

Sistematização de Normas Regulatórias: uma abordagem baseada no neo-institucionalismo

Systematizing Regulations: An Approach Focused on Neo-Institutionalism

Submetido(submitted): 17/12/2015

Parecer(revised): 06/01/2016

Aceito(accepted): 15/01/2016

João Alberto de Oliveira Lima *

Resumo

Propósito – Propor uma abordagem baseada no neo-institucionalismo para auxiliar a atividade de sistematização de normas regulatórias.

Metodologia/abordagem/design – Pesquisa bibliográfica interdisciplinar nas áreas de Filosofia da Linguagem, Ciência da Informação e Direito.

Resultados – O neo-institucionalismo, principalmente da forma proposta por Dick Ruiter, oferece um arcabouço conceitual que pode auxiliar na atividade de sistematização de normas jurídicas.

Implicações práticas – A presente pesquisa propõe uma abordagem para a atividade de sistematização de normas que, apesar da sua importância para a simplificação do ordenamento jurídico e para a segurança jurídica, não tem sido exercida como requerida em lei.

Originalidade/relevância do texto – A originalidade da proposta reside na combinação de conceitos e teorias provenientes da Filosofia da Linguagem, da Ciência da Informação e do Direito como forma de tratar o problema de sistematização de normas.

Palavras-chave: sistematização de normas jurídicas, consolidação, neo-institucionalismo, direito regulatório.

Abstract

Purpose – This paper proposes an approach based on neo-institutionalism to assist regulations systematization activity.

Methodology/approach/design – Interdisciplinary bibliographic research in Philosophy of Language, Information Science and Law.

Findings – The neo-institutionalism, mainly in the form proposed by Dick Ruiter, offers a conceptual framework that can assist in systematizing regulations.

Practical implications – This article proposes an approach to the systematization of regulations that, despite its importance to the simplification of the legal system and to the legal certainty, has not been executed as required by law.

* Graduado e Mestre em Ciência da Computação, é Doutor em Ciência da Informação pela Universidade de Brasília, com estágio na Universidade de Bolonha. Desde 1995, trabalha como Analista de Informática Legislativa no PRODASEN/Senado Federal onde lidera a implementação do Projeto LexML (www.lexml.gov.br). É membro da Câmara Técnica de Documentos Eletrônico do Conselho Nacional de Arquivo desde 2007. Também edita em co-autoria a Coleção de Normas e Julgados em Direito das Telecomunicações. E-mail: joalima@senado.gov.br.

Originality/value – *The originality of the proposed approach lies in the combination of concepts and theories from Philosophy of Language, Information Science and Law, as a way to deal with the problem of regulations systematization.*

Keywords: *Regulations systematization, consolidation, neo-institutionalism, regulatory law.*

Introdução

A expressão linguística da norma jurídica existe há milênios. Do Código de Hamurabi (ca. 1700 a.C.) à norma mais recentemente publicada, o Direito se faz tangível pelo texto promulgado, agregando, pela forma escrita, em certa medida, estabilidade às proposições normativas. Essa estabilidade, no entanto, é momentânea: a necessidade de novas normas é uma constante social e o ambiente fomentado pelo arcabouço conceitual trazido em meio à definição de um Estado Regulador (CROLEY, 2008; ROSE-ACKERMAN e LINDSETH, 2010; BALDWIN, CAVE e LODGE, 2010; ARANHA, 2014) reforçou a produção normativa especializada na administração das leis de setores relevantes da economia. Além disso, a profusão de agentes legiferantes justificados por uma produção regulatória alinhada às teorias do Estado Administrativo de meados do século XX (WALDO 2007), mas ainda influentes na justificação de produção normativa secundária em ambientes regulados, acrescenta diuturnamente complexidade ao ordenamento jurídico.

Como forma de simplificar o ordenamento jurídico, são criadas sistematizações de normas pela via da codificação ou da consolidação, em níveis de legislação primária ou secundária. A Constituição de 1988, de forma inovadora, previu, no seu art. 59, parágrafo único, uma lei complementar para dispor “sobre a elaboração, redação, alteração e *consolidação* das leis”. Essa previsão constitucional foi atendida pela Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, alterada pela Lei Complementar nº 107, de 26 de abril de 2001. Nesse diploma, o art. 13 determina a reunião das leis federais em *codificações* e *consolidações*, “integradas por volumes contendo matérias conexas ou afins, constituindo em seu todo a *Consolidação da Legislação Federal*”. A “consolidação de outros atos normativos” é tratada em seção específica do “Capítulo III – Da Consolidação das Leis e Outros Atos Normativos”. Infelizmente, pouco se evoluiu no sentido da “Consolidação da Legislação Federal” ou da consolidação no nível da legislação secundária.

Na maioria das vezes, as discussões sobre sistematização de normas jurídicas se desenvolvem em torno da questão da codificação no Direito Civil, como ocorre, por exemplo, na abordagem da obra “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito” (CANARIS, 1996). Salta aos olhos

a ausência de desenvolvimento capaz de dar enquadramento teórico adequado à sistematização de normas jurídicas aplicável aos ramos de direito setorial e regulatório em face de sua importância atual e de sua afirmação como espaços privilegiados de estudo de manifestações econômicas.

As inovações tecnológicas, a globalização e a modernização (BECK, GIDDENS e LASH, 1995; TRUBEK e SANTOS, 2006) influenciaram a ossatura do direito administrativo, que alocou maior poder normativo às instituições reguladoras, criando um ambiente em que a atuação do Estado Regulador gerou um *corpus* de normas significativo e dinâmico. Além dessa dinamicidade, os textos normativos emanados por agências reguladoras se caracterizam pelo uso abundante de terminologia própria da área regulada e, não raramente, resoluções trazem definições diferentes para um mesmo termo técnico.

A simplificação de um ordenamento jurídico, seja pela codificação ou consolidação de normas, é de fundamental importância para uma sociedade. Ao defender o *pensamento sistemático*, Canaris (1996, p. 22) justifica a ideia e atualidade do sistema jurídico pelos princípios da segurança jurídica e da justiça e suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização.

O presente trabalho se propõe a apontar um caminho para a atividade de sistematização de normas regulatórias por consolidação, utilizando uma abordagem neo-institucionalista. Para isso, inicialmente, apresenta a Teoria Geral de Fatos Institucionais do filósofo John Searle, bem como um resumo do institucionalismo clássico. Na parte final, apresenta conceitos do neo-institucionalismo, com ênfase na contribuição de Dick Ruitter, e *indica* como esse arcabouço conceitual pode servir de via para realização da tarefa de sistematização de normas jurídicas.

A Ontologia Social de John Searle

Vivemos imersos em um mundo repleto de objetos e fatos sociais. De acordo com John Searle, a existência desses objetos e fatos se dá graças à concordância entre os seres humanos. Dinheiro, propriedade privada, Estado e casamentos são exemplos de coisas que existem no mundo social e “são fatos objetivos no sentido de que eles não dependem da minha ou da sua preferência” (SEARLE, 1995, p. 1).

Os fatos que dependem da concordância humana são denominados “fatos institucionais”, em oposição aos “fatos brutos”, que independem dessa concordância. A existência de um elétron no átomo de hidrogênio ou de neve no

topo do Monte Everest são exemplos de “fatos brutos”,¹ pois não requerem instituições humanas. Ao passo que, para um pedaço de papel ser uma cédula de 5 dólares, é necessária a instituição humana do dinheiro (SEARLE, 1995, p. 2).

A linguagem é a mais fundamental das instituições, pois todas as outras dependem dela. É possível a existência de uma sociedade que possua a instituição linguagem, mas não tenha propriedade privada, Estado e dinheiro. No entanto, não existe uma sociedade que possua as instituições Estado, dinheiro ou propriedade privada, mas não tenha a linguagem (SEARLE, 2009, p. 62-63). O caminho que nos leva do uso da linguagem aos objetos sociais, passando pela concordância entre os seres humanos, é resumido da seguinte forma por Searle (2009, p. 228):

“Language is itself an institutional structure because it involves the imposition of a special kind of function on brute physical entities that have no natural relation to that function. Certain sorts of sounds or marks count as words and sentences, and certain sorts of utterances count as speech acts. The agentive function is that of representing, in one or other of the possible speech act modes, objects and states of affairs in the world. Agents who can do this collectively have the fundamental precondition of all other institutional structures: Money, property, marriage, government, and universities all exist by forms of human agreement that essentially involve the capacity to symbolize.”

A análise dos usos da linguagem é o fio condutor que permeia grande parte da obra de John Searle. A Teoria dos Atos de Fala, publicada originalmente na obra *“Speech Acts: an essay on philosophy of language”* (SEARLE, 1969), mostra como o uso da linguagem permite realizar atos de várias naturezas, tais como, descrição, comando, pedido, declaração, entre outros. John Searle possui uma obra extensa, iniciada na Filosofia da Linguagem, com desdobramentos em várias outras áreas do conhecimento. Para Fotion (2000, p. 1), a obra de John Searle transcendeu a Filosofia Analítica, pois tratou de uma variedade de tópicos de diversas áreas, tais como filosofia da linguagem, filosofia da mente, natureza e a estrutura das instituições sociais, ontologia, ciência e causalidade. O que ele escreve sobre linguagem interessa não só aos filósofos, mas também aos linguistas; os escritos sobre a mente interessam não só aos filósofos, mas também aos psicólogos; a sua visão da construção da realidade social interessa não só aos filósofos, mas também aos cientistas sociais (FOTION, 2000, p. 2).

¹Searle (1995, p. 2) esclarece que precisamos da linguagem para declarar um “fato bruto”, mas o fato declarado não pode ser confundido com a declaração dele.

Teoria Geral dos Fatos Institucionais

Antecedentes Históricos

Para Barry Smith (2003, p. 4), os créditos dos primeiros esforços do desenvolvimento da teoria dos usos da linguagem devem ser dados aos filósofos Thomas Reid (1710-1796) e Adolf Reinach (1883-1917).

Thomas Reid denominou os usos da linguagem de “operações sociais” e, algumas vezes, de “atos sociais” ou de “atos solitários”. Enquanto que a performance de “atos solitários” não pressupõe a interação com outra pessoa. O “ato social”, por ser direcionado a alguma outra pessoa, constitui uma miniatura de uma “sociedade civil” (SMITH, 2003, p. 5).

Por sua vez, Adolf Reinach, membro da Escola de Fenomenologia de Munique, apresentou suas ideias sobre “atos sociais” na monografia “*The a priori Foundations of the Civil Law*”, em 1913. De acordo com Smith (2003, p. 5), Reinach concentrou-se especialmente no “ato de promessa”, aplicando o seu método também para a análise do fenômeno jurídico de contratos e legislação, e descreveu a sua teoria como uma contribuição para a ontologia geral de interação social. De acordo com LARENZ² (1997, p. 153), Reinach foi o primeiro a aplicar o método fenomenológico aos objetos do Direito.

Além desses dois precursores, é fundamental destacar a influência de J. L. Austin (1911-1960) no aluno John Searle. A obra “*How to do things with words*” (AUSTIN, 1962), publicada postumamente a partir das notas de aula na Universidade de Harvard em 1955 (SMITH, 2003, p. 7), apresentou a ideia dos “enunciados performativos” (*performative utterances*) que, posteriormente, passou a ser denominada de “atos de fala” (*speech acts*). Essa “continuidade” da

²LARENZ (1997, p. 153-154) resume a visão de Reinach sobre a relação entre objetos do mundo e o direito posto nos seguintes termos: “Segundo REINACH, as figuras jurídicas (por exemplo, as pretensões, as obrigações, a propriedade e os demais direitos) têm, «tal como os números, as árvores ou as casas», um ser. Este ser é «independente de que haja ou não quem o apreenda», e em especial independente de todo o Direito positivo. O Direito positivo «não produz em nada» os conceitos jurídicos a que dá acolhimento: depara com eles (pág. 14). Esses conceitos têm uma estrutura própria, sobre a qual podemos enunciar proposições apriorísticas; e se o Direito positivo é livre de «os acolher na sua esfera ou deles divergir», todavia não consegue «afectar a sua existência específica» (pág. 17). Pelo contrário, a «estrutura do Direito positivo só se torna inteligível através da estrutura da esfera exterior ao Direito positivo» (pág. 19). Encontramos nessa esfera objectos específicos, que «não pertencem à natureza em sentido próprio, que não são físicos nem psíquicos, e que igualmente se distinguem, pela sua temporalidade, de todos os objectos ideais». Com efeito, «as pretensões e as obrigações nascem, duram algum tempo e depois desaparecem de novo» (pág. 22). (...) Ao lado de uma teoria estrutural das figuras jurídicas (relações jurídicas), encontramos assim em REINACH também a proposta de uma teoria estrutural dos actos jurídicos, que é de fundamental importância, sobretudo para a compreensão da declaração de vontade jurídico-negocial, e para a interpretação das proposições jurídicas, enquanto «proposições dispositivas».”

obra de Austin por Searle pode ser claramente percebida no relato de Fotion (2000, p. 36):

“Towards the end of ‘How To Do Things With Words’ Austin attempts to classify the almost indefinite number of speech acts that he had identified into a few basic types. He felt that there must be some sort of order present in our natural language, and that it was his job to find it. However, he realized that all he had provided his readers was a preliminary version of a classification system, and that much more work needed to be done on it. Unfortunately, because of his early death, Austin never got the chance to do the work of refining his classification system. Others would have to finish the job for him. In one of his most interesting and important articles in his career, titled ‘A Taxonomy of Illocutionary Acts’ Searle takes up that task.”

Taxonomia dos Atos Illocucionários

O ato ilocucionário é a unidade mínima e completa da comunicação linguística humana (SEARLE, 1999, p. 136). O conceito de *ato ilocucionário* se torna mais claro à luz da classificação dos atos envolvidos no uso da linguagem criada por Austin (1962, p. 101-103):

- ato locucionário: é a fala em si, manifestada pelo som emitido ou na forma escrita. Por exemplo, dizer: “Atire nele!”;
- ato ilocucionário: é o que se realiza ao se manifestar por um ato de fala.³ Utilizando o mesmo exemplo, “dar o comando para atirar em alguém”; e
- ato perlocucionário: é o resultado produzido pelo ato na outra pessoa. Ainda no mesmo exemplo, “ter sido obrigado a atirar em alguém”.

O ato ilocucionário foi caracterizado por Searle (1969, p. 31) como tendo uma força ilocucionária F e um conteúdo proposicional p , possuindo a seguinte forma geral: $F(p)$. Como veremos, essa distinção é importante para os atos normativos pois, tradicionalmente, a força ilocucionária do ato normativo é expressa no preâmbulo, enquanto que o seu conteúdo proposicional é veiculado na parte articulada. Ao considerarmos um nível de granularidade menor, veremos ainda que as disposições constantes da parte articulada terão, de forma

³O contraste entre o ato locucionário e o ilocucionário pode ser percebido nessa passagem de (CUNHA, 1990, p. 73): “Quando alguém diz “retiro o que disse ontem”, o que está retirando não é a dicção materialmente considerada; esta existiu, e não pode ser apagada. O que se retira é a adesão intelectual ao conteúdo daquela afirmação, que lhe dá sentido, num contexto significativo”.

semelhante, uma força ilocucionária própria bem como um conteúdo proposicional.

Antes de analisarmos a classificação proposta por Searle para os atos ilocucionários, faz-se necessária uma explanação sobre o conceito de direção de ajuste. Esse conceito refere-se à correspondência no propósito ilocucionário em relação ao conteúdo proposicional e ao mundo.⁴ A direção de ajuste pode: a) ocorrer no sentido Palavra-Mundo, quando se pretende modificar o mundo pela palavra; b) ocorrer no sentido Mundo-Palavra, quando se pretende descrever, com a palavra, o mundo; e c) ter uma direção nula, quando, pelo ato de fala, não se pretende descrever ou modificar o mundo.

Em relação aos atos ilocucionários, Austin (1962, p. 150) identificou cinco subclasses: vereditivos, exercitativos, compromissivos, expositivos, comportativos. A classificação dos atos ilocucionários foi objeto de revisão realizada por John Searle na obra *“A Taxonomy of Illocutionary Acts”* (SEARLE, 1985, p. 1-29), que estabeleceu a seguinte classificação:

- assertivos: o propósito é o de comprometer o falante com uma descrição do mundo. Possui a direção de ajuste “Palavra-Mundo” e pode ser avaliado como “verdadeiro” ou “falso”;

⁴ Searle (2002, p. 5-6) transcreve um exemplo elucidativo criado pela filósofa Elizabeth Anscombe (1957) sobre o conceito “direção de ajuste”: “Suponhamos que um homem vá ao supermercado com uma lista de compras feita por sua esposa, onde estão escritas as palavras: “feijão, manteiga, toucinho e pão”. Suponhamos que, enquanto anda pelo supermercado com seu carrinho, selecionando esses itens, seja seguido por um detetive, que anota tudo que ele pega. Ao saírem da loja, comprador e detetive terão listas idênticas. No entanto, a função das duas listas será bem diferente. No caso do comprador, o propósito da lista é, por assim dizer, levar o mundo a corresponder às palavras; ele deve fazer com suas ações se ajustem à lista. No caso do detetive, o propósito da lista é fazer com que as palavras se ajustem ao mundo; ele deve fazer com que a lista se ajuste às ações do comprador. Isso também pode ser demonstrado através da observação do papel do “erro” nos dois casos. Se o detetive chegar em casa e de repente se der conta de que o homem comprou costeletas de porco em vez de toucinho, poderá simplesmente apagar a palavra “toucinho” e escrever “costeletas de porco”. Entretanto, se o comprador chegar em casa e a esposa chamar-lhe a atenção para o fato de ter comprado costeletas de porco em vez de toucinho, ele não poderá corrigir o erro apagando “toucinho” da lista e nela escrevendo “costeletas de porco”. Nesses exemplos, a lista provê o conteúdo proposicional da elocução e a força ilocucionária determina como esse conteúdo há de se relacionar com o mundo. Essa diferença, proponho chamá-la uma diferença quanto à direção do ajuste. A lista do detetive tem a direção de ajuste palavra-mundo (como os enunciados, descrições, asserções e explicações); a lista do comprador tem a direção do ajuste mundo-palavra (como os pedidos, comandos, juramentos, promessas). (...) A direção do ajuste é sempre uma consequência do propósito ilocucionário”.

- diretivos: o propósito é o de tentar levar o ouvinte a fazer algo determinado pelo falante. Possui a direção de ajuste “Mundo-Palavra”;
- compromissivos: o propósito é o de comprometer o falante com alguma ação futura. Também possui a direção de ajuste “Mundo-Palavra”;
- expressivos: o propósito é o de expressar um estado psicológico a respeito de um estado de coisas. Não possui direção de ajuste, pois o falante “nem está tentando fazer com que o mundo corresponda às palavras, nem está tentando fazer com que as palavras correspondam ao mundo; pelo contrário, a verdade da proposição expressa é pressuposta” (SEARLE, 2002, p. 23); e
- declarações: o propósito é mudar o mundo pela declaração de um estado de coisas, e, sendo bem-sucedido, trazer esse estado de coisas à existência. Devido a essa ambivalência, possui a direção de ajuste tanto “Palavra-Mundo” como “Mundo-Palavra”.

Searle (2002, p. 43) demonstra que apenas o verbo empregado não define a espécie de ato ilocucionário. Em alguns casos, o verbo marca o grau de intensidade do propósito ilocucionário (exemplo: insistir, sugerir), e, em outros, pode marcar o estilo ou modo de realização (exemplo: anunciar, insinuar, confidenciar). Por exemplo, *insistir* ou *sugerir* numa ida ao cinema são exemplos de *atos diretivos*, pois tenta levar o ouvinte a realizar uma ação que modifica o mundo; já, *insistir* ou *sugerir* que a resposta correta está à página 16, são exemplos de *atos assertivos*, pois descreve apenas um possível estado das coisas, em graus de intensidade diferente.

Searle (2002, p. 44-46) mostra ainda que alguns poucos verbos podem marcar mais de um propósito ilocucionário, dando o exemplo do caso de promulgação de uma lei. Nesse caso, há “tanto o propósito declaracional (o conteúdo proposicional torna-se lei) quanto um estatuto diretivo (a lei é diretiva em sua intenção)”. E, por fim, referenciando Wittgenstein⁵, conclui:

“A conclusão mais importante a ser tirada dessa discussão é a seguinte. Não há, como Wittgenstein (numa interpretação possível) e muitos outros alegaram, um número infinito ou indefinido de jogos de linguagem ou usos da linguagem. Pelo contrário, a ilusão de que

⁵Em entrevista concedida à Lash (2015, p. 137), John Searle afirma que a sua filosofia de linguagem é profundamente anti-wittgensteiniana e, reconhecendo a influência do filósofo austríaco no seu trabalho, afirma: “*There is a sense in which all my work on language is a response to Wittgenstein. He keeps saying that it’s impossible to have a general theory of language, and my response is that it is possible to have such a theory and I try to produce one*”.

os usos da linguagem são ilimitados é gerada por uma enorme falta de clareza sobre o que sejam os critérios que permitem distinguir um jogo de linguagem do outro, um uso da linguagem do outro. Se adotarmos o propósito ilocucionário como noção básica para a classificação dos usos da linguagem, há então um número bem limitado de coisas básicas que fazemos com a linguagem: dizemos às pessoas como as coisas são, tentamos levá-las a fazer coisas, comprometemo-nos a fazer coisas, expressamos nossos sentimentos e atitudes, e produzimos mudanças por meio de nossas emissões. Frequentemente, fazemos mais que uma dessas coisas de uma só vez, com a mesma emissão.

A Realidade Social segundo John Searle

Os elementos essenciais para explicar a realidade social são três: a atribuição de função; a intencionalidade coletiva; e as regras constitutivas e regulativas (SEARLE, 1995, p. 13). As próximas subseções trazem explicações e exemplos sobre cada um desses elementos, essenciais ao entendimento da Teoria Geral dos Fatos Institucionais.

A Atribuição de Função

Usando um exemplo didático, Searle (1995, p. 5) torna evidente como a complexa estrutura da realidade social é leve e invisível:

“The child is brought up in a culture where he or she simply takes social reality for granted. We learn to perceive and use cars, bathtubs, houses, money, restaurants, and schools without reflecting on the special features of their ontology and without being aware that they have a special ontology. They seem as natural to us as stones and water and trees. Indeed, if anything, in most cases it is harder to see objects as just natural phenomena, stripped of their functional roles, than it is to see our surroundings in terms of their socially defined functions. So children learn to see moving cars, dollar bills, and full bathtubs; and it is only by force of abstraction that they can see these as masses of metal in linear trajectories, cellulose fibers with green and gray stains, or enamel-covered iron concavities containing water.”

A atribuição (ou imposição) de função aos fenômenos e aos objetos, sejam os naturais ou os criados especificamente para desempenhar uma função, é característica da intencionalidade do sujeito. As funções são sempre relativas ao observador e nunca ligadas de forma intrínseca às propriedades físicas de um fenômeno (SEARLE, 1995, p. 14).

John Searle classifica as funções em agentivas ou não agentivas. As funções não agentivas ocorrem naturalmente, como, por exemplo, “a função do

coração é bombear sangue”. Searle observa que, nesse caso, situamos os fatos num sistema de valores que nós criamos (relativo ao observador) e, por isso, podemos dizer que alguém possui uma doença cardíaca ou um funcionamento anormal do coração. Já no outro caso, a função agentiva depende do uso que o agente faz do objeto, como, por exemplo, “a função das banheiras é tomar banhos nela”. Uma categoria especial das funções agentivas é a relacionada às entidades cuja função seja simbolizar, representar ou significar uma coisa ou outra (SEARLE, 1995, p. 23).

A Intencionalidade Coletiva

Segundo Searle (1995, p. 23), várias espécies de animais têm a capacidade de agir com intencionalidade coletiva, compartilhando estados como crenças, desejos e intenções. Além da intencionalidade individual, como, por exemplo, a performance de um violinista numa orquestra, existe a intencionalidade coletiva: a performance da orquestra. As intencionalidades individuais e coletivas não se confundem, mas são interligadas: “*the individual intentionality that each person has is derived from the collective intentionality that they share*” (SEARLE, 1995, p. 25).

Ao fato envolvendo intencionalidade coletiva, Searle (1995, p. 26) dá-lhe o nome de “fato social”. Se o “fato social” envolver *instituições humanas*, configura-se, aí, um caso mais específico, denominado “fato institucional”.

As Regras Constitutivas e Regulativas

Para explicar o que é uma “instituição humana”, Searle (1995, p. 27) introduz os conceitos de “regras constitutivas” e de “regras regulativas”. Searle afirma que as regras do jogo de xadrez são constitutivas na medida em que definem todas as possibilidades do jogo (SEARLE, 1995, p. 28). Se duas pessoas decidem modificar alguma regra constitutiva do xadrez para um determinado jogo, esse jogo será outro tipo de jogo, derivado do jogo de xadrez (SEARLE, 1995, p. 28).

Os fatos institucionais existem apenas dentro de sistemas de regras constitutivas, que criam as possibilidades da ocorrência de fatos desse tipo. Searle (1995, p. 27) exemplifica, mostrando que os fatos de “Clinton ter sido presidente dos Estados Unidos” ou de “ele ter ganho uma partida de xadrez” foram criados pela aplicação de regras específicas, isto é, pela aplicação de regras que definem a situação de xeque mate em um jogo de xadrez e de regras que definem o processo de eleição e posse de presidente dos Estados Unidos. Ele enfatiza ainda que as *regras* são diferentes de *convenções*. As regras não trazem o senso de arbitrariedade existente nas convenções. É uma regra do

xadrez que se ganha um jogo pelo xeque mate e é uma convenção que a peça que representa o rei seja maior que a que representa o peão.

As regras constitutivas possuem a seguinte forma lógica: “X conta como Y no contexto C”. Por exemplo, no contexto do jogo de xadrez, mover uma peça que possui um determinado formato de uma certa maneira conta como um movimento do cavalo; determinada configuração de peças, conta como um xeque mate (SEARLE, 1999, p. 123-124).

As regras constitutivas podem ser definidas de forma recursiva, isto é, a definição da regra em um nível utiliza-se de outra regra em um nível inferior. Searle (1999, p. 129) apresenta um exemplo elucidativo onde, partindo de ruídos feitos pela boca, após alguns níveis, chega-se ao estado de casado, conforme podemos constatar na Tabela 1.

(algo) X	(conta como) Y	(no contexto) C
Ruídos feitos pela boca	Fala no idioma inglês	Falante dirigindo-se a outro falante.
Fala no idioma inglês	Fazer uma promessa	Determinadas intenções
Fazer uma promessa	Estabelecer um contrato	Determinadas circunstâncias
Estabelecer um contrato	Casar-se	Determinadas circunstâncias

Tabela 1 - Correlação entre termos X e Y

De forma semelhante, em sociedades complexas, o contexto – termo C da forma lógica geral da regra constitutiva – refere-se tipicamente a um termo Y em um nível inferior, como no exemplo em que Searle (1999, p. 130) mostra que o casamento no Estado da Califórnia nos Estados Unidos deve ocorrer na presença de um oficial qualificado.

(algo) X	(conta como) Y	(no contexto) C
Estabelecer um contrato	Casar-se	Presença de um oficial qualificado
Uma pessoa	Oficial Qualificado	Processo de qualificação

Tabela 2 - Correlação entre termos C e Y

Searle (1995, p. 97) esclarece que, na fórmula “X conta como Y em C”, o termo Y pode ser de várias naturezas, tais como, pessoas (noivas, padres, professores), objetos (sentenças, notas de cinco dólares, certidão de nascimento, carteira de motorista); e eventos (eleições, casamento, festas, guerras). Essas entidades se integram em relacionamentos sistemáticos (governos, casamentos, empresas, universidades, igrejas). Frequentemente, o conjunto de relações pré-institucionais entre pessoas e grupos de pessoas é o que ocasiona a imposição da função de status Y por ocorrência do fato institucional.

Já em relação à forma das regras regulativas, Searle (2005, p. 9) afirma que essas regras possuem tipicamente o formato: “Faça X”. De forma diferente da regra constitutiva, a regra regulativa não cria um novo tipo de fato institucional, apenas define como algo deve ser feito. Searle (1995, p. 50) mostra como a norma penal, de caráter regulativo, gera regras constitutivas:

“The whole point of the criminal law is regulative, not constitutive. The point is to forbid, for example, certain antecedently existing forms of behavior such as killing. But to make the regulations work, there must be sanctions, and that requires the imposition of a new status on the person who violates the law. Thus the person who kills another (X term), under certain circumstances (C term), and is found guilty of so doing is now assigned the status of “convicted murderer” (Y term, and hence, institutional fact); and with that new status come the appropriate punishments. Thus the regulative “Thou shalt not kill” generates the appropriate constitutive “Killing, under certain circumstances, counts as murder, and murder counts as a crime punishable by death or imprisonment”.

Instituição e Fatos Institucionais

Uma instituição “é um sistema de regras constitutivas, e tal sistema cria automaticamente a possibilidade de fatos institucionais” (SEARLE, 2009, p. 10). Ganhar um jogo de xadrez, ser eleito presidente de uma país e possuir habilitação para dirigir automóveis são todos *fatos institucionais*, pois existem dentro dos respectivos sistemas de regras constitutivas.

Searle (1995, p. 34) afirma que os fatos institucionais, na sua quase totalidade, são criados⁶ por atos ilocucionários do tipo “declaração”, que, sendo bem-sucedidos, trazem à existência o conteúdo proposicional.

Os fatos institucionais não existem de forma isolada, mas relacionam-se com outros fatos. Por exemplo, de acordo com Searle (1995, p. 35), para existir casamento, é necessária a existência de relações contratuais, que implicam na existência de coisas como promessas e obrigações. A existência do fato institucional “casamento”, após a bem-sucedida performance dos atos de fala

⁶Um exemplo no domínio jurídico, apresentado em Cunha (1990, p. 74), torna claro esse momento de criação do fato institucional: “Se um camelô diz a um casal de namorados, na rua, “declaro-vos marido e mulher”, existe um ato de linguagem, independentemente de que o casal, em virtude dessa declaração, se tenha ou não tornado marido e mulher. (...) Contudo, se o juiz de paz, ao cabo de um regular processo de habilitação, diz ao casal: - “declaro-vos marido e mulher”, a realidade se altera. Existe não apenas uma declaração, mas também um casamento, como efeito dessa declaração. A declaração “a partir deste momento sois marido e mulher” opera uma mudança na realidade, correspondente ao seu conteúdo”.

durante a cerimônia, impõe funções de estado aos protagonistas, marcados pelos termos “marido” e “esposa” (SEARLE, 1995, p. 82).

A existência de alguns fatos institucionais pode ser representada por “indicadores de estado” (*status indicators*). Carteira de motorista, passaporte e certidão de casamento são exemplos desses indicadores. Eles indicam, respectivamente, o estado do portador como alguém que possui permissão legal para dirigir, para viajar a um estado estrangeiro e que é membro de uma união matrimonial (SEARLE, 1995, p. 119). Também se configuram como “indicadores de estado” o uniforme utilizado por policiais e os anéis de casamento (SEARLE, 2005, p. 1). O indicador de estado mais comum é a *assinatura em um documento* que tem a função de persistir a evidência do fato institucional no tempo, de uma maneira tal que não seria possível apenas pela performance do ato de fala na forma falada.

Searle (2009, p. 120) ressalta que os indicadores de estado têm sempre uma função epistêmica e que é necessário distinguir o papel da linguagem na constituição do fato institucional e na identificação de que algo foi constituído (indicador de estado), mesmo que as mesmas palavras e símbolos tenham servido para ambos. A representação dos fatos institucionais em documentos desempenha uma importante função na sociedade.

A necessidade do uso da linguagem na criação e manutenção dos fatos institucionais se faz evidente ao se considerar os seguintes aspectos elicitados por Searle (1995, p. 76-78):

- a linguagem é epistemologicamente indispensável para representação dos fatos institucionais;
- a necessidade de comunicação dos fatos institucionais, por serem inerentemente sociais;
- fatos complexos necessitam de uma representação da informação dessa complexidade, o que é provido pela linguagem;
- e
- a persistência dos fatos institucionais durante o tempo, de forma independente do estado mental dos participantes que o instituíram.

Por sua vez, o fenômeno da linguagem, como um fato institucional, é uma exceção em relação ao requisito do uso da linguagem para criar as declarações de funções de estado pois o conteúdo semântico da linguagem, por si só, é suficiente para criar enunciados, promessas, pedidos e perguntas (SEARLE, 2009, p. 14).

A codificação de regras em leis é um teste da presença genuína de fatos institucionais. Propriedade, matrimônio e dinheiro são instituições codificadas em normas jurídicas (SEARLE, 1995, p. 88).

Searle (2009, p. 8) afirma que, sem exceção, todas as funções de estado carregam *poderes deônticos*. De forma didática, Searle (2009, p. 9) mostra a importância dos poderes deônticos na construção da realidade social:

“Deontic powers have a unique trait, again, I think, uncommon and perhaps unknown in the animal kingdom: once recognized, they provide us with reasons for acting that are independent of our inclinations and desires. If I recognize an object as “your property”, for example, then I recognize that I am under an obligation not to take it or use it without your permission. Even if I am a thief, I recognize that I am violating your rights when I appropriate your property. Indeed, the profession of being a thief would be meaningless without the belief in the institution of private property, because what the thief hopes to do is to take somebody else’s private property and make it his own, thus reinforcing his commitment and the society’s commitment to the institution of private property. So status functions are the glue that holds society together. They are created by collective intentionality and they function by carrying deontic powers.”

Em outro exemplo didático, Searle afirma que as razões para agir, conferidas pelas funções de *status*, são determinantes para a motivação dos agentes: caso uma pessoa seja obrigada a trabalhar a partir das 7h00, por conta de um contrato de trabalho, ela terá uma razão para fazê-lo, mesmo que não tenha vontade (SEARLE, 2007, p. 93).

O raciocínio humano lida com conteúdo proposicional, ao invés de lidar com objetos isolados. Por esse motivo, Searle (2014, p.19-20) considera que os fatos institucionais têm uma predominância sobre os objetos ao se descrever a realidade social. Por exemplo, pensando sobre o que uma pessoa pode fazer, ele pergunta: “considere-me como uma pessoa, eu sou um objeto social?”. E responde: “eu não sei nem como responder a essa pergunta sob essa descrição”. Mas, ao considerarmos que “eu sou um professor, eu sou um cidadão americano e que eu sou um motorista no estado da Califórnia” estamos raciocinando com proposições que representam fatos verdadeiros e que descrevem de forma mais precisa o que uma pessoa pode fazer. Dessa forma, os objetos que participam de fatos institucionais marcam tipicamente posições na proposição para *padrões de atividades*, como professor, cidadão e motorista

Norma Jurídica como Fato Institucional

Do Institucionalismo Clássico ao Neo-institucionalismo

Versões clássicas do institucionalismo no Direito foram desenvolvidas na França, por M. Hauriou (1856-1929) e G. Renard (1876-1943), na Itália, por

Santi Romano (1875-1947) e W. Cesarini Sforza (1886-1965), e, na Alemanha, por C. Schmitt (1888-1985). Não obstante o uso compartilhado do termo, Croce (2012, p. 113) afirma que existem importantes diferenças no significado atribuído ao termo “instituição” por esses autores.

Apesar de serem comuns expressões como “instituições religiosas” e “instituições políticas” no vocabulário extrajurídico, na terminologia técnica do Direito, o termo “instituição” denotava apenas uma espécie do gênero “pessoa jurídica”, e, só recentemente,⁷ foi ampliado e valorizado (ROMANO, 2008, p. 78-79).

Santi Romano (2008, p.78-79) define instituição como “todo ente ou corpo social” caracterizado da seguinte forma:

- deve ter uma existência objetiva e concreta, e, por ser imaterial, sua individualidade deve ser exterior e visível;⁸
- é uma manifestação da natureza social e não puramente individual do homem;
- é um ente fechado que pode ser examinado em si e por si, justamente porque tem uma individualidade própria; e
- é uma unidade fechada e permanente⁹ que não perde a sua identidade devido a alterações dos indivíduos que são seus elementos, das pessoas que dela fazem parte, do seu patrimônio, dos seus meios, dos seus interesses, dos seus destinatários, das suas normas e assim por diante. Ela pode se renovar conservando de modo imodificado a sua própria individualidade.

⁷Essa afirmação é originalmente da obra “O Ordenamento Jurídico” de Santi Romano publicada em 1917. O texto da segunda edição, publicado em 1945, não foi alterado, sendo incluído apenas novas notas ou adendos às notas existentes marcados por colchetes. Quase cem anos após a publicação original, a afirmação continua válida, ainda mais se considerarmos os desdobramentos que ocorreram na segunda metade do século passado. Segundo Romano (2008, p. 81), o principal mérito de Hauriou foi o de ter “colocado em primeira linha a ideia de reconduzir ao mundo jurídico o conceito de instituição entendido de um modo amplo, do qual até agora tínhamos somente traços”.

⁸Na nota 29ter, Romano (2008, p. 84) desconsidera organizações “muito rústicas”, como no caso de uma “união de pessoas em fila para chegar a um guichê”. Na Teoria dos Fatos Institucionais de Searle, esse caso se caracteriza como um fato social e não como um fato institucional. É interessante notar ainda que a “fila de pessoas” foi um dos exemplos utilizados pelo neo-institucionalista Neil MacCormick para mostrar como um evento social primitivo foi institucionalizado ao se criarem regras que determinam como algumas filas devem operar, tais como: preferências para determinadas classes de indivíduos, uso de senhas etc.

⁹Ensina Romano (2008, p. 89): “O direito não consagra somente o princípio da coexistência dos indivíduos, mas se propõe sobretudo a vencer a fraqueza e a limitação de suas forças, a ultrapassar a sua breve existência, a perpetuar certos desígnios além da sua vida natural, criando entes sociais mais poderosos e mais duradouros que os indivíduos”.

Para Romano (2008, p. 76), o conceito “Ordenamento Jurídico” não deve ser reduzido à ideia de regras e normas. A ordem social posta pelo Direito não exclui as normas, “mas se serve delas e as integra na sua órbita, sendo que, concomitantemente, vai além delas, superando-as” (ROMANO, 2008, p. 78). E, conclui: “Todo ordenamento jurídico é uma instituição e, vice-versa, toda instituição é um ordenamento jurídico” (ROMANO, 2008, p. 78).

Ainda sobre a delimitação romaniana do conceito de instituição e sua identidade com o conceito de ordenamento jurídico, cabe destacar que, na nota 47quarter, Romano (2008, p. 109) corrige seu texto original que declarava: “enquanto a instituição, como ente jurídico, é um ordenamento, a relação não o é”. A nova posição, sobre a natureza dos negócios jurídicos, afirma que esses geram não somente relações, mas também “normas que regulam estas relações e são jurídicas, ou seja, institucionais, enquanto a autonomia sobre a qual se fundamentam advém do Estado e pelo Estado são protegidas”.

De forma similar à Teoria dos Fatos Institucionais de John Searle, onde a “instituição” precede os “fatos institucionais”, também em Santi Romano (2008, p. 106) observa-se a mesma configuração entre “instituição” e “relações jurídicas”:

“A instituição (...) é direito objetivo justamente por ser uma entidade, um corpo social que possui, no mundo jurídico, uma existência efetiva, concreta, objetiva. Ela implica em relações, mas não se esgota nelas, ou melhor, é pré-ordenada em relação às mesmas, no sentido de que ela consiste na organização ou estrutura que é necessária para que as relações — se e quando se realizam na sua órbita — possam ser qualificadas como jurídicas.

Santi Romano considera o Estado como a principal das instituições (ROMANO, 2008, p. 89). O Estado é compreendido em uma instituição ainda mais ampla, a comunidade internacional, e, ao mesmo tempo, compreende outras instituições (ROMANO, 2008, p. 86).

Atualmente, o termo “institucionalismo” no Direito é usualmente relacionado às obras de Neil MacCormick, Ota Weinberger, Dick Rüter e outros teóricos que foram influenciados pela visão institucionalista de John Searle (CROCE, 2012, p. 113). Essa abordagem é geralmente denominada de “novo institucionalismo” ou “neo-institucionalismo”.

O Neo-institucionalismo

Na introdução da obra “*An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*”, MacCormick e Weinberger (1986, p. xi), professores da Universidade de Edimburgo (Reino Unido) e da Universidade Karl-Frazens (Graz, Áustria) respectivamente, afirmam que a mesma ideia (*Institutional Legal*

Positivism) foi desenvolvida de forma simultânea,¹⁰ compartilhando um fundamento comum, sendo ambos influenciados pela Teoria dos Atos de Fala de John Searle. O alinhamento com a teoria de Searle pode ser percebido em vários escritos de ambos os autores, como, por exemplo, de forma clara, nesse trecho da aula inaugural de MacCormick (1986, p. 51):

“Possibly some people on any bus know or believe that they have made a contract on entering and paying their fare to the driver; almost certainly some do not know it; and quite plausibly on some buses nobody at all knows or believes it. But the knowledge or opinion of particular passengers and drivers is totally immaterial to the proposition that there exist as many contracts as passengers. How then do I know what some of the persons affected don’t know, namely that a contract exists as between them and the corporation? The answer is as obvious as it is simple; I know the law and am concerned to perceive the relationship between bus operator and bus passenger in legal terms. (...) And as Professor Searle tells us, a proposition whose truth depends not merely upon the occurrence of acts or events in the world, but also upon the application of rules to such acts or events, is a proposition of institutional fact. So the existence of a contract is in a philosophical sense, a matter of institutional fact.”

Em outra passagem da aula inaugural, MacCormick faz alusão à Alegoria da Caverna de Platão e alerta para a diferença entre a instituição como um conceito jurídico, posição que defende, e a instituição como um conjunto de regras, conforme definido por Searle (MACCORMICK, 1986, p. 51):

“Lurking in some Platonic cave behind the institutional fact lies the institution itself. Searle tells us that institutions are systems of rules, indeed, in his very own words “system of constitutive rules”. But that will hardly do for in terms of our present example, that would simply involve an obvious confusion between the law of contract and the legal institution ‘contract’ itself which is regulated by that branch of law. Institutions (and institutional facts) in the philosophical sense obviously have something to do with rules, but are not identical with them.”

Ainda na citada aula inaugural, MacCormick (1986, p. 51,53) trata do papel das “instituições” na análise de sistemas legais e da sua capacidade

¹⁰ A precedência é assim explicada: *“If MacCormick was the first to put forward a proposal explicitly for an ‘institutional’ version of legal positivism in his Inaugural Lecture ‘Law as Institutional Fact’ (1973), yet Weinberger had already expressed essentially the same idea in his essay ‘The Norm as Thought and as Reality’ (1969) and arrived later, still unaware of MacCormick’s work, at exactly the same terminology - in the essay ‘Facts and Fact-Descriptions’ (1979)”*.

sistematizadora, aspecto de fundamental importância para o presente trabalho. Como veremos, nas palavras de MacCormick, as instituições e não, *diretamente*, as regras, são essenciais para a análise de um sistema legal.

*“To this class of what I shall call ‘institutions of the law’ (or ‘legal institutions’) contract certainly belongs. So also do such other important legal concepts as ownership, trust, testation, rights of intestate succession, incorporation, personality, obligations of reparation, real security (including heritable security - in English ‘mort-gage’ - and pledge), marriage, adjudication and a host of others. In current legal philosophy and jurisprudence all these terms tend to be thrown into a sort of dustbin labelled ‘legal concepts’ whence they are from time to time extracted for teaching or examination purposes and subjected to more or less perfunctory scrutiny. The action and excitement are elsewhere, concentrating on the structure of legal systems and their division into types of rule, primary and secondary, duty-imposing and power-conferring. But in fact, as I will show, **concepts such as those I have listed are essential to the enterprise of analysing legal system into coherent sets of interrelated rules.** Understanding them is one of the keys which unlock the problems of legal theory. (...) The whole point of postulating the existence of such concepts is that it enables us to achieve two potentially conflicting goals in the exposition of law. On the one hand, **we can break down complex bodies of legal material into comparatively simple sets of interrelated rules;** and yet on the other hand **we can treat large bodies of law in an organised and generalised way, not just as a mass of bits and pieces.**” (grifo nosso)*

MacCormick (1986, p. 52-53) classifica as regras componentes de uma instituição em três tipos:

- regras institutivas: trazem à existência uma instância específica de uma instituição, por meio de um ato ou evento, como, por exemplo, a assinatura de um contrato;
- regras consequenciais: decorrem da existência temporal de uma instituição na forma de direitos e poderes ou obrigações e responsabilidades, como, por exemplo, o pagamento de parcelas feitas pelo devedor ao credor no contexto de um contrato de financiamento;
- regras teminativas: definem quando uma instituição deixa de existir, como, por exemplo, quando do pagamento da última parcela de um contrato de financiamento.

Utilizando essa classificação, MacCormick (1986, p. 53), finalmente, define “instituição jurídica” como “conceito jurídico regulado por conjuntos de

regras institutivas, consequenciais e terminativas”. As instâncias desse conceito existem num período de tempo, da ocorrência de um ato ou evento institutivo até a ocorrência de um fato ou evento terminativo. Por sua vez, Ota Weinberger (1991, p. 20) define “instituição” nos seguintes termos:

“Institutions are framework-systems of human action. They have a core of practical informations. In the sense that they consist of an ordered system of practical informations which is effective in conjunction with psychological and social facts and events they are always complex objects.”

O autor austríaco reconhece a importância das normas sociais, a que ele chama de “instituições reais” em complemento às “instituições normativas” formalmente estabelecidas. As normas e instituições jurídicas constituem apenas um quadro de referência (*framework*) para as ações de uma pessoa e as “informações práticas” são constituídas de regras de três tipos (WEINBERGER, 1991, p. 22-23):

- regras de comportamento: definem o que pode ou deve ser feito;
- regras de empoderamento: determinam posições, papéis e competências dentro do quadro de referência do sistema;
- regras constitutivas: possuem um caráter de definição da instituição.

Mais recentemente, a corrente neo-institucionalista do Direito tem sido desenvolvida por pesquisadores que deram continuidade aos trabalhos de Neil MacCormick e Ota Weinberger, ambos falecidos em 2009, tais como Dick Ruitter (Holanda, Universidade de Twente) e Massimo La Torre (Itália, Universidade de Catanzaro).

O professor Dick Ruitter, em obra publicada em 1993, constata que a Teoria dos Atos de Fala de John Searle pode oferecer mais do que já havia sido apropriado pela Teoria do Direito (RUITER, 1993, p. 37). Segundo o mesmo autor, tal situação decorre da relutância dos acadêmicos do Direito em se engajarem nas análises técnicas envolvendo a Teoria dos Atos de Fala (RUITER, 1993, p. 38). O desenvolvimento da pesquisa de Ruitter levou à publicação de uma segunda obra denominada “*Legal Institutions*” (RUITER, 2001), onde o autor apresenta um novo arcabouço conceitual para a visão institucional do Direito. Os próximos parágrafos resumem alguns aspectos das obras de Ruitter relevantes para o presente artigo.

Baseado na Taxonomia dos Atos de Fala de John Searle, Dick Ruitter oferece uma tipologia de atos de fala no Direito, composta pela seguinte classificação (RUITER, 1993, p. 90):

- Ato de Fala Jurídico Declarativo (*Declarative Acts-in-the-law*): a performance bem-sucedida de um ato de fala jurídico declarativo produz uma *apresentação* juridicamente válida de um *estado de coisas*;
- Ato de Fala Jurídico Exortatório (*Hortatory Acts-in-the-law*): a performance bem-sucedida de um ato de fala jurídico exortatório produz uma apresentação juridicamente válida de um *incentivo* para que o ouvinte realize alguma ação futura;
- Ato de Fala Jurídico Imperativo (*Imperative Acts-in-the-law*): a performance bem-sucedida de um ato de fala jurídico imperativo produz uma apresentação juridicamente válida de um *comando* para que o ouvinte realize alguma ação futura;
- Ato de Fala Jurídico Compromissivo (*Purposive Acts-in-the-law*): a performance bem-sucedida de um ato de fala jurídico compromissivo produz uma apresentação juridicamente válida de um *compromisso* do falante com a realização de alguma ação futura;
- Ato de Fala Jurídico Comissivo (*Comissive Acts-in-the-law*): a performance bem-sucedida de um ato de fala jurídico comissivo produz uma apresentação juridicamente válida de um *comando* para que o falante realize alguma ação futura;
- Ato de Fala Jurídico Assertivo (*Assertive Acts-in-the-law*): a performance bem-sucedida de um ato de fala jurídico assertivo produz uma *representação* juridicamente válida de um *estado de coisas*;
- Ato de Fala Jurídico Expressivo (*Expressive Acts-in-the-law*): a performance bem-sucedida de um ato de fala jurídico expressivo produz uma apresentação juridicamente válida de uma atitude sobre um estado de coisas.

O Ato de Fala Jurídico Declarativo é um dos mais importantes pois, a partir dele, a realidade jurídica é alterada pela criação de novas instituições. Por exemplo, na assinatura de um contrato de concessão de prestação de um determinado serviço público, cria-se um fato institucional previsto pela instituição “concessão”. A partir da sua criação, a instituição (instituída) é submetida tanto às normas gerais do ordenamento jurídico que preveem, por exemplo, casos em que poderá ocorrer a extinção¹¹ ou anulação¹² da concessão, como também às normas específicas constantes do contrato de concessão.

¹¹Na terminologia de Neil MacCormick, esses são exemplos de “regras terminativas” e, em relação ao exemplo em tela, englobariam casos de Reversão, Encampação, Caducidade e Rescisão do Contrato de Concessão.

Os critérios de perfeição de um ato de fala jurídico se baseiam nas regras de competência de poder, que são divididas em três categorias (RUITER, 2001, p. 16):

- competência do sujeito: refere-se à capacidade dos sujeitos;
- competência procedimental: refere-se ao correto procedimento para elaboração das normas jurídicas;
- competência material: refere-se à capacidade para expressar normas jurídicas sobre determinada matéria.

Dick Ruitter oferece uma interessante classificação para as instituições jurídicas baseada na dicotomia de sujeitos (entidades capazes de realizar atos) e objetos e no reconhecimento da existência de entidades que possuem propriedades e relações com outras entidades. Utilizando esses eixos, Ruitter (2001, p. 98) nomeia e descreve sua taxonomia de instituições jurídicas da seguinte forma:

- Pessoa Jurídica (*Legal Person*): regime jurídico com a forma de uma entidade que pode agir como um agente simples. Essa categoria inclui, por exemplo, os países, os organismos internacionais, os órgãos públicos, as empresas e as associações;
- Objeto Jurídico (*Legal Object*): regime jurídico com a forma de uma entidade que pode servir como objeto de transações. O “espectro de radiofrequências”¹³ é um exemplo de instituição dessa categoria;
- Qualidade Jurídica (*Legal Quality*): regime jurídico com a forma de uma propriedade de um sujeito. Nessa categoria se enquadram, por exemplo, as concessionárias de telecomunicações,¹⁴ os assinantes,¹⁵ os distribuidores,¹⁶

¹²Dick Ruitter (2001, p. 94) propõe uma alteração na taxonomia de regras de Neil MacCormick com a inclusão das Regras de Invalidação (*Invalidating Rules*) em complemento às regras institutivas, consecutivas e terminativas.

¹³“Bem público, de fruição limitada, cujo uso é administrado pela Agência, que corresponde a uma parte do espectro eletromagnético abaixo de 3000 GHz, que se propaga no espaço sem guia artificial e que é, do ponto de vista do conhecimento tecnológico atual, passível de uso por sistemas de radiocomunicação. [Anexo à Resolução da ANATEL nº 259, de 19/04/2001]” (ARANHA; LIMA; QUELHO, 2014, p. 104).

¹⁴“Empresa que detém concessão para prestação dos serviços de telecomunicações em uma determinada região. [Lei 8.977, de 6/01/1995]” (ARANHA; LIMA; QUELHO, 2014, p. 69).

¹⁵“Pessoa natural ou jurídica que firma contrato com a Prestadora, para a fruição do serviço. [Anexo à Resolução da ANATEL nº 166, de 28/09/1999]” (ARANHA; LIMA; QUELHO, 2014, p. 26).

- *Status Jurídico (Legal Status)*: regime jurídico com a forma de uma propriedade de um objeto. Exemplo: estado resultante da atividade de laçação¹⁷ em um bem, produto ou serviço;
- *Relação Jurídica entre Sujeitos (Personal Legal Connections)*: regime jurídico com a forma de uma relação entre sujeitos. Essa categoria inclui, por exemplo, todos os contratos entre pessoas naturais e jurídicas;
- *Configuração Jurídica (Legal Configurations)*: regime jurídico com a forma de uma relação entre objetos. A “servidão administrativa”, instituída por acordo administrativo ou sentença judicial, é um exemplo dessa categoria;
- *Relação Jurídica entre Sujeito e Objeto (Objective Legal Connections)*: regime jurídico com a forma de uma relação entre o sujeito e o objeto. A propriedade é o exemplo mais comum dessa categoria.

Um determinado fato institucional como, por exemplo, a compra de um bem pela Internet no Brasil, constitui, de forma simultânea, várias instâncias de instituições segundo a classificação oferecida por Dick Ruitter. Inicialmente, podemos identificar uma instância de “Relação Jurídica entre Sujeitos” que envolve os agentes da relação de consumo. Essa relação é a base para as demais instâncias de instituições, a saber: uma instância do tipo “Objeto Jurídico” referente ao bem comercializado; uma instância do tipo “Qualidade Jurídica” para cada agente (consumidor, comerciante, fabricante etc.); uma instância do tipo “*Status Jurídico*” para cada *característica jurídica* inerente ao objeto comercializado, como, por exemplo, a garantia. Cada instituição elencada possui um regime próprio, um evento de início que a fundamenta, previsto na regra institutiva, e um de fim, definido na regra terminativa. Exemplos de regras terminativas são o exaurimento da *garantia do bem* no prazo previsto e o encerramento do prazo de exercer o *direito de arrependimento* após o sétimo dia da entrega do produto. Por sua vez, a *nota fiscal* é um ato de fala jurídico do tipo assertivo e declarativo, que registra e representa a relação de consumo.

¹⁶“Agente titular de concessão ou permissão federal para prestar o serviço público de distribuição de energia elétrica. [Resolução Normativa da ANEEL n° 375, de 25/08/2009]” (ARANHA; LIMA; QUELHO, 2014, p. 90).

¹⁷“Ato em que o Agente de Fiscalização impede ou cessa o uso ou a comercialização de bens, produtos e serviços, apondo lacre” [Resolução da ANATEL n° 596, de 06/08/2012]” (ARANHA; LIMA; QUELHO, 2014, p. 148).

Norma Jurídica como Fato Institucional

A norma jurídica promulgada é um fato institucional criado por meio de um ato ilocucionário do tipo declaratório (RUITER, 2003, p. 2). A representação do ato original se dá pela aposição da assinatura do agente encarregado da sua promulgação no documento denominado autógrafo, que é a fonte autêntica para a publicação da norma em periódico oficial.

Como apresentado, um ato ilocucionário possui a forma: “F(P)”, onde F é a força ilocucionária e P é o conteúdo proposicional. A força ilocucionária de uma norma é expressa no preâmbulo e o seu conteúdo proposicional é veiculado na parte articulada do texto. Além da norma no todo, cada dispositivo constante da norma também representa um ato ilocucionário com força e conteúdo proposicional próprios. Exemplos de preâmbulos de algumas normas do nosso ordenamento jurídico são apresentados a seguir:

- Emenda Constitucional nº 23, de 2 de setembro de 1999: “As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: ”;

- Lei nº 12.188, de 11 de janeiro de 2011: “O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei: ”;

- Medida Provisória nº 480, de 26 de janeiro de 2010: “O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62, combinado com o § 3º do art. 167, da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória com força de lei: ”;

- Resolução nº 590, de 150 de maio de 2012: “O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 22 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e pelo art. 35 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997; Considerando... RESOLVE: ”

Norma Jurídica como fonte de criação de Instituições Normativas

Além de ser um fato institucional, a norma jurídica, mediante declarações, pode definir novos tipos de instituições, que moldam o convívio social pela definição de padrões de comportamento. Por exemplo, a instituição *trust*, onde o outorgante (*settlor*) transfere a propriedade de bens e direitos a terceiros (*trustee*) para que estes sejam administrados em favor de beneficiários, tem previsão legal nos Estados Unidos, e, dessa forma, essas regras criam as possibilidades de instâncias da instituição *trust* naquele território.

Instituições como Unidade para Consolidação de Normas Jurídicas

Ao considerarmos a instituição como uma unidade componente de um ordenamento jurídico, percebemos que surge uma nova entidade posicionada entre os textos das disposições e as normas jurídicas propriamente ditas. Essa entidade, a instituição, como ensinado por MacCormick, tem capacidade sistematizadora dupla: tanto permite lidar com a complexidade como também com a extensão de um determinado ordenamento. Essas características são determinantes para o processo de sistematização por consolidação.

Ao utilizar a abordagem baseada na visão institucionalista, o autor de um projeto de consolidação, tomando para si a tarefa de sistematizar uma determinada matéria dispersa em diversos diplomas, não mais irá tratar as disposições normativas como apenas um conjunto de regras a sistematizar. Ao invés disso, deverá identificar, inicialmente, as instituições que fazem parte do domínio tratado e, em seguida, para cada instituição, considerando o seu tipo, deverá agrupar essas regras nas categorias institutivas, consequenciais e terminativas. Dessa forma, o autor distribui o conjunto de regras relacionadas a cada instituição em conjuntos menores de regras, dividindo, assim, o problema maior em unidades menores e mais gerenciáveis. Os procedimentos para tratar cada regra individualmente deverão levar em conta vários outros conceitos não abordados neste artigo.

A abordagem neo-institucionalista pode oferecer aos entes reguladores um critério para definir a compartimentalização das regras setoriais. É importante ressaltar que não se defende aqui que cada instituição gere um diploma, pois isso poderia piorar ainda mais o quadro. Instituições do tipo *Legal Quality* (ex: consumidor, fornecedor) comumente são declaradas no contexto de uma instituição do tipo *Personal Legal Connections* (ex: relação de consumo), e, por isso, devem ser sistematizadas em conjunto. Também não se defende o oposto, isto é, que todas as instituições devam ser sistematizadas em um único diploma, pois a sua extensão traria dificuldades, ainda mais se considerarmos a dinâmica própria do nível regulatório, influenciada pelos rápidos avanços da ciência e tecnologia.

Considerações Finais

Entre as áreas influenciadas pela Teoria dos Atos de Fala de John Searle, o Direito é, ou, pelo menos, deveria ser, uma das áreas que encontra aplicabilidade direta dessa teoria, ao considerarmos que filósofos da linguagem encontraram no mundo jurídico “um domínio particularmente adequado para ilustrar e testar suas ideias” (AMSELEK, 1988). É tanto que, como vimos, os exemplos mais citados por John Searle são de instituições do mundo jurídico.

Contudo, como constatado por Dick Ruitter (1993, p. 37), a Teoria dos Atos de Fala e, seguramente, podemos acrescentar, o seu desdobramento na Teoria Geral dos Fatos Institucionais, não foram devidamente apropriadas ao mundo jurídico.

O retorno do institucionalismo se observa não apenas no Direito, como também em outras ciências sociais, tais como Economia, Ciência Política e Sociologia (RUITER, 1998, p. 215). As instituições, como padrões de comportamento social regulado, desempenham um importante papel na vida em sociedade, e podem ser descritas tanto na perspectiva social (instituição real) quanto jurídica (instituição normativa).

O presente trabalho apresentou a Teoria Geral de Fatos Institucionais de John Searle e conceitos do institucionalismo clássico e do neo-institucionalismo, como forma de apontar um caminho para a tarefa de sistematização de normas jurídicas do direito regulatório e setorial.

Referências

- AMSELEK, P. The philosophy of law and the theory of speech acts. *Ratio Juris*, v. 1, p. 187–223, 1988.
- ANSCOMBE, G. E. M. *Intention*. Cambridge: Harvard University Press, 1957.
- ARANHA, MARCIO IORIO. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. Coleford, UK: Laccademia, 2014.
- ARANHA, M. I.; LIMA, J. A. O.; QUELHO, R. T. M. **Glossário Normativo de Telecomunicações**. Coleford: Laccademia Publishing, 2014.
- ATRIA, F. *Constitutive and Regulative Institutions: on John Searle's General Theory of Institutional facts*. 1998. Disponível em: <<http://ontology.buffalo.edu/FARBER/atria.html>>. Acesso em: 23 jul. 2015.
- AUSTIN, J. L. *How to do things with words*. London: Clarendon Press, 1962.
- BALDWIN, ROBERT; CAVE, MARTIN; LODGE, MARTIN. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- BECK, ULRICH; GIDDENS, ANTHONY; LASH, SCOTT. **Modernização reflexiva**. Traduzido por: Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 1995.
- CANARIS, CLAUS-WILHELM. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

- CROCE, M. Classic institutionalism: Jural reality and legal selection. In: ***Self-sufficiency of law: a critical-institutional theory of social order***. Dordrecht: Springer, 2012, (Law and Philosophy Library, v. 99). Cap. 7, p. 113–145.
- CROLEY, S. ***Regulation and Public Interests***. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- CUNHA, S. Eficácia do enunciado performativo. **Revista dos Tribunais**, v. 79, n. 658, p. 73–78, ago 1990.
- FOTION, N. ***John Searle***. Durham: Acumen, 2000.
- GUNDERSON, K. ***Language, mind, and knowledge***. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1975. v. 7.
- LARENZ, K. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 321 p.
- LASH, S. *Performativity or discourse? An interview with John Searle*. ***Theory, Culture & Society***, SAGE Publications, p. 135–147, 2015.
- MACCORMICK, N. Law as institutional fact. In: MACCORMICK, N.; WEINBERGER, O. (Eds.). ***An Institutional Theory of Law: new approaches to legal positivism***. Dordrecht: Springer Science & Business Media, 1986. p. 49–77.
- MACCORMICK, N.; WEINBERGER, O. ***An institutional theory of law***. Dordrecht: Springer Science & Business Media, 1986. v. 3.
- NORMAN, D. A. ***Emotional design: Why we love (or hate) everyday things***. New York: Basic books, 2004.
- REINACH, A. ***Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes***. Halle: Niemeyer, 1922.
- ROMANO, S. Princípios de direito constitucional geral. São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**, 1977.
- ROMANO, S. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução: Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.
- ROSE-ACKERMAN, S; LINDSETH, P. **Comparative Administrative Law**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2010.
- RUITER, D. W. ***Institutional legal facts: legal powers and their effects***. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1993. v. 18.

- RUITER, D. W. Structuring Legal Institutions. *Law and Philosophy*, Kluwer Academic Publishers, v. 17, p. 215-232, 1998.
- RUITER, D. W. *Legal institutions*. Dordrecht: Springer, 2001.
- SEARLE, J. R. *Speech acts: An essay in the philosophy of language*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969. v. 626.
- SEARLE, J. R. *Expression and meaning: Studies in the theory of speech acts*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- SEARLE, J. R. *The construction of social reality*. New York: Free Press, 1995.
- SEARLE, J. R. *Mind, language and society: Philosophy in the real world*. New York: Basic Books, 1999.
- SEARLE, J. R. **Expressão e significado: estudos da teoria dos atos da fala**. Tradução: de Camargo, Ana Cecília G.A; Garcia, Ana Luiza Marcondes. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SEARLE, J. R. What is an institution? *Journal of Institutional Economics*, Cambridge University Press, v. 1, n. 1, p. 1–22, 2005.
- SEARLE, J. R. **Liberdade e neurobiologia: reflexões sobre o livre-arbítrio, a linguagem e o poder político**. Tradução: Constancia Maria Egrejas Morel. São Paulo: Unesp, 2007.
- SEARLE, J. R. *Making the social world: The structure of human civilization*. New York: Oxford University Press, 2009.
- SEARLE, J. R. Are there social objects? In: *Perspectives on Social Ontology and Social Cognition*. Dordrecht: Springer, 2014. p. 17–26.
- SMITH, B. John Searle: From speech acts to social reality. In: SMITH, B (Ed). *John Searle*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. v. 1, p. 34–51.
- TORRE, M. L. Institutional theories and institutions of law: on Neil MacCormick's savoury blend of legal institutionalism. In: MAR, M., Bancowski, Z. *Law as Institutional Normative Order*, p. 67–82, 2009.
- TRUBEK, DAVID M.; SANTOS, ÁLVARO. *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- WALDO, D. *The Administrative State: A Study of the Political Theory of American Public Administration*. New Brunswick, US: Transaction Publishers, 2007.

WEINBERGER, O. *Law, institution and legal politics: fundamental problems of legal theory and social philosophy*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1991.