

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

LUÍS FERNANDO BITTENCOURT DE LEMOS

A TEORIA DA NORMA JURÍDICA DE TERCIO SAMPAIO
FERRAZ JUNIOR

Porto Alegre

2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

LUÍS FERNANDO BITTENCOURT DE LEMOS

A TEORIA DA NORMA JURÍDICA DE TERCIO SAMPAIO
FERRAZ JUNIOR

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para conclusão do curso e obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.
Orientador: Prof. Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores.

Porto Alegre

2011

LUÍS FERNANDO BITTENCOURT DE LEMOS

A TEORIA DA NORMA JURÍDICA DE TERCIO SAMPAIO
FERRAZ JUNIOR

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para conclusão do curso e obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em Porto Alegre, em ____ de dezembro de 2011.

BANCA EXAMINADORA:

Professor ALFREDO DE JESUS DAL MOLIN FLORES
Orientador – Presidente da Comissão Examinadora

Professor WLADIMIR BARRETO LISBOA
Membro da Comissão Examinadora

Professor ELTON SOMENSI DE OLIVEIRA
Membro da Comissão Examinadora

De acordo do Graduando: _____.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar e contextualizar a teoria da norma jurídica formulada por Tercio Sampaio Ferraz Junior. O autor propõe uma abordagem pragmática da norma jurídica, para determinação de um sistema explicativo do comportamento humano enquanto regulado por normas. As normas jurídicas são discursos ambíguos, constituídos por um momento monológico e outro dialógico, em que há um terceiro comunicador respaldado por terceiros (institucionalizado), que de antemão já prevê sua reação contra a eventual desconfirmação dos endereçados. A relação que se instala entre editor e endereçado é metacomplementar, ou seja, uma relação autoridade/sujeito. O discurso normativo é heterológico: visa à persuasão, e não à verdade (homologia), pois diz respeito a interesses conflitantes que pedem uma decisão. Normas são decisões. A decidibilidade de conflitos norteia todo o modelo jurídico proposto por Ferraz Jr. Nesse sentido, o sistema normativo admite não apenas uma relação entre normas válidas, mas também normas inválidas e efetivas, como uma resposta coerente do próprio sistema a uma situação. As regras de calibração, de fundo ideológico, proporcionam a mudança do padrão de funcionamento do sistema para que este não pare de funcionar (autopoiese), mantendo sua imperatividade. Por isso, o sistema admite não uma, mas várias normas-origem. Em última análise, o que confere imperatividade e legitimidade ao sistema é a ideologia, que fixa o sentido dos valores, retirando-lhes a reflexividade infinita. Diante da impossibilidade de não-comunicação, não há como se ter uma visão externa ao direito. Sua racionalidade está em assumir seu caráter aporético, sustentando-se em confronto com outras possibilidades. Esse é o momento dogmático do direito.

Palavras-chave: norma jurídica – discurso normativo – pragmática jurídica - tópica – teoria dos sistemas – sistema normativo – dogmática jurídica.

ABSTRACT

This paper aims to present and contextualize the theory of legal standard formulated by Tercio Sampaio Ferraz Junior. The author proposes a pragmatic approach to the legal standard for determining an explanatory system of human behavior as governed by rules. The legal standards are ambiguous discourses, consisting of a monologic character, dialogic other, where there is a third communicator supported by others (institutionalized), which beforehand already provides its reaction against any of disconfirmation addressed. The relationship that develops between the editor and addressed is metacomplementar, ie, a authority/subject relationship. The normative discourse is heterological: aims at persuasion, not the truth (homology) as it relates to competing interests that require a decision. Standards are decisions. The decidability of conflicts guides the legal model proposed by Ferraz Jr. In this sense, the normative system allows not only a relationship between valid standards, but also invalid and effective rules, as a coherent response of the system itself to a situation. The rules for the calibration of ideological background give the shifting pattern of the system so that it does not stop working (autopoiesis), maintaining its imperativeness. Therefore, the system admits not one but several original standards. Ultimately, the imperative need that gives legitimacy to the system and ideology, establishing a sense of values, removing them infinite reflexivity. Faced with the impossibility of non-communication, there is no way to have an external view of law. Its rationality is to assume its aporetic character, supporting himself in confrontation with other possibilities. This is the moment of dogmatic law.

Keywords: rule of law – normative discourse – legal pragmatic – topics – theory of systems – normative system – legal dogmatics

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES ACERCA DA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR.	11
2.1 A pragmática jurídica	13
2.2 O direito como generalização congruente de expectativas: interação humana e mecanismos de estabilização de expectativas	16
2.2.1 Atitudes cognitivas e atitudes normativas	18
2.2.2 Institucionalização	20
2.2.3 Generalização de conteúdos: núcleos significativos	23
2.3 O pensamento tópico	28
2.4 Horizontes da investigação jurídica: os enfoques “zetético” e “dogmático”	34
3 A NORMA JURÍDICA	38
3.1 Discurso normativo	38
3.1.1 Conceito e elementos do discurso	39
3.1.2 Tipos de discurso	40
3.1.3 O discurso normativo	41
3.1.4 Operadores pragmáticos e condições de aplicação da informação normativa	46
3.1.5 Situações subjetivas jurídicas	48
3.2 Conceito de norma jurídica	50
3.3 Classificação das normas jurídicas	51
3.3.1 Critério sintático de classificação das normas jurídicas	51
3.3.2 Critério semântico de classificação das normas jurídicas	52
3.3.3 Critério pragmático de classificação das normas jurídicas.....	53
4 ORGANIZAÇÃO DA COMUNICAÇÃO NORMATIVA	55
4.1 Validade da norma jurídica	55
4.1.1 Validade das normas como relação de imunização	55
4.1.2 Validade formal e validade material.....	57
4.1.3 Validade, vigência e vigor	58
4.2 Efetividade da norma jurídica.....	59
4.3 Relação entre validade, vigência e efetividade.....	60
4.4 O ordenamento jurídico	61
4.4.1 Ordenamento enquanto sistema.....	61
4.4.2 Relação de calibração e imperatividade da norma e do sistema.....	65
4.4.3 O caráter ideológico dos sistemas normativos	68
4.4.4 Legitimidade do sistema normativo	71
5 CONCLUSÃO.....	75

1 INTRODUÇÃO

Com a supremacia do Estado na produção do Direito, especialmente a partir do movimento de Codificação do século XIX, ante os valores liberais, passou-se também a compreender o Direito como um sistema – entendido este como uma complexa rede de normas com prevalência da lei. Segundo Barzotto, esse processo iniciou-se nos Estados Modernos centralizados, tendo em vista a necessidade de fornecer um padrão objetivo de resolução de conflitos (a lei), e, com isso, evitar a própria dissolução da sociedade pluralista, com visões de mundo distintas.¹

Foi no Estado liberal que essa configuração atingiu sua maturidade, face à necessidade de limitação jurídica do próprio poder criador do direito, com vistas à proteção do indivíduo frente ao Estado. Daí a denominação “Estado de Direito”, em que se obedecem às normas jurídicas, e não à pessoa do governante. Não é à toa que se fala em “constitucionalização do poder”, que tem sua própria legitimação no Direito. Segundo o mesmo autor:

A criação do direito, porém, não fica ao arbítrio daqueles que exercem o poder soberano, mas deve ocorrer no modo previsto pelo próprio *sistema*. Evita-se, assim, que o direito fique à mercê do poder político, ao mesmo tempo em que se conserva a sua neutralidade axiológica já alcançada pelo Estado Absolutista, isto é, também no Estado Liberal o jurídico não precisa corresponder a nenhum ideal valorativo para ser considerado como tal. Com isso, mantém-se afastado o perigo das incertezas derivadas da pluralidade das concepções de justiça. Para verificar o direito, *basta verificar a conformidade da sua produção com as regras que determinam a criação normativa no âmbito do sistema [...]*²

Nos dizeres de Ferraz Jr.,³ institucionaliza-se a mutabilidade do direito. Tudo é passível de ser normado, e o que hoje é permitido amanhã poderá ser proibido. O Direito passa a ter um caráter instrumental e tecnológico, na medida em que serve à consecução dos objetivos liberais, e evidencia-se a necessidade de pensar-se o direito enquanto sistema (“ordenamento jurídico”), ou seja, como um todo unitário e coerente. A ciência dogmática do direito, a partir daí, assume a postura de encarar o Direito como algo dado, a partir do qual se deve proceder à teorização

¹ BARZOTTO, Luís Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: Uma Introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999. pp.13 a 16.

² BARZOTTO, Luís Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: Uma Introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p 25. (grifos nossos)

³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 179-181

acerca das regras e da natureza jurídica dos institutos, cabendo ao jurista a tarefa racional de sistematizá-los e procurar as condições de sua aplicação.⁴ Bobbio, ao estabelecer os critérios de diferenciação entre direito natural e direito positivo, salientou que os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque e depois que foram disciplinados de um certo modo por esse direito positivo. Assim, o direito natural estabeleceria o que é bom, enquanto que o direito positivo estabeleceria o que é útil.⁵

No contexto do Estado liberal, então, emerge o chamado positivismo jurídico, uma irradiação do positivismo filosófico do século XIX, e que, no século XX, culminou no positivismo normativista de Hans Kelsen, o qual levou às últimas conseqüências seu esforço de caracterizar o direito exclusivamente como um sistema de normas válidas em um dado ordenamento jurídico, e com as teorias positivistas de Alf Ross, Herbert Hart e Norberto Bobbio. Como destacou Barroso,

O positivismo tornou-se, nas primeiras décadas do século XX, a filosofia dos juristas. A teoria jurídica empenhava-se no desenvolvimento de idéias e de conceitos dogmáticos, em busca da cientificidade anunciada. O Direito reduzia-se ao conjunto de normas em vigor, considerava-se um sistema perfeito e, como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência.⁶

Para essa corrente filosófica, o direito resume-se à norma, um ato estatal dotado de império e coatividade. Somente o direito poderia dizer o que é direito: tendo numa norma suprema (“norma fundamental”) o seu fundamento jurídico último, no vértice do ordenamento, o direito isola-se em relação a fatos e valores.⁷ Por isso, uma de suas principais características foi o formalismo: a juridicidade de uma norma estaria no fato de ela ser válida em relação ao sistema normativo posto, ou seja, na conformidade do seu procedimento de criação segundo o estabelecido pelo próprio sistema jurídico, independentemente de seu conteúdo (bom ou mau direito, ambos são direito).

⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 78 e 82.

⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006. p. 23.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. In: Direito e Democracia: Revista de Ciências Jurídicas - ULBRA. Canoas, v.3, nº. 2, pp. 345-383, 2º sem. 2002. p.365. Disponível: em <<http://www.ulbra.br/direito/files/direito-e-democracia-v3n2.pdf#page=107>> Acesso em: 27 nov. 2011.

⁷ Cf. BARZOTTO, Luís Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Unisinos, 1999. pp. 144-145.

Algumas dessas bases do Positivismo Jurídico são questionadas após a Segunda Guerra Mundial, quando o mundo assistiu aos horrores cometidos pelos regimes totalitários que se haviam instalado na Alemanha e na Itália. Os seus agentes, sob a lógica positivista então vigente, haviam “cumprido a lei”. A partir daí retomou-se na pauta filosófica e social o papel dos valores, dos direitos humanos e da democracia, renovando-se, também, os discursos aristotélicos sobre a justiça distributiva e o bem comum, por conta também das próprias transformações sociais que rapidamente ocorriam.

Assim, o pensamento jurídico renovou-se, surgindo naturalmente diversas tendências doutrinárias. Destas, têm se destacado nas últimas décadas as relacionadas às teorias da *interpretação, argumentação e retórica*, que têm como principais expoentes Theodor Viehweg, Robert Alexy e Chaim Perelmann; às *teorias lógicas, analíticas e sistêmicas*, que têm como expoentes, entre outros, Niklas Luhmann e Georg Henrik von Wright; às *teorias dos valores e princípios gerais*, representadas principalmente por Ronald Dworkin; ao *culturalismo idealista*, representado, entre outros, por Miguel Reale e Luís Recaséns Siches, e à *jusfilosofia crítica*, esta representada principalmente por Julios-Campuzano, Fariñas Dulce, Sanchez Rúbio, Herrera Flores e Juan-Ramon Capella.⁸

O direito não é mais visto como um simples conjunto de normas. O fenômeno jurídico é pluridimensional, abarcando também os fatos a ele subjacentes e os valores e ideologias que o condicionam. Diante de tais circunstâncias, não basta identificar a norma como sendo jurídica por sua pertinência a um ordenamento jurídico. Questiona-se o próprio fundamento do direito, ou seja, sua legitimidade. A segurança jurídica, tão relevada pelo positivismo, é confrontada com o ideal de justiça, diante de uma sociedade cada vez mais plural. O jurista, nesse aspecto, tem diante de si uma multiplicidade de opções, muitas vezes antagônicas entre si, em que não apenas as regras se confrontam, mas há regras que colidem com princípios, e princípios e valores que se chocam entre si. Ainda, surgem a cada dia novas situações para as quais o direito não tem uma solução pronta e acabada, mesmo com um sistema que, por esse fato mesmo, tem a pretensão de unidade e coerência. Conflitos pedem decisões, para as quais o direito deve estar apto, e o dilema que vem desde Karl Marx sempre se renova: o direito seria um fator de conformação da ordem social ou de transformação dessa mesma ordem?

⁸ Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das idéias jurídicas**: da antigüidade clássica à modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 222.

É nesse contexto que emerge a obra de Tercio Sampaio Ferraz Junior (1941). Ao longo de quatro décadas, o renomado jusfilósofo paulista e professor da Universidade de São Paulo (USP) tem se dedicado ao estudo do direito a partir de diversas referências com que tomou contato ainda no meio acadêmico, entre os quais se destacam Miguel Reale, que foi seu orientador de doutorado na USP, Niklas Luhmann e Theodor Viehweg, estes dois últimos quando de sua passagem pela Alemanha. Influenciado, sobretudo, pelo pensamento de Luhmann e de Viehweg, Ferraz Jr. construiu um modelo teórico do direito temperado pela moderna teoria da linguagem, com ênfase na pragmática lingüística. Seu foco está justamente na proposição de um modelo jurídico capaz de proporcionar as condições de “decidibilidade” de conflitos, a partir da norma jurídica e do sistema normativo como um todo, que devem nortear as investigações empreendidas pela dogmática jurídica.

Nesses termos, a análise da norma jurídica configura-se, para ele, o elemento central da investigação jurídica, tanto para o reconhecimento do direito, quanto para a sua interpretação e aplicação. Essa investigação, contudo, é realizada de modo bastante peculiar, pois se, por um lado, aparenta ter nuances de positivismo (como alguns autores apontam), seu modelo se orienta por um pensamento problemático, crítico, não-dogmático, reconhecendo o papel dos valores e da ideologia no direito. Por isso é citado como sendo, no Brasil, um dos precursores, embora de forma ponderada, da teoria crítica do direito, iniciada a partir da década de 1970.

Diante da relevância que a teoria da norma jurídica tem para a própria epistemologia jurídica de Ferraz Jr., sua complexidade, originalidade, atualidade e repercussão no meio jurídico e acadêmico, o trabalho que ora empreendemos justifica-se plenamente. Não pretendemos aqui, nem isso seria possível neste momento, esgotar o assunto, que, como já dito, é complexo. Nossa intenção é apresentar os principais traços da teoria da norma jurídica de Tercio Sampaio Ferraz Junior, a partir das principais obras escritas ao longo de sua trajetória intelectual, bem como contextualizá-la no modelo jurídico por ele proposto.

Para tanto, procuraremos apresentar primeiramente os principais elementos da epistemologia de Ferraz Jr., a fim de servirem de base para a compreensão do objeto mesmo do presente trabalho. Nessa seção, deverão ser evidenciadas e discutidas as influências de Luhmann e Viehweg, bem como o papel da pragmática para a formulação do seu modelo teórico. O capítulo seguinte, por sua vez, tratará especificamente da norma jurídica, enquanto um “discurso normativo” que, por essa condição, tem características especiais em relação dos demais discursos.

O modelo de norma jurídica que nos é apresentado é um modelo “pragmático”, e, portanto, como veremos, parte do princípio da interação, extraindo-se disso várias implicações. Uma delas é que a própria noção de validade de uma norma jurídica, por exemplo, não é atributo em si mesmo: antes, é relacional, decorre da interação entre normas jurídicas e entre essas e o ordenamento jurídico. O último capítulo tratará justamente da organização e interação dos discursos normativos, da concepção de ordenamento jurídico para o autor, e da sua própria legitimidade.

Para a realização deste trabalho, foi utilizado o método indutivo, com técnicas de pesquisa indireta, primariamente a partir da revisão bibliográfica das principais obras do autor, e, secundariamente, das obras relacionadas às teorias e modelos que lhe serviram de base para a formulação da sua teoria. Ainda, quando possível, buscou-se uma bibliografia complementar, a fim de verificar a repercussão e as críticas ao pensamento de Ferraz Jr. no meio jurídico e acadêmico.

2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES ACERCA DA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

Tercio Sampaio Ferraz Junior, ao longo de suas obras, apresenta um modelo teórico de dogmática jurídica, de cunho eminentemente tecnológico, que concebe o direito a partir de um complexo sistema comunicacional, cujo objetivo é o controle de comportamentos, centrado na decidibilidade de conflitos. Celso Lafer, prefaciando a obra propedêutica de Ferraz Jr., salientou que

[...] é a decidibilidade dos conflitos o problema central da ciência do Direito contemporâneo, enquanto uma ciência prática. Esta ciência é prática porque se baseia no princípio da aceitação sem discussão dos pontos de partida. A proibição da negação dos pontos de partida (o dogma) obedece a uma razão técnica: a de permitir a decisão com base no Direito, que não pode ser posto em questão sob pena de não se alcançar, numa sociedade, a decidibilidade jurídica dos conflitos.⁹

Seu modelo tem forte influência de Niklas Luhmann, a quem é atribuído o pensamento sistêmico-funcional, e de Theodor Viehweg, com seu pensamento tópico-jurídico.¹⁰ Além disso, é tido, juntamente a Luis Alberto Warat, como pioneiro, no Brasil, das investigações acerca da teoria da linguagem, com ênfase na pragmática lingüística.¹¹

Buscando a efetiva concepção do pensamento jurídico, tendo no comportamento humano seu aspecto central, Ferraz Jr. propõe três modelos de dogmática jurídica inter-relacionados: o analítico (teoria da norma), cuja finalidade é a sistematização de regras para a obtenção de decisões possíveis, e por isso, é até certo ponto formalista; o hermenêutico (teoria da interpretação), que assume atividade interpretativa do comportamento humano, na busca do seu significado, e empírico (teoria da decisão jurídica), que vê na norma um procedimento decisório,

⁹ Cf. LAFER, Celso. **Prefácio**. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2ª.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 16.

¹⁰ Cf. BASTOS JR., Luiz Magno Pinto. **Elementos para uma epistemologia jurídica crítica a partir do pensamento de Tercio Sampaio Ferraz Júnior**. In: **Novos Estudos Jurídicos**. v. 8, nº 1. pp. 41-70. Itajaí: Univali, 2003. Disponível em <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/312/257>>. Acesso em 29 set. 2011. p. 43.

¹¹ Ferraz Jr. conduz suas investigações a partir do princípio da interação, conforme proposto por Watzlawick/Beavin/Jackson, na obra **Pragmática da comunicação humana** (1973). A seção seguinte deste trabalho exporá de forma mais detalhada o assunto.

constituindo-se, então, num sistema explicativo do comportamento humano enquanto controlado por normas.¹²

Da constatação de que a sociedade é um sistema de interações, a comunicação, expressa pela linguagem, assume papel preponderante na epistemologia jurídica do juspublicista brasileiro. Conforme leciona Ferraz Jr.,

A possibilidade de uma teoria jurídica do direito enquanto sistema de controle de comportamento nos obriga a reinterpretar a própria noção de sistema jurídico, visto, então, não como conjunto de normas ou conjunto de instituições, mas como um fenômeno de partes em comunicação.¹³

Isso não implica, contudo, na redução do direito a mera linguagem. Ainda nos seus dizeres:

[...] não pretendemos estudar a linguagem do direito ou da sua manifestação normativa, mas investigar o próprio direito, enquanto necessita, para a sua existência, da linguagem. Ou seja, o direito é levado ao nível lingüístico, *mas o estudo a realizar não é de lingüística, mas jurídico*, pois não dispensamos, ao investigar a norma, as características operacionais da teorização jurídica, como a referência à práxis decisória, a possibilidade de solução de conflitos, a regulamentação de comportamento, etc.¹⁴ (grifo nosso).

A abordagem a que se dispõe Ferraz Jr. diz respeito ao “fato lingüístico” ou “fato de discurso”, que deve ser compreendido como “jogos, jogos estratégicos, de ação e reação, de pergunta e resposta, de dominação e esquivia, como também de luta” (plano lúdico).¹⁵ O ser humano em sociedade necessariamente interage, comunica-se. *Estar em situação* é comunicar-se. Dessa interação emergem os conflitos, e destes, as formas de solucioná-los. A norma jurídica, vista sob o viés da comunicação, também é um fato lingüístico, uma troca de mensagens entre orador e ouvinte,¹⁶ cuja função é a estabilização de expectativas, garantindo-as contra a desilusão. Ou melhor, admitem-se as desilusões como fato, porém estas são consideradas irrelevantes para a expectativa generalizada.¹⁷

¹² Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1980. pp.47-49

¹³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático**. Disponível em <<http://terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/13>>. Acesso em 27 set. 2011.

¹⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp.7-8.

¹⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 8.

¹⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 101.

¹⁷ A esse respeito, Luhmann fornece-nos peculiar definição: “as normas jurídicas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos [...]. O símbolo do ‘dever-ser’ expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a função do ‘dever-

Não obstante reconhecer a pluridimensionalidade do direito-objeto (o que permite diversos ângulos de abordagem, como pode ser visto, por exemplo, em Miguel Reale)¹⁸, Ferraz Jr. vê na norma jurídica o critério fundamental de análise daquele, um conceito nuclear, uma vez que os juristas concebem *normativamente* as relações sociais, a fim de criar condições para decidibilidade de conflitos.¹⁹ Em outros termos, um jurista “capta o direito num procedimento de incidência, ou seja, na imputação de normas a situações sociais atuais ou potencialmente conflitivas”.²⁰

Assim - conforme afirmou em sua obra *Teoria da Norma Jurídica* – propõe-se a “tratar o direito do seu ângulo normativo (sem afirmar que o direito se reduz a norma), e encarar a norma do ponto de vista lingüístico-pragmático (sem afirmar que a norma jurídica tenha apenas esta dimensão)”.²¹ A partir dessa proposta, reinterpreta a noção de sistema jurídico, que passa a ser visto como um sistema de comunicação através de normas.²²

2.1 A pragmática jurídica

A pragmática lingüística ocupa-se primordialmente dos aspectos comportamentais da relação discursiva, tendo como centro diretor da análise o chamado princípio da interação. A interação, aqui, é tomada no sentido dado por Watzlawick-Beavin-Jackson, correspondendo a

ser”. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 57. (grifos do autor)

¹⁸ Ferraz Jr. também foi influenciado por Miguel Reale, o qual foi seu orientador em sua tese de doutorado na Universidade de São Paulo (USP), e célebre na literatura jurídica brasileira pela formulação da “Teoria Tridimensional do Direito”. Para Reale, o direito resulta de um processo histórico-cultural, e, portanto, reflete os valores de uma dada sociedade. Seu esforço concentrou-se, sobretudo, em demonstrar que o Direito não é apenas um sistema lógico-formal de normas, e que a experiência jurídica articula-se e processa-se de maneira “tridimensional”, num todo unitário e concreto, em que se integram *fato, valor e norma*, através de uma relação “dialética de complementaridade”. Nesse sentido, a própria noção de ordenamento jurídico é complexa, visto como um sistema de normas em plena atualização, pleno, que admite inúmeros centros de referência, a fim de solucionar as questões da vida que lhe são postas (Cf. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 191 e 192). A teoria de Ferraz Jr., enquanto corte na realidade, a fim de propor um modelo explicativo do fenômeno jurídico, não menospreza esse caráter pluridimensional do direito. Apenas propõe um novo ângulo de abordagem, a partir do fenômeno comunicativo, conforme será explicitado na seção seguinte deste trabalho.

¹⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 101.

²⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 93.

²¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 5.

²² WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 98.

“uma série de mensagens trocadas entre pessoas”.²³ Nesse sentido, o ato de falar, comunicar-se, dialogar é sempre uma relação entre emissor e receptor, mediada por signos lingüísticos.²⁴

Conforme Ferraz Jr.:

A pragmática é uma disciplina ao mesmo tempo antiga e nova. No passado, ela se chamou "retórica" e foi cultivada por gregos e romanos. Modernamente, ela se liga aos estudos de semiótica ou teoria dos signos. Estes são coordenações tríplexes: todo signo se relaciona a algo, para o qual aponta: esta relação é chamada de semântica. Todo signo também se relaciona a outro signo, isto é, signos se relacionam entre si: esta relação se chama sintática. Por fim, signos são usados: é a relação ao interpretante ou usuário do signo. Esta última é que se chama pragmática. Do um modo geral, *pode-se dizer que uma análise pragmática é um estudo dos aspectos comportamentais no uso dos signos, por exemplo, das palavras. Ver os aspectos comportamentais é situar os problemas do ângulo da comunicação humana, vista como interação de sujeitos que trocam mensagens entre si, definindo assim uma situação.*²⁵ (grifo nosso)

Da constatação de que o ser humano necessariamente se comunica, a pragmática admite o axioma conjectural da *impossibilidade de não comunicação*.²⁶ Trata-se de um pressuposto incontornável, no sentido de que quem não participa de uma argumentação, ou não está preparado para participar dela, ainda assim não pode deixar de estar já e sempre dentro de uma situação comunicativa.²⁷ Ou seja, mesmo alguém que não queira comunicar-se estará, na verdade, comunicando que não quer se comunicar. A comunicação, portanto, não tem oposto, pois, para a

²³ WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação.** Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1973. p. 46.

²⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica.** 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.4.

²⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A Filosofia como discurso aporético – uma análise da filosofia do ângulo lingüístico-pragmático.** In: _____; PRADO JR., Bento; PEREIRA, Oswaldo Porchat. **A filosofia e a visão comum de mundo.** São Paulo: Brasiliense, 1981. pp. 23-35. Disponível em <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/16>>. Acesso em 29 out. 2011.

²⁶ Conforme Watzlawick-Beavin-Jackson, “o comportamento não tem oposto. Por outras palavras, não existe um não-comportamento ou, ainda em termos mais simples, um indivíduo não pode *não* se comportar. Ora, se está aceito que todo o comportamento, numa situação interacional, tem valor de mensagem, isto é, é comunicação, segue-se que, por muito que o indivíduo se esforce, é-lhe impossível *não* comunicar. Atividade ou inatividade, palavras ou silêncio, tudo possui um valor de mensagem; influenciam outros e estes outros, por sua vez, não podem *não* responder a essas comunicações e, portanto, também estão se comunicando. Deve ficar claramente entendido que a mera ausência de falar ou de observar não constitui exceção ao que acabamos de dizer”. WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação.** Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1973. pp. 44-45. (grifos dos autores)

²⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica.** 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.164.

pragmática, comportamento é comunicação.²⁸ Samuel Rodrigues Barbosa ressaltou a importância do axioma conjectural da pragmática na teoria de Ferraz Jr., dizendo que

Para mim, a teoria da sociedade que influencia decisivamente a teoria do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] é a teoria luhmanniana. Estamos de acordo nesse ponto, entretanto, acho que, *no desenho da teoria, a pragmática desempenha o papel de filtro*. Na teoria do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.], *o primeiro axioma conjectural da pragmática (“a impossibilidade da comunicação”)* ocupa uma posição muito importante, que se irradia por toda a teoria, em razão de seu acento pragmático. Em [Niklas] Luhmann, isto vale apenas para o sistema de interação (comunicação entre presentes), entre ausentes, a comunicação se torna um problema a ser solucionado pelos meios de difusão. Não há no professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] uma teoria dos meios de difusão, esta não é sua preocupação.²⁹ (grifos nossos)

Imperioso destacar, porém, que a abordagem de Ferraz Jr., segundo este mesmo afirma, antes de ocupar-se da análise exaustiva da pragmática, tem a preocupação de apresentar um modelo operacional que possibilite a investigação do discurso normativo e dos aspectos comportamentais da relação discursiva, tendo como centro diretor da análise o princípio da interação.³⁰ Aplica, dessa forma, a pragmática lingüística ao estudo da norma jurídica, esta concebida, conforme já exposto, enquanto fato lingüístico (plano lúdico). Luis Alberto Warat³¹ salientou que a pragmática projetada ao direito “permite compreender que a ideologia é um fator

²⁸ WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana:** um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1973. p. 46.

²⁹ BARBOSA, Samuel Rodrigues. **Discussão**. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Org.). **Formalismo, dogmática jurídica e estado de direito:** um debate sobre o direito contemporâneo a partir da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Cadernos de Direito FGV. São Paulo, v.7 n.º 3, mai. 2010. p. 171. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7849/Caderno%20Direito%20GV%20-%2035%20-%20site.pdf?sequence=5>>. Acesso em: 22 nov. 2011. Quando o autor em tela fala da “impossibilidade da comunicação”, quer referir-se ao axioma da “impossibilidade de não comunicação”.

³⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.4.

³¹ Warat, um dos pioneiros na formulação de uma teoria crítica do direito, formulou sua teoria sob uma perspectiva que designou de “semiológica”. Nela estão presentes as análises sintática, semântica e pragmática. Para ele, a linguagem é equívoca, ambígua, e depende de um “significado de base” (componentes estruturais e normativos da própria linguagem) e de um “significado contextual” (componentes lingüísticos e extralingüísticos de um ato específico de comunicação). O significado de uma expressão existe quando reconhecido pela comunidade que o emprega. Esse reconhecimento, por sua vez, seria produto da cultura e das instituições vigentes. No que tange ao direito, esse autor critica a postura dogmática de atribuir significados absolutos aos signos que o compõem, com a pretensão de uma “verdade absoluta”, algo falacioso. Essa pretensão teria o propósito de mascarar a ideologia que está por trás dele, algo que é próprio da dogmática jurídica, e que, segundo ele, estaria em esgotamento. Para Warat, a própria pragmática, não obstante seu importante papel no reconhecimento da ideologia, também seria insuficiente para a desmistificação do papel simbólico do direito e das práticas ideológicas, políticas e sociais que lhe subjazem, porque insistiria em tratar exclusivamente em termos lingüísticos os discursos normativos. O discurso jurídico e a própria ciência jurídica são, para ele, ideológicos, devendo o conhecimento jurídico ser interdisciplinar, para considerar a relação dos discursos jurídicos com a sociedade e o poder, na tentativa de construção de uma sociedade mais justa.

indissociável da estrutura conceitual explicitada nas normas gerais”, pois, a partir dela, pode-se levantar a tese de que “em um discurso normativo, para que exista efeito de univocidade significativa, deve haver uma prévia coincidência ideológica”.³² Por esse motivo, a pragmática jurídica é um bom instrumento de formação de juristas críticos, que procuram “descobrir as conexões entre as palavras da lei e os fatores políticos e ideológicos que produzem e determinam suas funções na sociedade”.³³

A partir desse ângulo, Ferraz Jr. investe, para análise da norma, num *modelo empírico*, isto, é, formula uma *teoria pragmática* da norma jurídica, cuja abordagem não visa à determinação essencial (ontológica) da norma, mas, antes, à formulação de “um sistema explicativo do comportamento humano enquanto regulado por normas”.³⁴ Com isso, propõe um modelo de investigação dos instrumentos jurídicos de controle de comportamento, em vez de apenas descrever o direito enquanto realidade social.³⁵

Tal modelo estender-se-á também às relações entre as normas e entre estas e o próprio sistema normativo (ordenamento jurídico). Para Ferraz Jr., validade, efetividade e imperatividade – que não se confundem uma com a outra, conforme exposição no último capítulo deste trabalho - são propriedades pragmáticas das normas jurídicas, ligadas à noção de *controle*. Nela, estabelece-se uma relação entre *discursos normativos*, relação esta que deve ser vista como uma relação de competências decisórias, com o fito de pôr fim em conflitos.³⁶

2.2 O direito como generalização congruente de expectativas: interação humana e mecanismos de estabilização de expectativas

Como já enfatizado, o ser humano necessariamente se comunica. A interação é inevitável, e os agentes têm sempre expectativas prévias uns em relação aos outros. Na troca de mensagens, há sempre uma expectativa mútua de comportamento. A expectativa de um pode ser objeto de uma expectativa prévia do outro. Em outros termos, há uma expectativa acerca da expectativa do

³² WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2ª versão. Porto Alegre: Fabris, 1984. p.47.

³³ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2ª versão. Porto Alegre: Fabris, 1984. p.47.

³⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático**. Disponível em <<http://terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/13>>. Acesso em 23 set. 2011.

³⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático**. Disponível em <<http://terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/13>>. Acesso em 23 set. 2011.

³⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 106-107.

outro, que, por sua vez, pode ter uma expectativa acerca da expectativa do outro em relação a sua expectativa. Com isso, surgem situações complexas, em que expectativas podem confirmar-se ou desiludir-se. Luhmann observou que:

O homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através do seu organismo. Desta forma o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo *complexas e contingentes*.³⁷ (grifo nosso)

Daí podermos dizer que a situação comunicativa caracteriza-se pela *complexidade* e pela *contingência*. Entende-se por complexidade a existência de um número maior de possibilidades do que se pode realizar (possibilidades atualizáveis). Contingência significa que uma expectativa pode realizar-se ou não. Em termos práticos, afirma o jus-sociólogo alemão, “complexidade significa *seleção* forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos” (grifo nosso).³⁸

Assim, a essas duas características deve-se somar a *seletividade*, pela qual se elege possibilidades atualizáveis de interação, em face da complexidade. Ao se comunicar (por exemplo, dar uma ordem), o emissor já selecionou possíveis expectativas do receptor da mensagem. Portanto, tem uma expectativa acerca da expectativa do outro (por exemplo, “obedecerá prontamente”, “obedecerá de forma displicente”, “não obedecerá”).³⁹ Essa expectativa pode ou não se confirmar, tendo em vista o caráter contingente da comunicação.

Para garantir-se certa estabilidade às expectativas, desenvolvem-se mecanismos que reduzem a possibilidade de desilusão, absorvendo o duplo problema da complexidade e da contingência.⁴⁰ Seguindo Luhmann, Ferraz Jr. apresenta três mecanismos básicos que garantem

³⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 45.

³⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 46.

³⁹ Cf. Luhmann: “A vista da liberdade de comportamento dos outros homens são maiores os riscos e também a complexidade do âmbito das expectativas. [...] O comportamento do outro não pode ser tomado como fato determinado, ele tem que ser expectável em sua seletividade, como seleção entre outras possibilidades do outro”. Trata-se de uma dupla contingência: uma ao nível das expectativas imediatas de comportamento (do outro) e outra ao nível de avaliação do significado do comportamento próprio em relação à expectativa do outro. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 47.

⁴⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 46.

durabilidade e dinamicidade às expectativas normativas: as atitudes normativas (dimensão temporal), a institucionalização (dimensão estrutural ou social), e a generalização de conteúdos (dimensão do sentido prático⁴¹).

2.2.1 Atitudes cognitivas e atitudes normativas

A fim de reduzir a contingência das expectativas, primariamente desenvolvem-se as *estruturas*, as quais “aliviam os agentes da carga da complexidade e da contingência que se mostra na seletividade”.⁴² Essas estruturas manifestam-se sempre num conjunto de articulações complexas que a circundam, tendo um limite identificável, que tem um aspecto externo (mundo circundante) e um interno (estrutura da situação). O mundo circundante corresponde ao conjunto complexo de possibilidades de ação, conflitos, ausência de consenso. Quando se reduzem essas possibilidades por meio de regras e de relações, estrutura-se a situação, que, com isso, tem uma complexidade reduzida.⁴³ A fim de garantir duração a essas estruturas, desenvolvem-se dois

⁴¹ Tomamos este termo da definição de Luhmann. Cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. pp. 94 ss.

⁴² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 103.

⁴³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 13-14. Note-se aqui a forte influência da Teoria Geral dos Sistemas de Luhmann na epistemologia de Ferraz Jr. Nas palavras deste, ao referir-se à teoria dos sistemas de Luhmann: “Sistema é, para ele, um conjunto de elementos delimitados segundo o princípio da diferenciação. Os elementos ligados uns aos outros excluem outros elementos do seu convívio. Havendo algo (elemento) fora e algo dentro, temos um sistema. Todo sistema pressupõe, pois, um mundo circundante, com o qual se delimita. Se quisermos transcender absolutamente o conceito de sistema, estaremos procurando uma conexão que não tem limites. Esta conexão, ele chama de “mundo”. Pensar o “mundo” como um “sistema” é, para Luhmann, impossível, pois o mundo não tem “um lado de fora”, que o circunda. Se insistíssemos nisto, estaríamos pensando num “mundo” que abarque o seu “mundo circundante”. O conceito diretor do pensamento estaria, entretanto, sendo apenas transferido de ‘mundo’ para ‘mundo circundante’. Husserl, lembra Luhmann, tentou captar a peculiaridade do ‘mundo’ dos homens, que é capaz de apontar para o infinito e, apesar disso, atuar significativamente como finito, com a imagem do ‘horizonte’.”

“Luhmann não quer, porém, entender o ‘mundo’ através do seu conteúdo existente (Bestand). Se o ‘mundo’ não tem ‘mundo circundante’, ele não pode ser ‘ameaçado’, isto é, não pode deixar de existir. Enquanto existir algo, existe o mundo. Toda ‘ameaça’ à existência tem de ser concebida como possibilidade no mundo. O mundo pode, entretanto, ser ‘problematizado’, não quanto ao seu ‘conteúdo existente’ (ponto de vista do seu “ser” - Sein), mas quanto à sua ‘complexidade’ (Komplexität). O conceito de complexidade não designa uma ‘situação de ser’ (Seinszustand), mas uma ‘relação’ entre ‘sistema’ e ‘mundo’. A ‘complexidade’ do ‘mundo’ depende dos sistemas no ‘mundo’. Isto porque, continua Luhmann, a construção de um sistema corresponde ao projeto de possibilidades que o sistema oferece na forma de uma seleção redutora, excluindo, pois, outras possibilidades que superariam sua capacidade de assimilação e controle. Há, pois, um conjunto de possibilidades (de ação, de acontecimentos, de escolha, etc.) que o sistema absorve (‘complexidade’ do sistema) e outras que ficam de fora (‘complexidade’ do ‘mundo’). Todo sistema, assim, é no fundo uma conexão significativa, uma conexão de ‘sentido’, que ao mesmo tempo liga várias possibilidades entre si e aponta para outras possibilidades que não podem ser ligadas (complexidade do ‘Mundo’).” Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A Filosofia como discurso**

mecanismos estruturais, que se combinam, formando as estruturas sociais: as atitudes *cognitivas* e as *normativas*.

Atitudes cognitivas são aquelas expectativas de base empírica, em que selecionamos as possibilidades com base na observação. Por exemplo, quando agredimos fisicamente outrem, a probabilidade de este revidar é bastante grande, pois se pode observar no quotidiano tal ocorrência, de forma generalizável. Se a realidade muda, também as atitudes mudam, revelando um processo *adaptativo*. As atitudes cognitivas são, assim, “adaptativas manifestadas em regras igualmente adaptativas”.⁴⁴

Atitudes normativas são aquelas cuja durabilidade é garantida por uma generalização não adaptativa, isto é, “admitem-se as desilusões como um fato, mas estas são consideradas como irrelevantes para a expectativa generalizada”.⁴⁵ A duração dessas expectativas é *contrafática*, pois não depende de observação empírica, mas, sim, de uma expectativa que independe de seu cumprimento.

Segundo Luhmann, a diferença dessas atitudes tem caráter funcional, tendo em vista a solução de um determinado problema:

Ela aponta para o tipo de antecipação da absorção de desapontamentos, sendo assim capaz de fornecer uma contribuição essencial para o esclarecimento dos mecanismos elementares de formação do direito. Ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém a transgride. [...] A expectativa é mantida, e a discrepância é atribuída ao ator.⁴⁶

Dessa forma, a característica da atitude normativa é não assimilar os desapontamentos. As *normas*⁴⁷ são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos, expressas no *dever-ser*.⁴⁸ Manifestam justamente essas atitudes normativas, e por isso independem de sua satisfação no plano fático, sendo o seu descumprimento considerado uma “discrepância”,

aporético – uma análise da filosofia do ângulo lingüístico-pragmático. In: _____; PRADO JR., Bento; PEREIRA, Oswaldo Porchat. **A filosofia e a visão comum de mundo.** São Paulo: Brasiliense, 1981. pp. 23-35. Disponível em <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/16>>. Acesso em 07 out. 2011.

⁴⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.p. 104.

⁴⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 104

⁴⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1.** Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 56.

⁴⁷ Utiliza-se, aqui, o termo “norma” em sentido amplo (norma social, religiosa, jurídica etc.).

atribuída a quem o promove.⁴⁹ As atitudes normativas, então, estão ligadas diretamente ao fenômeno da *normatização*.⁵⁰

Conforme assevera Ferraz Jr., as normas existem em quantidade maior do que a própria sociedade pode suportar,⁵¹ haja vista a diversidade de projeções normativas que refletem expectativas, expectativas de expectativas e assim por diante. Há, portanto, a necessidade de que certas normas prevaleçam, a fim de reforçar a seletividade das expectativas normativas. Essa preeminência se dará pela institucionalização, que constitui um mecanismo *estrutural* de estabilização de expectativas normativas, e pela generalização de conteúdos por meio de núcleos significativos (sentido prático), que são centros integradores de sentido “que conferem à variedade certa unidade aceitável para as interações sociais”.⁵²

2.2.2 Institucionalização

Em seu livro *Sociologia do Direito*, Luhmann fornece uma detalhada análise a respeito da institucionalização e do papel das instituições para o direito,⁵³ a qual o juspublicista brasileiro reproduz, com nuances próprios, na sua obra de propedêutica jurídica.⁵⁴

Diz o sociólogo alemão que o conflito de expectativas normativas numa sociedade demasiadamente complexa é perfeitamente normal, e até mesmo tolerável em certo grau, de modo que a norma de um torne-se a desilusão de outro. Mas essas expectativas não podem ser indefinidamente expostas à desilusão, devendo haver um mecanismo que torne certas expectativas bem-sucedidas. Apenas o mecanismo temporal de estabilização de expectativas

⁴⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 57.

⁴⁹ Luhmann, entretanto, reconhece que “as expectativas normativas não estão atadas à sua proclamada resistência à assimilação. A possibilidade de perseverança interna de expectativas desapontadas tem seus limites. As placas de estacionamento proibido cercadas pelos carros parados acabam por não mais provocar expectativas normativas, mas tão-só cognitivas: olha-se para ver se há algum policial por perto”. Cf LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 63.

⁵⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 109.

⁵¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 106.

⁵² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 110-111.

⁵³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. pp. 77-93.

⁵⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 109-113.

(atitudes normativas) não dá conta dessa tarefa. Há, então, um *mecanismo estrutural*, que é o da *institucionalização de expectativas comportamentais*.⁵⁵ Esse fenômeno confere a certas expectativas normativas uma preeminência, concretizada por meio das instituições.⁵⁶

A institucionalização exige a consideração de terceiros, que não participam da relação. Ser um “terceiro” não é papel social específico, mas sim alguém que possivelmente pode ser atraído para uma participação concreta, em julgamentos, condenações, ações. Em outros termos, “se é um terceiro não em termos da concretude momentânea de sua própria expectativa e ação, mas sim no horizonte das expectativas daqueles que se orientam concretamente por possíveis coadjuvantes”.⁵⁷

Uma instituição não se baseia em um terceiro “concreto”, espectador da relação, que pode ser influenciável. Isso não garantiria estabilidade das expectativas. Ao contrário, é a opinião dos desconhecidos, anônimos, que sustenta a instituição, integrando as expectativas. Apela-se aí ao *consenso*. Esse consenso, contudo, não pode ser tido como um consenso real, concreto, eis que seria muito raro, pois há, nos dizeres de Luhmann, uma “escassez de atenção num mundo demasiadamente complexo”.⁵⁸ As instituições, então, cumprem o papel de tornar o consenso expectável e ativável, caso necessário, mas também de expandir as predisposições ao consenso, “de tal forma que o ‘consenso social geral’ só precise ser coberto pela experiência atual de algumas pessoas, em alguns sentidos e em alguns momentos”.⁵⁹ Nesse sentido, a função das instituições é de “economizar” o consenso, na medida em que este passa a ser pressuposto.⁶⁰

As instituições partem de suposições comuns de determinadas situações, cujo sentido e direcionamento são dados por um ou por alguns participantes da interação, que conseguem alçar-se ao centro da atenção dos demais, que são distribuídos em seus papéis sociais. “Formam-se auto-evidências supostas em comum, inicialmente não articuladas, e que reduzem fortemente a

⁵⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 77.

⁵⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 111.

⁵⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 78.

⁵⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 79.

⁵⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 80.

⁶⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 80.

multiplicidade das opiniões em si possíveis e manifestáveis”.⁶¹ A continuidade da participação representa o consenso genérico, expresso pelo engajamento dos participantes, através de sua presença. Quem a ela for contrário deverá arcar com o risco da desaprovação dos demais, expondo-se:

Aquele cujas expectativas sejam contrárias à instituição, terá contra si o peso de uma auto-evidência presumida. Inicialmente ele tem que contraditar bases comportamentais aceitas, já abertamente assumidas pelos demais. Com isso, ele atinge autoprojeções, tornando-se incômodo ou até mesmo perigoso. Ele precisa arriscar uma iniciativa, sem estar protegido por expectativas pré-estabilizadas. [...] Ele precisa tematizar ou problematizar o que é suposto tacitamente, ou mesmo expressamente aceito, dirigindo-o para o foco de interesse comum e aí destruindo-o [...] Ele tem que ser capaz de ocupar o centro das atenções comuns – não é suficiente murmurar suas reservas para um dos presentes, ou ridicularizá-los após a situação.⁶²

Se o indivíduo não consegue assumir a condução seletiva do tema, restam-lhe duas alternativas: o protesto genérico através da ruptura da relação, ou a aceitação do consenso suposto em sua base. Uma instituição pode surgir e se manter quase que desapercivelmente, porém sua desconstituição necessita de verbalização, com as devidas argumentações. Enfim, quem a ela é contrário, deve expor-se a riscos. Ao contrário, quem está “protegido” pela instituição sente-se seguro. Dessa forma, há o fortalecimento da impressão de uma opinião unitária acima da multiplicidade das expectativas fáticas, tornando assim as expectativas expectáveis.⁶³ E, nesse sentido, todos se sentem obrigados a estender os compromissos e auto-imagens estabelecidos entre si a terceiros.

Quando se fala em institucionalização da relação autoridade/sujeito no discurso normativo, expressa no seu aspecto-cometimento, significa dizer que terceiros alheios à relação entre as partes (endereçados normativos) e o comunicador normativo (juiz, legislador, costumes, o editor normativo que surge da manifestação de vontade das partes num contrato) respaldam essa autoridade. Esse respaldo se dá por meio das instituições, calcadas, por sua vez na presunção de consenso geral e anônimo.

Ferraz Jr. ressalta que, modernamente, o consenso presumido e global tem na instituição *Estado* a sua representação máxima, embora não seja a única instituição a garantir o consenso

⁶¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 81.

⁶² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. pp. 81-82.

suposto e anônimo de terceiros para as comunicações normativas jurídicas.⁶⁴ A juridicidade da norma, então, depende de sua inserção em grandes sistemas disciplinares, a que genericamente podemos chamar de ordenamento jurídico, que lhes atribuem imperatividade (condições de impor seu cumprimento).

2.2.3 Generalização de conteúdos: núcleos significativos

Apenas os mecanismos da temporal e estrutural, que garantem *expectativas normativas institucionalizadas*, não são suficientes para a estabilização de expectativas, em face da alta complexidade e contingência das interações humanas. Isto porque os conteúdos das interações também necessitam ser garantidos contra essa contingência. Luhmann assevera que

As expectativas comportamentais normativas têm que ser imunizadas contra um certo grau de contradições ao nível fático, e têm que poder ser vinculáveis a justificativas cognitivamente plausíveis para desapontamentos. Elas têm que possibilitar a suposição de uma base consensual, apesar das diferenças entre situações e interesses ainda desconhecidos em seus aspectos particulares, e mesmo isso só é atingível em íntima vinculação com estruturas cognoscíveis do mundo circundante. Dessa forma, a dimensão temporal e a dimensão social atuam seletivamente sobre o que é possível no sentido prático.⁶⁵

Conforme Ferraz Jr., os sistemas sociais “desenvolvem, nesses termos, mecanismos de estabilização, chamados *núcleos significativos*, isto é, centros integradores de sentido que conferem à variedade certa unidade aceitável para as interações sociais”.⁶⁶ Esses núcleos significativos estão presentes no relato da norma jurídica, e, portanto, presentes na estrutura dialógica do discurso.⁶⁷ Não é qualquer conteúdo que pode constituir o seu relato: somente aqueles que podem ser socialmente generalizados, pois manifestam *núcleos significativos* vigentes numa sociedade, como as pessoas, os papéis sociais, os valores e a ideologia prevalecente.⁶⁸ Esses diferentes

⁶³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 83.

⁶⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 109.

⁶⁵ Cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 94.

⁶⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 111.

⁶⁷ Quanto à estrutura do discurso normativo, ver o capítulo seguinte.

⁶⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 111.

planos de sentido devem ser vistos como um todo, de forma inter-relacionada, pois todos se pressupõem e se condicionam mutuamente.⁶⁹

Por pessoa entende-se um feixe de papéis sociais desempenhados por um indivíduo, sobre quem as expectativas devem agregar seus caracteres idiossincráticos.⁷⁰ As expectativas referem-se ao que pode ser imputado a uma pessoa concreta em termos de experiências e ação.⁷¹ A anonimidade complexa das sociedades, entretanto, exige outros núcleos significativos mais abstratos, embora menos confiáveis.⁷²

O primeiro dele são os papéis sociais. Nele desprezam-se as características pessoais e individuais. “Papéis são feixes de expectativas limitados em seu volume por sua exequibilidade, mas não vinculados a uma determinada pessoa, podendo ser assumidos por diferentes atores, possivelmente alternando-se”.⁷³ Os papéis sociais conferem um sentido possível de generalização, independentemente de quem o desempenha. São exemplos de papéis sociais, o “médico”, o “administrador”, o “juiz”, o “legislador”, o “contribuinte”, o “cidadão”, o “poder público” e a “administração pública”. A cada papel social corresponde um feixe de expectativas que independem de quem o esteja desempenhando.

Os papéis sociais, contudo, não são suficientes para estabilizar as expectativas nos sistemas sociais complexos, pois deve haver núcleos integradores de sentido que manifestem a preferibilidade (abstrata e geral) por certos conteúdos de expectativas. Esses centros integradores são os valores e as ideologias.

Valores são símbolos de preferência para ações indeterminadamente permanentes, abstratos, que representam o consenso social.⁷⁴ Eles podem sofrer mutações e entrar em conflito, pois são dotados de alta reflexividade. Constituem um *dubium* no discurso normativo, e por isso fazem parte do momento dialógico do discurso normativo. As ideologias cumprem justamente a função de valorar e hierarquizar esses valores, manifestando a preferência de alguns sobre outros.

⁶⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 104.

⁷⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp.111-112.

⁷¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 100.

⁷² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 112.

⁷³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 101.

⁷⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 121.

Assim, mesmo que ainda abstratamente, conferem àqueles um mínimo de manifestação concreta. Por exemplo, o valor “liberdade”, pode ter vários significados, cujo papel de “fixar-lhe” o conteúdo, pondo-o como invariante, é desempenhado pela ideologia.

Diante de tais observações, Luhmann afirmou que o direito corresponde às “expectativas comportamentais generalizadas congruentemente”.⁷⁵ Nesse sentido, o direito é concebido funcional e seletivamente, na medida em que não se dá pela constância de uma dada característica, como o “dever-ser” ou a sanção. Estes são apenas características que determinam sua natureza. O direito também não é um ordenamento coativo: é, antes, “um alívio para as expectativas”, que consiste na “disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contrafática”.⁷⁶ A função do direito, conforme o sociólogo alemão,

[...] reside em sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as três dimensões, e essa seleção, por seu lado, baseia-se na compatibilidade entre determinados mecanismos das generalizações temporal, social e prática. A seleção da forma de generalização apropriada e compatível a cada caso é a variável evolutiva do direito. *Na sua mudança evidencia-se como o direito reage às modificações do sistema social ao longo do desenvolvimento histórico.*⁷⁷ (grifo nosso)

Nesse sentido, Ferraz Jr. defende que

[...] não é qualquer conteúdo que pode constituir o relato das chamadas normas jurídicas, mas apenas os que podem ser generalizados socialmente, isto é, *que manifestam núcleos significativos vigentes numa sociedade, nomeadamente por força da ideologia prevalecente e, com base nela, dos valores, dos papéis sociais e das pessoas com ela conformes.*⁷⁸ (grifos nossos)

Aqui se pode propor uma tênue aproximação com Reale, para quem o direito é um processo histórico-cultural em que os valores (e, portanto, incluem-se aí as ideologias) assumem papel preponderante para o fenômeno jurídico e para suas transformações. Para Reale, fato e

⁷⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 115.

⁷⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 115.

⁷⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 116.

⁷⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.113.

valor estão em tensão, resultando dessa tensão a norma, que a solucionará. Esta posta, contudo, converte-se em fato, resultando daí uma nova tensão.⁷⁹ A conversão da norma em fato pode ocorrer “somente com referência e em função de uma nova integração normativa determinada por novas exigências axiológicas e novas intercorrências fáticas”.⁸⁰ O valor é, assim, a “força motriz” do processo. Toda atividade humana destina-se a satisfazer um valor ou impedir que um valor sobrevenha, a partir de que a noção do *dever-ser* (ou *não dever ser*) se aplica diante de fatos concretos, resultando em normas que busquem a satisfação dos fins estabelecidos pelos valores. Essa forma de dialética, também chamada de “implicação-polaridade”, é um processo *dinâmico e histórico*, assim como a experiência humana.

Se para Reale o direito de uma determinada sociedade deve refletir os valores como condição de sua própria legitimidade, Ferraz Jr. vê nos valores (cujo sentido é fixado ideologicamente) condição para o consenso social, e, portanto, como fundamento de legitimidade do próprio direito numa dada sociedade.⁸¹ Nesse sentido, ambos distanciam-se do positivismo jurídico, que tem como expoente Kelsen, para quem normas “jurídicas” são normas “válidas” num dado sistema normativo, independentemente de seu conteúdo.

Foi Kelsen, sobretudo, quem formulou as bases da Teoria Pura do Direito, que concebe o ordenamento como um conjunto lógico-formal de normas, organizadas hierarquicamente, todas subordinadas em última instância à Constituição, a qual atribui o poder originário de competências para a produção de todas as normas. Acima da Constituição, norma também positivada, haveria uma norma superior, que fundamentaria a validade de todas as demais normas: a *norma fundamental*. Essa norma não seria posta, pois se assim fosse necessitaria de uma norma superior que desse a ela validade, mas pressuposta, tendo como função, segundo Barzotto,⁸² estabelecer o dever de se obedecer à Constituição. Tal esforço teórico justifica-se pelo

⁷⁹ “a) Onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um *fato* subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um *valor*, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma *regra* ou *norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor; b) tais elementos ou fatores (*fato*, *valor* e *norma*) não existem separados uns dos outros, mas coexistem numa unidade concreta; c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo [...] de tal forma que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram.” REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 65.

⁸⁰ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 76.

⁸¹ No que diz respeito ao papel dos valores e da ideologia no direito, ver as duas últimas seções deste trabalho.

⁸² BARZOTTO, Luís Fernando. **O Positivismo Jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 2004. p. 40.

fato de que, para Kelsen, “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma”,⁸³ não admitindo, por exemplo, uma “norma moral” que lhe dê validade. Moral ou a Política não seriam campos de estudo do jurista, por serem elementos metajurídicos. Por isso, o ordenamento jurídico seria um sistema dinâmico, em que as normas não podem ser deduzidas *por uma derivação lógica de seu conteúdo*, mas sim por uma relação de autorização para produção de normas.⁸⁴

Ferraz Jr., por seu turno, admite a possibilidade de um direito válido, eficaz e imperativo que tenha sido estabelecido arbitrariamente, porém ressalta que esse direito carecerá de sentido. “É possível implantar um direito à margem ou até contra a exigência moral de justiça. [...] Todavia, é impossível evitar-lhe a manifesta percepção da injustiça e a conseqüente perda de sentido”,⁸⁵ pois a arbitrariedade torna as normas de conduta mera imposição, unilateral, que prescinde dos outros enquanto mundo comum.⁸⁶

Não basta ao direito ser um conjunto de normas dotadas de validade, eficácia e imperatividade. Ele deve ter um sentido, ligado ao senso comum, este visto como “um mundo comum a todos e no qual todos se encontram”.⁸⁷ As próprias teorias jurídicas, segundo Ferraz Jr., prendem-se, enquanto teorias das ciências humanas, a determinadas épocas e culturas, na medida em que os enunciados elaborados pelos juristas relacionam-se à práxis jurídica.⁸⁸ Assim, as doutrinas constituem parte do *ethos* social, a qual resulta do costume, da tradição e da moralidade. A doutrina tem um caráter ambíguo, que é evidenciado pelo fato de ela mesma, além de propor a descrição e explicação do fenômeno jurídico, ser ainda fonte do direito. Ela não apenas o descreve e explica o direito (elementos cognoscitivos), mas visa à solução de conflitos sociais (caráter funcional, não-cognoscitivo) por meio de proposições ideológicas, de natureza

⁸³ BARZOTTO, Luís Fernando. **O Positivismo Jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Unisinos, 2004. p. 2.

⁸⁴ BARZOTTO, Luís Fernando. **O Positivismo Jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Unisinos, 2004. pp. 37 e 39.

⁸⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 373.

⁸⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 373. Nesse sentido, Reale leciona: “Ora, se o Direito nem sempre logra êxito na consecução do valor proposto, é necessário, ao menos, que haja sempre uma tentativa de realizar o justo. Pouco importa que não alcance êxito; o que importa é que se incline à realização do justo. Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. pp. 592-593.

⁸⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 373.

⁸⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Prefácio do tradutor**. In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 2.

criptonormativa.⁸⁹ Ou seja, a teoria do direito insere-se neste mesmo, descrevendo-o e propondo as soluções menos perturbadoras para uma problemática social determinada. Por isso, para Viehweg as teorias do direito são “teorias com função social”.⁹⁰

2.3 O pensamento tópico

O pensamento tópico (ou “tópica”) moderno é atribuído ao jurista alemão Theodor Viehweg, que foi mestre de Ferraz Jr. na Alemanha, sendo este último o responsável pela introdução, no Brasil, desse estilo.⁹¹ A tópica de Viehweg, assim como a retórica desenvolvida por Perelman-Tyteca, busca sua origem em Aristóteles, que estabeleceu a distinção entre as demonstrações apodíticas e dialéticas. As demonstrações apodíticas seriam as afetas à ciência, à qual caberia o conhecimento da coisa como ela é, e, portanto, universalizável. A lógica desse conhecimento é a analítica, que constrói suas demonstrações a partir de premissas verdadeiras, por meio de um silogismo estrito. Por outro lado, a dialética seria a arte de trabalhar com opiniões opostas, pela argumentação, instaurando um diálogo, no sentido de um procedimento crítico. Não partia de premissas verdadeiras, mas de premissas que são aceitas pela comunidade como parecendo verdadeiras.⁹² Enquanto que a analítica estaria na base da ciência, a dialética estaria na base da prudência. Nesse sentido, as proposições básicas dos procedimentos dialéticos constituíam-se, para Aristóteles, não em axiomas, mas em *topoi* de argumentação, lugares-comuns, com reconhecida força persuasiva no confronto de opiniões.⁹³

Os *topoi*, enquanto meios auxiliares para orientação na discussão de problemas, continuaram, ao longo dos séculos, sendo utilizados na jurisprudência, como é visível entre os

⁸⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Prefácio do tradutor**. In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 3.

⁹⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Prefácio do tradutor**. In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 3. Quanto à função social da doutrina, ou “dogmática jurídica”, e sua relação com as regras de calibração, ver a seção 4.4.2.

⁹¹ Cf. WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2ª versão. Porto Alegre: Fabris, 1984. p.94. Nota nº 16. Também: BASTOS JR., Luiz Magno Pinto. **Elementos para uma epistemologia jurídica crítica a partir do pensamento de Tercio Sampaio Ferraz Júnior**. In: **Novos Estudos Jurídicos**. v. 8, nº 1. pp. 41-70. Itajaí: Univali, 2003. Disponível em <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/312/257>>. Acesso em 29set. 2011. p. 43.

⁹² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Prefácio do tradutor**. In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 5.

⁹³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 341.

glosadores e os pós-glosadores.⁹⁴ Antes de ser um método, era um estilo, uma atitude cultural de alto grau de confiabilidade nas tarefas práticas dos juristas. Nesse sentido, a tópica desenvolveu-se enquanto uma *teoria dos lugares-comuns* e como uma *teoria da argumentação e dos raciocínios dialéticos*.⁹⁵

A partir das origens clássicas, atualizadas com os instrumentos contemporâneos da lógica, da teoria da comunicação, da lingüística e outros,⁹⁶ Viehweg desenvolve sua teoria, influenciando a epistemologia de Ferraz Jr. Segundo este autor, as teorias jurídicas, para que possam cumprir sua função social,

[...] utilizam-se de um estilo de pensamento denominado tópico. A tópica não é propriamente um método, *mas um estilo*. Isto é, não é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação de explicações propostas, critérios para solucionar hipóteses, *mas um modo de pensar por problemas*, a partir deles e em direção deles. Assim, num campo teórico como o jurídico, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático, na medida em que jamais perdem sua qualidade de tentativa. Como tentativa, as figuras doutrinárias do Direito são abertas, delimitadas *sem maior rigor lógico, assumindo significações em função dos problemas a resolver*, constituindo verdadeiras “fórmulas de procura” de solução de conflito.⁹⁷ (grifos nossos)

Conforme Warat, enquanto a dogmática admite um raciocínio dedutivo e demonstrativo, a tópica o interrompe e o substitui face às exigências do processo decisório imposto pela problemática jurídica.⁹⁸ Nesse sentido, assevera esse autor que a tópica

[...] se apresenta perante a temática jurídica por ser esta problemática não-axiomática. Os pontos de partida da ciência jurídica não são axiomas nem pressupostos metodológicos indiscutíveis. Os conflitos e problemas jurídicos existentes requerem decisão diante da significação alternativa das palavras da lei

⁹⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 341-342.

⁹⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 341-342.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 342.

⁹⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Prefácio do tradutor**. In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 1.

⁹⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Prefácio do tradutor**. In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 3. Assim, Viehweg: “O ponto mais importante da tópica constitui a afirmação de que se trata de uma *techne* do pensamento que se orienta para o *problema*”. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 33. (grifo do autor)

⁹⁸ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. v. II. Trad. Jose Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 30.

e das situações fáticas, com exceção das projeções ideológicas sobre estes dois âmbitos.⁹⁹

Ainda segundo esse autor, Viehweg vê na dogmática jurídica, enquanto suporte de processos interpretativos, uma teoria de pensamento por problemas, que recorre a um estilo retórico (tópico) distinto do pensamento dedutivo-sistemático.¹⁰⁰ A tópica é, portanto, uma técnica do pensamento problemático. “Todo problema objetivo e concreto provoca claramente um jogo de suscitações, que se denomina tópica ou arte da invenção”.¹⁰¹ Ou como afirma Ferraz Jr., o problema “é assumido como um *dado*, como algo que dirige e orienta a argumentação, que culmina numa solução *possível entre outras*”.¹⁰² Por problema deve-se entender “toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução”.¹⁰³ Esses problemas, em Viehweg, giram em torno do ideal de justiça.¹⁰⁴

Topoi ou *loci* são lugares-comuns, conceitos e proposições básicas do pensamento jurídico que não são formalmente rigorosos, nem podem ser formulados na forma de axiomas lógicos, e que servem de ponto de partida de séries argumentativas.¹⁰⁵ “Trata-se de fórmulas, variáveis no tempo e no espaço, de reconhecimento da força persuasiva, e que usamos, com frequência, mesmo nas argumentações não técnicas das discussões cotidianas”.¹⁰⁶ Situações jurídicas conflitivas ou problemáticas requerem soluções jurídicas. Para tanto, os juristas utilizam-se de catálogos de *topoi*, como “interesse”, “interesse público”, “boa-fé”, “autonomia da vontade”, “direitos individuais”, “legalidade”, “legitimidade”, “soberania”, “não tirar proveito da

⁹⁹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. v. II. Trad. Jose Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Fabris, 1995. pp. 30-31.

¹⁰⁰ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2ª versão. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 94.

¹⁰¹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 33.

¹⁰² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 343. Grifos do autor.

¹⁰³ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 34.

¹⁰⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Prefácio do tradutor**. In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. pp. 3-4.

¹⁰⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 343.

¹⁰⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Prefácio do tradutor**. In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 4.

própria ilicitude” ou “dar a cada um o que é seu”,¹⁰⁷ os quais são sempre limitados e muitas vezes contraditórios entre si diante de um determinado problema.

Os *topoi* podem ser de primeiro ou de segundo grau. Quando utilizados de forma isolada, constituem-se em *topoi* de primeiro grau. Viehweg assim o descreve:

Quando se depara, onde quer que seja, com um problema, pode-se naturalmente proceder de um modo simples, tomando-se, através de tentativas, pontos de vistas mais ou menos casuais, escolhidos arbitrariamente. Buscam-se deste modo premissas que sejam objetivamente adequadas e fecundas e que nos possam levar a conseqüências que nos iluminem. A observação ensina que na vida diária quase sempre se procede dessa maneira. Neste caso, uma investigação ulterior mais precisa faz com que a orientação conduza a determinados pontos de vista diretivos. Sem embargo, isto não se faz de uma maneira explícita. Para efeito de uma visão abrangente, denominemos tal procedimento de tópica de primeiro grau.¹⁰⁸

É exemplo a evocação da noção de “consenso” para uma decisão política, que, enquanto fórmula de procura, pode levar à premissa da vontade da maioria,¹⁰⁹ ou o princípio da “boa-fé objetiva”, que pode, numa decisão judicial, determinar a anulação de uma cláusula contratual. Como os recursos tópicos são infinitos e conduzem a procedimentos inseguros, estabelece-se uma tópica de segundo grau, que se encarrega de organizar os *topoi* em catálogos, a partir de critérios que delimitam áreas argumentativas.¹¹⁰ Nos dizeres de jusfilósofo alemão, a insegurança atinente à tópica de primeiro grau

[...] salta à vista e explica que se trate de buscar um apoio que se apresenta, na sua forma mais simples, em um repertório de pontos de vista já preparados de antemão. Desta maneira, produzem-se catálogos de *topoi*, e a um procedimento que se utiliza destes catálogos chamamos de *tópica de segundo grau*”.¹¹¹

Segundo Ferraz Jr., os critérios de classificação são também problemáticos, obedecendo a classificações diferentes, cuja dedução sistemática é impossível.¹¹² A única instância de controle

¹⁰⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Prefácio do tradutor**. In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. pp. 3-4.

¹⁰⁸ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 36.

¹⁰⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 343.

¹¹⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 343.

¹¹¹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 36. Grifos do autor.

¹¹² “Na verdade, qualquer tentativa nesse sentido altera a própria intenção da tópica que, sendo problemática, é assimétrica até por necessidade de produção dos efeitos persuasivos da argumentação. Por isso, no pensamento tópico, mais importante que concluir é a busca das premissas, o que Cícero chamava de *ars inveniendi*”. Cf.

dos pontos de vista aceitáveis, ou seja, dos *topoi* catalogados, é a própria discussão: o que fica justificado por aceitação é admitido como premissa.¹¹³ Por isso, o critério de referência para a elaboração de uma tópica de segundo grau não pode ser abstrato, mas localizado e situacional.¹¹⁴

Viehweg enfatizou que:

Os topoi, que intervêm com caráter auxiliar, recebem por sua vez seu sentido a partir do problema. A ordenação com respeito ao problema é sempre-essencial para eles. À vista de cada problema aparecem como adequados ou inadequados, conforme o entendimento que nunca é imutável. Devem ser entendidos de um modo funcional, como possibilidades de orientação e como fios condutores do pensamento.¹¹⁵

Warat critica a tópica de Viehweg, por entender que sua posição diante dela é “vacilante e, muitas vezes incoerente, em razão de seu apego e culto – confessado e cultivado pela maioria dos juristas alemães – à dogmática jurídica”.¹¹⁶ Acrescenta, ainda, que, embora o jurista alemão afirme que a tópica não é um método, mas um estilo, tem ele, sim, a aspiração de convertê-la em um método, na medida em que

[...] aceita a rigorosa axiomatização da ciência jurídica, embora reconheça que isto é impraticável, pois a tópica não pode ser totalmente desterritorializada do saber jurídico. Desta forma, acaba por aceitar uma posição secundária da tópica na ciência do direito, mas predominante na jurisprudência. Sua retórica, portanto, não é epistemológica nem política. Não é política, pois os problemas são apresentados a partir de uma ótica individual e não social.¹¹⁷

Além disso, “o método tópico é insuficiente na medida em que considera a credibilidade proposta para a solução dos problemas como proveniente exclusivamente da manipulação das linguagens, com um claro e ideológico esquecimento das condições políticas que determinam a

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 343. A propósito, Viehweg enfatizou que a tópica “é um procedimento de busca de premissas, conforme sublinhou *Cícero*, ao diferenciá-la, como *ars inveniendi*, da lógica demonstrativa ou *ars iudicandi* [...]. Isto tem pleno sentido. Pois é possível distinguir uma reflexão que busca o material para pensar, de outra que se ajusta à lógica. É igualmente claro que na prática esta última deve vir depois daquela. Vista dessa maneira, a tópica é uma meditação prológica, pois, como tarefa, a *inventio* é primária e a *conclusio* secundária. A tópica mostra como se acham as premissas; a lógica recebe-as e as elabora”. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. pp. 39-40.

¹¹³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 344.

¹¹⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 344.

¹¹⁵ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 38.

¹¹⁶ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. v. II. Trad. Jose Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 31.

¹¹⁷ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2ª versão. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 95.

proposta de solução”.¹¹⁸ Em suma, a dogmática jurídica constrói os tópicos, mas não se preocupa em explicá-los nem em assumi-los como tais.¹¹⁹

Inobstante tais críticas, a tópica exerce importante papel no modelo de Ferraz Jr.. Segundo este autor, o discurso dialógico (ver seção 3.1.2), que se caracteriza pela reflexividade (*dubium*) e pela obediência a certas regras de racionalidade, é organizado a partir de *topoi*. Estes servem de orientação prática na elaboração de estratégias, como base para a argumentação.¹²⁰ Como será visto, o discurso normativo (norma) tem em sua estrutura um momento dialógico heterológico (persuasivo), em que o editor normativo surge como parte argumentante, e o receptor, como parte intérprete. Por esse motivo, também, a tópica assume papel preponderante para as teorias da argumentação e da interpretação (hermenêutica) propostas pelo jusfilósofo brasileiro. Vale lembrar a ênfase por ele atribuída no caráter funcional do direito, que é decidibilidade de conflitos. Nesse sentido, o pensamento tópico cumpre seu papel porque

[...] visa assinalar sugestões, apontar possibilidades, desvendar caminhos, destinando-se, por excelência, a decidir ou preparar uma ação. Essa atividade é, por sua vez, caracterizadamente uma técnica de disputas em que os problemas são postos em função das opiniões, com o fito de ataque ou defesa.¹²¹

Também os *topoi* atuam como regras de calibração do sistema normativo. Tal observação traz consigo a discussão se o pensamento tópico não seria incompatível com o modelo de sistema proposto por Ferraz Jr.,¹²² na medida em que traria uma “abertura” do sistema. Conforme ressaltou Bastos, ao analisar a literatura de Viehweg e Ferraz Jr., o modelo adotado por Ferraz Jr., ao contrário do que se pode pensar, não se contrapõe ao sistema proposto por esse mesmo autor, porque

[...] ambos são compreendidos como realidades complementares, dialeticamente inter-relacionadas (o problema é “racionalmente discutido” nos limites/regras do sistema) (Cf. Viehweg, 1986, p.53-69). Por outro lado, o modo de pensar problemático opõe-se, sim, ao sistemático, quando privilegia como ponto de partida o problema e não o sistema. Neste sentido, Ferraz Jr (1994, p.324) assevera que no pensamento problemático “não se duvida de que haja um

¹¹⁸ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2ª versão. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 96.

¹¹⁹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. v. II. Trad. Jose Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 35.

¹²⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. pp. 22-23.

¹²¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 340.

¹²² A respeito do modelo de sistema normativo de Ferraz Jr., ver seções 4.4.1 e 4.4.2.

sistema nem de que, eventualmente, no próprio pensar problemático, este sistema esteja em forma latente e seja o determinante”.¹²³

2.4 Horizontes da investigação jurídica: os enfoques “zetético” e “dogmático”

A investigação da norma jurídica, nos termos propostos por Ferraz Jr., é uma tarefa eminentemente *zetética*, segundo a terminologia adotada por ele mesmo em suas obras. Ferraz Jr., acolhendo a distinção proposta por Viehweg, concebe a possibilidade de investigação jurídica sob os enfoques *zetético* e *dogmático*.

O enfoque zetético tem uma função especulativa explícita, dissolvendo “meras opiniões”, pondo-as em dúvida. As questões zetéticas são, por isso, infinitas, tendo como ponto de partida uma *evidência*. Nelas, o problema tematizado é configurado como um “ser”. O enfoque dogmático, por sua vez, releva o ato de opinar e ressalva certas opiniões. Nele, determinados elementos são subtraídos à dúvida, e postos de modo absoluto (inegabilidade dos pontos de partida). As questões dogmáticas são tipicamente tecnológicas, de função diretiva, e a situação nelas captada configura um “dever-ser”. Warat sintetiza a diferença de ambas, dizendo que a “dogmática se vincula às premissas e conceitos que extrai dos textos legais; declara-os indiscutíveis e os legitima; por sua vez, a zetética põe em relevo a problemática das premissas e pontos de partida da dogmática”.¹²⁴

¹²³ BASTOS JR., Luiz Magno Pinto. **Elementos para uma epistemologia jurídica crítica a partir do pensamento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior**. In: **Novos Estudos Jurídicos**. v. 8, nº 1. pp. 41-70. Itajaí: Univali, 2003. Disponível em <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/312/257>>. Acesso em 29 set. 2011. pp. 48-49.

¹²⁴ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. v. II. Trad. Jose Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 26. Warat, nesta mesma obra (pp. 27-30), propõe a classificação da zetética em “zetética pura” e “zetética aplicada”; esta última classifica-se em “zetética dogmática” e “zetética epistemológica”. Zetética pura seria uma investigação pela pesquisa mesma, desinteressada, especulativa e teórica, que conceitualmente buscaria estabelecer um ordenamento justo, e estaria livre de qualquer ideologia. O próprio autor é cético quanto à possibilidade de se obter um conhecimento jurídico puro. A zetética dogmática, por sua vez, seria a pesquisa levada a cabo para reforçar e corrigir a dogmática, e realizar-se-ia dentro da própria dogmática, não ultrapassando seus limites. Sua função básica seria legitimar valorativamente o sentido das normas legais vigentes, para determinar as soluções derivadas das mesmas e os procedimentos argumentativos aceitáveis, para modelar, a partir de dogmas legitimados, o que é o direito positivo. A zetética, dogmática, então, teria a função de atualizar a dogmática, atualizando-a, produzindo uma modificação de suas crenças e adequando-a às expectativas, conjecturas e crenças do futuro. Por último, a zetética epistemológica, que teria como objeto de conhecimento um saber “contra-dogmático”, por meio de marcos alternativos. Nesse sentido, a zetética epistemológica seria “uma meta-linguagem da dogmática que deixaria de ter somente o controle retórico do universo de crenças, para justificar o raciocínio dos juristas dogmáticos” (p.30), buscando novas opiniões, as quais incorpora ao direito positivo. Para ele, a zetética epistemológica cumpre o importante papel de desfazer os obstáculos epistemológicos da dogmática, que é um pensamento “por inércia que sufoca e degenera variáveis”. Em suma, poder-se-ia dizer

No direito moderno, desde o fenômeno da positivação (século XIX) privilegia-se o enfoque dogmático, pois o direito é dado como um *direito posto*. Entretanto, os enfoques estão em necessária correlação funcional, na medida em que os “dogmas” devem ser de alguma forma legitimados (pela zetética).¹²⁵

Wolkmer, autêntico representante do pensamento crítico jurídico no Brasil, ressalta a contribuição da orientação zetética de Ferraz Jr. para a formulação de uma teoria antidogmática, surgida no âmbito da Universidade de São Paulo (USP) nos anos 1970 e 1980. Segundo ele, o jusfilósofo paulista “foi responsável por um novo horizonte (orientação ‘zetética’), calcado em visão crítica e interdisciplinar, influenciando toda uma geração de juristas, muitos dos quais, hoje, assumem postura de ‘crítica jurídica’”.¹²⁶ Esse mesmo autor enfatiza, contudo, que o pensamento de Ferraz Jr., mesmo tendo marcado uma geração de juristas brasileiros que se aproximam de posições mais antidogmáticas, em sua trajetória mais recente

[...] tende a encaminhar-se para posturas marcadas por rígido e ortodoxo formalismo de teor neopositivista, portanto cada vez mais distante de um projeto jurídico crítico. Ao largo dos anos, sua atividade profissional como consultor jurídico demonstra a atitude do intelectual comprometido com as instituições oficiais.

Por outro lado, Bastos Jr.¹²⁷ vê na teoria proposta por Ferraz Jr. elementos capazes de fornecer subsídios a uma teoria crítica do direito, orientada para a transformação, e, portanto, antidogmática, embora reconheça que o discurso do jusfilósofo paulista aproxime-se muito mais de uma zetética dogmática e, portanto, legitimadora da dogmática jurídica.¹²⁸ Em realidade,

que a zetética dogmática é um discurso legitimador, enquanto que a zetética epistemológica, um discurso transformador/emancipador, e por isso mais adequado à formulação de uma teoria crítica do direito. Cf. BASTOS JR., Luiz Magno Pinto. **Elementos para uma epistemologia jurídica crítica a partir do pensamento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior**. In: **Novos Estudos Jurídicos**. v. 8, nº 1. pp. 41-70. Itajaí: Univali, 2003. p. 64. Disponível em <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/312/257>>. Acesso em 29 set. 2011.

¹²⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1980. pp. 45-47; **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 39-43. A zetética, nesses moldes, enquadrar-se-ia no modelo de “zetética dogmática”, segundo a classificação proposta por Warat (ver nota supra). Nesse sentido, ver também. BASTOS JR., Luiz Magno Pinto. **Elementos para uma epistemologia jurídica crítica a partir do pensamento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior**. In: **Novos Estudos Jurídicos**. v. 8, nº 1. pp. 41-70. Itajaí: Univali, 2003. pp. 64-65. Disponível em <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/312/257>>. Acesso em 29 set. 2011.

¹²⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 97. Entre os juristas dessa corrente, destacam-se José Eduardo Faria e José Reinaldo de Lima Lopes, que foram alunos de Ferraz Jr. na USP.

¹²⁷ BASTOS JR., Luiz Magno Pinto. **Elementos para uma epistemologia jurídica crítica a partir do pensamento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior**. In: **Novos Estudos Jurídicos**. v. 8, nº 1. pp. 41-70. Itajaí: Univali, 2003. p. 64. Disponível em <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/312/257>>. Acesso em 29 set. 2011.

¹²⁸ Ver notas imediatamente anteriores.

Ferraz Jr. percebe o fenômeno jurídico como algo complexo, não suscetível de estudo exclusivamente sob um ângulo dogmático ou zetético. Seu esforço está em tentar integrar ambos os enfoques, a partir do modo de pensar dogmático de Luhmann, com características de fechamento (inegabilidade dos pontos de partida), e, em pólo oposto, o pensar problemático de Viehweg, os quais orientaram sua filosofia.¹²⁹ Interessantes as suas palavras, na condição de homenageado, em seminário realizado no ano de 2010:

Retomando a dogmática jurídica a partir desses dois enfoques ([Niklas] Luhmann e [Theodor] Viehweg), percebemos que o direito talvez seja uma estrutura muito complexa, em que está tudo junto, ou, se preferirem, não está tão nitidamente separado, embora às vezes fique muito separado, na forma como você ensina o direito – mas isso é outra coisa, é um problema pedagógico. A idéia jurídica do entrelaçamento pode existir até por outras razões não pedagógicas, mas, quando observamos a *práxis*, a distinção não é tão nítida.¹³⁰

Por outro lado, reconheceu que “é inevitável perceber a validade dos esforços para se trazer outros elementos para dentro da dogmática, e ver como ela vai se transformando exatamente por causa disso”.¹³¹ Em verdade, o próprio autor assevera que a dogmática jurídica, enquanto encarregada de fornecer as condições para a decidibilidade de conflitos, e ligada à própria legitimação do direito (caráter ideológico), resulta de um processo histórico, e, por isso, é possível que ela venha a se esgotar.¹³² Aliás, algumas modificações do pensar jurídico e das

¹²⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Discurso de Abertura**. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Org.). **Formalismo, dogmática jurídica e estado de direito**: um debate sobre o direito contemporâneo a partir da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Cadernos de Direito São Paulo., v.7 n°. 3, mai. 2010. p. 20. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7849/Caderno%20Direito%20GV%20-%2035%20-%20site.pdf?sequence=5>>. Acesso em: 22 nov. 2011.

¹³⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Discurso de Abertura**. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Org.). **Formalismo, dogmática jurídica e estado de direito**: um debate sobre o direito contemporâneo a partir da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Cadernos de Direito FGV. São Paulo., v.7 n°. 3, mai. 2010. p. 21. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7849/Caderno%20Direito%20GV%20-%2035%20-%20site.pdf?sequence=5>>. Acesso em: 22 nov. 2011.

¹³¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Org.). **Formalismo, dogmática jurídica e estado de direito**: um debate sobre o direito contemporâneo a partir da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Cadernos de Direito FGV. São Paulo., v.7 n°. 3, mai. 2010. p. 20. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7849/Caderno%20Direito%20GV%20-%2035%20-%20site.pdf?sequence=5>>. Acesso em: 22 nov. 2011.

¹³² Afirmação dada em resposta a Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa, que defende, a partir da interpretação do pensamento de Ferraz Jr., que não haveria a possibilidade teórica de substituição dogmática, mas sim a substituição de uma dogmática liberal por uma dogmática totalitária, ou desta para uma dogmática de fundo social etc. Isso porque a presença da ideologia “parece permitir que o discurso da dogmática continue falando infinitamente”. COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e. **A filosofia jurídica como saber meta-ideológico**: anotações a partir da função social da dogmática jurídica no enfoque de Tercio Sampaio Ferraz Jr. In: _____; RODRIGUEZ, José Rodrigo; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Org.). **Formalismo, dogmática jurídica e estado de direito**: um debate sobre o direito contemporâneo a partir da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Cadernos de

legislações ocorridas a partir do século XX já apontam para isso, como é o caso da relevância dos princípios (que conferem maior poder ao juiz) e o fenômeno da descodificação, que têm dificultado a tarefa da dogmática.¹³³ O próprio princípio da inegabilidade dos pontos de partida, assim, passa, gradual e sutilmente, a ser questionado, podendo ceder lugar a novas formas de se pensar o direito positivo, que possibilitem a solução de conflitos, diante de um mundo cada vez mais veloz e tecnológico.¹³⁴

Ademais, o jusfilósofo paulista vê no direito algo mais que um simples conjunto de normas. Como asseverou em sua obra de propedêutica jurídica – que, na sentença de Wolkmer, representa sua “maturidade intelectual” –¹³⁵ “O *direito* contém, ao mesmo tempo, as filosofias da obediência e da revolta, servindo para expressar e produzir a aceitação do *status quo*, da situação existente, mas aparecendo também como sustentação moral da indignação e da rebelião”.¹³⁶ Ou, ao tratar da relação entre direito e moral, afirma que o direito “como ato de poder não tem sentido no próprio poder. Só assim se explica a revolta, a inconformidade humana diante do arbítrio”.¹³⁷

Direito FGV. São Paulo,. v.7 n°. 3, mai. 2010. p. 148. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7849/Caderno%20Direito%20GV%20-%2035%20-%20site.pdf?sequence=5>>. Acesso em: 22 nov. 2011.

¹³³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Org.). **Formalismo, dogmática jurídica e estado de direito:** um debate sobre o direito contemporâneo a partir da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Cadernos de Direito FGV. São Paulo,. v.7 n°. 3, mai. 2010. pp. 181-182. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7849/Caderno%20Direito%20GV%20-%2035%20-%20site.pdf?sequence=5>>. Acesso em: 22 nov. 2011.

¹³⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Org.). **Formalismo, dogmática jurídica e estado de direito:** um debate sobre o direito contemporâneo a partir da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Cadernos de Direito FGV. São Paulo,. v.7 n°. 3, mai. 2010. p. 182. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7849/Caderno%20Direito%20GV%20-%2035%20-%20site.pdf?sequence=5>>. Acesso em: 22 nov. 2011.

¹³⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.** 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 99.

¹³⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** Técnica, Decisão, Dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 31.

¹³⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** Técnica, Decisão, Dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 373.

3 A NORMA JURÍDICA

Em seu livro *Introdução ao estudo do direito*,¹³⁸ a norma jurídica nos é apresentada por Ferraz Jr. sob dois prismas: o *zetético* e o *dogmático*. Pelo primeiro, preocupa-se ele em investigar os elementos constitutivos comuns a toda norma jurídica, suas marcas distintivas em relação a outras normas sociais e sua contextualização em um sistema jurídico, sob o enfoque da pragmática jurídica. Já pelo prisma dogmático, a questão é tratada de forma menos problematizada: a preocupação central é identificar as normas jurídicas em um determinado ordenamento, sob o enfoque da dogmática analítica, visando à decidibilidade de conflitos, por meio do desenvolvimento, pelo operador do direito, de conceitos operacionais e técnicas próprios.

Antes, porém, o autor já publicara obra dedicada especificamente ao estudo da norma jurídica, intitulada *Teoria da norma jurídica* (1978), na qual apresentou de forma detalhada sua *teoria pragmática*, sob o ângulo eminentemente zetético. Recentemente (23/08/2011) Ferraz Jr. divulgou em sua página oficial¹³⁹ o artigo (incompleto) intitulado *Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático*, no qual reafirma o modelo lingüístico-pragmático de abordagem do direito, onde está transcrita parte da *Teoria da Norma Jurídica*. As três obras mencionadas constituem importantes materiais para análise da sua teoria, constituindo-se na bibliografia básica para este capítulo.

3.1 Discurso normativo

Sob o ponto de vista pragmático uma norma sempre é uma comunicação que expressa determinada atitude normativa, possuindo emissor (orador) e receptor (ouvinte). Trata-se de um *discurso* revestido de características especiais, a que se designa *discurso normativo*.

¹³⁸ Primeira edição em 1988.

¹³⁹ < <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br> >

3.1.1 Conceito e elementos do discurso

Discurso é o ato de falar como ação dirigida a alguém, com a pretensão de ser compreendido por esse alguém.¹⁴⁰ Tem como elementos um *orador*, um *ouvinte* e um *objeto* ou *questão*.¹⁴¹ Quando presentes esses três elementos, instaura-se uma *situação comunicativa*.¹⁴²

Orador é “aquele que abre a discussão, aquele que propõe a primeira asserção. Sob o ponto de vista do dever de prova, o orador é aquele cuja ação lingüística se apresenta com pretensão de autoridade. Esta repousa na possibilidade da ação, ou seja, de ela ser aprendida e repetida”.¹⁴³ Ouvinte, por sua vez, é “aquele ao qual se dirige a ação lingüística do orador.”¹⁴⁴

Quanto ao objeto ou questão do discurso, trata-se de “uma ação lingüística que deve ser compreendida. Envolve, portanto, em termos de reflexividade, objetivos e fundamentos, bem como sua justificação”.¹⁴⁵ Uma mensagem é sempre transmitida em dois níveis. Ao transmiti-la, uma parte não apenas fornece uma informação, mas também uma informação sobre essa informação (metainformação), que transmite a forma como o receptor (ouvinte) deve se portar diante do seu emissor (orador),¹⁴⁶ ou seja, como essa informação deve ser entendida.¹⁴⁷

A informação (conteúdo) transmitida denomina-se *relato*, e a informação sobre o modo que ela deve ser entendida, *cometimento*. Quem fala, informa e determina a relação entre si e o seu ouvinte, impondo-lhe um comportamento.¹⁴⁸ Por exemplo, quando alguém diz “sente-se”, está emitindo o relato, que é o ato de sentar-se. Porém, a forma como é transmitido pode dar o sentido de subordinação (“sente-se, pois eu estou determinando”), ou de coordenação (“por favor, sente-se”), estando aí presente o cometimento. O cometimento pode ser expresso de forma verbal (digital) ou não verbal (analógica, por meio de gestos, entonação da voz etc.).

¹⁴⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 30

¹⁴¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 30-31.

¹⁴² “É justamente essa situação de aprender e ensinar, na qual a compreensibilidade das ações deve ser manifestada, que denominamos *situação comunicativa*”. Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 07.

¹⁴³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 08.

¹⁴⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 09.

¹⁴⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 12.

¹⁴⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio **Teoria da Norma Jurídica: Um Modelo Pragmático**. Disponível em <<http://terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/13>>. Acesso em 23 set. 2011.

¹⁴⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 31

3.1.2 Tipos de discurso

Ferraz Jr. apresenta dois tipos fundamentais de discursos racionais, segundo sua estrutura:

a. o *dialógico*, no qual é possibilitado o questionamento sobre as premissas, possuindo, assim, caráter reflexivo, marcado por atos de pergunta e de resposta, em que orador e ouvinte intercambiam-se. Tem um caráter personalíssimo, no sentido de que o discurso aparece como uma expressão pessoal de quem fala.¹⁴⁹ Por isso, não é possível desvincular a ação lingüística do seu orador, que não é simplesmente seu porta-voz, mas sim responsável por ela. O ouvinte, por sua vez, não é apenas espectador: é convidado a intervir.¹⁵⁰ Neste caso, a questão é um *dubium*, pois o comportamento do ouvinte pode ser ilimitadamente crítico, caracterizando uma alta reflexividade,¹⁵¹ que determina o discurso com “um jogo infinito de estratégias que se organizam a partir de *topoi*”¹⁵². Ele segue as seguintes regras de racionalidade: *dever de fundamentação do discurso* (dever de prova),¹⁵³ *possibilidade de questionamento pelo ouvinte*, permitindo que se estabeleçam, entre orador e ouvinte, diálogos parciais, *inatacabilidade das ações lingüísticas primárias* (presunções, axiomas, pressupostos) do orador, porque este pode defendê-las, e *impossibilidade de o orador modificar suas ações lingüísticas primárias*.¹⁵⁴

O discurso *dialógico* pode ser *homológico*, caracterizado por uma estratégia de *convencimento* (discussão-com)¹⁵⁵ baseado em enunciados verdadeiros e, por isso, demonstráveis e refutáveis, ou *heterológico*, caracterizado por uma estratégia de *persuasão* (discussão-

¹⁴⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica: Um Modelo Pragmático**. Disponível em <<http://terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/13>>. Acesso em 23 set. 2011.

¹⁴⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 22.

¹⁵⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 15.

¹⁵¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 21.

¹⁵² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 22. Conforme exposto no capítulo anterior.

¹⁵³ A regra do dever de prova impõe a quem fala (com pretensão de autoridade) que tenha que fundamentá-lo caso lhe seja exigido, e não sua justificativa argumentada efetivamente realizada. Essa regra constitui o centro ético e lógico da discussão: não há discussão sem *onus probandi*. Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. pp.07- 08.

¹⁵⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 20-21.

¹⁵⁵ “Assim, numa discussão-com, o orador fundamenta sua ação lingüística para produzir no ouvinte um sentimento de convicção em termos de conquistar sua adesão a uma asserção verdadeira”. Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 40. Grifos do autor.

contra),¹⁵⁶ fundada no interesse, em face de conflitos entre expectativas incompatíveis que pedem uma decisão.¹⁵⁷

b. o *monológico*, no qual o orador estabelece como premissa uma verdade irrefutável. Tem, portanto, um ponto de partida certo, que admite axiomatização. Este discurso parte da regra de que nem todos os atos do orador podem ser atacados, ao que se segue a regra de que se o ato for atacável, não poderá ser proposto; se defensável, não poderá se posto em questão. Pressupõe o princípio lógico do *terceiro excluído*. Nesse caso, o orador pode se colocar num segundo plano, pois, ao propor ato de falar não-atacável, não é responsável pessoalmente por esse ato, eis que as fundamentações decorrem do que foi assumido como defensável. Por isso, ao contrário do discurso dialógico, tem caráter impessoal e possibilidade de generalização e universalização. O ouvinte, de sua parte, torna-se passivo, já que nele não pode interferir, do que decorre uma interrupção da reflexividade (a questão é um *certum*: verdadeiro ou falso, sim ou não).¹⁵⁸

Há, ainda, um terceiro tipo de discurso, que por sua ambigüidade é chamado por Ferraz Jr. de *sui generis*: o *discurso normativo*. Esse discurso corresponde à *norma jurídica*,¹⁵⁹ cujas características seguem na próxima seção. Por ora, cabe tão somente asseverar que este tipo de discurso possui caracteres monológicos e dialógicos, daí sua ambigüidade.

Passemos, então, à caracterização do *discurso normativo* ou *norma jurídica*, para em seguida esboçar um conceito acerca da norma jurídica, segundo o modelo empírico (pragmático) proposto pelo jusfilósofo paulista.

3.1.3 O discurso normativo

Quando há conflitos de expectativas normativas, surge a necessidade de estabelecimento de regras de institucionalização daqueles, ou seja, da “transformação do conflito numa questão

¹⁵⁶ “Uma fundamentação persuasiva se dá quando a reação do ouvinte não tem um sentido cooperacional, mas contraditório, não em termos de negar-se um diálogo, mas de orientá-lo *partidariamente*. Essa reação contestatória qualifica peculiarmente a questão dialógica como um *dubium conflitivo*. O diálogo que tem por objeto um *dubium* conflitivo constitui uma *discussão-contra*. [...] Conflitos são alternativas incompatíveis, mas que, além disso, pedem uma *decisão*”. Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 43. Grifos do autor.

¹⁵⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 26-30.

¹⁵⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 23-24.

¹⁵⁹ Ferraz Jr. trata ambas as expressões como sinônimas. Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.38 Nesse sendo, também em Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 107 e ss.

em que os procedimentos decisórios a ele referidos sejam regulados”.¹⁶⁰ Para tanto, recorre-se a um terceiro comunicador,¹⁶¹ o *comunicador normativo* (editor normativo), a quem cabe generalizar as expectativas exigíveis e fixar as regras em que a comunicação normativa será processada.¹⁶² Esse terceiro passa a compor o sistema comunicativo, e, mesmo tornando-se orador, inverte a regra geral do ônus da prova, própria do discurso dialógico, exigindo do endereçado justificação sempre que este recusar o recebimento da informação transmitida ou recusar a exigida.¹⁶³ Com isso estabelece-se uma relação hierárquica de superioridade, chamada de *complementar*, em que o editor assume a posição de autoridade e os endereçados, de sujeitos. Instaura-se, assim, uma *situação comunicativa normativa*. O editor normativo fica em posição fortalecida, eis que suas palavras já não se configuram como tema da discussão, mas como premissas.¹⁶⁴

Para que se garantam não somente as expectativas normativas desiludidas, mas também sua manutenção (caso contrário, uma decisão poderia levar a novo conflito, agora com relação à própria decisão), a autoridade deve estar respaldada pela confirmação de terceiros, que não participam da relação e, portanto, estão fora do sistema.¹⁶⁵ Segundo Ferraz Jr., essa confirmação “não precisa ser ostensiva, não precisa o emissor de sua manifestação concreta, bastando-lhe supô-la. A suposição bem-sucedida da confirmação de terceiros (podemos falar em consenso social) significa que a autoridade está institucionalizada”.¹⁶⁶

A institucionalização da autoridade em seu mais alto grau na sociedade, ou seja, seu presumido consenso social, que prevalece sobre qualquer outro consenso real ou suposto, define

¹⁶⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 41.

¹⁶¹ “O terceiro comunicador é quem garante a *seriedade* do conflito, fazendo do discurso um discurso *racional*, aquele em que as questões (no caso, conflitivas) não são fortuitas, mas se acham determinadas pelo dever de prova: elas ocorrem apenas em relação a uma conexão compreensiva já existente, mas que, dada a participação peculiar do ouvinte, não mediatiza uma certeza, ao contrário, abre um leque de possibilidades”. Cf. FERRAZ JR., Tercio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 63.

¹⁶² BASTOS JR., Luiz Magno Pinto. **Elementos para uma epistemologia jurídica crítica a partir do pensamento de Tercio Sampaio Ferraz Júnior**. In: **Novos Estudos Jurídicos**. v. 8, nº 1. pp. 41-70. Itajaí: Univali, 2003. p. 43. Disponível em < <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/312/257> >. Acesso em 29 set. 2011.

¹⁶³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.45

¹⁶⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.43.

¹⁶⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 107-108.

¹⁶⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 108.

uma norma como sendo jurídica.¹⁶⁷ Essa institucionalização permite que a autoridade exerça uma espécie de controle do emissor pelo receptor, pelo que este não pode simplesmente desconfirmar (desconhecer) a relação.¹⁶⁸ O emissor (editor normativo) define as posições de forma que o receptor assumira a relação complementar,¹⁶⁹ que desde já está garantida por outra relação complementar que tem por objeto aquela relação (que também é complementar).¹⁷⁰ Há a instauração, portanto, de uma relação *metacomplementar*. Dessa forma, a decisão do comunicador normativo adquire força contrafática, pois que respaldada pela institucionalização, garantindo-se a expectativa generalizada ainda que os endereçados insistam em desiludi-la.¹⁷¹ É nessa diferença entre os comunicadores, estabelecida pelo cometimento, que se localiza o caráter prescritivo das normas.¹⁷²

A metacomplementaridade é, assim, uma imposição de complementaridade. Garante a relação de autoridade do editor, que está expressa no aspecto-cometimento do discurso normativo, e é prevista pelos *operadores normativos* ou *funtores* – *é obrigado, é proibido, é permitido* - que “têm uma dimensão pragmática além da dimensão sintática, pelas quais, não só é dado um caráter prescritivo ao discurso ao qualificar-se uma ação qualquer, mas também lhe é dado um caráter meta-complementar ao qualificar a relação entre emissor e receptor”.¹⁷³

Diante de tais características, pode-se dizer que uma situação comunicativa normativa caracteriza-se pela presença de três comunicadores, “sendo que entre os comunicadores sociais e o terceiro se instaura uma interação, cujas regras fundamentais privilegiam este último”.¹⁷⁴ São elas: a) regra de imputação do dever de prova pela recusa da comunicação ao endereçado; b)

¹⁶⁷ Note-se que para Ferraz Jr. a juridicidade de uma norma não repousa na sua *validade*, diferentemente do que defendeu, por exemplo, Kelsen, para o qual norma jurídica é norma válida em um dado sistema. O motivo de tal concepção será exposto no próximo capítulo.

¹⁶⁸ Sobre a questão da relação de autoridade: “a relação de autoridade admite uma rejeição, mas não suporta uma desconfirmção. A autoridade rejeitada ainda é autoridade, sente-se como autoridade, pois a reação de rejeição, para negar, antes reconhece (só se nega o que antes se reconheceu). Contudo, a desconfirmção elimina a autoridade: uma autoridade ignorada não é mais autoridade.” Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 107.

¹⁶⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 56.

¹⁷⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 109.

¹⁷¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 44.

¹⁷² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 110.

¹⁷³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp.55-56. Com igual teor: FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: um modelo pragmático. Disponível em <<http://terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/13>>. Acesso em 23 set. 2011. Ver seção 3.1.4, que trata dos operadores pragmáticos.

¹⁷⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 44.

regra de garantia do conflito, pela qual os comunicadores sociais não podem mais eximir-se da situação, sem que o terceiro, de algum modo se manifeste, caracterizando a institucionalização do conflito; e c) regras da exigibilidade, relacionada à expectativa contrafática do comunicador normativo.¹⁷⁵

Assim, um *discurso normativo*, ou simplesmente *norma*, é uma espécie de discurso, a que Ferraz Jr. qualifica de *sui generis*.¹⁷⁶ Isso porque tem uma ambigüidade que lhe é própria, sendo estruturalmente dialógico em seu aspecto-relato, e monológico em seu aspecto-cometimento. Por isso, a questão (objeto) do discurso é, ao mesmo tempo, um *certum* e um *dubium*. Melhor esclarecer estes pontos.

Estabelecendo uma relação metacomplementar (relação de autoridade/sujeito), o discurso normativo assume uma estrutura monológica. Conforme as regras do discurso monológico, nem todas as ações lingüísticas do orador podem ser atacadas, sendo que, se atacáveis, não podem ser afirmadas, e, se defensáveis, não podem ser postas em dúvida.¹⁷⁷ É um *certum*, em que os endereçados são convidados a apenas se submeterem. A imposição de complementaridade (metacomplementaridade), relacionada à institucionalização da autoridade, exige do endereçado uma adesão convicta, o que exclui os meios externos de coação, bem como os procedimentos persuasórios.¹⁷⁸ Para tanto,

[...] ao estabelecer uma norma, o editor, definindo a relação meta-complementar, já predetermina as *suas* próprias reações às eventuais reações do endereçado, em termos de confirmar uma eventual confirmação, rejeitar uma eventual rejeição e desconfirmar uma eventual desconfirmação. Ao fazê-lo, ele está mostrando ao endereçado que a sua posição perante ele, editor, é de sujeito, sendo ele editor, autoridade, ignorando-se qualquer tentativa de comportamento à parte ou alheio à relação normativa. Por isso, como dissemos, no nível do cometimento, a estrutura do discurso é monológica.¹⁷⁹

Em outras palavras, o editor normativo, ao determinar um comportamento, proibindo-o ou obrigando-o, estabelece uma metacomplementaridade de que decorrem apenas duas

¹⁷⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 44.

¹⁷⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 46. Os argumentos que seguem neste trabalho para caracterização desse discurso *sui generis* foram extraídos das páginas 44 a 53.

¹⁷⁷ Ver características do discurso monológico expostas na seção anterior.

¹⁷⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 46. A persuasão pressupõe “suspensão de autoridade”, sendo incompatível com a noção de autoridade. Autoridade pressupõe hierarquia. Por esse motivo, a estrutura monológica não a admite. A persuasão, que pressupõe argumentação, contudo, será característica da estrutura dialógica do discurso, como será visto.

¹⁷⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 58.

possibilidades: ou o endereçado coopera, ou sua reação será rejeitada. O comunicador que se recusa a aceitar a ação lingüística do editor normativo tem-lhe imputado o ônus da prova.

Ainda, segundo o autor:

Todo direito estabelece uma ordem e a coloca fora de discussão. A lei, em princípio, impõe e exige obediência: não se pode aceitar parcialmente uma lei, desejar cumpri-la apenas em parte. Uma norma que entra em vigor constitui, num primeiro momento, um discurso monológico.¹⁸⁰

Por outro lado, o discurso normativo assume uma estrutura dialógica em seu aspecto-relato (conteúdo da norma), em que os endereçados podem assumir uma postura de ouvintes ativos, convidados a participar no sentido de co-determinar o seu sentido. Há possibilidade de reação por parte do ouvinte, que pode “concordar, discordar, concencionar, comparar, etc”.¹⁸¹ Neste caso, o ouvinte deixa-se persuadir, e figura como intérprete. Diante dessa possibilidade, o editor normativo surge como parte argumentante, pois deve persuadir o endereçado com os procedimentos pertinentes¹⁸² Neste ponto, temos então um *dubium*, tendo em vista, conforme Ferraz Jr. doutrina,

[...] a relação parte argumentante/intérprete, de estrutura dialógica, cuja regra básica diz que todas as ações lingüísticas do orador podem ser postas em dúvida pelo ouvinte, donde a necessidade de diálogos parciais para a obtenção de enunciados primários, de força persuasiva, a partir dos quais o diálogo ocorre.¹⁸³

É importante grifar que a relação de autoridade não é garantida pelo efetivo cumprimento do relato, mas sim pela “garantia de que reações que desqualificam a autoridade, como tal, estão excluídas da situação comunicativa. Isto quer dizer que a meta-complementaridade não se confunde com a impossibilidade dos comportamentos expressos no relato”.¹⁸⁴ Ou seja, mesmo descumprindo o conteúdo da norma, a autoridade não é deposta desta condição, pois tem a sua mão a reação correspondente àquele descumprimento.

No entanto, a expectativa contrafática do editor normativo não pode se sustentar de modo indefinido, pois a constante infração a essas expectativas poderia levar ao rompimento da comunicação. A autoridade precisa também ser implementada, para que possa ser compreendida

¹⁸⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 116.

¹⁸¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 45.

¹⁸² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 46.

¹⁸³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 47.

¹⁸⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 67.

(o que implica argumentação e discussão), e também fortalecida (o que implica argumentos reforçados), a fim de evitar o rompimento da comunicação. Conforme asseverou Ferraz Jr.,

O discurso normativo, assim, sem abdicar da relação de autoridade, tem de canalizar e encaminhar as desilusões ou infrações, estabelecendo para isso procedimentos especiais, em que a autoridade é, ao mesmo tempo mantida, mas temporariamente suspensa, evitando-se o rompimento da comunicação, ou seja, procedimentos em que o editor possa aparecer como parte argumentante e o endereçado como intérprete. Para isso, a determinação das expectativas possíveis de reação do endereçado deve ser acompanhada de previsões de comportamentos possíveis do editor, no caso de reação desiludidora.¹⁸⁵

A ameaça de sanção (quando existente em uma norma, já que não é obrigatória), por exemplo, integra o aspecto-relato da norma, e não o seu cometimento, consistindo num argumento de persuasão a indicar ao endereçado do comportamento do editor em caso de comportamento contrário.¹⁸⁶ Com ela, o editor mantém sua autoridade, mas a suspende temporariamente, até que o comportamento condicionante ocorra.¹⁸⁷ Eis o comportamento ambíguo do discurso normativo.

3.1.4 Operadores pragmáticos e condições de aplicação da informação normativa

Por ação, pode-se entender a interferência humana no curso da natureza,¹⁸⁸ que se for positiva, é *ato*, e se negativa, é *omissão*.¹⁸⁹ Essa concepção parte da relação entre algo que foi e algo que poderia ter sido, a partir de um estado de coisas que muda para outro estado de coisas. Assim, há as condições lógicas da ação (por exemplo, para que alguém possa matar outrem, este deve estar vivo) e seu resultado. Seguindo von Wright, Ferraz Jr. assevera que as normas são compostas de uma *descrição de ação*, de uma *condição de ação* e de um *operador normativo*. Na formulação pragmática de Ferraz Jr., a descrição da ação e as condições da ação constituem o aspecto-relato da norma, enquanto que os operadores normativos são os responsáveis pela metacomplementaridade da norma, e, portanto, atuam também no seu aspecto-cometimento.

¹⁸⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 68.

¹⁸⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 67-68.

¹⁸⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 75.

¹⁸⁸ Definição de von Wright. Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 54.

¹⁸⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 54.

Os operadores normativos têm uma dimensão sintática, que atribuem o caráter prescritivo da norma ao qualificar uma ação qualquer, mas também estabelecem a relação metacomplementar ao qualificar a relação autoridade/sujeito.¹⁹⁰ Expressões como “é obrigado”, “é proibido” e “é permitido” são fórmulas digitais, metacomunicacionais, que fazem um “comentário” sobre a mensagem, definindo a relação entre as partes, que é metacomplementar.

Embora haja muitas fórmulas digitais que expressam o aspecto-cometimento, Ferraz Jr. as reduz em três: obrigar, proibir e permitir.¹⁹¹ Na lógica deôntica, essas fórmulas são vistas como “funtores” ou “operadores deônticos”, que qualificam a norma deonticamente. Para a pragmática, importa como a autoridade determina a relação entre si e o sujeito, por meio dos operadores normativos (pragmáticos).

Nas normas de obrigação e de proibição, através dos operadores normativos pragmáticos, “uma determinada ação é qualificada juridicamente como obrigatória ou proibida; com isso dá-se igualmente uma determinação jurídica da relação entre emissor e receptor como relação complementar imposta”,¹⁹² seguindo o esquema de confirmação da confirmação, rejeição da rejeição e desconfirmação da desconfirmação.

Com relação às normas permissivas, tendo como operador pragmático “é permitido”, Ferraz Jr. levanta a questão de se estas não seriam, em realidade, uma ausência de normas de proibição ou de obrigação.¹⁹³ A ausência de normas que obriguem ou proibam certas condutas tornam estas permitidas, porém o juspublicista brasileiro defende que o direito reconhece, sim, normas de permissão, que são de dois tipos: as regras de exceção às normas de obrigação/proibição, e as normas autônomas, de permissões independentes (normas permissivas).¹⁹⁴

Normas permissivas que constituem exceção à norma geral de obrigação/proibição atuam com o operador “é permitido, porém que”, pelo qual uma ação ou omissão é qualificada juridicamente como facultativa ou permitida, tendo em vista uma obrigação ou proibição geral.¹⁹⁵ Por exemplo, “é permitido matar, desde que em legítima defesa”. Normas permissivas independentes atuam com o operador “é permitido”, pelo qual uma ação é qualificada

¹⁹⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 55-56.

¹⁹¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 56.

¹⁹² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 65.

¹⁹³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 59.

¹⁹⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 59.

¹⁹⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 65.

juridicamente como permitida ou facultativa, sem que haja, sobre o mesmo conteúdo, norma geral de obrigação ou proibição, como, por exemplo, as normas de competência e as que conferem direitos.¹⁹⁶

Em ambos os casos, interessa à pragmática a relação que se instaura a partir de uma norma permissiva, a partir do seu aspecto-cometimento. Ao permitir uma ação, o comunicador normativo informa ao endereçado que tolerará essa ação ou, ainda, não só tolerará como garantirá a realização do ato tolerado.¹⁹⁷ Essa permissão é expressa de forma digital, pois o silêncio do editor, mesmo que, a partir do axioma da impossibilidade de comunicação, também seja uma transmissão de mensagem, inqualifica a sua relação com o endereçado, no nível do cometimento.¹⁹⁸ Assim, é necessária comunicação do editor por meio de um discurso normativo que defina sua relação com o endereçado, de tal forma que já preveja sua contra-reação para garanti-la.

No caso da permissão, curiosamente, o cometimento deve expressar algo como “eu ignoro qualquer reação de confirmar ou de rejeitar minha definição da relação, só confirmando uma eventual desconfirmação (ou seja: desconfirmação de uma eventual desconfirmação)”,¹⁹⁹ qualificando normativamente a ação como indiferente. Assim, a autoridade paradoxalmente metacomunica ao endereçado que este deve desconsiderá-la como autoridade, *impondo* uma relação simétrica. Trata-se de uma pseudo-simetria.²⁰⁰

Com relação às normas permissivas de exceção à norma geral, a simetria depende da imposição de complementaridade geral, da qual constitui exceção, enquanto que nas normas permissivas independentes a relação entre emissor e receptor é determinada juridicamente como simétrica (ou pseudo-simétrica).

3.1.5 Situações subjetivas jurídicas²⁰¹

O critério proposto por Ferraz Jr. abrange tanto o aspecto-cometimento (no que tange ao ônus da prova) quanto o aspecto-relato (no que tange à ameaça de sanção). O editor, ao imputar o

¹⁹⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.131.

¹⁹⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 59-60.

¹⁹⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.61.

¹⁹⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.62.

²⁰⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.63.

ônus da prova ao endereçado, indica também qual será sua contra-reação (sanção) em caso de determinadas respostas. Essa imputação é justamente efetivada pelas normas de obrigação/proibição e de permissão, distinguindo três situações subjetivas básicas: *obrigação* ou *dever jurídico*, *poder jurídico* e *direito subjetivo*, segundo a posição ocupada pelo sujeito normativo perante o critério duplo do *ônus da prova da recusa em se comunicar* e da *sanção*.

Se o sujeito normativo tem o ônus da prova, pode ser ameaçado de sanção. Esse ônus decorre de uma norma de obrigação/proibição, cujo relato preveja um comportamento, e o cometimento, uma imposição de metacomplementaridade. Tem-se uma *obrigação* ou *dever jurídico*.

Se o sujeito está isento do ônus da prova, não pode ser ameaçado de sanção. Essa situação se instaura a partir de uma norma de permissão 1 cujo relato permita o comportamento e o cometimento imponha simetria, e de uma norma de obrigação 2 que por seu relato sancione a tentativa do editor ou de terceiros de ameaçar o sujeito de sanção e de lhe imputar o ônus da prova da recusa, e por seu cometimento estabeleça relação complementar em face do editor e dos terceiros. Tem-se aqui o *direito subjetivo*.

Se o sujeito pode imputar a outro o ônus da prova, pode ameaçá-lo com sanção (ou mesmo isentar o terceiro do ônus da prova). Nesse caso, a situação ocorre a partir de uma norma permissiva 1 que permita, em seu relato, o comportamento do sujeito de editar normas, impondo, pelo cometimento, a simetria, e de uma norma de obrigação 2 que sancione por seu relato os contraventores das normas estabelecidas pelo sujeito da norma 1, impondo-lhes pelo cometimento complementaridade, ou, então, uma outra norma permissiva que em seu relato permita um comportamento que é condição de aplicação de outra norma de obrigação, que ameace terceiros de sanção e lhes imponha complementaridade. Trata-se do *poder jurídico*.

Sendo as normas “procedimentos interativos prescritivos que prevêm por si só ou por outra norma uma sanção”, a identificação do sujeito numa determinada situação normativa depende de sua posição perante o ônus da prova e perante a ameaça de sanção, mas também perante a força argumentativa do seu procedimento discursivo ou de situações de fato, capazes de alterar a sua situação jurídica.²⁰²

²⁰¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp.75-92.

²⁰² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.81.

3.2 Conceito de norma jurídica

Diante do que até agora foi exposto, podemos definir normas jurídicas como sendo “expectativas contrafáticas, que se expressam por meio de proposições de *dever-ser*, estabelecendo-se entre os comunicadores sociais relações complementares institucionalizadas em alto grau (relação metacomplementar de autoridade/sujeito), cujos conteúdos têm sentido generalizável, conforme núcleos significativos mais ou menos abstratos”.²⁰³ Ou, de forma mais precisa, normas jurídicas são “discursos heterológicos, decisórios, estruturalmente ambíguos, que instauram uma meta-complementaridade entre orador e ouvinte e que, tendo por *quaestio* um conflito decisório, o solucionam na medida em que lhe põem fim”.²⁰⁴

As normas jurídicas são decisões, que garantem que certas decisões serão tomadas. Assim, elas estabelecem controles (pré-decisões), cuja função é determinar outras decisões. Por esse motivo, a norma jurídica tem o papel de determinar que alternativas decisórias devem ser escolhidas, não para solucionar conflitos, mas para pôr-lhes um fim.²⁰⁵ A autoridade, ao prescrever determinado comportamento do sujeito, não apenas diz qual a decisão deve ser tomada, mas também como essa pré-decisão deve ser por este último entendida. Aí estão os aspectos relato e cometimento da norma, entendida sob o viés pragmático.

Sob o viés dogmático,²⁰⁶ afirma Ferraz Jr. que o cometimento corresponde ao caráter vinculante da norma jurídica, que por isso é imperativa. O relato, à hipótese normativa mais a consequência jurídica. Nesse aspecto, Ferraz Jr. discorda de Kelsen, para o qual a sanção é o elemento caracterizador do preceito normativo. Discorda porque, para ele, nem todas as normas, apesar de seu caráter imperativo necessário (coercibilidade), contêm “ameaças” (sanções), como é o caso das normas de organização. Ainda uma norma pode prescrever uma conduta, cuja sanção

²⁰³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.113.

²⁰⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 141.

²⁰⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 49 Em igual teor: FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático**. Capítulo 3. Disponível em <<http://terciosampaioferrazjr.com.br/?q=publicacoes-cientificas/13>>. Acesso em 23 set. 2011.

²⁰⁶ Ferraz Jr. apresenta essa questão sob o enfoque analítico, dentro do modelo tripartido por ele proposto, já referenciado neste trabalho. Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.116-123.

pelo seu descumprimento pode estar previsto em outra norma. Assim, a sanção é elemento importante, mas não é elemento necessário à norma.²⁰⁷

Também o autor rechaça a idéia de que todas as normas sejam gerais e abstratas. Uma sentença, por exemplo, não é geral, assim como uma norma que prescreva a revogação de outra determinada não é abstrata. A nota de bilateralidade se dá pelo fato de que as normas demarcam as posições sociais dos sujeitos.

Para a dogmática, norma jurídica é um imperativo despsicologizado (que privilegia papéis sociais, e não pessoas), de caráter vinculante (obrigatório), coercivo (institucionalizado), bilateral, que estatui uma hipótese normativa à qual se imputa uma consequência jurídica e que funciona como critério para a tomada de decisão (decidibilidade).²⁰⁸

3.3 Classificação das normas jurídicas²⁰⁹

Neste ponto, Ferraz Jr. apresenta um modelo classificatório sem pretensão de rigor lógico, sendo, portanto, tópico, com finalidade exclusivamente didática. Coerentemente com sua proposta de abordagem do direito a partir da linguagem, sua classificação adota o ponto de vista *semiótico*, em suas três dimensões: *sintática*, *semântica* e *pragmática*. Assim, primeiramente, pode-se dizer que as normas classificam-se conforme critérios sintáticos (normas em relação a normas), semânticos (normas em relação ao objeto normado) e pragmáticos (normas em relação a sua função).

3.3.1 Critério sintático de classificação das normas jurídicas

Pelo critério *sintático*, as normas classificam-se pela *relevância*, pela *subordinação* e pela *estrutura*. Quanto à *relevância*, as normas podem ser *primárias* ou *secundárias*. Normas primárias são aqueles que têm por objeto a própria ação (por exemplo, a norma de direito penal que tipifica

²⁰⁷ Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 119-122. Do mesmo autor, **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 66-75. Ainda, FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático**. Capítulo 6. Disponível em <<http://terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/13>>. Acesso em 23 set. 2011.

²⁰⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 122.

o crime de homicídio), enquanto que as secundárias têm por objeto outras normas (é o caso, em regra, das normas de direito internacional privado). Trata-se do que alguns autores chamam de *normas de conduta* (primárias) e *normas de competência* (secundárias), ou *normas de conduta* (primárias) e *normas de competência* (secundárias).

Quanto à *subordinação*, distinguem-se *normas-origem* de *normas derivadas*.²¹⁰ As normas-origem são as primeiras de uma série. As demais normas da série, que remontam a essa norma-origem, são normas derivadas. Trata-se de uma classificação que hierarquiza as normas, possibilitando a resolução de conflitos de normas.

Quanto à *estrutura*, temos *normas autônomas* e *normas dependentes*. Normas autônomas são aquelas que têm por si sentido completo, ou seja, esgotam a disciplina que estatuem. Por exemplo, uma norma que revogue outra. Dependente é a norma que, não esgotando a disciplina, exige outra norma.²¹¹

3.3.2 Critério semântico de classificação das normas jurídicas

Pelo critério *semântico*, as normas classificam-se pelos *destinatários*, pela *matéria*, pelo *espaço* e pelo *tempo*. Neste caso, leva-se em conta o âmbito de validade das normas.²¹²

Quanto aos *destinatários*, as normas podem ser *gerais* ou *individuais* (*comuns* ou *particulares*). Normas gerais (gerais) são aquelas que se destinam à generalidade das pessoas (por exemplo, a norma de direito civil que estabelece que a capacidade civil comece aos dezoito anos). Normas individuais (particulares) são as que disciplinam o comportamento de uma ou um grupo de pessoas (por exemplo, uma sentença que condene ao pagamento de indenização por dano causado a terceiros, ou uma norma contratual que discipline a vontade de duas ou mais partes). No caso da norma individual, o destinatário está individualizado como pessoa (física ou jurídica).

Quanto à *matéria*, as normas podem ser *abstratas* ou *singulares*, segundo a descrição da hipótese normativa (*facti species*). A distância entre uma e a outra admite gradações, dependendo

²⁰⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 123-132.

²¹⁰ A esse respeito, para maiores esclarecimentos, ver a seção 4.4, que trata do ordenamento jurídico.

²¹¹ Pode-se, aqui, fazer uma relação com os níveis de eficácia de uma norma jurídica a que alude Ferraz Jr., que discutiremos na seção 4.2, embora o autor não a estabeleça expressamente. Uma norma autônoma tem eficácia plena, enquanto que as normas derivadas podem ter eficácia contida ou limitada, dependendo do caso.

²¹² Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 126.

do grau de abstração, podendo as normas ser gerais-abstratas, *especiais* ou *excepcionais*. Normas gerais-abstratas têm por *facti species* um tipo genérico (por exemplo, a norma constitucional que proíbe a prisão civil por dívida). Norma excepcional é a que estabelece uma exceção à norma geral-abstrata (por exemplo, a norma, contida na do exemplo anterior, que permite a prisão civil por dívida de caráter alimentar). Normas especiais são aquelas que não excepcionam a norma geral, mas a disciplinam de forma diferenciada. É o caso dos ditos “direitos especiais”, como o direito empresarial e o direito penal eleitoral, por exemplo.

Quanto ao *espaço*, as normas podem ser *nacionais* ou *locais*. São nacionais as normas que incidem em todo o território nacional (por exemplo, as normas de direito processual civil). São locais as normas que têm incidência regionalizada (por exemplo, normas de direito tributário relativas aos impostos de competência dos estados ou dos municípios).

Por último, quanto ao *tempo*. Aqui, a questão relaciona-se à vigência (período de validade).²¹³ As normas podem ter *validade permanente* ou ter *validade provisória ou temporária*. Têm validade permanente as normas que não têm a cessação de sua vigência pré-estabelecida. Ao contrário, as normas que têm validade provisória ou temporária são aquelas cujo prazo de cessação da vigência é estabelecido previamente.

3.3.3 Critério pragmático de classificação das normas jurídicas

Pelo critério *pragmático*, leva-se em conta a função da norma junto aos sujeitos normativos. As normas, segundo esse critério, classificam-se pela *força de incidência*, pela *finalidade* e pelo *funtor*.

Força de incidência é o grau de impositividade da norma. Por esse critério, as normas podem ser *cogentes*, *injuntivas* ou *imperativas*, ou *dispositivas*. Toda norma é vinculante, e, portanto, tem impositividade. Porém algumas subtraem qualquer do sujeito normativo qualquer autonomia, de tal forma que excluem convenções ou acordos entre as partes, as quais, se realizadas, não produzirão efeitos jurídicos. Essas normas são as ditas cogentes (imperativas ou injuntivas), sendo exemplo a norma do artigo 51, inciso VI do Código de Defesa do Consumidor, que veda, sob pena de nulidade, a inversão do ônus da prova, por disposição contratual, do fornecedor para o consumidor. Normas dispositivas são aquelas que só atuam se invocadas pelas

²¹³ Ver seção 4.1.3.

partes ou caso estas se omitam em disciplinar determinadas situações, como, por exemplo, a norma do artigo 132 do Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002), que estabelece que, salvo disposição legal ou convencional, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento.

Quanto à *finalidade*, as normas podem ser *de comportamento* ou *de conduta*, ou *programáticas* ou *normas-objetivo*. As normas de comportamento ou de conduta são aquelas que, como o nome releva, regulam de forma vinculante um determinado comportamento. Normas programáticas ou normas-objetivo são aquelas que expressam diretrizes, intenções, objetivos. Neste caso, Ferraz Jr. admite que a doutrina não é pacífica quanto ao caráter vinculante ou mesmo se disposições de caráter programático são mesmo normas. Entretanto, reconhece um certo caráter vinculante, por exemplo, numa norma constitucional que determina ao Estado fornecer educação para todos: se não obriga ao ato programado, pelo menos dá a possibilidade de se impugnar atos que contrariem o objetivo estatuído.

Por último, quanto ao *funtor*. Conforme já discorrido neste trabalho, funtores deônticos, para Ferraz Jr., são operadores lingüísticos, pelos quais se estabelece a relação metacomplementar de autoridade sujeito. Por esse critério, as normas podem ser *preceptivas*, *proibitivas* ou *permissivas*. Normas preceptivas são as que se regem pelo funtor “obrigatório”; normas proibitivas são as que se regem pelo funtor “é proibido”, e normas permissivas são as que se regem pelo funtor “é permitido”.²¹⁴

²¹⁴ Sobre os funtores ou operadores normativos, ver a seção 3.1.4 deste trabalho.

4 ORGANIZAÇÃO DA COMUNICAÇÃO NORMATIVA

4.1 Validade da norma jurídica

Seguindo seu modelo pragmático, Ferraz Jr. vê na relação entre as normas uma forma de interação. Assim, o conceito de validade é um conceito relacional, e não ontológico. Trata-se de uma propriedade de discursos normativos.

Na questão da validade, como o próprio autor adverte, três pontos devem ser enfrentados: o problema da obrigatoriedade, o problema da relação entre as normas num sistema e o problema da efetividade dessas normas. Levanta-se, então, a questão da exigibilidade de um determinado comportamento, mas também de sua obediência. Esses pontos são abordados a partir da noção de *controle*, cujo foco é garantir a propriedade “força”, de que é dotada a voz do emissor, “criando-lhe condições para dispor das regras que o disciplinam, tendo em vista possíveis reações que sua ação desencadearia”.²¹⁵ Não é demais lembrar, tais questões são trazidas em vista de propiciar a decidibilidade de conflitos.

4.1.1 Validade das normas como relação de imunização

Dentro dos quadros da pragmática, a validade das normas exprime uma relação de competências decisórias, e não uma função dedutiva de conteúdos gerais para conteúdos individualizados ou menos gerais. Porém, como a relação de validade inclui também a provável reação do endereçado, estão envolvidos na abordagem tanto o aspecto-relato quanto o aspecto cometimento.

Uma norma será válida quanto imunizada por outra norma que lhe garanta a metacomplementaridade (imposição da relação de autoridade). Por imunização entenda-se a conexão pragmática entre os discursos normativos, significando um processo racional (fundamentante) que capacita o editor a controlar as reações do endereçado, eximindo-se de

²¹⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 102-103.

crítica; significa, portanto, capacidade de “garantir a sustentabilidade (no sentido pragmático de prontidão para apresentar razões e fundamentos do agir) da sua ação lingüística”.²¹⁶

Se uma norma define a relação entre orador e ouvinte através dos funtores (operadores pragmáticos), considera-se válida a norma cujo cometimento não apenas está *definido* como metacomplementar, mas também está *imunizado* contra críticas, através do aspecto-relato de outra norma. Ou seja, pelo funtor (operador normativo), o editor normativo joga o ônus da prova da recusa ao ouvinte, e pela imunização ele se exime, inclusive, de ter que provar essa possibilidade mesma de transferir o ônus da prova.

Assim, a imunização ocorre quando uma norma, por meio de seu aspecto-relato, neutraliza o aspecto-cometimento da norma imunizada contra uma possível desconfirmação do endereçado, definindo uma competência formal e material. A imunização pode dar-se mediante a disciplina da edição de uma norma por outra, ou pela delimitação do relato de uma norma por outra. Num caso, a imunização é condicional; no outro, finalística. Em ambos os casos, tem-se uma imunização do cometimento de uma norma pelo relato da outra.

A imunização condicional se dá quando uma norma imuniza outra, através da atribuição formal e material de uma competência: basta que a autoridade se atenha aos meios (forma) para que a norma imunizada seja válida. Por exemplo, uma norma x estabelece que a criação de um tributo (a) é de competência privativa do legislador. Uma norma y estabelece o tributo (a), com suas condições. Nesse caso, a norma y estará imunizada pela norma x, “pois a norma imunizante fixa o ‘antecedente’ (no caso de tributos, ser o legislador), a partir do qual o ‘conseqüente’ é possível, conforme o esquema: quem pode o ‘se...’, pode o ‘então’”.²¹⁷ Nesse caso, a metacomplementaridade fica garantida independentemente do resultado, pelo qual o editor normativo não se responsabiliza. Ferraz Jr. vê essa técnica como apropriada para a formação de cadeias normativas hierarquizadas, com normas que guardam entre si uma coordenação vertical de superioridade e inferioridade.²¹⁸ Para verificação da validade condicional, aplica-se uma

²¹⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 106.

²¹⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 111. No mesmo sentido, **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 185-186.

²¹⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 111.

técnica retrospectiva, remontando-se à norma imunizante, e à norma imunizante desta, até à norma-origem.²¹⁹

Já a imunização finalística se dá quando uma norma imuniza a relação de autoridade da norma imunizada por meio da prescrição de fins que o relato desta deve atingir.²²⁰ Nesse caso, a norma imunizante fixa um determinado relato para a norma imunizada, sem se importar com a edição dessa norma mesma. Por exemplo, uma norma (a) que estabeleça que o trabalhador tem direito a uma remuneração que garanta a ele e sua família condições mínimas de subsistência, e uma norma (b) que estabeleça que o salário mínimo será de X. Aqui, a imunização se dá pela garantia do relato, posto como um fim a ser atingido.²²¹ No caso da imunização condicional, há uma solidariedade entre meios e fins,²²² pois o mero estabelecimento dos fins não justifica os meios adequados.²²³ A imunização finalística é menos propícia ao estabelecimento de cadeias hierárquicas, implicando uma técnica “prospectiva”: para saber se uma norma vale, é preciso verificar se os meios foram atingidos conforme os meios prescritos.²²⁴

Embora no direito contemporâneo prevaleça a validade condicional, a validade finalística com ela coexiste, especialmente pelas “íntimas relações entre direito e moral”. Na prática, ambas as imunizações ocorrem concomitantemente.²²⁵

4.1.2 Validade formal e validade material²²⁶

Para que uma norma seja reconhecida com válida, deve ela estar integrada em um ordenamento jurídico (sistema normativo). Para isso, a norma deve ser produzida em

²¹⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 186.

²²⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica.** 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 111. No mesmo sentido, **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 186.

²²¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica.** 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 111.

²²² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 186.

²²³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica.** 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 111.

²²⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 186.

²²⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 186.

²²⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 198.

conformidade com o próprio ordenamento. Assim, se uma norma foi produzida atendendo aos requisitos desse ordenamento, é considerada válida, ou seja, pertinente a esse sistema.

À observância do processo de produção da norma pelo legislador, chama-se *validade formal*. À observância da matéria, *validade material*. Os critérios para reconhecimento da validade observados por Ferraz Jr. coincidem com os de Reale, no que este denomina *validade formal*: em razão da matéria, da forma e da competência para produção de normas.

4.1.3 Validade, vigência e vigor²²⁷

Trata-se aqui de uma questão típica de dogmática jurídica. Validade e vigência não se confundem. Uma norma pode ser válida, isto é, pertencer ao ordenamento jurídico, e, no entanto, não estar vigente, como é o caso das leis que, já sancionadas, encontram-se no período chamado *vacatio legis*.²²⁸:

Durante aqueles quarenta e cinco dias, a norma já é válida (já pertence ao ordenamento), mas não é vigente, ou seja, a sua validade fica suspensa. Assim, nesse período, ela convive com normas que lhe são contrárias que continuam válidas e vigentes até que ela própria comece a vigor, quando, então, as outras estarão revogadas.²²⁹

A norma vigente, contudo, sempre é válida. Isso porque a vigência é uma qualidade da norma que se refere ao tempo de validade, ou seja, desde que passa a ter força vinculante até sua revogação. Quando a norma é vigente, significa que a autoridade já está imunizada, e, portanto, há obrigatoriedade do comportamento prescrito.

Vigor, por sua vez, é a qualidade da norma que diz respeito a sua força vinculante, não havendo como subtrair-se de seu império. Distingue-se também da validade e da vigência. É possível que uma norma não possua validade nem vigência e ainda assim esteja em vigor, como acontece no caso de normas que, mesmo revogadas, ainda produzem efeitos (ultratividade).

Temos, portanto, em Ferraz Jr., uma clara distinção entre validade, vigência e vigor.²³⁰

²²⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 197-199.

²²⁸ Cf. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 1º, que determina que uma lei começa a ter vigência quarenta e cinco dias após sua publicação, salvo se na publicação for disposto de outro modo.

²²⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 198.

²³⁰ A esse respeito, Ferraz Jr. resume em seu livro **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 203.

4.2 Efetividade da norma jurídica

Enquanto a validade de uma norma depende de outra norma (aspecto-relato da norma imunizando o aspecto-cometimento de outra), a efetividade diz respeito à relação de adequação do aspecto-cometimento com o aspecto-relato de uma mesma norma.²³¹

Ferraz Jr. propõe um conceito pragmático de efetividade que conjuga as concepções - por ele classificadas - sintáticas e semânticas. Pela concepção “sintática”, efetividade confunde-se com eficácia, que é a aptidão da norma para produzir efeitos jurídicos, independentemente de sua produção (eficácia técnica); já para a visão “semântica”, efetividade seria uma qualidade da norma que é socialmente cumprida, ou seja, aplicada concretamente (eficácia social). Para a pragmática, efetiva é

[...] a norma cuja adequação do relato e do cometimento garante a possibilidade de se produzir uma heterologia equilibrada entre editor e endereçado. Este equilíbrio significa que o cometimento é tranqüilo, permanecendo, em segundo plano, de tal modo, que os efeitos podem ser produzidos.²³²

Quando o relato exprime mal o cometimento, ou se o faz limitadamente, há um comprometimento do seu cometimento, que se dá em diversos graus. Tal situação pode ocorrer por falha, mas também de modo intencional.²³³ Assim, uma norma pode ser *plenamente eficaz*, *contidamente eficaz* ou *limitadamente eficaz*.²³⁴ Será plenamente eficaz quando for apta a produzir os efeitos previstos de forma imediata (neste caso, a metacomplementaridade não sofre restrições); será contidamente eficaz se apta a produzir efeitos imediatos, porém com restrições por ela mesma previstas (a metacomplementaridade não sofre restrições além das previstas pela própria autoridade); e será limitadamente eficaz se a possibilidade de produzir os efeitos nela previstos for mediata, dependendo de normação ulterior (nesse caso, o cometimento está no limite da inadequação: é possível identificar o que o sujeito não deve fazer, mas não o que ele deve fazer. É o caso, por exemplo, das normas programáticas).

Sob o ângulo pragmático, uma norma pode ser eficaz (efetiva no sentido técnico) e ser inefetiva (ineficaz no sentido social). Essa concepção inclui os aspectos sintático e semântico, embora com eles não se confunda. Isso porque uma norma, pelo seu aspecto-relato, para que seja

²³¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 113-114.

²³² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 117-118.

²³³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 118.

²³⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 118.

eficaz, deve ser apta a produzir os efeitos nela previstos, mas a obediência ou a desobediência acabam por afetar o seu aspecto-cometimento.²³⁵ Assim, quando uma norma é sintaticamente eficaz, mas semanticamente inefetiva, fala-se em inefetividade por desuso ou *desuetudo*, ou seja, omissões que constituem condição para a aplicação da norma; por outro lado, se uma norma é tanto sintaticamente quanto semanticamente ineficaz, tem-se a inefetividade por *costume negativo*, ou seja, omissões que se dão porque os fatos que seriam condição para aplicação da norma não ocorrem.²³⁶ O desuso não retira a efetividade da norma jurídica, e, portanto, esta continua sendo aplicável, com maior ou menor força argumentativa; no costume negativo, a norma não foi revogada, mas, porque ineficaz, não pode ser aplicada.²³⁷

4.3 Relação entre validade, vigência e efetividade

Uma norma pode ter validade, vigência, mas não ter eficácia. Enquanto validade relaciona-se à relação de imunização entre normas, e vigência ao tempo de validade, dentro de um sistema normativo, a eficácia diz respeito à produção dos efeitos previstos na norma.

Para Ferraz Jr.,²³⁸ a inefetividade de uma norma não a torna inválida, pois “a norma editada entrou para o ordenamento, ainda que nunca tivesse produzido efeitos”.²³⁹ O que pode ocorrer, como será visto na seção 4.4.2, é a perda da validade por conta da inefetividade de sua norma-origem, esta por sua vez ocasionada pela inefetividade da própria norma em questão.

Por outro lado, uma norma inválida num sistema normativo pode ser efetiva, como é o caso das normas-origens, ou das normas inválidas que, porque não foram anuladas, tornam-se válidas (por exemplo, uma sentença de cuja decisão não se recorreu e, com isso, transitou em julgado), ou mesmo das normas inválidas que produzem efeitos até que sejam anuladas. O ordenamento jurídico (sistema normativo) convive harmonicamente com estas situações, mantendo sua coerência e imperatividade (capacidade de impor um comportamento independentemente da colaboração do endereçado). Costa observa que, pela teoria de Ferraz Jr.,

²³⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 120.

²³⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 120-121.

²³⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 121.

²³⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 199.

²³⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 199.

[...] somente o conceito de validade não é passível de dar conta da identificação do direito. Pelo conceito de validade, é possível identificar certas formas de relação normativa, mas esse mesmo conceito não permite compreender todo normativo do direito positivo como sistema global e vinculante. No momento de compreendê-lo, não se usa apenas a categoria da validade. Muitas vezes, aparecem também a categoria da invalidade e a categoria da efetividade sem que isso deixe de ser uma resposta coerente do sistema à situação.²⁴⁰

Em outras palavras, significa dizer que o sistema continua funcionando, ainda que a categoria da validade não dê conta de sua tarefa, que é a de tornar possível a decisão de conflitos. E a dogmática jurídica cumpre importante função, ao atuar no controle do funcionamento desse sistema, contribuindo, também, para a sua calibração. Para entender melhor essas questões, é necessário compreender o que é um sistema normativo e quais são as suas características, tarefa que será empreendida nas seções subseqüentes.

4.4 O ordenamento jurídico

4.4.1 Ordenamento enquanto sistema

O termo ordenamento traz consigo a noção de sistema, concepção típica da Era Moderna, em face da exigência de racionalização do direito,²⁴¹ que passa a ser mutável por decisão. Essa noção foi consolidada a partir do século XIX, com o fenômeno da positivação.

Ferraz Jr., a partir da teoria dos sistemas de Luhmann,²⁴² vê no sistema jurídico um subsistema auto-referencial (ou autopoietico) no interior de um sistema social global,²⁴³ que se

²⁴⁰ COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e. **A filosofia jurídica como saber meta-ideológico**: anotações a partir da função social da dogmática jurídica no enfoque de Tercio Sampaio Ferraz Jr. In: _____; RODRIGUEZ, José Rodrigo; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Org.). **Formalismo, dogmática jurídica e estado de direito**: um debate sobre o direito contemporâneo a partir da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Cadernos de Direito FGV. São Paulo, v.7 n.º 3, mai. 2010. p. 148. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7849/Caderno%20Direito%20GV%20-%2035%20-%20site.pdf?sequence=5>>. Acesso em: 22 nov. 2011.

²⁴¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 69.

²⁴² Não sendo objeto deste trabalho discorrer sobre a teoria de Luhmann, apenas cabem-nos algumas considerações acerca de sua teoria de sistemas: para o sociólogo alemão, um sistema diferencia-se do seu entorno (teoria da diferenciação), reduzindo sua complexidade ao selecionar certas possibilidades e excluir outras. A complexidade tem no “mundo” sua mais alta referência, embora na noção de “mundo” não esteja contida a noção de entorno nem de sistema porque não tem entorno (este ponto foi aprofundado na nota n.º 40). Nesses termos, uma interação é um sistema; fora desse sistema (entorno) ocorrem outras situações, alheias a esse sistema; porém há possibilidade de importação e de exportação de informações, controlada pelo próprio sistema. Em outras palavras, a diferenciação sistema/entorno só é possível pelo próprio sistema, e não por um observador externo.

diferencia deste por meio de atributos peculiares, e tem capacidade de se auto-estabilizar em face de perturbações tanto externas quanto internas.²⁴⁴ Trata-se de um subsistema do tipo aberto, que permite a importação (*input*) e a exportação (*output*) de informações com outros sistemas (o dos conflitos sociais, políticos ou religiosos, por exemplo), com o fim de impedir a continuação de conflitos.²⁴⁵ Enquanto sistemas abertos, os sistemas normativos são *globais* e *não-somativos*: globais porque coesos, onde a variação de uma parte afeta o todo e vice-versa, e não-somativos porque suas qualidades não resultam da soma das qualidades das partes.²⁴⁶ E a imperatividade do sistema – conforme será visto a seguir – reside justamente nessas qualidades.²⁴⁷

Consoante o modelo proposto por Watzlawick-Beavin-Jackson, toda e qualquer parte de um sistema aberto

[...] está relacionada de tal forma modo com as demais partes que uma mudança numa delas provocará uma mudança em todas as partes e no sistema total. Isto é, um sistema comporta-se não como um simples conjunto de elementos independentes mas como um todo coeso e inseparável. [...] se variações numa parte *não* afetam as outras partes nem o todo, então essas partes são mutuamente independentes e constituem uma “acumulação” (para usarmos um termo da literatura dos sistemas) que não é mais complexa do que a soma de seus elementos. [...] A *não-somatividade*, portanto, como corolário da noção de globalidade, fornece uma diretriz para a definição de um sistema. Um sistema não pode ser considerado a soma de suas partes; com efeito, a análise formal de segmentos artificialmente isolados destruiria o próprio objeto de interesse.²⁴⁸ (grifos dos autores)

Um sistema social como o direito, para Luhmann, é um sistema autopoiético, auto-referencial, operacionalmente fechado e funcionalmente aberto. Ou seja, para diferenciar-se, fecha-se operacionalmente, produzindo seus próprios elementos (autopoiese), inclusive as operações que são necessárias à produção de mais operações. É funcionalmente aberto porque admite a importação e a exportação de informações em relação ao entorno, sem perder sua estabilidade (nesse sentido, Luhmann distingue *feedback* positivo e *feedback* negativo, sendo que o primeiro tende a provocar mudanças no sistema, enquanto que o segundo tende a manter sua estabilidade. O *feedback* positivo é especialmente problemático, pois ele pode “ameaçar” a estabilidade do sistema). Cf. LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, e NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro. **O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a teoria dos sistemas sociais**. In: UFRGS. **Sociologias**. Ano 8, nº 15. Porto Alegre, 2006. pp. 182-207 Disponível em <<http://www.ufrgs.br/geu/O%20que%20de%20complexo.pdf>>. Acesso em 04 nov. 2011.

²⁴³ BASTOS JR., Luiz Magno Pinto. **Elementos para uma epistemologia jurídica crítica a partir do pensamento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior**. In: **Novos Estudos Jurídicos**. v. 8, nº 1. pp. 41-70. Itajaí: Univali, 2003. p. 44. Disponível em <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/312/257>>. Acesso em 29 set. 2011.

²⁴⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 193.

²⁴⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 141.

²⁴⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 142.

²⁴⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 142.

²⁴⁸ WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1973. pp. 112-113.

E, segundo esses mesmos autores, as seqüências comunicacionais são reciprocamente inseparáveis, segundo o axioma da impossibilidade de comunicação. Logo, a interação tem como característica a não-somatividade.²⁴⁹

Um sistema, para Ferraz Jr., é formado por

[...] um conjunto de objetos e seus atributos (repertório do sistema), mais as relações entre eles, conforme certas regras (estrutura do sistema). Os objetos são os componentes do sistema, especialmente pelos seus atributos, e as relações dão o sentido de coesão ao sistema.²⁵⁰

Objetos são os componentes ou partes do sistema; atributos, as propriedades dos objetos. As relações, por sua vez, dão coesão ao todo.²⁵¹ Nesse sentido, o sistema ou ordenamento jurídico deve ser compreendido a partir da correlação de seu repertório com sua estrutura. Assim, os sistemas normativos jurídicos têm por objeto (repertório) normas jurídicas,²⁵² relacionadas entre si por meio de regras que garantem a coesão do próprio sistema.²⁵³ Essas relações são de imunização contra certas reações dos endereçados e de produção de certas reações (exigência de obediência), que dão validade às normas. As relações de imunização, por sua vez, são reguladas pelas regras de calibração, que garantem sua imperatividade.²⁵⁴

As normas jurídicas constituem o repertório do (sub)sistema normativo, estando este mesmo incluído no sistema jurídico, que incorpora outros modos discursivos que não as normas: este abrange também elementos “não normativos”, como, por exemplo, as definições (tais como a definição de doação, no Código Civil brasileiro), as disposições classificatórias (tais como as classificações de bens, também dispostas no Código Civil brasileiro) e as exposições oficiais de motivos, uma vez que não têm imposição vinculante e institucionalizada.²⁵⁵ Esse repertório, para que tome a forma de um sistema, deve ser “organizado”. Essa função é exercida pelas

²⁴⁹ WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação.** Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1973. p. 114.

²⁵⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica.** 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 140.

²⁵¹ WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação.** Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1973. p. 109.

²⁵² Aqui se destaca a visão pragmática de que os “objetos dos sistemas interacionais são melhor descritos não como indivíduos mas como pessoas-comunicando-com-outras pessoas”. Cf. WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação.** Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1973. p. 109.

²⁵³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica.** 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 141.

²⁵⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica.** 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 141.

²⁵⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 176.

estruturas.²⁵⁶ Nesse sentido, fazem parte da estrutura do sistema as fontes do direito que são provenientes da razão jurídica, quais sejam, a doutrina, os princípios gerais do direito, a equidade e a analogia.²⁵⁷

O ordenamento jurídico não se reduz a uma única unidade hierárquica, e, portanto, não tem estrutura de pirâmide, como, por exemplo, propuseram Kelsen e Bobbio.²⁵⁸ Para Kelsen, a norma fundamental é pressuposta pela razão, sendo válida porque ela é condição transcendental para o pensar. Bobbio, por outro lado, vê na norma fundamental uma norma que é posta por um ato de poder, e, portanto, sua validade está intimamente relacionada a efetividade (ou o poder é efetivo, ou não é poder). Como afirma o juspublicista brasileiro, “a posição pragmática é de que o sistema do ordenamento, não se reduzindo a uma (única) unidade hierárquica, não tem estrutura de pirâmide, mas estrutura circular de competências referidas mutuamente, dotada de coesão”,²⁵⁹ em que as competências se entrecruzam. Segundo essa estrutura, criam-se “cadeias normativas que, dentro do sistema, podem assumir formas hierárquicas, embora as diversas cadeias, entre si, guardem, antes, formas circulares de competências entrecruzadas, de mútuas limitações”.²⁶⁰ Essa concepção é coerente com o princípio pragmático da interação, dado que o comportamento de cada pessoa afeta e é afetado pelo comportamento de outras pessoas. Introduce-se, aqui, a noção de *feedback* ou retroalimentação (conceito este trazido da cibernética), segundo a qual “parte do produto de um sistema é reintroduzida no sistema como informação sobre o produto resultante”.²⁶¹ Conforme asseveram Watzlawick-Beavin-Jackson, retroalimentação e circularidade “constituem o adequado modelo causal para uma teoria de sistemas interacionais.”²⁶²

A retroalimentação pode ser positiva ou negativa. A positiva atua no sentido de aumentar o desvio do produto, provocando mudanças e a conseqüente perda da estabilidade do sistema,

²⁵⁶ Embora muitas vezes essas próprias regras sejam positivadas e, com isso, façam parte do repertório do sistema.

²⁵⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 249.

²⁵⁸ Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 188-189.

²⁵⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 191.

²⁶⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica.** 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 148.

²⁶¹ WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana:** um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1973. p. 27.

enquanto a negativa atua no sentido de que a informação é usada para diminuir o desvio do produto de um conjunto de normas ou tendências.²⁶³ No âmbito do sistema normativo, Ferraz Jr. vê nas reações que reforçam a metacomplementaridade uma retroalimentação negativa (mantém o sistema), enquanto que nas reações que levam à simetria, uma retroalimentação positiva (leva ao rompimento da comunicação).²⁶⁴

Sendo o ordenamento jurídico um sistema não-piramidal, não há que se falar em *uma norma fundamental*, que dá validade a todas as demais normas dela derivadas, como defendia Kelsen.²⁶⁵ Por outro lado, a relação de imunização não pode se realizar em série infinita, uma vez que se trata de uma relação de imputação, e não causal,²⁶⁶ necessitando, então, da identificação de uma *norma-origem* sobre a qual as demais normas (normas derivadas²⁶⁷) se apóiem para que sejam válidas no sistema.

Em realidade, o sistema admite não apenas uma norma-origem, mas várias delas. Essas normas-origem, entretanto, não podem ser consideradas nem válidas, nem inválidas, pois não há norma superior que as imunize, e ao mesmo tempo podem ser inválidas perante outras normas-origens.²⁶⁸ Assim, um sistema normativo admite várias cadeias normativas com diversas normas-origens, até mesmo incompatíveis entre elas. A coesão do sistema é garantida pelas relações de calibração, em que repousa a imperatividade do ordenamento jurídico.

4.4.2 Relação de calibração e imperatividade da norma e do sistema

²⁶² WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação.** Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1973. p. 115.

²⁶³ WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação.** Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1973. p. 27.

²⁶⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 141.

²⁶⁵ Nos dizeres daquele autor: “A função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objectiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de actos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz [...]”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. v. II. 2ª ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1962. p. 19. Note-se que, para Kelsen, a norma fundamental, de carácter transcendental, necessariamente seria uma *norma válida*. Ferraz Jr., diversamente, vê nas normas-origem normas nem válidas nem inválidas: são apenas *efetivas* e dotadas de *imperatividade*.

²⁶⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 190.

²⁶⁷ Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 146-147.

²⁶⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 142.

Normas-origens são normas efetivas, que dão início a novas cadeias normativas válidas no sistema.²⁶⁹ Sua imunização se dá não por meio de normas, mas por meio de regras que não são normas, mas fazem parte do sistema, e que representam a institucionalização (e, portanto gozam de consenso presumido de terceiros) de uma situação de fato, de um conjunto de situações favoráveis, que dão imperatividade à norma. Essas regras são chamadas por Ferraz Jr. de *regras de calibração*. Conforme Ferraz Jr.:

Normas-origem são normas efetivas (ocorrem numa situação de fato favorável), dotadas de império e primeiras de uma série. Como não guardam nenhuma *relação* com qualquer *norma* antecedente, não são válidas, apenas imperativas, isto é, têm força impositiva. E as regras responsáveis por sua imperatividade são regras estruturais do sistema ou regras de calibração. Daí podermos dizer que a imperatividade expressa uma relação de calibração, ou seja, uma relação não com outra norma, mas com uma regra de ajustamento.²⁷⁰

As regras de calibração funcionam como uma espécie de “termostato”,²⁷¹ a garantir a estabilidade do sistema: quando uma cadeia normativa não dá conta de solucionar um conflito dado, o sistema exige uma mudança no seu “padrão de funcionamento” (por exemplo, “padrão-efetividade”, “padrão-legalidade”, “padrão dos regimes de exceção”),²⁷² o que ocorre com a criação de uma norma-origem, da qual se desencadeia uma nova série normativa.²⁷³ Essa mudança é dinâmica, em que o sistema vai de um padrão para ou outro, cria novos padrões, extingue outros. Exemplo é o das lacunas do ordenamento: a regra de calibração segundo à qual é defeso ao juiz deixar de julgar sob o argumento de falta ou obscuridade da lei faz com que o magistrado crie uma norma, provocando uma mudança do padrão-legalidade para o padrão-

²⁶⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 142.

²⁷⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 191. Grifos do autor.

²⁷¹ Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 191-192. Nesse sentido, Watzlawick-Beavin-Jackson, ao tratar da calibração de um sistema interacional, didaticamente fazem analogia ao termostato de um aquecedor doméstico: “O termostato está regulado ou calibrado para uma determinada temperatura ambiente e as flutuações abaixo dessa temperatura ativam o aquecedor até que o desvio seja corrigido (retroalimentação negativa) e a temperatura ambiente volte de novo ao âmbito calibrado. Vejamos, entretanto, o que acontece quando se modifica a regulagem do termostato, isto é, quando se fixa uma temperatura superior ou inferior; há uma diferença no comportamento de um sistema como um todo, embora o mecanismo da retroalimentação negativa continue sendo exatamente o mesmo”. Cf. WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1973. p. 132.

²⁷² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 196-197.

²⁷³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 192

efetividade, que em seguida volta ao padrão-legalidade.²⁷⁴ A decisão será uma nova norma-origem (é o caso, por exemplo, das súmulas do STF).²⁷⁵ O mesmo vale para perturbações externas, como, por exemplo, um golpe militar, com a promulgação de uma nova constituição. As regras de calibração estão “espalhadas pelo sistema”, e “permitem determinar, em cada caso, a relação de autoridade, a meta-complementaridade, fazendo com que o sistema normativo, como um todo, mantenha sua capacidade de terminar conflitos, pondo-lhes um fim”.²⁷⁶ Essa capacidade não é determinada pelas condições iniciais do sistema (uma norma fundamental), mas pelo “parâmetro” do sistema, ou seja, na sua organização atual, com seus padrões de funcionamento (regras de calibração).²⁷⁷ Como resumiu Costa,

[...] mesmo quando uma série normativa não dá conta das demandas sociais a partir do discurso da validade, o sistema não pára de funcionar. O funcionamento do sistema apenas muda de padrão para poder continuar funcionando [...] a teoria pragmática de nosso homenageado [Ferraz Jr.] ultrapassa a definição do direito como um conjunto de normas válidas juridicamente. O direito positivo não é, simplesmente, um conjunto de normas válidas. Em sua teoria, o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] assume que o sistema jurídico pode abarcar normas válidas e inválidas. A justificação do direito positivo, nesse caso, decerto não corresponde diretamente à relação entre direito, moralidade e justiça, mas está presente e se perfaz pela calibração da norma por regras de ajustamentos, as quais podem se encontradas na moral, na religião, na prática política, na jurisprudência dos tribunais etc.²⁷⁸

Da relação entre a norma-origem e a regra de calibração, resulta da imperatividade daquela, que é imunizada contra desconfirmação do endereçado. Uma norma é imperativa quando pode impor um comportamento independentemente da colaboração do interessado, sendo ela, por isso, apta a produzir efeitos imediatos, ainda que inválida.²⁷⁹ Trata-se de uma relação entre o aspecto-cometimento de uma norma e o aspecto-cometimento de outra norma. Ferraz Jr. admite, então, que uma norma inválida pode perfeitamente integrar o sistema e ter força

²⁷⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 193-194.

²⁷⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 148.

²⁷⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 137-138

²⁷⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 141-142.

²⁷⁸ COSTA, Carlos Eduardo Batalha da. **A filosofia jurídica como saber meta-ideológico: anotações a partir da função social da dogmática jurídica no enfoque de Tercio Sampaio Ferraz Jr.** In: _____; RODRIGUEZ, José Rodrigo; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Org.). **Formalismo, dogmática jurídica e estado de direito: um debate sobre o direito contemporâneo a partir da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr.** Cadernos de Direito FGV. São Paulo, v.7 n.º 3, mai. 2010. pp. 148-149. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7849/Caderno%20Direito%20GV%20-%2035%20-%20site.pdf?sequence=5>>. Acesso em: 22 nov. 2011.

²⁷⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 134.

vinculante (efetividade). Exemplo disso são as normas inválidas que, se não declarada sua invalidade, ingressam permanentemente no sistema (por exemplo, uma sentença inválida contra a qual não haja recurso e, por isso, transite em julgado).

Como já dito, normas-origens não são válidas nem inválidas, mas efetivas.²⁸⁰ Dessa constatação, Ferraz Jr. reconhece que, em última análise, o que confere validade a uma norma não é a validade da norma imunizante, mas sim a sua efetividade.²⁸¹ Mesmo que sejam qualidades distintas, a validade e a efetividade mantêm certo grau de dependência na relação entre as normas. Isso porque uma norma derivada válida (porque norma-origem a imuniza) pode ser válida mesmo que inefetiva, porém essa falta de efetividade ocasionará a inefetividade da norma-origem, o que, por sua vez, poderá acarretar a invalidade da norma derivada.²⁸² Ante à inefetividade da norma-origem, o sistema pede uma nova norma-origem, que mantenha a imperatividade do sistema, conforme as regras de calibração.

4.4.3 O caráter ideológico dos sistemas normativos

Para Ferraz Jr. a noção de imperatividade do discurso normativo e de regras de calibração do sistema está ligada à ideologia.²⁸³ Sendo o discurso normativo um discurso racional dialógico, do tipo discussão-contra (heterológico), o que se busca é a persuasão, e não a verdade. A persuasão funda-se em um interesse (intersubjetivo), que, por sua vez, manifesta-se através de valores.²⁸⁴

“Valores são símbolos de preferência para ações indeterminadamente permanentes, portanto fórmulas integradoras e sintéticas para a representação do consenso social” (por exemplo, segurança, liberdade, patriotismo).²⁸⁵ Os valores, no discurso, constituem prismas,

²⁸⁰ “Normas-origens são normas que guardam eventualmente, entre si, relações de invalidade, mas que, em si, não são nem válidas nem inválidas, mas, apenas, efetivas, conforme as regras de calibração do sistema. As normas derivadas são, em relação às suas normas-origens, normas válidas, podendo ser inválidas em relação a outras normas-origens; em si, elas são efetivas ou inefetivas.” FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 146-147.

²⁸¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 142.

²⁸² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 147.

²⁸³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 150.

²⁸⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 150.

²⁸⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 151. Em igual sentido: **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 111.

critérios para apreciação da dimensão fática, sobre a qual incidem e na qual se realizam,²⁸⁶ pertencendo ao momento dialógico do discurso. “Valem para” os comportamentos interativos, em termos de um processo seletivo, cuja função é selecionar comportamentos.²⁸⁷

Sob o ângulo pragmático, o valor pode desempenhar uma função seletiva *justificadora* (“campo valorativo”) ou *modificadora* (“programa valorativo”). No primeiro caso, um comportamento (ou um conjunto deles) é tido como invariante, de tal modo que, sempre que ocorra, aparecerá um valor para justificá-lo. No segundo caso, o valor é visto como um fim, invariante, diante do qual são selecionados critérios para a seleção de comportamentos.²⁸⁸ Essas funções aparecem tanto no nível do aspecto-cometimento quanto do aspecto-relato do discurso normativo, e visam a persuadir o endereçado quanto a determinados comportamentos. Por esse motivo, é um instrumento de controle de comportamento.²⁸⁹

A norma jurídica não pode ser vista como axiologicamente neutra. Entretanto, os valores, para que possam cumprir sua função na norma, devem ser neutralizados, ou seja, devem perder suas características dialógicas, sendo-lhes retirada a sua reflexividade. Esse papel é desempenhado pela ideologia.²⁹⁰

Ao contrário dos valores, a ideologia é rígida e limitada, e atua no sentido de tornar “consciente” a função seletiva do valor. Cumpre o papel de valorar os valores, sistematizá-los e hierarquizá-los, retirando-os a reflexividade infinitamente regressiva e circular, para orientá-los conforme as necessidades e as possibilidades de ação,²⁹¹ esgotando as possibilidades conotativas do valor.²⁹² Ao fazer isso, ela dá um sentido aos valores, tornando-os comunicáveis, mas pervertendo-os por tirar-lhes a reflexividade que lhes é própria (por exemplo, a “liberdade”, que é um valor, mas que no discurso será uma liberdade no sentido liberal, conservador, comunista etc.). A ideologia tem, por isso, a função de dar uma consistência concreta aos valores, que são demasiadamente abstratos, possibilitando, assim, o consenso dos que precisam expressar seus

²⁸⁶FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. pp. 112-113.

²⁸⁷FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 151.

²⁸⁸FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 153. Também: **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. pp. 112-113.

²⁸⁹FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 153.

²⁹⁰FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 154-155.

²⁹¹FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 117.

²⁹²FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 139.

valores,²⁹³ e, com isso, possibilita a integração de interesses e a sua realização.²⁹⁴ Ela impõe uma relação comunicativa que decide o sentido do relato da comunicação, e nesses termos é um ato de “violência simbólica”,²⁹⁵ de imposição, e por isso constitui o momento monológico do discurso normativo. A própria dogmática jurídica insere-se nesse contexto, na medida em que é parte do *ethos* social, o qual resulta do costume, da tradição e da moralidade. Como afirmou Costa, “o processo de justificação desenvolvido pela dogmática é conseguido pela assimilação de pontos de vista ideológicos”.²⁹⁶

Assim, a ideologia garante a imperatividade da norma e do próprio sistema. Ela é metacomunicativa, e atua no sentido de estabilizar a relação autoridade/sujeito,²⁹⁷ tornando-a rígida e garantindo-a contra desconfirmações. E, segundo Ferraz Jr.:

Ela calibra o sistema normativo na medida em que só por ela é possível determinar, numa situação dada, que tipo de efetividade deve possuir ele, como um todo, para que suas normas constituam cadeias válidas e, em conseqüência, que tipo de autoridade deve ser assumida como legítima.²⁹⁸

Isso faz com que o sistema normativo seja concebido como um

[...] sistema ideológico de controle de expectativas, isto é, um sistema em que o agente age de certo modo, porque os demais agentes estão legitimamente seguros de poder esperar dele tal comportamento. Um sistema, portanto, de controle de expectativas comuns e mútuas, controle este dado, em última análise, por uma *decisão fortalecida ideologicamente e que assegura uma relação meta-complementar entre editor e endereçado*.²⁹⁹ (grifo nosso)

Quando alguém age conforme as normas, assim o faz porque acredita que os outros esperam dele essa ação. A legitimidade dessa ação, por sua vez, fundamenta-se na legitimidade

²⁹³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 112.

²⁹⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 156.

²⁹⁵ Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 175. Na próxima seção, quando tratarmos da legitimidade do sistema normativo, discorreremos mais aprofundadamente a respeito.

²⁹⁶ COSTA, Carlos Eduardo Batalha da. **A filosofia jurídica como saber meta-ideológico: anotações a partir da função social da dogmática jurídica no enfoque de Tercio Sampaio Ferraz Jr.** In: _____; RODRIGUEZ, José Rodrigo; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Org.). **Formalismo, dogmática jurídica e estado de direito: um debate sobre o direito contemporâneo a partir da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr.** Cadernos de Direito FGV. São Paulo, v.7 n.º 3, mai. 2010. p. 151. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7849/Caderno%20Direito%20GV%20-%2035%20-%20site.pdf?sequence=5>>. Acesso em: 22 nov. 2011.

²⁹⁷ Por esse motivo, constitui a estrutura monológica do discurso normativo.

²⁹⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 157.

²⁹⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 158.

da expectativa dos outros, que é dada sempre pela valoração ideológica. A questão da legitimidade diz respeito ao próprio ordenamento jurídico, enquanto justificativa para a própria imperatividade deste.

4.4.4 Legitimidade do sistema normativo

Ferraz Jr. compara o sistema normativo a um “jogo sem fim”, pelo qual os participantes combinam de inverter o sentido do que é falado.³⁰⁰ Por exemplo, “quero andar” significa “não quero andar”. Esse jogo não tem fim porque quando um jogador disser “quero continuar jogando”, embora possa ser entendido como “não quero continuar jogando”, também pode ser compreendido no sentido afirmativo, pois que a afirmação foi feita dentro de seus quadros. Para que isso não ocorra, é necessário que os jogadores estabeleçam, antes, uma metacomunicação que ponha fim a jogo (por exemplo, algum sinal ou língua específica), ou recorrer a um mediador, que está de fora do jogo, ou ainda marcar um tempo limitado, depois do qual o jogo se encerra.

O sistema normativo é um típico caso de jogo sem fim, pois, devido ao princípio da impossibilidade de não comunicar, ao interromper o “jogo” anterior instaura uma nova comunicação. Também é um jogo sem início, porque não se concebe a interação humana sem a presença de normas.³⁰¹ Tal situação impossibilita a avaliação, do ângulo interno, quanto à *legitimidade* do próprio direito. A solução seria, então, o recurso a um padrão externo (aos moldes das regras estipuladas no “jogo sem fim), que pudesse interromper o jogo sistema normativo. Entretanto, tal situação na prática também é difícil, pois:

a. o estabelecimento de uma figura metacomunicacional, como, por exemplo, a Constituição e suas regras, é uma fórmula apenas aparentemente externa ao jogo. Como não há na comunicação normativa uma metalinguagem que estabeleça uma comunicação sobre a comunicação, as próprias regras de alteração da Constituição acabam por se incluir no próprio

³⁰⁰ Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 169-171; **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 364-365.

³⁰¹ “Ora, o direito assemelha-se a um jogo desse gênero, com a agravante de que não só não tem fim, mas também não tem começo: estamos desde que nascemos dentro do direito e todas as nossas condutas são jurídicas, conforme o princípio “o que não está proibido está permitido”, havendo que entenda até mesmo o juridicamente *indiferente* como *juridicamente* indiferente”. Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 365. (grifos do autor)

sistema normativo, e, portanto, ficam sujeitas ao exame de sua própria legitimidade.³⁰² A Constituição é a primeira das normas dentro de um sistema normativo;³⁰³

b. o recurso a um mediador, que está fora do jogo, é impraticável, por que este também deve estar armado de instrumentos normativos (seria uma espécie de “superdireito”), tão somente transferindo o problema para outro nível;³⁰⁴ e

c. da mesma forma, a conceptualização do tempo exige a participação de um terceiro que não participa do jogo, neutro, e que tenha uma visão histórica universal capaz de dizer quando um determinado sistema tornou-se superado.³⁰⁵ Ainda que isso fosse praticável, apenas explicaria os fundamentos da legitimidade, mas não a fundamentaria.³⁰⁶

Ora, se um critério interno se relativiza dentro do próprio sistema, e um critério externo é inviável, deve-se buscar outro critério que fundamente a legitimidade de um sistema normativo. Ferraz Jr. vê como fundamento último da legitimidade o próprio caráter aporético do discurso normativo, que repousa num momento ideológico que exclui do dever de prova certas asserções, e, portanto, é dogmático.³⁰⁷ Aporia é uma “dificuldade de ordem racional, aparentemente sem saída”,³⁰⁸ ou uma dificuldade lógica da qual não se pode escapar.³⁰⁹ Trata-se, como Ferraz Jr. ressaltou, de “uma questão sempre posta e renovadamente discutida”.³¹⁰ Tal ocorre porque a norma é posta *na e pela* situação comunicativa heterológica, ou seja, dentro do próprio sistema.³¹¹

³⁰² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 171.

³⁰³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 365..

³⁰⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 171.

³⁰⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 365.

³⁰⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 171.

³⁰⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 168.

³⁰⁸ Cf. HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Miniaurélio século XXI: o minidicionário da língua portuguesa**. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. p. 53.

³⁰⁹ “Chez les modernes, le mot est plus fort: difficulté logique d’où l’on ne peut sortir; objection ou problème insolubles.” Cf. LALANDE, André. **Vocabulaire technique et critique de la philosophie**. 5ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1947. p. 67.

³¹⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Prefácio do tradutor**. In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 4. Viehweg, a partir do pensamento aristotélico, define aporia como sendo “precisamente uma questão que é estimulante e iniludível, designa a ‘falta de caminho’, a situação problemática que não é possível eliminar, e que Boécio traduziu, talvez de modo frágil, pela palavra latina dubitatio.” Cf. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 33.

³¹¹ Como asseverou Luhmann, “la comunicación permanece siempre como una comunicación interior: nunca abandona el sistema ya que los enlaces sólo pueden llevarse a cabo dentro del sistema”. Cf. LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 70.

Por isso, não há como solucionar essa questão a partir da noção de uma “norma fundamental”: a legitimidade está na própria atividade (atualidade) do sistema.³¹²

Segundo Ferraz Jr.,

A legitimidade conhece instâncias, sem que haja uma instância superior que decida inapelavelmente da legitimidade das próprias instâncias, pois o padrão do sistema normativo, sendo circular, expressa relações entrecruzadas e concorrentes, onde os editores se apóiam mutuamente e, mesmo quando se excluem, têm de estar voltados uns aos outros.³¹³

Não se pode, portanto, recorrer a uma instância superior legitimadora, motivo pelo qual não se pode, também, recorrer à idéia de norma fundamental. A própria noção de soberania, enquanto instância legitimadora, em realidade tem um caráter aporético: só se pode entender soberania “se houver complementaridade, em que um manda e outro obedece, e soberano é aquele que ‘obedece’ a si próprio, é emissor e receptor complementar de si próprio”.³¹⁴ Se para os discursos homológicos tal concepção não faz sentido, para a lógica dos discursos heterológicos esse caráter é o que viabiliza os discursos decisórios.³¹⁵ Assim, o discurso normativo, dentro dos quadros da racionalidade, assume a aporia como ponto de partida, em vez de negá-la.

O discurso normativo prescinde, enquanto decisão, da verdade, dada sua heterologia. Seu caráter normativo, entretanto, se dá na estrutura monológica, apoiando-se num consenso fictício,³¹⁶ que é garantido pela ideologia. Assim, a ideologia garante a imperatividade do sistema, num momento autoritário (e não persuasivo), configurando-se um *certum*, em nível de cometimento, mas também está presente na estrutura dialógica, caracterizada como um *dubium*, em nível de relato, já que os valores que ela possibilita devem ser comunicados.

³¹² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 178. Neste ponto, Watzlawick/Beavin/Jackson elucidam: “Enquanto que nas cadeias lineares e progressivas é significativo falar sobre o princípio e o fim de uma cadeia, esses termos são desprovidos de significação em sistemas dotados de circuitos de retroalimentação. Não existe princípio e fim num círculo. Pensar em função de tais sistemas forçamos a abandonar a noção de que, por exemplo, o evento *a* ocorre primeiro e o evento *b* é determinado pela ocorrência de *a*, visto que, pela mesma lógica defeituosa, poder-se-ia afirmar que o evento *b* precede *a*, dependendo de onde escolhêssemos, arbitrariamente, romper a continuação do círculo. Mas [...] essa lógica defeituosa é constantemente usada pelos participantes individuais da interação humana, quando ambas as pessoas A e B pretendem estar apenas reagindo ao comportamento do parceiro, sem se aperceberem de que, por seu turno, influenciam também o parceiro pela sua reação”. WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana**: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1973. pp. 41-42.

³¹³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 178.

³¹⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 179.

³¹⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 178.

³¹⁶ A esse respeito, já discorreremos ao tratar da institucionalização, na seção 1.2.2.

Neste ponto, Ferraz Jr. busca um afastamento de Luhmann, para o qual o direito legitima-se pelo procedimento, fundado na “crença” na legalidade, sem que haja propósito funcional algum em questionar seus fundamentos. Para o juspublicista brasileiro, a proposta daquele sociólogo é uma forma “pervertida” de comunicação, na medida em que ilude o endereçado, dissimulando as reais intenções do editor, por não obedecer às regras de fundamentação do discurso.³¹⁷

Para Ferraz Jr., todo discurso normativo é uma violência simbólica,³¹⁸ enquanto imposição de um poder arbitrário que decide o sentido do relato da comunicação. Trata-se de uma imposição arbitrária no sentido de seleção fortalecida do sistema de opções (decisões sobre decisões), não se confundindo com imposição pela força ou com imposição gratuita.³¹⁹ Ao contrário, embora o poder tenha em sua base relações de força, ele as dissimula, agregando sua própria força simbólica a essas relações de força. Ferraz Jr. adverte que “a força física, como base do poder, tem alcance limitado e tende a se esgotar rapidamente, pois sem os esquematismos jurídicos, as relações de força se tornam patentes e têm menos chances de se manterem”.³²⁰ A força deve ser uma alternativa a ser evitada,³²¹ de tal forma que, quando usada concretamente, este uso seja demonstrado como paradigmático e não como um exercício contínuo e normal. “Mais importante do que usar a *força é demonstrar que seria uma loucura provocar seu uso*”.³²²

³¹⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 174.

³¹⁸ Aqui se faz sentir a relação do *direito* com *poder*, este último visto pelo autor também como comunicação. Nesse sentido: FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003. pp. 35-63.

³¹⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 175-176.

³²⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 63.

³²¹ Isso porque, na filosofia de Ferraz Jr., o poder é um meio de comunicação. Por meio da força física uma ação eliminaria a outra, impedindo a transmissão das premissas decisórias, que justamente é base desse poder-comunicação. Por esse motivo, a força é constitutiva do poder enquanto alternativa a evitar. Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 55.

³²² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 63. Grifos do autor. Bobbio, neste sentido, afirma que a força não fundamenta nem o poder, nem o direito: “Em primeiro lugar não se deve confundir o *poder* com a *força* (particularmente com a força física). Falando em poder originário, falamos das forças políticas que instauram um determinado ordenamento jurídico. Que esta instauração tenha acontecido mediante o exercício da força física não está implícito no conceito de poder. Pode-se muito bem imaginar um poder que repouse exclusivamente sobre o consenso. Qualquer poder originário repousa um pouco sobre a força e um pouco sobre o consenso. Quando a norma fundamental diz que se deve obedecer ao poder originário, não deve absolutamente ser interpretada no sentido de que devemos nos submeter à violência, mas no sentido de que devemos nos submeter àqueles que têm o poder coercitivo. Mas esse poder coercitivo pode estar na mão de alguém por consenso geral. [...] Nesse sentido, a força é um instrumento necessário do poder. [...] A força é necessária para exercer o poder,

Por esse motivo, a força, para o direito, tem um sentido de ocorrência futura a ser evitada, por meio da ameaça de sanção.³²³ Nesse sentido, o fundamento de legitimidade do direito é o uso ideologicamente justificado da força, que, não pertencendo ao aspecto-cometimento do discurso normativo, passa a fazer parte de seu aspecto-relato, na forma de ameaça de sanção.

Assim, as ideologias expressam o domínio de valores e finalidades já valorados ideologicamente, o que permite apenas uma discussão (dialógica) técnico-instrumental.³²⁴ Não há como fugir dos limites ideológicos, pois uma visão externa do direito não é viável: é um jogo sem fim. Isso explica o “momento da dogmaticidade do direito”.

5 CONCLUSÃO

mas não para justificá-lo”. Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. pp. 65 e 66. Grifos do autor.

³²³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003. pp. 55-56.

³²⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 121.

A partir da constatação de que o problema central da ciência do direito contemporâneo é a decidibilidade dos conflitos, Tercio Sampaio Ferraz Junior apresenta um modelo teórico de dogmática jurídica, de cunho eminentemente tecnológico, que concebe o direito a partir de um complexo sistema comunicacional, cujo objetivo é o controle de comportamentos. O centro articulador do seu modelo é a norma jurídica, uma vez que, para ele, o jurista concebe as relações sociais normativamente, por imputação de normas a situações sociais.

Assim, sua proposta é a de tratar o direito, enquanto um sistema explicativo do comportamento humano, do ângulo normativo, sem afirmar que ele se reduza a normas, e sob um viés específico, que é o da pragmática jurídica, sem afirmar que a norma possua apenas essa dimensão. A norma, então, é vista como uma comunicação, e, portanto, como uma interação entre as partes, intermediada por signos. As normas jurídicas, assim, podem ser vistas como “discursos normativos”, estes entendidos como mecanismos de controle de comportamentos, cujo objetivo é a decisão jurídica.

A teoria de Ferraz Jr., formulada a partir de uma investigação zetética, parte do pressuposto de que é impossível a não-comunicação. Comportar-se é comunicar-se, interagir. Da interação emergem conflitos, devido à complexidade e à contingência das situações comunicativas, que propiciam as desilusões de expectativas. O direito, nesse contexto, tem a função de estabilizar certas expectativas selecionadas, atribuindo-lhes um grau de generalização congruente, por meio da estabilização temporal (normatização), estrutural (institucionalização) e prática (generalização de conteúdos), que se inter-relacionam. Essa generalização visa à solução de conflitos com a mínima perturbação social, e se dá basicamente pela normatização.

Sob o viés da pragmática jurídica de Ferraz Jr., normas são discursos racionais, de caráter ambíguo, em que o editor normativo (legislador ou juiz, por exemplo), diante de um conflito que pede decisão, é um terceiro comunicador, que assume a posição de orador, em face dos endereçados normativos. Diferentemente, porém, da regra estruturante do discurso dialógico, o ônus da prova é imputado aos endereçados, pois o editor está em posição fortalecida: suas palavras não configuram tema, mas premissa da discussão. Essa posição se dá pela institucionalização, que garante a instauração de uma relação metacomplementar na qual o editor impõe uma relação de autoridade em face dos endereçados, que assumem a condição de sujeitos normativos. O fenômeno da normatização está vinculado a uma estabilização temporal de expectativas, de caráter não-adaptativo e, portanto, contrafático. Para que essas expectativas

sejam mantidas, há necessidade de que o editor normativo esteja respaldado por terceiros, alheios à relação, a presumir um consenso anônimo e geral. As instituições justamente cumprem o papel de ativar e economizar o consenso geral presumido de terceiros, sem que haja a necessidade de avocá-los em toda e qualquer situação que exija decisão. Nesse sentido, é condição de autoridade do editor normativo a sua institucionalização, que, quando representa um consenso presumido em seu mais alto grau (consenso social), confere juridicidade à norma. Nesse sentido, é necessário que o conteúdo transmitido seja generalizável, por meio dos papéis sociais, valores e ideologias.

Vista a norma enquanto um discurso, e, portanto, enquanto uma relação entre orador e ouvinte, este tem características peculiares porque ambíguo em sua estrutura: o orador (editor normativo), que é um terceiro comunicador, assume e impõe uma relação de autoridade, submetendo os ouvintes à condição de sujeitos. Essa relação estabelece-se em nível de cometimento da comunicação normativa (é metacomunicacional, portanto), e compõe a estrutura monológica do discurso normativo, porque não pode ser atacado e, segundo, Ferraz Jr., é expresso por meio dos operadores normativos de obrigação, proibição e permissão. A relação autoridade/sujeito prescinde do cumprimento efetivo do relato. Como, porém, o descumprimento constante pode levar ao rompimento da comunicação, o editor, sem abrir mão de sua autoridade, a suspende, aparecendo, também, como parte argumentante, para que sua autoridade também possa ser compreendida. Aí reside o momento dialógico do discurso normativo.

Na estrutura dialógica do discurso, que aparece no seu relato, o editor normativo surge como parte argumentante, enquanto que os sujeitos, como intérpretes. Nesse momento o editor utiliza-se de técnicas de persuasão, prevendo, também, a sua reação no caso de desconfirmação ou rejeição por parte do endereçado. Trata-se, portanto, de um discurso heterológico, pois não é a verdade que é buscada, mas sim a persuasão. Como o aspecto-relato do discurso tem caráter dialógico, e por tanto dotado de reflexividade (é um *dubium*), a tópica exerce importante papel, enquanto técnica orientada à resolução de problemas. Esse estilo, cujo desenvolvimento é atribuído em suas nuances modernas a Viehweg, serve como ponto de partida para a argumentação, a fim de se estabelecerem premissas aceitas para a discussão. Esse é o campo para a interpretação (hermenêutica) e para a argumentação.

Diante da supremacia do Estado na produção das normas, estas inserem-se em complexos sistemas, chamados ordenamentos jurídicos. A concepção dos ordenamentos enquanto sistemas decorre da própria complexidade das relações entre os discursos normativos, a partir do direito

legislado. Assim, surgem as questões relacionadas a validade, efetividade e imperatividade. Ferraz Jr. vê nessas categorias também uma relação pragmática.

A validade, enquanto conceito relacional, exprime uma relação de imunização do cometimento de uma norma pelo relato, eximindo a autoridade de críticas. Já a efetividade diz respeito à adequação do aspecto-cometimento com o aspecto-relato da mesma norma, e está relacionada à aptidão para produzir efeitos. Por imperatividade entende-se uma relação entre cometimentos de normas, a partir das regras de calibração do sistema, e que dizem respeito à aptidão de impor um determinado comportamento independentemente da colaboração do endereçado. Uma norma pode ser válida e inefetiva ou destituída de imperatividade. Ou pode ser imperativa ou efetiva e, não obstante, ser inválida.

Para Ferraz Jr., com base no pensamento de Luhmann, o sistema normativo é um subsistema social, auto-referencial, fechado operacionalmente e aberto cognitivamente, ou seja, que tem capacidade de produzir seus próprios elementos, inclusive as operações necessárias à produção de novas operações (autopoiético), mas permite a importação/exportação de informações de outros sistemas. Enquanto sistema aberto é não-somativo e global, em que o todo não resulta da qualidade individual de suas partes. É, também, circular, não admitindo uma norma fundamental, mas várias normas-origem. Estas não são nem válidas nem inválidas, mas tão somente efetivas, que iniciam uma série de normas válidas.

Por isso, o sistema é capaz de produzir por si mesmo as soluções para as situações que se lhe apresentam, recorrendo não somente à categoria da validade, mas admitindo perfeitamente a existência de normas inválidas e efetivas que garantam a imperatividade do sistema como um todo. Nesse sentido, o sistema utiliza-se das regras de calibração, que buscam uma norma-origem que dê conta da tarefa de garantir a decidibilidade dos conflitos.

Para a calibração do sistema, que confere imperatividade às normas e ao sistema, a ideologia exerce papel fundamental, na medida em que só por ela é possível determinar, numa situação dada, que tipo de efetividade deve o sistema normativo possuir, para que suas normas constituam cadeias válidas e, em consequência, que tipo de autoridade deve ser tida como legítima. A própria dogmática, enquanto inserida no processo histórico, desempenha a função de calibração do sistema, e, portanto, atua reforçando a imperatividade e a legitimidade do sistema normativo.

O direito é uma imposição. Exige o seu cumprimento e manifesta-se nos valores. Com estes são dotados de alta reflexividade, a ideologia cumpre o papel de fixar-lhes o sentido, dando-lhes uma consistência concreta. Assim, ela decide, por uma imposição arbitrária, que valores serão comunicados no relato da norma, constituindo-se, portanto, num “ato de violência simbólica”. A ideologia fundamenta a relação de autoridade/sujeito, garantindo um consenso fictício, que, por sua vez legitima o próprio ordenamento jurídico. Por imposição arbitrária, contudo, não se pode como imposição de força. É ela, antes, o uso justificado da força, a qual deve ser evitada tanto quanto possível. Seu fundamento é o uso ideologicamente justificado da força. Não há como fugir dos limites ideológicos, uma vez que a discussão é dada *na e pela* situação comunicativa heterológica. O sistema normativo deve buscar sua legitimidade a partir do caráter aporético do discurso normativo, que repousa no momento ideológico que exclui do dever de prova certas asserções, caracterizando o momento dogmático do direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. In: **Direito e Democracia**: Revista de Ciências Jurídicas - ULBRA.

Canoas, v.3, nº. 2, pp. 345-383, 2º sem., 2002. Disponível em: <<http://www.ulbra.br/direito/files/direito-e-democracia-v3n2.pdf#page=107>> Acesso em 27 nov. 2011.

BARZOTTO, Luís Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart.** São Leopoldo: Unisinos, 2004.

BASTOS JR., Luiz Magno Pinto Bastos. **Elementos para uma epistemologia jurídica crítica a partir do pensamento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior.** In: **Novos estudos jurídicos.** v. 8, nº 1. pp. 41-70. Itajaí: Univali, 2003. Disponível em <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/312/257>>. Acesso em 29 set. 2011.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** 10ª ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. **A filosofia como discurso aporético: uma análise da filosofia do ângulo lingüístico-pragmático.** In: _____; PRADO JR., Bento; PEREIRA, Oswaldo Porchat. **A filosofia e a visão comum de mundo.** São Paulo: Brasiliense, 1981. pp. 23-35. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/16>>. Acesso em: 07 out. 2011.

_____. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico.** 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito.** 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Prefácio do tradutor.** In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência.** Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

_____. **Teoria da norma jurídica:** ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Teoria da norma jurídica:** um modelo pragmático. Disponível em: <<http://terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/13>>. Acesso em: 23 set. 2011.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Miniaurélio século XXI:** o minidicionário da língua portuguesa. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 2ª ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1962.

KOZICKI, Katya. **Semiologia jurídica:** da semiologia política à semiologia do desejo. In: Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos. n° 25, abr./jul.. pp. 63-75. Bauru, 1999. Disponível em: < http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19955/Semiologia_juridica.pdf?sequence=1>. Acesso em 26 nov 2011.

LAFER, Celso. **Prefácio.** In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LALANDE, André. **Vocabulaire technique et critique de la philosophie.** 5ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1947.

LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoria de sistemas.** Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

_____. **Sociologia do direito 1.** Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro. **O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a teoria dos sistemas sociais.** In: **Sociologias.** Ano 8, n° 15. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006. pp. 182-207. Disponível em: < <http://www.ufrgs.br/geu/O%20que%20de%20complexo.pdf> >. Acesso: em 04 nov. 2011.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Lições preliminares de direito.** 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Teoria tridimensional do direito.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; BARBOSA, Samuel Rodrigues; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e (Org.). **Formalismo, dogmática jurídica e estado de direito: um debate sobre o direito contemporâneo a partir da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr.** Cadernos de Direito FGV. São Paulo, v.7 n°. 3, mai. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7849/Caderno%20Direito%20GV%20-%2035%20-%20site.pdf?sequence=5>>. Acesso em: 22 nov. 2011.

VERNENGO, Roberto J. **Dimensiones del derecho positivo.** In: LAFER, Celso; FERRAZ JR, Tercio Sampaio (org). **Direito, política, filosofia, poesia: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale no seu octagésimo aniversário.** São Paulo: Saraiva, 1992.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência.** Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito.** v. II. Trad. Jose Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Fabris, 1995.

_____. **O Direito e sua linguagem.** 2ª versão. Porto Alegre: Fabris, 1984.

WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação.** Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1973.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.** 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antigüidade clássica à modernidade.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.