



# A CONCEPÇÃO DE NORMA-COMUNICAÇÃO E A NECESSIDADE DE UM CRITÉRIO RACIONAL PARA SUA VALIDAÇÃO RACIONAL

---

*Reginaldo da Costa<sup>1</sup>*

## RESUMO

Esse artigo pretende, inicialmente, apresentar o conceito de norma-comunicação de Tércio Sampaio Ferraz Junior. A seguir, embora reconhecendo, com Tércio, a influência das ideologias na determinação dos valores condicionantes da institucionalização das normas jurídicas, questiona as ideologias enquanto critério suficiente para a determinação desses valores e dessa institucionalização.

## Palavras-chave

Direito. Norma. Ideologia. Racionalidade

## ABSTRACT

This article intends, initially, to present Tércio Sampaio Ferraz Júnior's concept of norm-communication. Then, although recognizing, with Tércio, the influence of ideologies in the determination of conditioning values of juridical norms, questions these ideologies as sufficient criterion for the determination of those values and of that institutionalization

## Key-words

Law. Norm. Ideology. Rationality.

## 1. IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO COMO NORMA

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior “o jurista conhece o direito de forma preponderantemente dogmática”<sup>2</sup> e ao fazê-lo “está preocupado com a decidibilidade de conflitos com o mínimo de perturbação possível”<sup>3</sup>. É neste

---

<sup>1</sup> Professor de Filosofia do Estado no Mestrado em Direito e de Filosofia do Direito no Curso de Graduação em Direito da UFC; Professor de Ética Contemporânea e Teoria dos Direitos Fundamentais do Mestrado em Filosofia da UECE e Líder do Grupo de Pesquisa Filosofia dos Direitos Humanos

<sup>2</sup> FERRAZ, Jr, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 92.

<sup>3</sup> Loc. cit.

horizonte, que, para ele, a dogmática prepara a decisão, isto é, ela cria para a decisão condições razoáveis, de tal modo que ela não apareça como arbítrio, mas decorra de argumentos plausíveis.

Neste processo de decidibilidade, “O jurista (...) capta o direito num procedimento de (...) imputação de normas a situações sociais atuais ou potencialmente conflitivas”<sup>4</sup>. Assim sendo, “Aplica-se o direito, por um procedimento à realidade social”, de modo que “A relação entre a norma e a situação é *mediata*”<sup>5</sup>, sendo que o conjunto (*normas, procedimento e situação*) compõe o fenômeno da aplicação do direito.

Nesta perspectiva, inicialmente, “O fenômeno da aplicação exige do jurista (...) uma identificação do direito a ser aplicado”<sup>6</sup> e é dessa identificação que, primariamente, se ocupa o pensamento dogmático. Este direito a ser aplicado é para o jurista um dado, ou seja, é algo estabelecido<sup>7</sup> que não pode ser trocado ou substituído, mas que, é carente de explicitação.

Deste modo, o jurista, vivendo em uma sociedade organizada, sabe que há critérios gerais, direitos comuns, configurados em normas chamadas leis e é nesse contexto que ele invoca um primeiro princípio geral para iniciar o seu raciocínio: o *princípio da legalidade*<sup>8</sup>. Ora, ele até pode ter dúvidas quanto à legitimidade da ordem jurídica em que vive, no entanto, para a aplicação do direito, ele necessita encontrar um ponto inegável de partida que possa ser generalizado, razão pela qual se atém ao princípio da legalidade e busca nas leis do país uma regra que lhe seja conveniente. Assim sendo, conforme um princípio dogmático (Princípio da legalidade), é a lei seu ponto de partida inegável.

Podemos dizer, então, que para resolver suas questões, o jurista necessita identificar e aplicar o direito. Nesse processo de identificação do direito, o direito precisa ser analisado através de *diferenciações e ligações*<sup>9</sup>, de modo que sempre que se faça a diferenciação se faça, também, as ligações, para que não se perca de vista o todo, isto é, a perspectiva sistêmica. Ao proceder desse modo o jurista procura ver o seu caso dentro de uma rede de elementos interligados: *o sistema*.

Está perspectiva sistêmica requer, porém, mais do que a leitura do que está prescrito, ou seja, torna necessária a identificação de critérios de organização global que tornem possíveis a coerência do sistema; no entanto, está coerência

---

<sup>4</sup> Loc. cit.

<sup>5</sup> FERRAZ, Jr, Tércio Sampaio. op. cit. p. 92.

<sup>6</sup> Loc. cit.

<sup>7</sup> O direito aplicável é, portanto, algo estabelecido, por exemplo, pelo legislador, pelas partes que contratam, pela administração, etc.

<sup>8</sup> O princípio da legalidade afirma que: *Ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*.

<sup>9</sup> Tércio entende a *diferenciação* como um recurso analítico de decomposição, isto é, como a dissociação do todo em partes e a *ligação* como um recurso analítico que através da concatenação de elementos dissociados os reintegram em uma totalidade.

não é meramente formal<sup>10</sup>, pois tem em vista a decidibilidade de conflitos em geral, isto é, uma decidibilidade de conflitos concretos que seja compatível com a decidibilidade de conflitos que possam surgir no trato social. Para Tércio, porém, “no sistema construído pela ciência dogmática “os conceitos que são, na aparência de pura técnica, jurídica” ou “simples partes do edifício” só adquirem seu sentido autêntico se referidos ao *problema da justiça* (...) por isso, ocultam por detrás de uma análise quase-lógica, elementos axiológicos ou valorativos”<sup>11</sup>, de modo que a identificação e aplicação do direito só têm sentido autêntico quando articulada com elementos axiológicos ou valorativos.

Pelo acima exposto, fica suficientemente evidente que a aplicação de leis envolve muito mais do que a subsunção lógica sob conceitos superiores. Ora, na decisão judicial é estabelecida uma preferência, preferência essa que necessita ser justificada, pois ela implica no julgamento de que a alternativa escolhida em algum sentido é a melhor, sendo ela, portanto, um julgamento de valor.

A interpretação e a aplicação da lei não se esgota, portanto, em um processo de *subordinação*, pois ela pressupõe, necessariamente, julgamentos de valor da parte de quem aplica. Assim sendo, há, incontestavelmente, a necessidade de um critério racional válido que possibilite ao jurista avaliar os elementos axiológicos através dos quais ele se orienta para a formulação da interpretação e da aplicação das normas jurídicas, sob pena da sentença jurídica e da decisão judicial serem arbitrárias.

## 2. CONCEITO DE NORMA: UMA ABORDAGEM PRELIMINAR

Conforme Tércio, “A ciência dogmática contemporânea encontrou no conceito de norma um instrumento operacional importante para sua tarefa analítica de identificar o direito”<sup>12</sup> e de tal modo que Kelsen chegou a ver nele o objeto central de toda a ciência do direito. Ora, Kelsen afirma que “os comportamentos humanos só são conhecidos mediatamente pelo cientista do direito, isto é, enquanto regulado por normas”<sup>13</sup> e isto significa dizer que as normas jurídicas são o objetivo e o princípio delimitador das ocupações teóricas do jurista, pois é através delas que é constituído o significado objetivo<sup>14</sup> dos comportamentos ou da conduta de um ser humano perante outro.

<sup>10</sup> Conforme Tércio, “os sistemas elaborados pela ciência dogmática, embora mostrem uma coerência, não são rigorosamente lógicos no sentido da lógica formal” (Ibidem p. 95), pois o que aglutina os elementos do sistema num todo coerente não é um princípio evidente a partir do qual tudo se deduz, mas um problema, uma dúvida permanente para a qual existe um dogma (a lei, a decisão judicial, o contrato) que, se não acaba com a dúvida, ao menos fornece um ponto de partida para que ela seja decidida.

<sup>11</sup> Ibidem p. 96.

<sup>12</sup> Ibidem p. 97.

<sup>13</sup> Ibidem p. 97.

<sup>14</sup> “É claro que as normas, enquanto esquemas doadores de significado, podem manifestar uma objetividade relativa: o que é norma para um grupo pode não ser norma para outro” (Ibidem p. 97.)

Esta posição de Kelsen, porém, sofre muitas objeções e a principal delas tem um caráter metodológico, isto é, diz respeito à pergunta pela possibilidade de descrição do significado objetivo que a norma confere ao comportamento. Pois bem, para Kelsen, os fatores subjetivos devem ser abstraídos pelo jurista e tão-somente serem levados em conta quando a própria norma o faz; nesse contexto, qual o critério para operar essa descrição? Segundo ele, o critério se localiza sempre em alguma outra norma da qual a primeira depende, de modo que o jurista deve caminhar retroativamente de norma em norma até chegar a uma última (a primeira de todas), a norma fundamental<sup>15</sup>. Conforme Tércio, apesar do caráter restritivo e empobrecedor da teoria de Kelsen, “sua posição põe em relevo a importância da norma como um conceito central para a identificação do direito”<sup>16</sup> e possibilita ver o direito como um conjunto de normas, o que é importante para o fenômeno da posituação do direito.

Von Jering acolhe a tese kelseniana da importância fundamental da norma para o direito, pois, para ele, “direito é o conjunto de normas coativas válidas num Estado”<sup>17</sup>, de modo que o direito engloba, fundamentalmente, dois fatores: a *norma* e a *realização por meio da coação*. Assim sendo, para Jering, a norma, embora não se reduza a isso, tem caráter de orientação para a ação humana, sendo que, associada a essa orientação, deve-se lhe acrescer o caráter imperativo, isto é, sua impositividade contra qualquer resistência. Pode-se dizer, então, que: “A norma (...) está numa relação de vontades, sendo um imperativo (obriga ou proíbe) visto que manifesta o poder de uma vontade mais forte, capaz de impor orientações de comportamento para vontades mais fracas”<sup>18</sup>, sendo, por conseguinte, não naturais (existentes na natureza) e interpessoais.

Para Tércio, porém, “A questão sobre o que seja a norma jurídica e se o direito pode ser concebido como um conjunto de normas, não é dogmática, mas zetética. É uma questão aberta, típica da filosofia jurídica”<sup>19</sup>. Segundo ele, há três modos básicos conforme os quais a questão do que seja a norma costuma ser enfocada. Ora, conforme Tércio, de modo geral, os juristas vêem a norma, primeiramente, como proposição, independentemente de quem a estabeleça ou para quem ela é dirigida. Trata-se, pois, de uma proposição que diz como *deve ser* o comportamento, isto é, uma proposição de *dever-ser*. Nesse horizonte, “promulgada a norma, ela passa a ter vida própria, conforme o

<sup>15</sup> Pode-se dizer, então, que para Kelsen o direito é um imenso conjunto de normas, cujo significado sistemático cabe à ciência determinar. (Ibidem. p. 98)

<sup>16</sup> Loc. cit.

<sup>17</sup> Loc. cit.

<sup>18</sup> Ibidem p. 99

<sup>19</sup> FERRAZ, Jr, T. op. cit. p. 98.

Para Tércio, esta questão remete a indagações sobre pressupostos e sobre pressupostos dos pressupostos; e mais, para ele as teorias filosóficas fornecem explicações sobre ela, mas o tema continua renovadamente em aberto: a norma é um comando ou um simples diretivo? Uma regra de organização? A sanção faz parte de sua constituição ou trata-se de elemento aleatório que apenas aparece quando a norma é violada? (Ibidem p. 99)

*sistema de normas na qual está inserida*"<sup>20</sup>. A norma pode ser, então, entendida como imperativo condicional, formulável conforme proposição hipotética, que disciplina o comportamento humano apenas porque prevê, para sua ocorrência, uma sanção<sup>21</sup>.

Para ele, porém, os juristas também costumam conceber as normas como *prescrições*, isto é, como atos de uma vontade impositiva que estabelece disciplina para a conduta, abstração feita de qualquer resistência. Ora, "A norma como *prescrição* também se expressa pelo dever-ser, que significa (...) impositivo da vontade"<sup>22</sup>, sendo que, por não se abstrair da vontade, a análise da vontade que prescreve é importante para a análise da norma. Conforme Tércio, "Na verdade, para o reconhecimento da prescrição como norma jurídica, essa vontade é decisiva, posto que vontade sem qualidades prescritoras (inabilitada, ilegítima, sem autoridade, sem força) não produzirá norma"<sup>23</sup>, pois, nesse horizonte, normas são imperativos ou comandos de uma vontade institucionalizada, isto é, apta a comandar.

Para Tércio, no entanto, há ainda a possibilidade de considerar a norma como um fenômeno complexo que envolve não só a vontade de seu comando, mas, também, as diferentes situações estabelecidas entre as partes que se comunicam. Assim sendo, "A norma é vista como *comunicação*, isto é, troca de mensagens entre seres humanos, modo de comunicar que permite a determinação da relação entre os comunicadores: subordinação, coordenação"<sup>24</sup>; ora, "Para a análise da norma como comunicação torna-se importante não só a mensagem (proposição), não só as qualidades do prescritor, mas também a identificação dos sujeitos, seu modo de reação às prescrições, sua própria qualificação como sujeito"<sup>25</sup>. Nesse horizonte, a norma torna-se o centro de uma série de problemas: a) a determinação da fonte normativa (teoria das fontes do direito); b) a determinação dos sujeitos normativos (teoria dos direitos subjetivos, capacidade, competência, responsabilidade); e c) a determinação das mensagens normativas (teoria das obrigações, das permissões, das faculdades, das proibições normativas, etc).

Para Tércio, portanto, o conceito de norma jurídica é um centro organizador de uma dogmática analítica, seja como *norma-proposição*, seja como *norma-prescrição* ou, ainda, como *norma-comunicação*. Assim sendo, o jurista, ao conceber normativamente as relações sociais, criando condições para a decidibilidade de conflitos, tem a norma como seu critério fundamental de

<sup>20</sup> Loc. cit.

Para Kelsen, a norma pode até ser considerada o produto de uma vontade, mas sua existência independe dessa vontade.

<sup>21</sup> Tudo isso conforme a fórmula: se A, então deve ser S, em que A é a conduta hipotética, S a sanção que segue à ocorrência da hipótese; o **dever-ser** será o conectivo que une os dois termos.

<sup>22</sup> FERRAZ, Jr, T. op. cit. p. 100.

<sup>23</sup> Loc. cit.

<sup>24</sup> FERRAZ, Jr, T. op. cit. p. 100.

<sup>25</sup> Loc. cit.

análise, critério a partir da qual o fenômeno jurídico se manifesta como um dever-ser da conduta, um conjunto de proibições, obrigações, permissões, por meio do qual os homens criam entre si relações de subordinação, coordenação, organizam seu comportamento coletivamente, interpretam suas próprias decisões, delimitam seu exercício do poder, etc.

### 3. CONCEPÇÃO DOS FENÔMENOS SOCIAIS COMO SITUAÇÕES NORMADAS, EXPECTATIVAS COGNITIVAS E NORMADAS

Para Tércio, quando nos comportamos, na troca de mensagens, está presente, por parte dos agentes, uma *expectativa* mútua de comportamento, no entanto, essas expectativas podem ou não ser confirmadas, de modo que se segue um conjunto instável de expectativas de comportamentais<sup>26</sup>. Assim sendo, as relações comunicativas e comportamentais são contingentes, razão pela qual na constituição de sistemas comunicativos sociais são desenvolvidos certos mecanismos (estruturas) que garantem, em contraposição à sempre presente possibilidade de seu não cumprimento (desilusão), um certo grau de confiabilidade em relação às expectativas comportamentais. Portanto, são as estruturas que garantem certa estabilidade às relações, aliviando os agentes da carga da contingência que se mostra na seletividade.

Pois bem, as estruturas garantem certa estabilidade às relações, apresentando-as como ordem. Essa ordem se configura através de expectativas normativas expressas por meio de normas, de modo que as “Normas (...) manifestam expectativas cuja duração é estabilizada de modo *contrafático*, isto é, a generalização da expectativa independe do cumprimento ou do descumprimento da ação empiricamente esperada”<sup>27</sup>, ou seja, elas não se referem à regularidade do comportamento, mas prescrevem a sua normatividade<sup>28</sup>. Como vimos anteriormente, “A dogmática analítica permite ao jurista compreender a sociedade normativamente, isto é, captá-la como uma ordem”<sup>29</sup> e isto tem como implicação que as normas jurídicas não se referem a *regularidades* do comportamento, mas prescrevem a sua *normatividade*.

O jurista e sua dogmática analítica, por conseguinte, capta a sociedade como ordem. Isto, porém, não significa que ele despreze as regularidades

<sup>26</sup> Para Tércio, as situações comunicativas e comportamentais são complexas, pois o número de possibilidades de ação é sempre maior do que os das possibilidades atualizáveis. (Ibidem p. 102); além disso, a desilusão, isto é, o não cumprimento as expectativas de comportamento, faz parte das situações comportamentais, de modo que a *contingência* é um elemento característico da situação comunicativa e comportamental. (Loc. cit).

<sup>27</sup> FERRAZ, Jr, T. op. cit. p. 103.

<sup>28</sup> Sob certo aspecto, a diferença entre uma lei científica e uma “norma em geral” estaria em que a primeira compreende a normalidade, e a segunda *prescreve* a normalidade do comportamento.

<sup>29</sup> Ibidem op. cit., p. 101. Tércio entende por *sociedade* um sistema de interações, comportamentos mutuamente dirigidos e referidos uns aos outros, formando uma rede de relações, e por *comportamento* a troca de mensagens, de comunicação, de modo que, para ele, a troca de mensagens é o elemento básico da relação social, do sistema social.

empíricas que constituem a estrutura social, explicáveis causalmente, mas, que “a dogmática analítica dá preferência, em última instância, à compreensão do comportamento em termos normativos, estabelecendo relações de imputação: dada a conduta  $x$ , imputa-se a ela a consequência  $y$ ”<sup>30</sup>, ou seja, graças à relação de imputação o jurista capta a sociedade como rede de expectativas normativas.

Embora o jurista saiba que há entre causalidade e imputação certa interdependência, pois ele sabe que as normas, por um lado, reforçam a regularidade empírica, e, por outro, se a regularidade empírica associada à norma não ocorre absolutamente podemos chegar a uma situação de *anomia*, seu enfoque é predominantemente imputativo, porquanto “o jurista parte das normas como dogmas, tomadas como premissas que ele não pode trocar, pois seu saber dogmático não é adaptativo, é fundamentalmente paraprescritivo”<sup>31</sup> e é nesta perspectiva, que “ele encara os fenômenos sociais, as interações, como conjuntos normados, isto é, unidades firmes e permanentes, objetivas e concretas, dotadas de organização e estrutura”<sup>32</sup>.

#### 4. CARÁTER JURÍDICO DAS NORMAS: INSTITUIÇÕES E NÚCLEOS SIGNIFICATIVOS

A dogmática analítica, devido a inegabilidade dos pontos de partida, exige a postulação de normas preponderantes que, em caso de conflitos, deve prevalecer. Uma vez que a norma jurídica é um conceito nuclear para a dogmática analítica, cabe a mesma identifica-las; mas como?

Segundo Tércio, “Do ponto de vista zetético (...) a identificação de normas como jurídicas, realizada pelos juristas, se dá conforme critérios variáveis no tempo e no espaço”<sup>33</sup>. Importa, pois, para o jurista apontar um critério para esta identificação, porém, há dificuldades para o estabelecimento de um critério universal. Tendo em vista a norma como comunicação, Tércio procura dar conta do problema da identificação do direito e propõe que “o caráter de juridicidade das normas está no grau de *institucionalização* da relação entre o emissor e o receptor da mensagem normativa”<sup>34</sup>.

Para a justificação dessa proposta, ele examina a noção de norma-comunicação. Ora, segundo sua visão o homem comunica-se em dois níveis: a) *do relato*, isto é, da mensagem emanada (Ex: sentar-se); e b) *do cometimento*,

<sup>30</sup> *Ibidem* p. 103 e 104.

<sup>31</sup> FERRAZ, Jr, T. op. cit. p. 104.

<sup>32</sup> *Loc. cit.*

<sup>33</sup> *Ibidem* p. 105.

Tércio cita, como exemplo, a distinção de Pufendorf entre normas morais e jurídicas. Ora, Pufendorf (Séc. XVII) distinguia as normas jurídicas (direito natural) das normas morais, por se referirem as primeiras ao sentido e finalidades das ações humanas *desta vida*, enquanto as segundas eram referentes à *outra vida*, tomando por critério a distinção das ações em *internas* e *externas*, assumindo, pois, que o que permanecia guardado no coração humano e não se manifesta exteriormente deveria pertencer ao âmbito moral.

<sup>34</sup> FERRAZ, Jr, T. op. cit. p. 105

isto é, da mensagem que emana de nós, ou seja, da simultânea determinação de relação entre os comunicadores (Ex; <por favor, sentem-se> ou <sentem-se>). Pois bem, para ele, é na relação entre os comunicadores que se localiza o caráter prescritivo das normas e é nela que se pode descobrir o caráter prescritivo jurídico.

No caso da comunicação normativa ou cometimento das normas, a relação é complementar e baseada na diferença entre os comunicadores, o seja: um manda, outro obedece; um recomenda, outro acata; um coordena, outro se enquadra. Assim sendo, a relação complementar manifesta uma espécie de controle do receptor pelo emissor<sup>35</sup>, sendo que a superioridade do emissor sobre o receptor da mensagem é de natureza hierárquica, de modo que o emissor se põe como *autoridade* perante o receptor, que se enquadra como *sujeito*; por conseguinte, “A relação (cometimento) que caracteriza qualquer norma é a *relação autoridade/sujeito*”<sup>36</sup>.

Tomando como critério às reações e contra-reações possíveis entre emissores e receptores, para Tércio, essa relação autoridade/sujeito ou relação de autoridade pode ser encarada pelo receptor de três maneiras: a relação ou é confirmada, ou é rejeitada ou desconfirmada. Portanto, a confirmação é uma reação de reconhecimento da relação, a rejeição uma reação de negação da relação e a desconfirmada uma reação de desconhecimento da relação. Ora, “a relação de autoridade é aquela em que o emissor aceita a confirmação, rejeita a rejeição (...) e desconfirma a desconfirmada”<sup>37</sup>, de modo que a relação de autoridade admite uma rejeição, mas não suporta uma desconfirmada.

Nessa perspectiva, a norma, em seu cometimento, instaura uma relação de autoridade, isto é, uma relação onde não há a desconfirmada. Para Tércio, isso ocorre quando “o emissor, em face do receptor, sinta-se respaldado pela confirmação de terceiros<sup>38</sup>, isto é, (...) daqueles que não participam da relação”<sup>39</sup>. Assim sendo, “A suposição bem-sucedida da confirmação de terceiros (podemos falar em consenso social) significa que a autoridade está *institucionalizada*”<sup>40</sup>. Ora, é a institucionalização da norma em seu mais alto grau em uma determinada sociedade dada que nos permite dizer que estamos diante de uma norma jurídica, o que significa que há o prevalectimento de um presumido consenso social sobre a norma.

Nesse horizonte, pode-se dizer que o fundamento do direito não está na

<sup>35</sup> Conforme Tércio, esse controle pode ocorrer por diferentes modos e por diferentes razões: pelo uso da superioridade física (força), por superioridade culturalmente definida (ex: relação médico X paciente), por característica antropológica (relação pais e filhos) etc.

<sup>36</sup> FERRAZ, Jr, T. op. cit. p. 106.

<sup>37</sup> Loc. cit.

<sup>38</sup> Para ele essa confirmação de terceiros não precisa de sua manifestação concreta, bastando a sua suposição.

<sup>39</sup> FERRAZ, Jr, T. op. cit. p. 106 e 107.

<sup>40</sup> *Ibidem* p. 107.

força, mas no grau de institucionalização da relação de autoridade manifesta em seu cometimento. Isso, porém, não significa dizer que o direito nada a tenha a ver com a força, que é base para o ato de coação que executa, no entanto, implica em dizer que “Embora o ato de coação (força) faça *parte* do direito, isso não quer dizer que ele seja responsável pela sua existência”<sup>41</sup>, pois “o que vai dar caráter jurídico à norma é a *institucionalização* dessa relação de autoridade”<sup>42</sup>, respaldada pela confirmação de um terceiro<sup>43</sup>.

Pode-se dizer, então, que as normas são jurídicas por seu grau de institucionalização, isto é, por sua inserção em sistemas normativos que representam o consenso anônimo e global de terceiros (a sociedade), porém, atualmente, a institucionalização das normas jurídicas depende de sua inserção em grandes sistemas disciplinares da instituição denominada *Estado*<sup>44</sup>. Importa, no entanto, lembrar que as instituições repousam não sobre acordos fáticos, mas sobre suposições comuns a respeito da expectativa comum dos outros e que, nesse contexto de institucionalização, as normas jurídicas são expectativas contrafáticas de comportamento; nesse horizonte, “O jurista reconhece o caráter jurídico das normas por seu grau de institucionalização, isto é, pela *garantia de consenso geral presumido de terceiros que a elas confere prevalência*”<sup>45</sup>.

Com base no exposto, importa refletir que: a) embora seja primordial para a identificação da norma jurídica o critério do grau de institucionalização, o cometimento ou relação autoridade/sujeito não esgota o fenômeno normativo; e b) esse critério, por parecer demasiadamente formal, parece ignorar o problema dos conteúdos (do *relato normativo*). Assim sendo, importa perguntar se os cometimentos institucionalizados ou a relação complementar metainstitucionalizada suportam qualquer conteúdo ou conter qualquer relato<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> FERRAZ, Jr, T. op. cit. p. 107.

<sup>42</sup> Loc. cit.

<sup>43</sup> Para Tércio, o cometimento jurídico constitutivo da institucionalização da relação de autoridade constrói-se por referência básica das relações entre as partes a um *terceiro* comunicador: por exemplo, o juiz, o costume, o legislador. Desse modo, “É pela referência a esse terceiro comunicador que se institucionaliza, na comunicação normativa, a relação complementar autoridade/sujeito” (Loc. cit.)

<sup>44</sup> Conforme Tércio, o Estado, porém, não é a única instituição a garantir o consenso suposto e anônimo de terceiros para as normas ou comunicações normativas jurídicas. É o caso de quando falamos de normas costumeiras.

<sup>45</sup> *Ibidem*. p. 108.

No entendimento de Tércio, a institucionalização como fundamento das normas jurídicas é a razão pela qual o discurso dos juristas busca a conformidade das expectativas normativas com os objetivos do *interesse público*, do *bem comum*, do Estado. Além disso, ela aponta para a importância de procedimentos institucionalizados (como o processo civil e criminal, o inquérito policial e administrativo, a eleição política e a organização partidária, o processo legislativo) para a identificação de normas como jurídicas. Ora, são aqueles objetivos e esses procedimentos que, segundo Tércio, garantem para as normas jurídicas um grau de institucionalização de seu cometimento.

<sup>46</sup> Esta pergunta implica no questionar se, independentemente do conteúdo ou relato, a norma que manifeste um alto grau de institucionalização é norma jurídica ou, ainda, no questionar se podemos

Para autores positivistas (como Kelsen) os conteúdos *em si* são neutros, isto é, não são nem jurídicos e nem antijurídicos<sup>47</sup>. Contrariamente aos positivistas, os jusnaturalistas, para os quais há um direito natural, reclamam para a identificação da juridicidade um elemento material, um conteúdo, que tem como referencial, por exemplo, os ditames da natureza humana, a natureza das coisas, etc. Para os positivistas, portanto, o direito é positivo e posto por autoridade, no entanto, para os jusnaturalistas há como referencial para o direito positivo um direito dado pela natureza e passível de ser reconhecido pela razão.

Para Tércio a querela entre essas duas concepções do direito é um problema de filosofia do direito, o qual ele não pretende discutir em seu livro *Introdução ao Estudo do Direito*. Apesar de não entrar nessa discussão, ele reconhece que nas situações sociais onde ocorre a relação de cometimento ou de autoridade a institucionalização da norma jurídica está associada a núcleos significativos como os *valores*, os quais expressam uma *preferibilidade* (abstrata e geral) por certos conteúdos de expectativa. Assim sendo, o prevalecimento de valores, como, por exemplo, *justiça* (valor do justo), condiciona a identificação do direito, logo, a institucionalização da norma jurídica.

Nesse contexto, importa indagar o critério para o sentido dos valores condicionantes da norma jurídica e, por conseguinte, condicionante de sua institucionalização. Ora, para Tércio, como os valores são intuitivos<sup>48</sup>, é preciso um outro mecanismo capaz de conferir-lhes um mínimo de consistência concreta - ainda que genérica. Essa é, conforme ele, função das *ideologias*, as quais "são conjuntos mais ou menos consistentes, últimos e globais, de avaliação dos próprios valores"<sup>49</sup>. Por conseguinte, as ideologias, ao avaliar valores, garantem o consenso dos que precisam expressar seus valores, estabilizando, assim, os conteúdos normativos, o que traz como consequência que temos a justiça no *sentido liberal, comunista, facista, etc* e, uma vez que as

---

invocar o conteúdo para conferir juridicidade à norma. Ora, Tércio afirma, contundentemente, que não podemos invocar o conteúdo para conferir juridicidade à norma (FERRAZ, Jr, T. op. cit. p. 109.)

<sup>47</sup> Assim sendo, o ato de matar alguém se torna ilícito e reprovável apenas se for conteúdo de uma norma de proibição que imponha sanção ao ato.

<sup>48</sup> O intuicionismo sustenta que os valores, sendo entidades não empíricas e, portanto, não acessíveis aos cinco sentidos, são cognoscíveis somente através de uma faculdade especial, como a intuição, sendo, pois, os mesmos, intuitivos. No entendimento de Alexy, alguns consideram essa faculdade especial como algo semelhante a um sexto sentido, que teria acesso a verdades evidentes. No entanto, "dado que diferentes pessoas respondem de modo diferente à mesma evidência, a teoria falha em não distinguir as corretas das falsas, as autênticas das não autênticas" (Cf. em ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2001, p. 61 e 62), de onde podemos concluir que a valoração a partir de intuições é arbitrária; além disso, se os valores resultam de evidências intuídas, não há espaço para estabelecer o que razoável quando há discordância dessas evidências, pois, as evidências intuitivas são imediatas, de onde se pode concluir, também, que o critério intuicionista é irracional ou pré-racional.

<sup>49</sup> FERRAZ, Jr, T. op. cit. p. 111.

ideologias<sup>50</sup>, ao contrário dos valores, são fachadas delimitadoras, elas não dialogam entre si e buscam a hegemonia de umas sobre as outras. Com base no exposto, conclui Tércio que:

não é qualquer conteúdo que pode constituir o relato das normas jurídicas, mas apenas os que podem ser generalizados socialmente, isto é, que manifestam núcleos significativos vigentes em uma sociedade, nomeadamente por força da ideologia prevalente e, com base nela, dos valores, dos papéis sociais e das pessoas a elas conforme<sup>51</sup>

Tércio, portanto, aponta para a influência da ideologia na determinação dos valores e, por conseqüência, para o estabelecimento da institucionalização das normas jurídicas por referência a seu conteúdo, porém, como ele não indica qualquer critério possível para a crítica das ideologias e, por conseguinte, para a crítica dos valores e do conteúdo das normas jurídicas, o direito parece ser, e apenas poder ser, um mero reflexo da faticidade das ideologias, isto é, do embate muitas vezes irracional, e, portanto, arbitrário das ideologias; o que traz como conseqüência fundamental um inevitável necessitarismo de uma institucionalização irracional ou arbitrária para o direito.

Se quisermos evitar a arbitrariedade e a irracionalidade na institucionalização das normas jurídicas, se faz necessário, então, propor com razoabilidade um critério para a sua institucionalização. Não devemos, portanto, assumir uma postura positivista, pois ela acaba legitimando a norma jurídica a partir do detentor do poder de plantão em dada sociedade, o qual pode legislar conforme seu arbítrio, logo, sem a pretensa isenção de valor em relação à norma jurídica (como quer o positivismo).

Não devemos, também, assumir, uma postura jusnaturalista, a qual, também, conduz a arbitrariedade, pois, como já demonstrou Kant<sup>52</sup>, e como confirmam não só os teóricos da física moderna, mas, também, a hermenêutica alemã<sup>53</sup>, se só podemos conhecer as coisas a partir do ponto de vista do observador ou do intérprete, então, não podemos conhecer um direito em si<sup>54</sup>, independente do horizonte de compreensão do intérprete, de

<sup>50</sup> Sustenta Tércio a tese de que os valores, por sua abstração, são expressões abertas e flexíveis e que as ideologias expressões rígidas e limitadoras.

<sup>51</sup> *Ibidem* p. 112.

<sup>52</sup> Conferir a esse respeito em COSTA, Reginaldo da. *Ética e Filosofia do Direito*. Rio-São Paulo-Fortaleza: ABC, 2006, p. 15 a 26.

<sup>53</sup> Conferir a esse respeito em COSTA, Reginaldo da. *Ética do Discurso e Verdade em Apel*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.23 a 44.

<sup>54</sup> Na compreensão de Kant, qualquer tentativa de conhecer o real como ele é em si mesmo é dogmática e ingênua, pois se nosso conhecimento é necessariamente mediado pela subjetividade, que impõe limites a esse conhecimento, tudo o que pode ser cognoscível está marcado por essa subjetividade e seus limites. (Cf. a esse respeito em KANT, Immanuel. *Kritik der Praktischen Vernunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997). Assim sendo, “em uma perspectiva kantiana, não podemos fazer uma ontologia jurídica de cunho científico, pois se não podemos conhecer as coisas em si, menos ainda podemos conhecer o Direito em si, independente de nossas mediações subjetivas.

modo que pretender um direito natural absoluto – válido atemporalmente e independentemente do que pensam os homens e a sociedade - é uma ilusão dogmática, sem sustentação epistêmica. Esta posição além de ser ingenuamente dogmática, acaba levando à arbitrariedade, pois na hora de dizer qual é esse direito absoluto cada um o diz de acordo com sua visão particular, arbitrária, porém, elevando-a ao estatuto de verdade absoluta.

Não devemos, finalmente, como quer Tércio, atribuir às ideologias o estatuto de critério suficiente para a valoração das normas jurídicas, pois as mesmas variam de acordo com cada indivíduo e cada cultura e se não temos um critério racional para a crítica das ideologias<sup>55</sup>, podemos cair no relativismo e na arbitrariedade das ideologias faticamente constituídas, onde tudo pode ser aceito como válido, já que as ideologias variam conforme o gosto e o interesse e, portanto, podem ser irracionais e arbitrárias.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2001

COSTA, Reginaldo da. **Ética e Filosofia do Direito**. Rio-São Paulo-Fortaleza: ABC, 2006.

\_\_\_\_\_. **Ética do Discurso e Verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FERRAZ, Jr, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2001.

KANT, Immanuel. **Kritik der Praktischen Vernunft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

---

Todo o Direito que podemos conhecer é constituído através da mediação da subjetividade, de modo que se há um direito natural de cunho ontológico, não podemos conhecê-lo, pois a razão teórica ao tentar ultrapassar o campo dos fenômenos jurídicos e querer conhecer a essência do Direito (Direito em si) apenas confunde suas idéias sobre o Direito com a realidade do Direito (essência do Direito), caindo em uma ilusão metafísica, na mesma medida em que não tem consciência de seus limites e, portanto, é ingênua e pré-científica. Se Kant tem razão, ou seja, se nosso conhecimento científico está circunscrito ao campo dos fenômenos, então, qualquer tentativa de efetivar uma ontologia jurídica, ou de propor um direito natural de cunho ontológico, é uma tentativa acríica e dogmática, porquanto pressupõe uma racionalidade que não se fez crítica o suficiente para conhecer sua extensão e seus limites. Ora, essa racionalidade, com pretensões ontológicas no campo dos fenômenos jurídicos, isto é, que pretende a ontologia jurídica enquanto ciência, presta um desserviço à ciência, pois conduz a ciência ao descrédito na mesma medida em que pretende verdades absolutas (ontológicas) sobre o que não pode ser objeto de conhecimento: a essência do Direito ou o Direito tal como é em si mesmo.”(COSTA, R. op. cit. (2006) p. 25 a 26)

<sup>55</sup> Conferir a esse respeito em COSTA, R. op. cit (2002) p. 92 a 116.