; o presente do presente é a intuição direta [a experiência]; o presente do futuro é a esperança [ou expectativa] (AGOSTINHO, 1968, p. 364).

Percebe-se assim a importância do conceito de norma para compreender como funciona a ética dos seres humanos e como ela se insere no tempo para garantir o futuro, estabilizar agora no presente aquilo que é mero pensamento sobre o que está por vir, sem saber exatamente o que está por vir. A norma é uma racionalização ideal do futuro, uma compensação antropológica diante dessa outra característica da razão humana que é o pensar sobre o futuro e angustiar-se com ele. Essa racionalização se expressa por meio de promessas que organizam o futuro desconhecido, tornando-o confiável. As pessoas acreditam que aquilo que deve acontecer vai efetivamente acontecer; porém, porque o futuro não existe a não ser enquanto expectativa presente, as promessas nem sempre funcionam e são frequentemente frustradas, como mencionado acima.

Diante das expectativas, a promessa é um tipo de narrativa que pretende controlar o futuro, por isso toda promessa cria norma e toda norma consiste em uma promessa. Com a promessa o futuro se torna mais previsível e assim confiável. Porém o futuro é imprevisível e é constituído a cada momento por uma teia de ações e reações. Por isso as promessas podem vir a ser descumpridas, por mais sinceras que sejam, mas também é possível manter e cumprir promessas, aliviando a angústia diante da imprevisibilidade do futuro.

As normas são constituídas de relatos linguísticos, não se esqueça. Eventos ocorrem ininterruptamente ao longo do tempo e não se devem distinguir acontecimentos e “objetos”, como faz o senso comum. Objetos, como todo dado empírico, modificam-se como eventos que são, apenas essas mudanças não são tão perceptíveis pelos sentidos humanos. Por isso o ato de passar a mão nos cabelos é chamado um evento e um computador, um “ob-jeto”, “posto adiante”, “à frente”. Essa “ob-jetividade” dos “ob-jetos” é ilusória, como tudo no mundo empírico, eles também estão no fluxo irrepetível do rio de Heráclito. A única maneira de perceber, compreender, dominar esses eventos é mediante narrativas.

Os relatos cristalizam a fluidez dos acontecimentos e assim possibilitam alguma forma de conhecimento, ainda que antropomórfica.

Não se pense que esse conceito de narrativa dominante ou relato vencedor deve ser entendido somente como outra denominação para “realidade”. Este nome demonstra a prevalência da perspectiva ontológica, pois vem de *res*, “coisa”, como se o mundo fosse constituído de objetos, coisas que jazem adiante. Já os eventos são considerados “fatos”, acontecimentos irremediáveis, também coisificados ou reificados de uma vez por todas, são o que são. Para a perspectiva retórica, a narrativa dominante é, antes de tudo, apenas temporariamente dominante. Ela está eternamente sendo revista, emendada, criticada, tanto pelas narrativas anteriormente derrotadas quanto por novas narrativas. E é circunstancial, depende das vicissitudes e variações históricas e geográficas.

Diferentemente das formas puras de Kant, que condicionam subjetivamente o conhecimento de qualquer ser humano, o relato vencedor é fruto de escolhas de quem tem poder: é possível que consista no relato da maioria, dos mais cultos, dos mais bem armados, dos mais coesos, dos mais ricos. Assemelha-se ao conceito de “assertividade garantida”, de John Dewey, tal como criticado por Bertrand Russell:

César atravessou o Rubicão? Eu consideraria uma resposta afirmativa como inalteravelmente necessária para um evento passado. Dr. Dewey decidiria se responder sim ou não mediante uma apreciação de eventos futuros... [...] Se eu achar muito desagradável a crença de que César atravessou o Rubicão, [...] posso, se tiver habilidade e poder suficientes, arranjar um ambiente social em que a afirmação de que ele não atravessou o Rubicão terá “assertividade garantida” (RUSSELL, 1993, p. 780).⁵

Se a linguagem constrói o passado e modifica os relatos da memória, sobre aquilo que supostamente já ocorreu no tempo e foi percebido por todos, mais ainda ela constrói o futuro, que ainda não existe. Essas expectativas são narrativas que cada pessoa faz a si mesma e que as pessoas fazem entre si, cujo amálgama resulta aproximadamente no que o senso comum e a ciência tradicional chamam de “realidade” ou “mundo real”.

5 CONCLUSÃO

A perspectiva da norma como narrativa procura sair do funcionalismo sistêmico, como se tentou demonstrar, abandonando suas pretensões científicas de desvelar características e leis sociais.

⁵ “Did Caesar cross the Rubicon? I should regard an affirmative answer as unalterably necessitated by a past event. Dr. Dewey would decide whether to say yes or no by an appraisal of future events... [...] If I find the belief that Caesar crossed the Rubicon very distasteful, [...] I can, if I have enough skill and power, arrange a social environment in which the statement that he did not cross the Rubicon will have ‘warranted assertability’”.

De uma perspectiva retórica, há narrativas internas (autorelatos), narrativas que as pessoas contam a si mesmas, que tanto podem permanecer ocultas quanto se exteriorizar na comunicação, interagir e se mesclar com os relatos das demais pessoas (heterorelatos), além de ganhar outros significados que os próprios narradores não conseguem controlar.

A linguagem intersubjetiva ganha assim uma espécie de vida própria, na medida em que seu significado não é determinado pelo orador nem pelo ouvinte, nem simplesmente é auto-determinado. Foi esse fenômeno que Hegel, à sua maneira, percebeu como “espírito objetivo” (*objektiver Geist*) ou “objetividade espiritual” (*geisthafte Gegenständlichkeit*) e inseriu em sua metafísica ontológica. Assim como o espírito objetivo, só a linguagem humana se aparta tanto do emissor quanto do receptor (GEHLEN, 2009, p. 130 s.).

Fiel a uma postura cética, a perspectiva retórica entende que não só a linguagem científica, mas toda linguagem se compõe de paradigmas, que de alguma maneira controlam os significados dos significantes e constituem um “holismo semântico”, o qual faz todo significado depender de contexto. Daí a “incomensurabilidade” da linguagem e seus tradicionais problemas de ambiguidade, vagueza e porosidade (NAVARRO, 1997, p. 16-18 e 50). E daí a importância da norma, não exatamente como texto, mas sim como mecanismo narrativo de controle individual e social.

6 REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. What is authority? *In*: ARENDT, Hannah. **Between past and future**: Eight exercises in political thought. New York: The Viking Press, 1980, p. 91-141.

AGOSTINHO. **As confissões**. Rio de Janeiro: Editora das Américas, 1968.

AUGUSTINE. **The city of God**. Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, p. 165-696.

BAILLY, Anatole. **Dictionnaire Grec Français** (rédigé avec le concours de E. Egger). Paris: Hachette, 2000 (27e. ed.).

BALLWEG, Ottmar. **Analytische Rhetorik**: Rhetorik, Recht und Philosophie. Frankfurt a. M.: Peter Lang, 2009.

BLUMENBERG, Hans. **Wirklichkeiten in denen wir leben** – Aufsätze und eine Rede. Stuttgart: Reclam, 1986.

DODDS, Eric Robertson. **Los griegos y lo irracional**. Madrid: Revista de Occidente, 1960.

ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. **Lógica, proposición y norma**. Buenos Aires: Astrea, 2002.

- GEHLEN, Arnold. **Der Mensch** – seine Natur und seine Stellung in der Welt. Wiebelsheim: Aula-Verlag, 2009.
- GEHLEN, Arnold. Bürokratisierung. *In*: GEHLEN, Arnold. **Einblicke**. Frankfurt a. M.: Klostermann, 1978, p. 125-140.
- GUTHRIE, William Keith Chambers. **The sophists**. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- HARTMANN, Nicolai. **Möglichkeit und Wirklichkeit**. Berlin: Walter de Gruyter, 1966.
- HUME, David. **An enquiry concerning human understanding**. Col. Great Books of the Western World, vol. 33. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990.
- KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Wien: Verlag Österreich, 2000.
- KELSEN, Hans. **Allgemeine Theorie der Normen**. Wien: Manz-Verlag, 1990.
- KOCH, Lars. Angst in der verwalteten Welt. Emotive Kulturkritik bei Jünger, Gehlen und Adorno. **Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik**, H. 159 (2011), p. 41-58.
- LIDDEL, Henry George; SCOTT, Robert (comp.). **A Greek-English Lexicon**. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- LUHMANN, Niklas. **Rechtssoziologie**. Reinbeck bei Hamburg: Rowohlt, 1972.
- LUHMANN, Niklas. **Ausdifferenzierung des Rechts** – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1981.
- LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme** – Grundriß einer allgemeinen Theorie. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1988.
- LUHMANN, Niklas. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1998, Teilband I.
- MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo; REDONDO, Cristina. **Conocimiento jurídico y determinación normativa**. México: Fontamara, 2002.
- NAVARRO, Rolando R. **La inconmensurabilidad en el lenguaje**. Maracaibo: Universidad del Zulia, 1997.
- NAVARRO, Pablo; REDONDO, Cristina. **Normas y actitudes normativas**. México: Fontamara, 1994.
- RUSSELL, Bertrand. **History of Western Philosophy** – And its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day. London: Routledge, 1993.
- VON WRIGHT, Georg Henrik. **Norma y acción** – Una investigación lógica, trad. Pedro Garcia Ferrero. Madrid: Tecnos, 1970.