

A TEORIA DA NORMA JURÍDICA E O PROBLEMA DAS NORMAS PERMISSIVAS: reflexões com enfoque no discurso normativo de Tércio Sampaio Ferraz Jr.

THEORY OF THE LEGAL NORM AND THE PROBLEM OF PERMISSIBLE NORMS: Reflections focused on the normative discourse of Tercio Sampaio Jr.

Luiz Carlos de Assis Júnior¹

luizcassisjunior@gmail.com

RESUMO

A presente pesquisa tem o objetivo de investigar a norma jurídica nas teorias imperativista e pragmática, com destaque para o problema das normas permissivas. Para esta investigação, utiliza-se o método comparativo, em que se toma como objetos de análise a teoria imperativista da norma em Hans Kelsen e Norberto Bobbio em comparação com a teoria pragmática da norma jurídica de Tércio Sampaio Ferraz Jr. A investigação destaca as contribuições da teoria pragmática da norma jurídica e a forma que ela adéqua a estrutura da norma permissiva ao caráter imperativo do direito ao impor uma relação simétrica entre comunicador e endereçado normativo. Ao final, verifica-se que, de fato, o direito deve compreender as normas permissivas ou o discurso normativo não estaria completo, pois, o direito reduzido a comandos de obrigação e permissão é irracional. Conclui-se que a existência de normas jurídicas permissivas é necessária para sobrevida de qualquer ordem jurídica, pois, não seria possível *comandar* toda e qualquer situação fática, sendo necessário *permitir* que algumas simplesmente aconteçam, ou o direito seria uma ordem irracional e descartável.

PALAVRAS-CHAVE: Norma jurídica; Teoria imperativista; teoria pragmática; discurso normativo; normas permissivas.

ABSTRACT

The present research has the objective of investigating the legal norm in imperative and pragmatic theories, with emphasis on the problem of permissive norms. For this investigation, the comparative method is used, in which the imperative theory of the norm in Hans Kelsen and Norberto Bobbio is taken as objects of analysis in comparison with the pragmatic theory of the legal norm of Tércio Sampaio Ferraz Jr. The research highlights the contributions of the pragmatic theory of the legal norm and the way that it adapts the structure of the permissive norm to the imperative character of the law by imposing a symmetrical relationship between communicator and normative addressed. In the end, it turns out that, in fact, the law should contain permissive norms or normative discourse would not be complete, because the law reduced to commands of obligation and permission is irrational. It follows that the existence of permissive legal rules is necessary for the survival of any legal order, since it would not be possible to command any factual situation, it being necessary to allow some to simply happen, or the law would be an irrational and disposable order.

KEYWORDS: Legal norm; imperative theory; pragmatic theory; normative discourse; permissible norms.

¹ Doutorando em direitos fundamentais e relações sociais na Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia; Especialização em direito processual civil pelo JusPodivm em parceria com a Faculdade Baiana de Direito. Professor da Faculdade do Sul da Bahia (FASB). Professor da Escola Superior da Defensoria Pública da Bahia (ESDEP). Defensor Público do Estado da Bahia

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. A NORMA JURÍDICA

2.1 A TEORIA IMPERATIVISTA DA NORMA JURÍDICA

2.2 O MODELO PRAGMÁTICO DA NORMA JURÍDICA

2.2.1 A estrutura do discurso

2.2.2 O discurso normativo

2.2.3 Validade e efetividade da norma no modelo pragmático

3. REFLEXÕES COMPARATIVAS ENTRE A TEORIA IMPERATIVISTA E O MODELO PRAGMÁTICO

4. O PROBLEMA DAS NORMAS PERMISSIVAS

4.1 A NORMA PERMISSIVA NA TEORIA IMPERATIVISTA

4.2 A NORMA PERMISSIVA NA TEORIA PRAGMÁTICA DA NORMA

4.3 REFLEXÕES COMPARATIVAS ACERCA DA NORMA PERMISSIVA

CONCLUSÕES

REFERÊNCIAS

A TEORIA DA NORMA JURÍDICA E O PROBLEMA DAS NORMAS PERMISSIVAS: reflexões com enfoque no discurso normativo de Tércio Sampaio Ferraz Jr.
THEORY OF THE LEGAL NORM AND THE PROBLEM OF PERMISSIBLE NORMS: Reflections focused on the normative discourse of Tercio Sampaio Jr.

1. INTRODUÇÃO

Entender a norma jurídica é um objetivo universal. Dentre as correntes que se formaram, na presente pesquisa toma-se como objeto a corrente que entende que a norma jurídica tem como elemento constitutivo a sanção, e a corrente segundo a qual a norma jurídica se estrutura na adesão espontânea.

Nesta pesquisa, objetivo é realizar uma análise comparativa entre a norma jurídica com base na teoria imperativa e com base na teoria pragmática, destacando-se o problema da norma permissiva.

Nesta investigação, a teoria imperativista objeto de análise é a encontrada sob o magistério de Norberto Bobbio e de Hans Kelsen. Por sua vez, a teoria pragmática da norma jurídica é aquela desenvolvida por Tércio Sampaio Ferraz Jr.

No primeiro momento será estudada a constituição e fundamentos da norma em sua concepção imperativista. Em seguida, o mesmo será feito em relação modelo pragmático da norma.

Então, será feita uma análise comparativa de ambos os modelos, destacando-se seus pontos convergentes e divergentes.

Posteriormente, serão analisadas as normas permissivas, em que se evidenciará o problema da teoria imperativista para enquadrar as normas permissivas como normas jurídicas.

Logo após, a descrição das normas permissivas será feita à luz da estrutura do discurso normativo de Tércio Sampaio, com análise crítica acerca de sua natureza normativa e a sua necessidade para a sobrevivência de qualquer ordem jurídica.

2. A NORMA JURÍDICA

A norma jurídica é o objeto da ciência jurídica. Contudo, isso não é um consenso, havendo até questionamento sobre a sua real necessidade, mas “a natureza do homem é tal

que ele só pode atingir uma condição verdadeiramente humana dada a existência da lei” (LLOYD, 1998, p. 1-3).

Quando se confronta a natureza humana e sua liberdade com a vida em sociedade, organizada e institucionalizada, verifica-se que, de fato, a harmonia entre estes extremos depende de algo que organize a complexa convivência social .

A organização de uma sociedade é feita por regras, de forma que GUSMÃO chega a reduzi-la a um complexo de normas, considerando-a como ordem social estabelecida por normas sociais (GUSMÃO, 1993. p. 36).

Também na doutrina de ZIPPELIUS se encontra a idéia de norma como diretiva do comportamento, como algo necessário dirigido ao ser humano para influenciar o seu comportamento: “uma comunidade de seres humanos não se forma apenas através de leis naturais, nem por meio de simples mecanismos psíquicos, mas pela adaptação do comportamento de um indivíduo ao do outro segundo diretivas comportamentais normativas” (ZIPPELIUS, 2006. p. 5).

As normas cuja finalidade seja o comportamento humano, são regras criadas para o homem pelo próprio homem. A conduta humana não é o efeito de uma causa natural, mas resultado de um complexo entre a sua liberdade e os padrões de conduta impostos pelas normas.

Nem todas as regras são normas jurídicas. Há regras morais, sociais em sentido estrito, religiosas, entre outras. Toda entidade ou grupo social possui regras, seja ele institucionalizado ou não.

A diferença entre as normas jurídicas e as demais regras é um problema que a teoria da norma jurídica tenta resolver estabelecendo um modelo padrão de norma. A busca por um elemento diferenciador deu origem a diferentes teorias da norma jurídica.

Possui destaque na dogmática a teoria da norma jurídica que consagra a sanção e a imperatividade como elementos distintivos do direito em relação a outras ordens sociais. Essa corrente está presente em todos os manuais das escolas de direito dedicados à introdução à ciência do direito, firmando-se como uma verdade quase indiscutível ao longo do desenvolvimento da teoria da norma jurídica.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2006) apresenta a norma jurídica como um discurso normativo baseado no modelo da pragmática lingüística, uma verdadeira situação

comunicativa . Contudo, raramente se encontra menção à norma jurídica como uma situação comunicativa nos manuais de direito.

Herbert Hart (2007. p. 137), ao tratar do Conceito de Direito, chega a citar o direito como sendo comunicação. Ele afirma que o direito *comunica* os padrões gerais de conduta de duas formas, uma chamada precedente e a outra legislação. Também é possível encontrar traços iniciais de uma teoria pragmática da norma jurídica em Bobbio (2008. *passim*), que trata a norma como proposição linguística e com relativa frequência usa os termos interlocutor e comunicador.

Outro problema da teoria da norma reside na razão da adesão ao seu conteúdo. A adesão às normas e sua manutenção pode ocorrer por uma série de fatores, por exemplo, pela força bruta de quem as imponha ou pelo carisma de quem as dita ou mesmo por tradição (WEBER, 2003).

A sanção ou violência é apresentada como elemento diferenciador da adesão às normas jurídicas em relação a outros tipos de regras num agrupamento social que constitui o Estado (WEBER, 2011. p. 56). A seguir será tratada da teoria imperativista, por ser a mais difundida nas cadeiras de introdução ao estudo do direito e ter a sanção como elemento diferenciador da norma jurídica.

2.1 A TEORIA IMPERATIVISTA DA NORMA JURÍDICA

A teoria imperativista da norma jurídica é bastante difundida nos manuais de direito. Ela é ensinada como dogma e normalmente conceitua a norma jurídica pela imposição de um determinado comportamento e a previsão de uma sanção em caso de não obediência.

Nesta pesquisa, a teoria imperativista é estudada em Hans Kelsen (2006) e Norberto Bobbio (2008), por se tratarem de paradigmas da concepção imperativista da norma jurídica. Ambos os autores estudam a norma com base num modelo analítico, isto é, num âmbito puramente formal e estrutural da norma, sem ter em conta o seu conteúdo valorativo como elemento constitutivo.

Kelsen (2006. p. 3-4) parte do pressuposto de que toda norma é antes um ato subjetivo de vontade, um querer sobre outrem. O sentido de norma propriamente dito, por ele denominado sentido objetivo, apenas se alcança quando aquele ato de vontade é produzido com base numa norma superior. Mas a própria norma superior que empresta significação

jurídica a um ato de vontade também tem seu fundamento de validade jurídica noutra norma hierarquicamente acima, e assim sucessivamente.

Este modelo de juridicização de atos subjetivos pode ser explicado na incidência normativa de Pontes de Miranda (2000. p. 51-52). Há dois mundos, o mundo dos fatos e o mundo jurídico. Todos os atos jurídicos estão no mundo dos fatos, mas o contrário não é verdadeiro. Os atos subjetivos de vontade são, antes de tudo, do mundo dos fatos, sem qualquer significado jurídico, mas tornam-se atos jurídicos quando servem de suporte fático para a incidência normativa que os reconhece juridicamente.

Este modelo de incidência normativa e suporte fático, dividido entre fatos do mundo e fatos jurídicos, explica satisfatoriamente o processo de objetivação dos atos de vontade na teoria de Kelsen (2006, p. 215). Contudo, a questão se complica com a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico por ele proposta, pois, na teoria pura do direito se separa a ordem do *ser* e a ordem do *dever-ser*. A existência de uma norma, então, não poderia estar no plano do *ser*, razão pela qual o fundamento de validade de uma norma só poderá estar noutra norma.

Essa hierarquia deve ter um limite. A última norma conhecida num ordenamento é a Constituição, porém, a própria Constituição é uma norma e a lógica do sistema jurídico hierárquico impõe a necessidade de uma norma superior que fundamente a existência da própria Constituição.

A este problema Kelsen responde com a norma hipotética fundamental ao afirmar que em se tratando de uma Constituição que é historicamente a primeira só é possível considerá-la objetivamente válida desde que “*pressuponhamos* uma norma por força da qual o ato a interpretar como ato constituinte seja de considerar como um ato criador de normas objetivamente válidas e os indivíduos que põem este ato como autoridade constitucional” (2006. p. 51).

A norma fundamental não é posta como um ato subjetivo, mas pressuposta. Ela é hipotética e está localizada no plano metajurídico, por isso, nenhuma norma a antecede.

A concepção da norma fundamental como algo hipotético na teoria pura do direito tem cunho científico, pois, se o fundamento de validade de um ordenamento jurídico reside em uma norma fundamental, enfatiza a posição de que o direito é inteiramente autônomo e autossuficiente e, portanto, deve ser concebida em termos jurídicos, e não em quaisquer outros extrínsecos ao direito. Essa é a essência da teoria *pura* do direito.

Na construção de um modelo normativo, a partir de uma análise formal, Bobbio (2008. p. 26) pressupõe que todas as regras jurídicas têm um elemento característico que consiste em serem proposições cuja finalidade é influenciar o comportamento dos indivíduos. Ele visa responder “como é” a norma jurídica, descrevendo a sua estrutura, independentemente de seu conteúdo.

Neste sentido, a regra jurídica é uma proposição prescritiva, que não se confunde com proposição descritiva: “com a descrição queremos informar outrem; com a prescrição, modificar seu comportamento” (BOBBIO, 2008. p. 80). As proposições descritivas são empregadas nas ciências naturais para descrever as leis de causa e efeito, mas não para ditar comportamentos. Quando uma lei causal é contrariada pelos fatos naturais ela é revogada, enquanto a não observância do comportamento prescrito normativamente gera uma série de conseqüências jurídicas para a pessoa.

Outro critério distintivo das proposições descritivas e prescritivas, sustentado tanto por Bobbio (2008, p. 81) como por Kelsen (2006, p. 82), diz respeito à valoração das proposições. As proposições descritivas podem ser valoradas como falsas ou verdadeiras por meio de uma averiguação empírica, mas as prescrições normativas são válidas ou inválidas. Contudo, há diferenças na noção de prescrição em cada um daqueles autores.

Na teoria imperativista de Kelsen, a norma está consagrada no princípio retributivo, em que a existência da sanção é a razão pela qual se considera prescrita uma conduta: “uma ordem social pode – e este é o caso da ordem jurídica – prescrever uma determinada conduta precisamente pelo fato de ligar à conduta oposta uma desvantagem [...], uma pena no sentido mais amplo da palavra” (KELSEN, 2006. p.26).

Kelsen é incisivo em afirmar que apenas se prescrevem condutas a fim de possibilitar a execução da sanção (2006, p. 27), tanto que só estará prescrita uma conduta se a conduta proibida for pressuposto de uma sanção.

Essa configuração da norma jurídica é problemática para as proposições desprovidas de sanção, por exemplo, as normas permissivas, que não trazem sanção alguma em seu texto.

A premissa imperativa do Kelsen, portanto, é a de que a qualificação da norma como jurídica depende da previsão de sanção para o caso de conduta diversa da prevista. A principal crítica a essa concepção é a de que se não houver sanção contra a conduta que deixa de aplicar sanção, a própria sanção não seria prescrita. No entanto, se para cada vez que se deixasse de

executar uma sanção fosse gerada nova sanção, o direito seria um sistema de normas em cadeia ao infinito.

Contra essas críticas, Bobbio oferece uma solução global, asseverando que o fato de se ter a execução de sanções previstas em normas, não significa que todas as normas de um ordenamento sejam providas de sanção. A falta de sanção contra determinadas condutas é uma razão implícita ao ordenamento, e a previsão de sanção em toda e qualquer norma jurídica é impossibilidade fática (BOBBIO, 2008. p. 176).

Enquanto para Kelsen (2006) as normas são jurídicas por dois pressupostos cumulativos, (existência fundamentada numa norma superior e segundo previsão da execução de sanção contra aquele que realizar conduta diversa da prescrita), Bobbio (2008, *passim*) reduz a um único pressuposto: a norma será jurídica pelo simples fato de pertencer ao ordenamento jurídico, independente do seu conteúdo.

Esta construção conduz ao problema da essencialidade da sanção na norma jurídica e sua função na teoria imperativista.

A sanção pode ser conceituada como um ato de coação, uma “reação da comunidade jurídica contra uma situação de fato considerada socialmente nociva” (KELSEN, 2006, p. 36). Então, a sanção não é aquilo que está presente na norma, mas sim a materialização da promessa de imputação de um mal.

Enquanto texto, a sanção é uma ameaça. Nessas condições ela exerce, assim como outras forças paralelas, coerção psíquica. A sanção propriamente dita será o ato material de coação, do efetivo uso da força.

Ademais, “a sanção é um expediente para conseguir que as normas sejam menos violadas ou que as conseqüências da violação sejam menos graves” (BOBBIO, 2008, p. 156). Em outras palavras, o fim da sanção seria reforçar a imperatividade da norma jurídica e garantir a sua aplicação.

Bobbio deu respostas coerentes ao problema da imperatividade, afirmando que apesar da característica imperativa das normas jurídicas e da existência de sanção como elemento distintivo das mesmas, isso não anula a possibilidade de adesão espontânea e não significa que toda norma deva, necessariamente, prever uma sanção para ser jurídica. A juridicidade da norma não depende de seu conteúdo, mas da sua estrutura juridicamente reconhecida pelo ordenamento jurídico.

Tendo em vista as diferenças traçadas entre as teorias de Bobbio e Kelsen, entende-se que a teoria imperativista em Bobbio é um aperfeiçoamento da imperatividade da norma em Kelsen.

Analisar-se-á em seguida a teoria da norma jurídica na visão pragmática de Tércio Sampaio Ferraz Jr.

2.2 O MODELO PRAGMÁTICO DA NORMA JURÍDICA

O discurso normativo não está nos manuais. Ele foi estruturado com base na pragmática linguística e desenvolvido por de Tércio Sampaio Ferraz Jr (2006). Ele propõe uma releitura da norma jurídica com base numa estrutura mais complexa e novos conceitos, investigando a norma como discurso normativo num sentido operacional e que se ramifica como espécie da linguística do diálogo (FERRAZ Jr., 2006, p. 4).

Para a compreensão do modelo normativo proposto pelo autor – norma como situação comunicativa – é necessário conhecer previamente a estrutura do discurso.

2.2.1 A estrutura do discurso

O discurso está alicerçado no princípio da interação (FERRAZ Jr., 2006, p. 4), que se materializa na troca de mensagens entre comunicador e receptor. Estes se vinculam pelo objeto da comunicação, isto é, a mensagem emitida pelo primeiro e recebida pelo último por meio do ato de falar.

O modelo da situação comunicativa sobre o qual se constrói a norma jurídica é composto do “ato de falar como ação dirigida a alguém (ouvinte/receptor) por alguém (orador/emissor), como apelo ao entendimento de quem ouve” (FERRAZ Jr., 2006, p. 12). Neste sentido, *entendimento* significa que o ato de falar deve ser possível de ser ensinado, aprendido e repetido para ser chamado de situação comunicativa.

A situação comunicativa apenas é enquanto *está* acontecendo porque não há estrutura que evidencie sua existência quando ela não está sendo exercida. Além disso, a situação comunicativa ocorre primordialmente entre seres humanos, no mínimo dois.

Enquanto na interação entre emissor e receptor o objeto da comunicação provoca uma reação em quem recebe a mensagem, esta mesma reação provoca uma outra ação em quem a

emite, havendo fluxo na estrutura do discurso porque o receptor não é passivo. Evidencia-se o caráter *reflexivo* da situação comunicacional. Se para cada mensagem enviada há uma reação, “não só quem pergunta desafia alguém para uma resposta, como quem responde pode desafiar o outro para uma fundamentação da própria pergunta” (FERRAZ, Jr, 2006. p. 16).

A reflexividade do discurso, porém, exige controle do envio e recebimento da mensagens a fim de se evitar a irracionalidade do discurso. A regra que possibilita a racionalidade do discurso é a do dever de prova. Em conformidade com ela, toda mensagem deve ser fundamentada por quem a emite (FERRAZ Jr., 2006, p. 17).

A racionalidade, portanto, exige fundamentação, mas nem toda fundamentação é racional, pois o fundamento de uma decisão pode residir, por exemplo, no poder: quando o soberano edita uma regra, ainda que seja irracional, deverá possuir um fundamento, que no caso é a competência decorrente da posição de soberano (FERRAZ Jr., 2006, p. 19).

Isso não significa, porém, que qualquer regra editada por um ditador seja racional unicamente por estar fundamentada racionalmente na posição de detentor do poder. A racionalidade do discurso depende ainda da possibilidade de se questionar ou modificar a regra editada. Se a regra diz que não há regra e é indiferente à reação do receptor, seja esta qual for, impedindo o comportamento crítico do ouvinte, a própria regra deixa de ser racional.

É neste sentido que a regra segundo a qual *toda pessoa nascida judia deve ser morta*, aplicada no holocausto, é irracional, pois, ao invés de se fundamentar, uma regra desta espécie retira a possibilidade de um discurso fundamentante e a parte poderá apenas: “ou não falar, o que torna a relação comunicativa indeterminável, ou falar qualquer coisa, caso em que há discurso, mas não pode ser nem sustentado nem contestado” (FERRAZ, Jr., 2006, p. 19).

Ainda que a regra do dever de prova seja solução para o problema da irracionalidade do discurso, o seu caráter reflexivo poderia eternizar o discurso, o que é indesejável. É necessária, então, outra regra que estabeleça limite ao discurso.

Essa outra regra reside no limite às críticas contra a mensagem emitida, mas, assim como o emissor não pode ser contestado infinitamente, também não pode mudar suas ações linguísticas iniciais caso haja rejeição pelo ouvinte.

Com base nesta estrutura, o discurso possui três funções, a função sintomática, a função de sinal e a função estimativa (FERRAZ Jr., 2006, p. 19). A função sintomática se revela do ponto de vista do orador, uma vez que o discurso por ele proferido carrega um

sentimento dirigido ao ouvinte. A reação do receptor – ação ou omissão – influenciada pela mensagem recebida, caracteriza a função de sinal do discurso.

Do ponto de vista do objeto do discurso – a mensagem – há a função estimativa, a qual revela a reação do receptor e estima o valor da mensagem como duvidosa, boa, má, etc. (FERRAZ Jr., 2006, p. 22). Esta estimativa apenas ocorre diante de uma reação ativa do ouvinte, confirmando ou rejeitando a mensagem.

O discurso pode se expressar digital ou analogicamente (FERRAZ Jr., 2006, p. 30). O discurso digital ocorre verbalmente e o discurso analógico é ritualístico, isto é, ocorre por meio de sinais. Um discurso, porém, pode conter mensagens digitais e analógicas ao mesmo tempo. É mensagem analógica, por exemplo, a toga que, vestida, indica a autoridade judiciária. Entretanto, “o modo analógico é pobre de recursos e conotativo” (FERRAZ Jr., 2006, p. 31), o que dificulta a generalização do discurso porque um sinal pode comportar diversos significados.

No que tange à certeza da mensagem, o discurso está estruturado em dois níveis, o nível relato e o nível cometimento (FERRAZ Jr., 2006, p. 31). Cada nível do ato linguístico representa uma função diferente: no nível relato se dá a informação e no nível cometimento se diz como a informação deve ser entendida. O nível cometimento é metainformativo, isto é, informação sobre informação.

O discurso está estruturado, portanto, na existência de orador e ouvinte em posições intercambiáveis, de mensagens analógicas e digitais, nos níveis relato e cometimento, e em regras que operam na manutenção de um discurso fundamentante e limitam as possíveis ações e reações dos participantes. A partir dessa estrutura, determina-se em que situação ocorre o discurso normativo.

2.2.2 O discurso normativo

São feitos dois cortes epistemológicos para o exame da norma como situação comunicativa. Primeiro, toda investigação é feita no nível do discurso com base na estrutura acima delimitada. Segundo, trata-se de uma investigação descritiva do modelo pragmático da norma, cujo objetivo é propor um modelo esquemático para identificação da norma jurídica (FERRAZ Jr., 2006, p. 38-39).

A norma é um elo entre pessoas e, caracterizando-se como discurso normativo, liga editor e endereçado numa situação comunicativa. Esta situação se caracteriza pela constante troca de mensagens, um verdadeiro conflito entre as partes, as quais tentam convencer uma a outra “com o fito de provocar e implementar uma decisão” (FERRAZ Jr., 2006, p. 41).

Contudo, para evitar descontrolo de discussão sobre discussão decorrente da reflexividade presente no discurso, o modelo pragmático da norma é complementado com o terceiro comunicador (comunicador normativo).

A presença do terceiro comunicador torna o conflito organizado, pois goza da prerrogativa de pôr fim ao conflito por meio de uma decisão quando o comportamento das partes não corresponda ao esperado, ainda que isso não signifique a solução do conflito (FERRAZ Jr., 2006, p. 44).

O comunicador normativo não é estático. Ele assume diversas posições, como a do juiz perante as partes, a figura do árbitro no instituto da arbitragem, entre outros. A sua posição é privilegiada porque complementa o elo entre as partes com coordenação objetiva ao impor linguagem, atos e postura apropriadamente jurídica. A coordenação objetiva engendrada pelo terceiro comunicador impede que qualquer das partes deixe o conflito sem que esteja efetivamente encerrado.

É necessário observar que o complemento do discurso com a figura do comunicador normativo ganha metacomplementaridade com a regra que modifica o ônus do dever de prova. O terceiro comunicador funciona como orador cujas mensagens gozam de presunção probatória, razão pela qual o ônus do dever de prova recai sobre o destinatário normativo.

Enquanto na estrutura do discurso lingüístico o ônus do dever de prova é do emissor da mensagem, na estrutura do discurso normativo o ônus da prova é invertido para o fortalecimento da figura do comunicador normativo, cujas mensagens são premissas para encerramento do conflito. É o destinatário normativo quem terá o ônus de provar sua recusa em aceitar a norma que lhe é dirigida.

Outra peculiaridade identificada na estrutura do discurso normativo diz respeito a sua duplicidade: ele é ao mesmo tempo dialógico no nível do relato e monológico no nível do cometimento. Será monológico quando a relação for entre autoridade e sujeito, o que ocorre com a impossibilidade de se contestar o aspecto cometimento da norma. Será dialógico quando a relação entre os comunicadores for de parte argumentante e intérprete no nível relato da norma.

A ambiguidade do discurso pode ser exemplificada na seguinte norma: *ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente*.

As decisões a serem tomadas no caso concreto podem ser a prisão decorrente do flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade. As alternativas *prender* ou *não prender* constituem um conflito entre as partes que cessa porque a norma indica como e quando é proibido, obrigatório ou facultativo efetuar a prisão (FERRAZ Jr., 2006, p. 48-51).

É a própria norma que informa acerca da prisão e prescreve como essa informação deve ser entendida. A primeira informação é o aspecto relato da norma, o seu conteúdo, e a segunda informação ocorre sobre a primeira, constituindo seu aspecto cometimento.

O discurso normativo, portanto, é ambíguo. O possível questionamento acerca do aspecto relato torna-o dialógico (relação argumentante e intérprete) e o endereçado pode questionar a decisão, mas a impossibilidade de se questionar o aspecto cometimento da norma caracteriza sua monologicidade (autoridade e sujeito) e o destinatário deve cumprir a norma do modo indicado, isto é, com uma ação, omissão ou faculdade.

Usualmente, o aspecto cometimento da norma é digitalmente veiculado por meio dos funtores: *é proibido*, *é obrigatório*, *é permitido*, etc. Contudo, pode também se expressar analogicamente, por meio de sinais ou rituais, o que torna sua identificação mais difícil, e assim também dificulta a identificação da forma como a norma deve ser entendida.

A influência da norma sobre o comportamento humano é algo característico do modelo do discurso normativo porque esses operadores normativos dão sentido a uma situação descrita na norma (ação ou omissão). O sentido normativo, portanto, só é possível com a combinação do aspecto cometimento sobre o aspecto relato da norma.

Diz-se, então, que os operadores do cometimento “são fórmulas digitais, pelas quais a autoridade controla as possíveis reações do endereçado à definição das respectivas posições” (FERRAZ Jr., 2006, p. 53). O destinatário normativo pode reagir confirmando, quando concorda e age conforme a definição da ação, rejeitando, quando discorda e age em desconformidade com a ação definida, ou desconfirmando², quando ignora a norma.

Os operadores deônticos impedem a reação de desconfirmação, por meio da qual se poderia ignorar a existência do editor normativo e da própria norma, isto é, se poderia afastar

² Na teoria pragmática da norma jurídica, a desconfirmação equivale à alegação de desconhecimento da lei.

a relação de autoridade e sujeito. Admite-se apenas a confirmação ou a rejeição porque dão ao editor normativo o sentido de autoridade.

Se o destinatário confirmar, o editor confirma a confirmação; se o destinatário rejeitar, o editor rejeita a rejeição; e se o destinatário desconfirmar, o editor desconfirma a desconfirmação. Com essa desconfirmação, o editor normativo assegura sua condição de autoridade e, por meio da rejeição, o editor normativo garante que a relação de autoridade não seja desqualificada.

A possibilidade de não cumprimento do relato é real, porém, sua materialização não afeta o discurso normativo justamente porque ele é assegurado pelo aspecto cometimento. Não obstante, diante das possíveis reações de rejeição e desconfirmação por parte do destinatário normativo é que se verifica a necessidade de reforçar a autoridade para que não cesse o discurso normativo.

Neste ponto, questiona-se como se dá a rejeição da rejeição ou a desconfirmação da desconfirmação por parte do editor normativo. Nessas situações, as possíveis reações do editor devem estar previstas, e o discurso normativo deve prever procedimentos especiais em que a autoridade é, ao mesmo tempo mantida, mas temporariamente suspensa, pois o edito aparecerá como argumentante e o endereçado como intérprete (FERRAZ Jr., 2006, p.68)

É nessa situação ambígua, em que a autoridade é ao mesmo tempo mantida mas temporariamente suspensa, que o autor explica a relação entre norma e sanção sob o ângulo pragmático. Do ponto de vista psicossociológico a sanção é conceituada como “um fato empírico, socialmente desagradável, que pode imputado ao comportamento de um sujeito [...]. Trata-se de uma reação negativa contra um determinado comportamento, portanto, avaliada como um mal para quem a recebe” (FERRAZ Jr., 2006, p. 69).

Do ponto de vista lingüístico, o conceito ganha outra roupagem. Citando Austin, FERRAZ Jr (2006, p. 79) apresenta três tipos de atos lingüísticos: a) o ato locucionário, que representa a constatação de um estado de coisas, isto é, como uma proposição descritiva; b) o ato ilocucionário, que é a realização de uma ação através de uma asserção; c) e o ato perlocucionário, que é a consecução de uma ação ao falar, que desperta uma expectativa no ouvinte, mas é ao mesmo tempo um ato ilocucionário.

A partir disso a sanção é enquadrada como ato perlocutivo, uma vez que a sua previsão no discurso normativo é, de per si, uma ação de ameaça de sanção concreta e atual.

Sanção como fato empírico é apenas o ato que inflige o mal à pessoa, antes disso, tudo é mera ameaça de sanção.

Ao tratar da relação entre norma e sanção, FERRAZ JR (2006, p. 73) a tem como elemento da norma, direta ou indiretamente: “uma das características da norma jurídica está em que nelas a sanção é sempre prevista ou por ela mesma ou por outra norma, sem que isto nos obrigue que na sanção esteja a causalidade genética do direito”.

No modelo pragmático da norma jurídica, a sanção não é o elemento constitutivo do direito porque ela está no nível do relato da norma, e é o aspecto cometimento que dá vida ao caráter prescritivo e sentido ao relato. Ao se prescrever uma dada sanção “*é obrigatório pagar multa*” para o caso de determinada conduta, a sanção compõe o aspecto relato da norma, qual seja, “*pagar multa*”.

Esse enunciado – pagar multa – apenas tem sentido normativo se for metacomplementado com um operador deôntico, o qual dá a ele sentido prescritivo e estabelece a relação autoridade e sujeito.

O direito, portanto, não é a sanção, mas a sanção é que existe em razão do direito. Ela está no nível do relato do discurso normativo e pode ser contestada.

Por outro lado, é a sanção que representa os procedimentos regulados que dão suporte à força vinculante da autoridade da decisão normativa. A estrutura normativa que prevê a sanção mantém a autoridade – aspecto cometimento – suspensa e ao mesmo tempo explicita as ações que se pode esperar da autoridade caso determinada condição se materialize.

A condição para a concretização de uma sanção é a rejeição ou desconfirmação de determinada norma. Se o endereçado reage de uma dessas formas, a autoridade inicialmente suspensa na norma que prevê a sanção é ativada. Além disso, a sanção prevê a ação que o destinatário normativo pode esperar da autoridade caso se comporte de maneira diversa da que lhe é exigida. Finalmente, “se o endereçado não pode provar com fundamentos normativos a sua recusa, segue uma contra-resposta do editor, em termos de ameaça de sanção” (FERRAZ Jr., 2006, p. 78).

O discurso normativo, portanto, está estruturado com o (i) editor normativo, (ii) as regras que lhe permitem o caráter fundamentante e (iii) os aspectos relato e cometimento. Segue-se, então, com a descrição acerca da validade e efetividade da norma no modelo pragmático como premissa para o posterior comparativo com o modelo da norma na teoria imperativista.

2.2.3 Validade e efetividade da norma no modelo pragmático

O uso do termo *norma válida* refere-se a uma interação entre aspectos relato e cometimento de diferentes discursos normativos (FERRAZ Jr., 2006, p. 106 *et seq*). A validade, no modelo pragmático, não se trata apenas de uma comparação de conteúdo entre normas, mas sim dos seus diferentes níveis.

Uma norma válida é uma norma imunizada. A validade representa interação entre discursos normativos, por meio do que uma norma imuniza a outra, garantindo-lhe o aspecto cometimento metacomplementar e assegurando ao editor sua posição de autoridade, isto é, imuniza-se a própria autoridade e capacita-a para controlar as possíveis reações do endereçado.

Norma válida, portanto, é aquela “cujo aspecto-cometimento não apenas está definido como meta-complementar, mas está imunizado contra críticas através de outra norma” (FERRAZ Jr., 2006, p. 108). O processo de imunização se dá entre o aspecto relato de uma norma e o aspecto cometimento da norma imunizada e desonera a autoridade até mesmo de demonstrar a inversão do ônus da prova.

Em razão desta relação entre o aspecto relato da norma imunizante e o aspecto cometimento da norma imunizada, a validade de uma norma apenas pode ser verificada em comparação com outra.

O processo de imunização das normas pode ser condicional ou finalista. A imunização condicional vincula o meio pelo qual a norma imunizada se propõe a alcançar um determinado fim, em que o fim é livre, mas o meio para alcançá-lo é vinculado. Esta espécie de imunização é muito comum na relação hierárquica entre normas.

A imunização finalista fixa um determinado fim para a norma, isto é, limita o seu aspecto relato, mas permite que os meios sejam escolhidos livremente para o alcance do fim.

A norma válida, e, conseqüentemente, exigível, deve estar concorrentemente imunizada de ambas as formas, em relação à forma como é produzida (competência, procedimento, etc.) e seu conteúdo (matéria sobre a qual cada espécie de norma pode ou deve legislar).

De outro lado, “a efetividade exprime uma relação entre o aspecto-cometimento e o aspecto relato da mesma norma”, razão pela qual a efetividade, ao contrário da validade, pode ser verificada numa única norma (FERRAZ Jr., 2006, p. 113). A efetividade de uma norma é

inversamente proporcional à evidência do aspecto cometimento dessa norma (FERRAZ Jr., 2006, p. 114), isto é, é tanto maior o grau de efetividade quanto maior o grau de obediência.

Contudo, há que se atentar para o fato de que a efetividade não se confunde com obediência e tampouco se limita à obediência. A efetividade de uma norma está para sua eficácia e varia conforme a sua capacidade para produzir efeitos. FERRAZ Jr. (2006, p. 118) detalha que as normas podem ser *plenamente* eficazes se o seu relato prevê todas as condições necessárias para a produção de efeitos imediatos; serão *contidamente* eficazes quando a própria norma é capaz de produzir efeitos imediatos sob determinadas condições previstas por ela própria; serão *limitadamente* eficazes quando os efeitos estiverem sob condições a serem estabelecidas em outra norma.

A pragmática da norma jurídica não analisa a efetividade apenas a partir dos fatos sociológicos que representem obediência à norma, mas também de uma relação entre aspecto cometimento e aspecto relato da norma e sua capacidade para produzir efeitos. Quanto maior o grau de eficácia, maior é o grau de efetividade, conforme os parâmetros anteriores, independentemente da obediência.

O aparente paradoxo na verificação da efetividade da norma – tendo em vista que acima se falou em grau de efetividade com base em grau de obediência e agora em efetividade com base na possibilidade de produção de efeitos – pode ser explicado nas condições do relato de uma norma e a influência da obediência ou desobediência na relação metacomplementar estabelecida (FERRAZ Jr., 2006, p. 120).

Uma norma inefetiva por desobediência pode continuar efetivamente eficaz, ou uma norma que já não produz efeitos pode permanecer continuamente obedecida mas não será aplicável, porque as razões da obediência são fatos sociológicos que não importam à pragmática da norma jurídica.

Se uma norma não é eficaz, porque lhe falta condições de aplicabilidade, e tampouco obedecida, fala-se em *costume negativo* (FERRAZ Jr., 2006, p. 120-121), que representa a inefetividade pragmática da norma jurídica. Entretanto, a desobediência não retira a efetividade da norma, mas tão somente lhe causa uma variação em grau. Só se não houver condições de aplicabilidade a norma não será efetiva.

Diante dessas considerações acerca do modelo pragmático da norma jurídica, estão constituídas as premissas necessárias para as reflexões comparativas entre o discurso normativo proposto por FERRAZ Jr e a teoria imperavista da norma jurídica.

3. REFLEXÕES COMPARATIVAS ENTRE A TEORIA IMPERATIVISTA E O MODELO PRAGMÁTICO

As teorias da norma jurídica analisadas acima não se excluem. A teoria pragmática da norma jurídica é uma teoria imperativista da norma jurídica, embora estruturada no discurso normativo e, diferentemente da teoria da norma jurídica em Kelsen e em Bobbio, prevê que a norma é intercomunicacional.

Outra convergência notada entre as teorias analisadas diz respeito ao método de investigação da norma. Tanto a teoria imperativa de BOBBIO e de KELSEN, como a teoria pragmática de FERRAZ Jr., propõem um modelo formal (esquema analítico) de norma jurídica, e não uma realidade empírica..

Além disso, ambas as teorias reconhecem como conteúdo das normas apenas ações humanas, podendo ser preenchidas com alguma referência a *coisas* desde que haja relação com algum fato humano.

Um diferencial marcante na estrutura da norma em cada uma das teorias acima diz respeito à forma como a norma ganha sentido. BOBBIO e KELSEN estruturaram a norma como se ela se constituísse de apenas um nível, e por isso era preciso encontrar um elemento distintivo dentro deste mesmo nível. Tendo em vista o caráter expressivo da sanção, a teoria imperativista tradicional apontou para ela como um elemento diferencial do direito.

Por sua vez, FERRAZ Jr. dividiu a norma em dois aspectos, relato e cometimento. Isoladamente, os aspectos não representam nada. O aspecto relato traz um fato (ação ou omissão), sendo preciso um complemento para dar sentido a esta mensagem. É o aspecto cometimento que dá significado à norma e informa se o fato descrito no relato deve ser entendido como uma obrigação ou proibição. Não é a sanção que determina o caráter normativo ou imperativo da norma, mas sim o aspecto cometimento por meio dos funtores deônticos *é proibido*, *é obrigado*, etc. A existência da sanção, inclusive, está condicionada à metacomplementaridade pelo nível do cometimento.

Não obstante, a sanção cumpre um importante papel na norma jurídica, porque permite ao endereçado normativo prever a ação que deve esperar do editor normativo se não agir em conformidade com a norma.

A teoria pragmática resolve um grave problema na teoria imperativista tradicional, o da validade das normas jurídicas. Na teoria imperativista tradicional a validade de uma norma

está fundamentada em uma norma superior, e assim sucessivamente até que a última norma posta esteja fundamentada numa norma pressuposta.

A solução da norma pressuposta fundamental deixa uma grave lacuna. Abre a possibilidade para o fundamento do direito num ato meramente político e faz admitir como juridicamente válida e aplicável qualquer ordem normativa, independentemente de sua estrutura e conteúdo.

FERRAZ Jr. desconstrói essa possibilidade afirmando que a superioridade de uma autoridade decorre da imunização de sua imposição por uma outra norma e também pela possibilidade de se estabelecer comunicação no discurso normativo. Isso também desqualifica o padrão estático do escalonamento das normas jurídicas na teoria imperativista tradicional. Em verdade, as normas estariam, além de hierarquicamente organizadas, também compostas em várias cadeias de normas-origem, e não apenas uma hipotética fundamental.

Suponha-se que um dado sistema proíba a edição de uma norma “A” e, conseqüentemente, “A1”, “A2”, “An”, mas ainda assim a tal norma “A” tenha sido editada e tenha se iniciado uma nova cadeia de normas “A1”, “A2”, “An”. Estas normas seriam válidas em relação a “A” porque o relato desta imuniza o cometimento daquelas, porém, seriam inválidas em relação à cadeia que proibia a edição de “A” porque o cometimento desta não está imunizado.

Na teoria de KELSEN a cadeia iniciada por “A” não poderia de modo algum ser válida, salvo na condição de uma revolução e início de um novo sistema. Contudo, novas cadeias normativas são construídas a todo tempo dentro do sistema jurídico, daí porque a noção hierárquica intransponível do direito fica prejudicada.

É importante entender, portanto, que o sistema jurídico possui várias cadeias de normas-origem, e não apenas uma norma hipotética fundamental.

Acerca da validade dessas normas que iniciam novas cadeias normativas, FERRAZ Jr. explica que a primeira norma de uma cadeia de normas não é válida nem inválida, mas será efetiva ou não efetiva e, portanto, capaz ou incapaz de produzir efeitos. Se for efetiva, estará apta a produzir efeitos e, conseqüentemente, validar outras normas.

Há, ainda, o problema das normas permissivas, um dos mais complexos da teoria da norma jurídica, capaz mesmo de por em xeque o direito como ordem imperativa, conforme se verifica a seguir.

4. O PROBLEMA DAS NORMAS PERMISSIVAS

Viu-se que, independentemente da teoria normativa, a previsão de uma reação para o caso de desobediência do sentido normativo é ínsita à ideia de norma.

Contudo, isso não explica o problema das normas permissivas, caracterizadas pela falta de imposição de um comportamento. Isso leva à indagação sobre o lugar destas normas na teoria imperativa da norma jurídica e como a teoria pragmática lida com a questão no modelo do discurso normativo.

Essas indagações compõem tormentosas reflexões acerca da norma jurídica, uma vez que poderia colocar em xeque a própria imperatividade norma jurídica.

Em suas críticas às teorias coercitivas do direito, HART (2007, p. 39) comenta que não se pode identificar, por exemplo, as leis de competência legislativa com leis ameaçadoras de sanção em caso de conduta diversa da prescrita. Enquanto seria possível pensar em desobediência no caso das leis que ameaçam de sanção, na primeira situação fala-se apenas em atendimento ou não aos requisitos para a criação de uma lei. Neste sentido, a função da lei de competência legislativa é conferir parâmetros para o seguro exercício da legislatura e não ameaçar contra a não criação de leis ou a criação excessiva.

Há que se investigar qual a solução apresentada para o problema das normas permissivas pela teoria imperativista em comparação com a solução dada pela teoria pragmática da norma jurídica. Além disso, há que se verificar se as normas permissivas realmente são jurídicas e se a sua natureza fica comprometida pela falta de previsão de sanção para o caso de não realização de uma dada conduta.

4.1 A NORMA PERMISSIVA NA TEORIA IMPERATIVISTA

Segundo KELSEN (2006, p. 60), aceitar a sanção como elemento do conceito de direito é necessário para distingui-lo “de qualquer outra ordem social, e porque, como elemento de coação, se toma por critério um fator sumamente significativo para o conhecimento das relações sociais e altamente característico das ordens sociais a que chamamos ‘Direito’”.

Apesar disso, a existência de normas permissivas não é ignorada pela teoria imperativista. Os defensores dessa corrente solucionam o problema das permissivas tratando-

lhes de modo especial, ora como norma não autônoma, ora como um mero direito reflexo, sempre na tentativa de manter o vínculo com a sanção.

A primeira espécie de norma permissiva identificada nesta teoria é a permissão de exceção, que limita o domínio de validade de uma norma proibitiva ao permitir a conduta originariamente proibida numa dada situação. Tal sucede, por exemplo, “quando uma norma proíbe, de forma absolutamente genérica, o emprego da força por um indivíduo contra o outro, e uma norma particular o permite em caso de legítima defesa” (KELSEN, 2006, p. 17).

BOBBIO (2008, p. 126) também destaca a existência das permissivas de exceção, afirmando que onde elas existem há um sistema imperativo de normas, pois, se as permissivas desobrigam as pessoas, a pré-existência de um comando que proíbe ou obriga é condição de sua existência.

A aplicação dessa espécie de norma ocorre se o indivíduo pratica a conduta permitida, isto é, se a ação ou omissão permitida não se concretiza, trata-se de norma permissiva não aplicada. Além disso, essas normas só fazem sentido se combinadas com normas que proíbem ou obrigam uma conduta, uma vez que sua função é limitar o domínio de validade de normas que obrigam uma ação.

Outro tipo de permissão identificada na teoria imperativa de Kelsen trata-se das chamadas permissões em sentido negativo, quando a conduta humana não está expressamente proibida e nem positivamente permitida (KELSEN, 2006, p. 18).

Essa permissão em sentido negativo, também assinalada como uma liberdade negativa, pode ser agrupada em duas situações: a) aquela cuja permissão reflete uma proibição, sendo vedado a qualquer pessoa lesar o agir livremente de outrem; e b) aquela cuja permissão não reflete uma proibição, e a todas as pessoas é permitido negativamente realizar determinadas condutas, ainda que a de uma pessoa interfira na conduta negativamente permitida de outra (KELSEN, 2006, p. 46-47).

A segunda espécie de liberdade negativa reflete bem o adágio de que aquilo que não esteja proibido está permitido, comumente sublinhada na esfera de autonomia privada.

Quando se verifica este estado de permissão em sentido negativo, impera uma situação de licitude natural ou originária que pode ser limitada por normas imperativas ao impor obrigações e proibições (BOBBIO, 2008, p. 128).

A situação de liberdade negativa que impõe uma proibição às pessoas de interferir no agir livremente de outrem pode ser enquadrada na forma como Kelsen trata do direito subjetivo. Segundo o autor, “a palavra ‘permitir’ é também utilizada no sentido de ‘conferir um direito’” (KELSEN, 2006, p. 18)

Seria, então, o direito subjetivo um tipo de permissão? KELSEN (2006) aponta que *direito subjetivo* pode significar que um indivíduo tenha o direito de que um ou mais indivíduos se comportem em relação a ele de determinada maneira. Os indivíduos obrigados possuem um *dever* em relação àquele que possui o *direito*, hipótese na qual se o *direito* for exercido, porque uma faculdade, o *dever* tem de ser observado.

O *dever* pode se constituir de tolerância a determinado ato por quem possui o direito ou proibição de interferir no exercício daquele direito, ou, ainda, na obrigação de fazer algo para satisfazer o direito de outrem.

Se se pensar que o possuidor do direito tem a faculdade de exigir do outro o cumprimento do seu dever, então, o direito subjetivo seria uma permissão. Exercê-la ou não é uma escolha imputada ao titular do direito: “este [titular do direito] pode exigir ou reclamar a conduta do outro [obrigado], a conduta a que este é obrigado em face dele” (KELSEN, 2006, p. 141).

Para destacar o aspecto imperativo da norma, KELSEN (2006, p.143) defende que o direito subjetivo é um mero reflexo do dever de alguém, e só quem tem dever é sujeito porque pode violar ou cumprir sua obrigação. Ao reduzir o direito subjetivo a um dever, Kelsen buscou afastar sua classificação como uma permissão.

Por outro lado, afirma-se que “uma determinada conduta apenas pode ser considerada [...] como prescrita [...] na medida em que a conduta oposta é pressuposto de uma sanção”, isto é, a própria existência da norma depende da previsão de uma sanção (KELSEN, 2006, p. 26).

Em função disso, KELSEN (2006, p. 61) entende que se toda norma jurídica deve prever uma sanção, então, uma norma que não atende a essa premissa, porque prevê apenas uma conduta pura e simplesmente, será uma norma não autônoma. Seria autônoma apenas a norma que prevê sanção.

A juridicidade das normas que não prevêem sanção é salvaguardada com sua classificação como norma não autônoma ou fragmento de norma. A norma não autônoma, a qual prevê apenas uma conduta devida, está negativamente estabelecendo o pressuposto para

a execução de uma sanção prevista noutra norma. A completude da norma não autônoma dependeria, portanto, da sanção prevista numa outra norma à qual ela está ligada.

Desta forma, são não autônomas as permissivas de exceção: “normas jurídicas não autônomas são também aquelas que permitem positivamente uma determinada conduta, pois elas apenas limitam o domínio de validade de uma norma jurídica que proíbe essa conduta na medida em que lhe liga uma sanção” (KELSEN, 2006, p. 61).

Por outro lado, KELSEN não cuida das chamadas permissões em sentido negativo ao tratar das normas não autônomas, sob o argumento de que neste caso a permissão não é positivamente feita.

Assim, na teoria imperativista de Kelsen, identifica-se como normas permissivas as permissivas de exceção e as permissões em sentido negativo, sendo que as permissivas são tratadas como normas não autônomas porque não prevêm a aplicação de sanção.

Em BOBBIO (2008, p. 92), é possível verificar se os imperativos hipotéticos podem ser qualificados como normas permissivas. O autor apresenta uma distinção, feita por Kant, entre juízo categórico e juízo hipotético, cuja diferença residiria na forma do comando. Os imperativos categóricos seriam comandos que ordenam condutas a serem obedecidas incondicionalmente, enquanto os imperativos hipotéticos prescrevem ações como condição para se atingir um fim pré-estabelecido.

Por mais que se identifique uma permissão no imperativo hipotético, não se pode negar a capacidade do direito de induzir um determinado comportamento nas pessoas. Tomando-se como referência a doação, ninguém está obrigado a doar, é uma faculdade, porém, uma vez escolhido fazer a doação, a conduta é vinculada.

Essa conclusão reforça a idéia da teoria imperativista que prevê que todas as normas jurídicas são imperativas que influenciam as pessoas a agirem, positiva ou negativamente, num determinado sentido, mas deixa a dúvida sobre como as normas permissivas poderiam comandar e se elas de fato ordenam condutas.

Na mesma linha de Kelsen, BOBBIO (2008, p. 126) entende que uma norma que impõe um dever “a uma pessoa atribui ao mesmo tempo a outra pessoa o direito de exigir o cumprimento, assim como uma norma que atribui um direito impõe ao mesmo tempo aos outros o dever de respeitar o livre exercício ou de permitir-lhe a execução”. Nisso reside, basicamente, o argumento do direito reflexo de um dever.

Feitas estas considerações, identificou-se como as normas permissivas são tratadas na teoria imperativista: ou como permissiva de exceção ou como uma espécie de liberdade negativa na falta de normas. A imperatividade do direito estaria resguardada ou porque as normas permissivas são normas não-autônomas, ou porque a sua existência está condicionada à pré-existência de normas imperativas.

4.2 A NORMA PERMISSIVA NA TEORIA PRAGMÁTICA DA NORMA

Na teoria pragmática da norma jurídica as permissivas são entendidas como normas de exceção e normas independentes, e há importantes reflexões acerca do silêncio.

Na teoria do discurso normativo as normas permissivas de exceção também constituem exceção a normas de obrigação ou proibição. Isso está em consonância com a permissiva vista na teoria imperativista de Kelsen e de Bobbio, cujo exemplo mais comum é o da legítima defesa. A princípio, é proibido matar, porém, uma norma específica pode autorizar o ato de matar em determinada situação caracterizada como legítima defesa, o que constitui uma exceção à regra proibitória.

Por outro lado, FERRAZ Jr. (2006, p. 60) aborda as permissivas independentes, cujo teor substancial não se observa em nenhuma norma de proibição ou obrigação do ordenamento. Divide a permissão em fraca, quando o comportamento é tolerado, e forte, quando o comportamento é tolerado e sua realização é garantida.

Estas permissões estão consubstanciadas na chamada liberdade negativa, decorrentes da inexistência de normas de comando – proibição ou obrigação – sobre alguma coisa. Impera, aqui, o postulado segundo o qual o que não está proibido é permitido.

Contudo, a teoria pragmática da norma analisa o silêncio sob outro prisma. No discurso normativo o silêncio significa inércia do editor normativo frente ao destinatário da norma e nenhuma informação é transmitida. Não se nega que o silêncio é uma forma de comunicação e que possui significado comunicativo, mas questiona-se “se o silêncio do comunicador normativo tem sentido de mensagem normativa ou um outro qualquer” (FERRAZ Jr, 2006, p. 61).

Intuitivamente, o silêncio libera o endereçado normativo para agir desvinculadamente da forma que melhor lhe convir, porém, essa liberação afastaria a possibilidade de controle das ações e reações do endereçado, uma vez que o editor não estaria estabelecendo a relação

autoridade/sujeito. Essa liberação, portanto, descaracterizaria a imperatividade do direito porque se perderia o controle sobre a conduta das pessoas.

Do ponto de vista da pragmática, portanto, o silêncio do editor cria um discurso inqualificado, a partir do qual nada é possível decidir, o que não teria relação alguma com permissão.

O discurso normativo, conforme salientado acima, se qualifica por sua metacomplementaridade, isto é, em virtude da informação sobre informação com o uso dos funtores deônticos. É por meio da metacomplementaridade que o editor normativo manifesta-se no discurso normativo, dando-lhe sentido.

Sob pena de comprometer a própria existência do discurso normativo, todo aspecto cometimento de uma permissão deve se expressar com o operador *é permitido que*, no sentido de que “o editor, ao permitir determinada ação, estabelece um cometimento do tipo: eu ignoro qualquer reação de confirmar ou de rejeitar uma eventual desconfirmação” (FERRAZ Jr., 2006, p. 62).

Ao permitir, nos moldes do discurso normativo, o editor impõe uma relação de simetria com o sujeito, a partir da qual este tem o dever de ignorar a autoridade daquele. Esse aparente paradoxo é explicado por FERRAZ Jr. (2006, p. 61) como uma pseudo-simetria, caso em que a relação simétrica é imposta. O endereçado é obrigado a sujeitar-se à simetria imposta, enquanto a autoridade se desqualifica e se requalifica como tal imediatamente, porque a simetria decorre de sua imposição.

Este discurso normativo difere do silêncio porquanto está qualificado com o operador *é permitido* e seu aspecto cometimento é assegurado. Neste sentido, uma norma permissiva em nada difere da estrutura de uma norma de obrigação ou proibição, haja vista que todas elas estão devidamente metacomplementadas e impõem uma relação de autoridade e sujeito com controle sobre o comportamento.

De outro lado, se o discurso normativo permissivo impõe controle às reações possíveis dos endereçados, cumpre verificar como ou se é possível a violação das normas permissivas nos moldes das normas de obrigação ou proibição.

A violação de uma norma de obrigação ou proibição ocorre quando o sujeito rejeita agir do modo imposto, porém, se a norma permissiva impõe simetria, e não uma determinada ação, sua violação não pode ocorrer por ação de modo contrário ao prescrito.

Logo, a violação de uma norma permissiva apenas se visualiza quando o sujeito rejeita a própria relação imposta. A violação, portanto, está no aspecto cometimento e não ao nível do relato, pois, conforme afirma FERRAZ Jr (2006, p. 86), “a violação da norma permissiva que estabelece uma competência se dá quando o sujeito a quem foi imposta a simetria tenta eximir-se dela ou os que dela estão excluídos tentam assumi-la”.

Seria o caso de o sujeito negar a competência que lhe foi imposta ou tentar usurpar uma faculdade que não é sua. Ao se ter em mente uma norma que atribui competência para editar normas, se as normas não são editadas, violação alguma ocorre. O sujeito pode agir ou não agir, editar ou não editar normas, sem esperar qualquer reação por parte da autoridade, mas se à pessoa não foi outorgada a faculdade de editar normas, ela não poderá fazê-lo sob pena de violar uma norma permissiva que atribui tal faculdade a outrem.

4.3 REFLEXÕES COMPARATIVAS ACERCA DA NORMA PERMISSIVA

Iniciando-se pelos pontos comuns, verificou-se que tanto na teoria imperativista como na teoria pragmática estão devidamente previstas e reconhecidas as normas permissivas de exceção. É ponto pacífico o fato de que essas normas funcionam na dependência de normas gerais de conduta, uma vez que lhes gera uma exceção.

As controvérsias residem efetivamente no que tange às permissões em sentido negativo, previstas em KELSEN e em BOBBIO, e as permissivas independentes, evidenciadas por FERRAZ Jr.

As permissões em sentido meramente negativo apresentadas por KELSEN são o silêncio normativo. Este silêncio não se confunde com lacuna do direito, trata-se de situações nas quais as condutas são permitidas porque não são proibidas. Não que esta norma – *o que não está proibido é permitido* – vigore ilimitadamente em todos os campos do direito, pois poderá encontrar limitação no seu oposto – *o que não está permitido é proibido*. BOBBIO (2008, 132) demonstra que ambas as situações podem ser encontradas no direito, e com muita frequência a primeira está no âmbito da autonomia privada e a segunda no campo do direito público.

Com efeito, essas permissões em sentido meramente negativo decorrem do silêncio, o que seria incompatível com a imperatividade do direito. Se a teoria imperativista afirma que as normas jurídicas induzem as pessoas a determinados comportamentos, não pode deixá-las livres diante do silêncio.

Esse problema encontra solução interessante na teoria pragmática de FERRAZ Jr. Só é possível visualizar a incompatibilidade do silêncio com a norma imperativa a partir da divisão da norma jurídica em seus níveis de *relato* e *cometimento*. A imperatividade da norma, e, assim, sua capacidade de exercer comando sobre o comportamento humano, reside no seu aspecto cometimento. O relato é mera informação cujo sentido depende de um operador deôntico.

As normas permissivas, então, seriam representadas por um operador próprio, *é permitido que*. A partir disso, o discurso normativo é metacomplementado e a imperatividade da norma é salvaguardada. Nesta linha, seriam plenamente cabíveis as normas permissivas independentes. O casamento, por exemplo, é uma permissão independente cujo conteúdo geral pertence a uma norma permissiva segundo a qual todos podem se casar. Qualquer proibição ao casamento constitui uma proibição de exceção a uma permissão geral, e não o contrário.

Crê-se que a dificuldade para os tradicionais imperativistas em aceitar a existência das normas permissivas independentes está no fato de que o direito seria uma ordem hierárquica e escalonada intransponível. Se a norma hierarquicamente superior dá um comando geral, realmente, toda e qualquer permissão seria de exceção.

Contudo, se se admite que o direito é composto de várias normas-origem, então cada norma-origem pode ser uma obrigação geral ou uma permissão geral. As normas derivadas destas cadeias poderiam ser permissões de exceção e proibições ou obrigações de exceção, respectivamente.

Com isso, FERRAZ Jr. demonstra que a imperatividade do direito reside no aspecto cometimento da norma e que as normas permissivas são imperativas porque impõem uma relação ao destinatário normativo, controlando suas ações e reações. À luz da teoria pragmática da norma jurídica, portanto, a única diferença entre normas permissivas (excluindo-se o silêncio) e as normas de obrigação ou proibição está no modo como elas controlam o comportamento do sujeito.

O silêncio, por sua vez, seria uma situação não jurídica. Em que pese o silêncio ser uma forma de comunicação, ele inqualifica o discurso normativo, pois, não dá condições de saber qual o sentido da informação. Toda situação de fato decorrente do silêncio, então,

estaria fora do ordenamento jurídico, salvo se for previamente dado o sentido como se deve entender o silêncio³.

Finalmente, esclarece-se que as normas permissivas são efetivamente jurídicas. Em primeiro lugar, sua juridicidade está no fato de fazerem parte de um ordenamento jurídico e serem criadas em conformidade com o mesmo, tal como defendido por BOBBIO (2006, p. 124).

Isso afasta a hipótese de KELSEN segundo a qual apenas é norma jurídica se prevê sanção. BOBBIO simplifica os requisitos da juridicidade da norma, possibilitando que as normas permissivas sejam enquadradas como jurídicas pelo simples fato de pertencerem ao ordenamento.

Com efeito, as normas permissivas são jurídicas e necessárias em um ordenamento jurídico. Sua ausência levaria à situação quase irracional vivenciada pelo Pequeno Príncipe, de SAINT-EXUPÉRY (1998), ao visitar o planeta em que residia um único monarca.

Naquela passagem das aventuras do Pequeno Príncipe, todas as ordens do monarca eram expressas em comando de obrigação ou proibição. A necessidade de situações permissivas se evidenciou no momento em que o príncipezinho boceja e o rei lhe proíbe de bocejar. Por se tratar de uma ordem impossível de ser cumprida, porque o bocejo era involuntário, o rei então edita nova ordem e ordena ao príncipezinho que boceje. Mas agora ele já não conseguia mais bocejar porque ficou intimidado. Diante da situação o rei acaba ordenando uma permissão: “então... então eu te ordeno ora bocejares e ora...” (SAINT-EXUPÉRY, 1998, p. 48).

Deste modo, verifica-se que o direito deve abranger as normas permissivas ou o discurso normativo não estaria completo, pois, o direito reduzido a comandos de obrigação e permissão seria irracional.

A existência de normas permissivas é necessária para sobrevivência de uma ordem jurídica. Não seria possível *comandar* toda e qualquer situação fática, sendo necessário *permitir* que algumas simplesmente aconteçam, ou o direito seria uma ordem descartável.

CONCLUSÕES

³ Por exemplo, como ocorre no artigo 111 do Código Civil brasileiro de 2002, *in verbis*: “Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”.

Ao final, conclui-se que:

1. Não há uma única forma de se abordar a norma jurídica. Cada corrente privilegia um ângulo de observação, dando ênfase à forma, ao conteúdo ou à interpretação.

2. As teorias imperativistas e a teoria pragmática investigadas nesta pesquisa estudam a norma jurídica sob o ângulo formal, dando ênfase à sua estrutura normativa, e não à realidade empírica.

3. Em todas as teorias estudadas se identificou o caráter imperativista do direito pautado em diferentes fundamentos. A teoria imperativista de KELSEN sustenta a imperatividade com a sanção como núcleo do direito, enquanto a importância dada à sanção por BOBBIO é de reforço da norma jurídica, mas também como elemento central da norma. Em FERRAZ Jr., ao contrário, a estrutura do discurso normativo demonstra que a sanção não é o elemento constitutivo do direito, mas funciona como uma previsão da conduta a se esperar do editor normativo em caso de reação de rejeição ou desconfirmação por parte do endereçado.

4. A teoria imperativista aponta um tipo de norma permissiva, as permissivas de exceção e, ao lado dessas, as permissões em sentido negativo. Essas permissões estão baseadas no postulado segundo o qual *o que não está proibido é permitido*.

5. A teoria pragmática rejeita as permissões em sentido negativo porque representam o silêncio no discurso normativo. Não se nega que por meio do silêncio haja comunicação, mas no discurso normativo o silêncio representa inqualificação do discurso. O modelo da situação comunicativa, então, entende existir dois tipos de normas permissivas, as permissivas de exceção e as permissivas independentes.

6. Há consenso na existência das permissivas de exceção. A divergência acerca das permissivas independentes se deve a dois motivos. Primeiro, porque a teoria imperativista tradicional entende o ordenamento jurídico como ordem hierárquica de normas, em que a primeira norma é um comando de obrigação, logo, qualquer permissão existente será uma exceção à obrigação imposta. Ao contrário, FERRAZ Jr. demonstra que há várias normas-origens inaugurando diversas cadeias de normas, então, não há óbice para que a primeira norma de uma dessas cadeias seja uma norma permissiva e haja obrigações ou proibições de exceção. Em segundo lugar, a teoria imperativista tradicional analisa norma jurídica como um único aspecto buscando dar-lhe sentido a partir do seu conteúdo mais expressivo, no caso, a sanção. A teoria pragmática, por sua vez, demonstra que a norma está dividida em dois níveis,

o aspecto relato e o cometimento, sendo que é este último o responsável por dar sentido à norma por meio dos funtores deônticos. Essa estrutura de níveis cometimento e relato assegura a imperatividade da norma porque com o cometimento é possível controlar as ações e reações do endereçado.

7. Contudo, as normas permissivas não podem ser reduzidas a permissivas de exceção e permissivas independentes. As permissões em sentido negativo devem ser aceitas porque a existência do silêncio é inevitável num ordenamento jurídico e explica razoavelmente as diferentes relações na esfera de autonomia privada e de direito público.

8. Finalmente, conclui-se que a existência de normas permissivas é necessária para sobrevivência de uma ordem jurídica. Não seria possível comandar toda e qualquer situação fática, sendo necessário permitir que algumas simplesmente aconteçam, ou o direito seria uma ordem irracional e descartável.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 4.ed. rev. Trad.: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: Edipro, 2008.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 16.ed. rev. RJ: Forense, 1993.

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. 5.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7.ed. Trad.: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **A regra jurídica e o suporte fático**. In: Tratado de direito privado, Tomo I. São Paulo: Bookseller, 2000.

LLOYD, Dennis. **A idéia de lei**. 2.ed. Trad.: Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. **O pequeno príncipe**. 47.ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998.

WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In COHN, Gabriel (Org.); FERNANDES, Florestan (Coord.). Trad. Amélia Cohn e Gabriel Cohn. **Weber: sociologia**. Coleção Grandes Cientistas Sociais, v. 13. 7.ed. São Paulo: Ática, 2003. p.128-141.

_____. **Ciência e política: duas vocações**. Trad. Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18.ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Introdução ao estudo do direito**. Trad.: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.