

## II

# PRIMEIRAS IMPRESSÕES SOBRE A NORMA JURÍDICA - COMO UM CONCEITO MULTIDIMENSIONAL

*Paula Sarno Braga*

Mestre e Doutoranda (UFBA). Especialista em Direito Processual Civil (FJA/JUS PODIVM). Professora de Direito Processual Civil da UFBA, da Faculdade Baiana de Direito e da UNIFACS. Membro do IBDP. Advogada.

**RESUMO:** Trata-se de ensaio que visa abordar o conceito de norma jurídica em suas variadas dimensões, sob ótica analítica e estruturalista, argumentativa (teoria da argumentação jurídica alexiana) e comunicativa, analisando-a interna e externamente.

**PALAVRAS-CHAVE:** norma jurídica; imperativo; juízo; dever-ser; juízo hipotético; juízo disjuntivo; lógica jurídica; argumentação jurídica; pretensão de correção; fundamentação racional; expectativa contrafática; decisão.

**ABSTRACT:** This paper aims to comment the concept of rule of law in its several dimensions, in an analytical (structuralist), argumentative (based on Alexy's theory of legal argumentation) and communicative perspective, analyzing it internally and externally.

**KEYWORDS:** rule of law; imperative; judgment; must be; hypothetical judgment; disjunctive judgment; legal logic; legal argument; claim to correction; rational substantiation; expectation against phatic; judgment.

**SUMÁRIO:** 1. Norma jurídica em concepção analítica: 1.1. Norma como imperativo e como juízo; 1.2. Norma jurídica como juízo hipotético; 1.3. Norma jurídica como juízo disjuntivo; 1.4. Norma jurídica como categoria deontológica alexiana: 1.4.1. Abordagem conceitual. Enunciado e norma; 1.4.2. Norma como regras e princípios; 1.4.3. Os postulados normativos; 1.4.4. Modelo normativo aberto. Argumentação jurídica – 2. Norma jurídica na teoria da argumentação jurídica de Alexy: 2.1. A pretensão de correção das proposições normativas; 2.2. O discurso jurídico e a fundamentação das proposições normativas – 3. Norma jurídica em concepção complexa e comunicativa – 4. Algumas notas sobre as características e elementos da norma jurídica – 5. Impressões iniciais (e conclusivas) – Referências bibliográficas.

## 1. NORMA JURÍDICA EM CONCEPÇÃO ANALÍTICA

### 1.1. Norma como imperativo e como juízo

Segundo Machado Neto<sup>1</sup>, tradicionalmente a norma é tomada como um “imperativo”, sendo que, mais recentemente, com uma ciência jurídica mais objetiva,

1. NETO, A. L. Machado. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

Hans Kelsen e Carlos Cossio<sup>2</sup> superaram essa visão, passando a defender ser ela um “juízo de dever-ser”<sup>3</sup>. Para Kelsen, a norma seria um juízo hipotético, já para Cossio, um juízo disjuntivo.

Nesse contexto, Tércio Sampaio Ferraz Junior<sup>4</sup>, com outras palavras, fala de uma transição da idéia de norma como “imperativo psicologizado”, que manifesta um poder de vontade de impô-la, para a idéia de norma como “imperativo despsicologizado”, que não pressupõe a identificação do emissor (e seu poder de impô-la) ou do destinatário<sup>5</sup> – não se referindo a pessoas, mas a papéis sociais normativamente instituídos, tais como legislador, juiz, pessoa capaz, cidadão etc. E é por isso (por esta “despsicologização”) que há quem negue sua condição de imperativo ou comando, admitindo-as como proposições ou juízos de dever-ser.

Sim, os juristas, de uma forma geral, enxergam a norma jurídica como essa proposição despsicologizada (que estabelece o dever-ser do comportamento). Mas Tércio Sampaio alerta que há a possibilidade de a norma ser definida como “fenômeno complexo” ou mais especificamente, como “comunicação”, que pressupõe a consideração da vontade que comanda (do emissor) e das ações e reações entre comandante e comandado (emissor e destinatário). Neste caso, ter-se-ia um fenômeno comunicativo com a “troca de mensagens entre seres humanos, modo de comunicar que permite a determinação das relações entre os comunicadores: subordinação, coordenação”. Enfim, importa, na compreensão da norma, a mensagem e seus sujeitos, com suas qualificações, suas ações e reações, não parecendo afeiçoar-se o autor a uma visão totalmente “despsicologizada”<sup>6</sup>.

E todas essas são visões possíveis da norma jurídica, em perspectiva dogmática (analítica ou estrutural) ou zetética, que exigem uma análise mais detida.

- 
2. COSSIO, Carlos. **La Teoría Ecológica Del Derecho. Y el concepto jurídico de libertad**. 2. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p. 229-231 e 333.
  3. Sobre atitude antiimperativista, cf. DINIZ, Maria Helena. **Conceito de Norma jurídica como problema de essência**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 62 et. seq. Mas a mesma autora ressalta sua visão de que essa postura de Kelsen foi por ele superada, pois: “[...] para a Teoria Pura do Direito a norma é prescritiva, é um imperativo, diferente da proposição jurídica formulada pela ciência do direito, que conserva seu caráter puramente intelectual, é um juízo hipotético, portanto, descritiva. Uma é fruto do ato de vontade, cujo conteúdo consiste num imperativo, e a outra, do intelecto dos juristas, já que é a formulação lógica que da norma é feita pelos estudiosos do direito” (Ibidem, p. 66 e 67).
  4. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 100,101,116, e 117
  5. Nesse sentido, a norma “despsicologizada” não depende, outrossim, da presença de enunciados imperativos que imponham comportamentos positivos ou negativos – apegando-se tão somente a formulações gerais e abstratas.
  6. Ibidem, p. 101; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica. Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 36 e 37.

## 1.2. Norma jurídica como juízo hipotético

Segundo Kelsen, a norma abrange um duplo juízo hipotético: primário e secundário. Inicialmente, sustentava que a norma primária é aquela que determina conduta que conduz à sanção e a norma secundária determina a conduta que evita a sanção<sup>7</sup>, mudando e invertendo, depois, sua percepção:

Se se admite que a distinção de uma norma que prescreve uma conduta determinada e de uma norma que prescreve uma sanção para o fato da violação da primeira seja essencial para o Direito, então precisa-se qualificar a primeira como norma primária e a segunda como secundária – e não o contrário, como o foi por mim anteriormente formulado. A norma primária pode, pois, aparecer inteiramente independente da norma secundária<sup>8</sup>.

Mesmo assim, pode-se concluir, da sua teoria, que a conduta passa a ser relevante para o Direito quando lhe é imputada uma *sanção*<sup>9</sup>. Por isso, na visão do autor, o Direito não deixa de ser uma ordem coercitiva por existirem normas que não estatuem diretamente sanções, mas se limitam a atribuir competência para um ato não-coativo ou simplesmente permitir esse ato. Tais normas são as chamadas normas não-autônomas que estão essencialmente conectadas com outras que prevêm sanção<sup>10</sup>. A ordem jurídica é ordem de coação, e as normas que não prevejam ato de coação (sanção), as não-autônomas, só têm validade se relacionadas com outra norma que estabelece ato de coação. Enfim, toda norma está direta ou indiretamente ligada a ato de coação (sanção)<sup>11</sup>.

O grande mérito de Kelsen, na opinião de Machado Neto<sup>12</sup>, foi visualizar na norma esse juízo hipotético de dever-ser, estritamente lógico e despido de valor<sup>13</sup>.

---

7. NETO, A. L. Machado. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 136; COSSIO, Carlos. La normatividad según el análisis de la conducta jurídica. **Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas Y Sociales de la Universidad de La Plata**, Buenos Aires, tomo III, 1937, p. 16; PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. **Normas jurídicas individualizadas**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 75 e 76.

8. KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 181.

9. NETO, op. cit., p. 136. “O princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo (Vergeltung). O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é, um mal [...] Desta forma, uma determinada conduta apenas pode ser considerada, no sentido dessa ordem social, como prescrita – ou seja, na hipótese de uma ordem jurídica, como juridicamente prescrita –, na medida em que a conduta oposta é pressuposto de uma sanção (no sentido estrito)”. (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 26)

10. *Ibidem*, p. 57.

11. *Ibidem*, p. 65.

12. NETO, op. cit., p. 136 e 137.

13. Esse é, em verdade, mais um motivo para críticas à teoria kelseniana, por reduzir o direito a esquemas lógicos. Fala-se em um conteúdo axiológico da norma, um sentido valorativo que se busca ao construí-la, uma “solução justa”. A norma deve ser vista essa perspectiva material, quando se percebe que toda norma

Com isso, diz-se, Kelsen torna possível distinguir a *lógica jurídica* do *dever-ser* e a respectiva imputação normativa que enlaça a conduta e sua consequência (“dado A deve ser B”), da *lógica formal* do *ser* (aristotélica) e a correspondente causalidade explicativa do mundo natural (“se é A, é B”).

Digna de encômios é a percepção de Tércio Sampaio Ferraz Junior da existência de correlação íntima entre elas (imputação e causalidade). O autor esclarece que as imputações típicas do *dever-ser* tornam possível compreender dogmaticamente a sociedade “como rede de expectativas normativas” não adaptáveis empiricamente. Isto é, há uma expectativa socialmente generalizada de adoção de dada conduta, independentemente de ela ser empiricamente observada. Mas isso não exclui a existência de vínculo entre a causalidade empírica e a imputação normativa. Há entre tais categorias uma relação de interdependência, que não infirma que o foco dogmático é no caráter imputativo da norma, uma vez que:

[...] de um lado, as normas reforçam a regularidade empírica; de outro, se esta não se verifica absolutamente, podemos chegar a uma situação de anomia (as normas não são respeitadas em absoluto e não podem mais ser reconhecidas como tais, não estabilizando quaisquer expectativas). Em regra, porém, seu enfoque é predominantemente imputativo, o jurista parte das normas como dogmas, tomados como premissas que ele não pode trocar, pois seu saber dogmático não é adaptativo, é fundamentalmente paraprescritivo<sup>14</sup>.

E o que é certo, nessa esfera teórica, é que na lógica do “ser” ou do “dever-ser”, tanto este como aquele “ser” ligam elementos, ora por vontade humana imputativa, ora por causalidade estritamente natural. É o que difere a proposição jurídica da lei da natureza.

O “ser”, enquanto elo de ligação entre elementos da proposição jurídica, peculiariza-se, exatamente, por ser produzido por ato de vontade, resultando, pois, de intervenção humana<sup>15</sup>.

---

mira um fim que emana das instituições e do sistema em que é dada. “Portanto, a fonte axiológica do direito é constituída pelos valores da pessoa humana” (PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. **Normas jurídicas individualizadas**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 68-71 e 75).

14. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 105.
15. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 87. Segundo Hans Kelsen, o conhecimento jurídico tem como objeto o Direito, que, por sua vez, é sistema de normas que regulam comportamento humano, estabelecendo que algo “deve ser” ou acontecer por típico ato de vontade: “[...] o conhecimento jurídico dirige-se a estas normas jurídicas que conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos. O Direito é uma ordem normativa da conduta humana, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo “norma”, se quer significar que algo *dever-ser* ou acontecer, especialmente que o homem se deve conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados atos humanos que se dirigem à conduta de outrem [...] Quando um indivíduo, através

Mas um ato de vontade, para ser norma, tem que ter significação jurídica objetiva. Isso porque o dever-ser “[...] é o sentido subjetivo de todo o ato de vontade de um indivíduo que intencionalmente visa a conduta de outro [...] somente quando esse ato tem também objetivamente o sentido de dever-ser é que designamos o dever-ser como ‘norma’”. Assim, um ato de vontade que, subjetivamente, tem sentido de dever-ser, pode revestir-se desse mesmo sentido objetivo por uma norma, quando outra norma (que se diz superior) conferiu a competência ou poder para produção desse ato objetivamente normativo. Para ser válida, a norma deve haver outra superior conferindo poder para produzi-la<sup>16</sup> – a exemplo da constituição que confere tal poder à lei ordinária.

Entretanto, destaca-se, no ponto de vista kelseniano, que a existência da norma independe da subsistência do ato vontade que a criou (do qual ela é sentido objetivo). Aquele que criou a norma não precisa querê-la para que ela esteja em vigor<sup>17</sup>. Daí falar-se, nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr., na norma como imperativo “despsicologizado”.

A norma se expressa linguisticamente, enfim, por um “imperativo ou uma proposição de dever-ser” prescrito por ato de vontade (ou pelo costume). E a norma que estatui este “deve-ser” não se limita a impor condutas, desempenhando diversas funções normativas – de ordenar, atribuir poder (e competência), permitir, derrogar<sup>18</sup>.

### 1.3. Norma jurídica como juízo disjuntivo

Carlos Cossio manifesta seu intento de captar a essência da norma, de identificar o que faz dela uma norma, em que consiste sua normatividade, apontando Kelsen como o primeiro que traz proposta de solução do problema, ao defini-la como juízo de dever-ser – o que toma como premissa. Este verbo dever-ser, diz, implica a consideração da conduta em sua liberdade, considerando o homem como homem, e como sujeito que se autodetermina a todo momento. Só num plano de liberdade é possível cogitar que algo que deve ser, pode ser ou não ser<sup>19</sup>.

---

de qualquer ato, exprime a vontade de que um outro indivíduo conduza de determina maneira, quando ordena, ou permite esta conduta ou confere o poder de a realizar, o sentido do seu ato não pode enunciar-se ou descrever-se dizendo que o outro se conduzirá desta maneira, mas somente dizendo se o outro se deverá conduzir dessa maneira” (Ibidem, p. 5 e 79).

16. Ibidem, p. 8 e 9.

17. Ibidem, p. 11.

18. KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 2-4.

19. COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial. Las lagunas del derecho. La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002 p. 44, 45 e 185.

Para sua teoria egológica, a experiência jurídica pressupõe a expressão (o texto), o conceito expressado (ou sua significação) que é a norma, e o seu objeto que é a conduta em interferência intersubjetiva<sup>20</sup>. A norma é um juízo lógico, de dever-ser, um conceito imperativo, que tem como objeto a conduta. No plano lógico, norma e conduta são conceito e objeto, na medida em que aquela pensa e concebe a conduta em sua liberdade<sup>21</sup>.

Carlos Cossio parte da visão kelseniana, é verdade, mas vai além, na medida em que conjuga os juízos hipotéticos da norma primária e da norma secundária em um juízo disjuntivo que determina a configuração egológica da norma nos seguintes termos: “Dado um fato temporal deve ser a prestação pelo sujeito obrigado face ao sujeito pretensor, ou, dada a não-prestação deve ser a sanção, pelo funcionário obrigado face a comunidade pretensora” – ou, ainda, no esquema proposto, “Dado FT deve ser P ou dado ñp deve ser S”<sup>22</sup> – em visão posteriormente encampada por Kelsen, como visto.

Para Cossio, enquanto a *endonorma* enuncia o dever jurídico (prestação), num campo destacado para a liberdade da licitude, a *perinorma* enuncia o dever descumprido, o ilícito, e a sanção que a ele corresponde – criticando a ênfase então dada por Kelsen à sanção<sup>23</sup>.

Nesse contexto, Machado Neto sintetiza como ninguém a evolução da idéia de norma, nos seguintes termos:

Se a posição tradicional (imperativismo) expelia o ilícito da órbita do direito como expressão do ajurídico ou do antidireito, e Kelsen logra fazê-lo entrar no mundo jurídico, mas com o sacrifício paralelo da faculdade ou do lícito, a fórmula disjuntiva de Cossio, com seus dois termos – endonorma e perinorma – unidos pela disjunção – *ou* – logra incorporar o ilícito sem expulsar o lícito ou faculdade, desse modo representando conceitualmente os modos de ser da conduta em face da norma: a conduta permitida ou faculdade (endonorma) e a proibida e sancionada (perinorma)<sup>24</sup>.

Esse mesmo autor bem observa que a visão de Cossio nos permite enxergar que a norma, enquanto juízo que *projeta* o dever-ser, o faz visualizando a conduta

---

20. Ibidem, p. 178.

21. Ibidem, p. 185 et seq.; COSSIO, Carlos. **La Teoria Ecológica Del Derecho. Y el concepto jurídico de libertad**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p. 368.

22. Cf. NETO, A. L. Machado. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 136 e 137; COSSIO, op. cit., p. 333 e 338; COSSIO, Carlos. **La “causa” y la comprensión em el derecho**. Buenos Aires: Juarez Editor, 1969, p. 19; PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. **Normas jurídicas individualizadas**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 76 e 77.

23. Ibidem, p. 76.

24. NETO, op. cit., p. 137.

numa esfera de liberdade do sujeito, em que o dever-ser não necessariamente será, e o projeto não necessariamente se realizará<sup>25</sup>. Ou, nas palavras do próprio Cossio, a norma jurídica considera:

[...] a liberdade da conduta em todas as suas possibilidades, pois considera o que ocorre como deve e também o que ocorrendo, não ocorre como deve (isto é o que ocorre como transgressão), captando assim plenamente o fato da liberdade, que consiste em ser possibilidade. (tradução livre)<sup>26</sup>

Se Kelsen é criticado pela ênfase dada à sanção, Cossio é criticado pela ênfase dada à liberdade, ao colocar o lícito e o ilícito como alternativas ou opções dadas ao portar humano, dentro de uma mesma estrutura lógica e disjuntiva, afinal:

No juízo disjuntivo, as duas partes não podem ser consideradas simultaneamente verdadeiras. No caso da ciência do direito, não há possibilidade de indiferença quanto à escolha dos pólos da opção [...] O não cumprimento da referida prestação não pode figurar como alternativa para os referidos destinatários. A norma é, como demonstramos, prescritiva. A endonorma, no caso da formulação de Cossio, exprime uma possibilidade, a do lícito, que é excluído da perinorma, que exprime a possibilidade do ilícito.<sup>27</sup>

Em outros termos, diz-se que o enunciado egológico abrange como alternativas o cumprimento ou não-cumprimento do devido, i.e., “ou lícito ou ilícito”, e isso não representaria a face axiológica do direito. Na visão de Antonio Pedroso, em verdade, a norma é “imperativo autorizante” e só o aprovado é axiologicamente aceito<sup>28</sup>. Daí citar-se a proposta constante na obra de Maria Helena Diniz de que as proposições da fórmula egológica sejam conectadas, não por conjunção alternativa, mas, sim, por conjunção aditiva ou adversativa, afastando a idéia de que o ilícito seria uma opção<sup>29</sup>.

A despeito de tais críticas, observa-se que Cossio, em obra datada de 1937, dizia que a norma, enquanto relação de dever-ser, é relação de valor. Mas diferencia a

---

25. Não é por outra razão que Machado Neto adota concepção de norma jurídica que dessa muito se aproxima, ao defender que: “a norma é o conceito que pensa a conduta; que a conduta em interferência intersubjetiva é o direito; que do caráter intersubjetivo do direito decorre tanto sua bilateralidade como a caráter disjuntivo da norma que o representa ou pensa” (Ibidem, p. 137 e 139).

26. COSSIO, Carlos. *La Teoría Ecológica Del Derecho. Y el concepto jurídico de libertad*. 2. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p. 338. Cf. também, do mesmo autor: *La “causa” y la comprensión en el derecho*. Buenos Aires: Juarez Editor, 1969, p. 21 et. seq.

27. PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. *Normas jurídicas individualizadas*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 76-79.

28. Ibidem, p. 77-80.

29. DINIZ, Maria Helena. *Conceito de Norma jurídica como problema de essência*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 79 et. seq. Já Pedroso prefere simplesmente excluir o “ou”, conectando proposições com pontuação pertinente: “Se A é, deve ser B; se não B, deve ser C”. Assim, estariam abrangidas duas proposições, cada qual com hipótese e consequência (PEDROSO, op. cit., p. 79).

valoração que compõe seu conteúdo da sua estrutura lógica<sup>30</sup>. Ao lado do horizonte ontológico e lógico do direito, mira um horizonte axiológico, que o faz definir a dogmática jurídica como uma dogmática axiológica, pois o seu objeto, o Direito, é um fenômeno “da realidade humana plena” e os valores conhecidos no Direito são valores de conduta, constituídos por e no sujeito<sup>31</sup>.

Nesse aspecto, a sua teoria não é axiologicamente “pura”, mas, sim, impura, por vislumbrar no Direito um amálgama do tridimensionalismo propugnado por Miguel Reale, pois que, ao invés de fragmentar as noções de norma, fato e valor, funde-as em uma única realidade unitária que as agrega: a conduta.<sup>32</sup>

## **1.4. Norma jurídica como categoria deôntica alexiana**

### ***1.4.1. Abordagem conceitual. Enunciado e norma***

Robert Alexy reconhece ser o conceito de norma um dos conceitos fundamentais (talvez o mais fundamental) da Ciência do Direito, o que justifica a interminável discussão que existe em torno dela – falando-se em norma como sentido objetivo do ato que rege conduta (Kelsen) como expectativa contrafática de comportamento estabilizado (Luhmann), como imperativo (John Austin) etc.<sup>33</sup>

O autor busca um conceito de norma consistente (“sólido”) o bastante para servir de base para sua teoria, mas com a flexibilidade necessária (ou “fragilidade suficiente”) para viabilizar a maior variedade possível de decisões para os problemas que se propõe a enfrentar. Com este intuito, anuncia que: “Essas exigências são satisfeitas por um modelo semântico, compatível com as mais variadas teorias sobre a validade”<sup>34</sup>.

Em um conceito semântico de norma, a primeira premissa firmada é a de que a norma não se confunde com o enunciado normativo. A norma é “o significado de um enunciado normativo” – o sentido que pode ser dele extraído<sup>35</sup>.

Assim, uma mesma norma pode ser representada por diferentes enunciados ou por nenhum enunciado (ex.: luzes do semáforo). Isso lhe permite dizer que o

---

30. COSSIO, Carlos. La normatividad según el análisis de la conducta jurídica. **Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas Y Sociales de la Universidad de La Plata**, Buenos Aires, tomo III, 1937, p. 4.

31. COSSIO, op. cit. 1964, p. 562.

32. Como já dito pela Profª. Marília Muricy em aula ministrada no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFBA.

33. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 50-52.

34. *Ibidem*, p. 52.

35. *Ibidem*, p. 53 e 54.

conceito de norma é primário em relação ao de enunciado e deve ser investigado única e exclusivamente no plano normativo, quando recorre às “modalidades deonticas” como esteio de sua definição – atendo-se às mais básicas como dever, proibir e permitir.<sup>36</sup>

Continua sua reflexão sustentando que toda norma pode ser representada por enunciado normativo, que pode valer-se de expressões deonticas (e.g.: proibido, permitido, deve), quando se tem um enunciado normativo deontico, entretanto:

Nem todo enunciado normativo é um enunciado deontico, mas todo enunciado normativo pode ser transformado em um enunciado deontico. Por isso, conclui, é possível criar fórmulas padronizadas de estruturação das normas expressas em enunciados deonticos<sup>37</sup>.

Nessa seara, enquanto os enunciados empíricos expressam algo que é, no plano do “ser”, e que pode ser qualificado como verdadeiro ou falso, os enunciados normativos expressam algo que é devido, proibido, permitido (ou, sinteticamente, algo que “deve-ser”, na linha kelseniana), não fazendo sentido dizer serem eles verdadeiros ou falsos.<sup>38</sup> Na verdade, as normas só podem ser tachadas de existentes ou inexistentes, válidas ou inválidas – matéria da qual se desvia o autor, considerando mais adequado o conceito estritamente semântico de norma até então tratado<sup>39</sup>.

Nesse particular, Norberto Bobbio também distingue enunciado e norma (proposição prescritiva consistente em juízo): “Por enunciado entendemos a forma gramatical e linguística pela qual um determinado significado é expresso, por isso a mesma proposição pode ter enunciados diversos, e o mesmo enunciado pode exprimir proposições diversas”. E a norma é vista como proposição prescritiva, no sentido de “conjunto de palavras que têm um significado”<sup>40</sup>.

Em raciocínio semelhante, Humberto Ávila diferencia texto e norma, defendendo que a norma não se confunde com o texto normativo, na medida em que é o sentido ou significado que resulta de uma interpretação sistemática dos textos normativos.

A norma é, pois, o resultado dessa interpretação que recai sobre os textos<sup>41</sup>.

---

36. Ibidem, p. 54 e 55.

37. Ibidem, p. 56 e 57.

38. Ibidem, p. 57 e 58.

39. Ibidem, p. 59 e 62.

40. BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 4 ed. Bauru: EDIPRO, 2008, p. 73 e 74.

41. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22. Nesse contexto, Paulo de Barros Carvalho, de maneira similar, sustenta que:

Assim, conclui, não há correlação necessária entre eles, podendo haver norma sem texto, não textualizada, bem como texto de um dispositivo do qual não se possa extrair nenhuma norma. Isso sem falar da possibilidade de, a partir de um único dispositivo textual, extrair-se mais de uma norma (ex.: quando o STF reconhece a inconstitucionalidade de alguns dos sentidos que podem ser extraídos na norma, preservando outros), juntamente com a possibilidade de, a partir de mais de um dispositivo, extrair-se uma única norma. A partir daí, pode-se dizer que “não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro”<sup>42</sup>.

Por conseguinte, não se pode pressupor a existência de um sentido intrínseco em um texto normativo – tal como um significado atribuído à intenção do legislador (que não é sujeito determinado e titular de vontade única). A interpretação não constitui mera descrição de um sentido intrínseco e pré-existente da norma, mas, sim, a construção do sentido que pode ser dela extraído. O intérprete constrói o significado atribuível ao conjunto de palavras daquele texto, contigencialmente, afinal:

[...] o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal [...] Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto<sup>43</sup>.

Há preocupação de esclarecimento, contudo, de que nada disso implica dizer que não há significado normativo antes da interpretação. Humberto Ávila admite um significado mínimo com base no quanto decorrente do uso comum da linguagem. Daí dizer-se que o intérprete não atua em um processo de construção, mas, sim, de reconstrução de sentido normativo, “tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso lingüístico e construídos na comunidade do discurso”<sup>44</sup>.

---

“a norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos de direito positivo [...] o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito”. E esse juízo hipotético, diz, pode ser exprimido por enunciado ou proposição (sempre passível de diferentes entendimentos e interpretações) – sendo que nem sempre um só texto é suficiente para exprimir a norma (CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 8 e 9).

42. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22 e 23.

43. *Ibidem*, p. 23.

44. *Ibidem*, p. 24 e 25.

O texto é, pois, um ponto de partida da interpretação que reconstrói seu sentido, sendo que, neste processo reconstrutivo, devem ser considerados as normas e os fins por elas visados, bem como os valores que naquele ordenamento se busca preservar<sup>45</sup>.

Afunilando a reflexão, pode-se sair do contexto amplo da norma, para adentrar noutro mais restrito das normas de direito fundamental.

Para fins de desenvolvimento da sua teoria, Alexy preocupa-se em definir mais especificamente as normas de direitos fundamentais que, no ordenamento alemão, podem ser consideradas como aquelas diretamente previstas na Constituição, bem como aquelas por ela “atribuídas”<sup>46</sup>. São, pois, diretas ou atribuídas, acrescentando que:

[...] uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais<sup>47</sup>.

Tudo depende, assim, da argumentação construída em torno dela – estendendo, o autor, essa necessidade de correta fundamentação para normas diretamente consagradas<sup>48</sup>.

E, para uma análise estrutural e analítica da norma de direito fundamental, Alexy toma como premissa indispensável a distinção entre regras e princípios, como modalidades normativas<sup>49</sup>.

### ***1.4.2. Norma como regras e princípios***

O desafio de distinguir regras e princípios não é novo, diz Robert Alexy, mas, a despeito disso, não se chegou, ainda, a uma resposta clara, unívoca e unânime, sendo que até mesmo a terminologia empregada é incerta<sup>50</sup>.

Em meio a tanta polêmica e divergência, o autor opta pela simples definição de regras e princípios como normas que estabelecem deonticamente um dever-ser:

---

45. Ibidem, p. 26.

46. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 66 et seq..

47. Ibidem, p. 74.

48. Ibidem, p. 76.

49. Ibidem, p. 85.

50. Ibidem, p. 86 e 87.

Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto regras, razão para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre espécies de norma<sup>51</sup>.

Na visão do autor, toda norma é uma regra ou um princípio, sendo a diferença entre eles “qualitativa” (não de grau).

O princípio é “mandamento de otimização” que determina que, dentro das circunstâncias fático-jurídicos existentes, algo se torne realidade, a ser alcançada, dentro do máximo possível – o que pode ser obtido e satisfeito em graus diversos, a depender das circunstâncias citadas. Válido conferir as palavras do próprio autor:

O ponto decisivo da distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes<sup>52</sup>.

A *regra* é norma que não comporta graus variados de satisfação, cuja medida dependa de possibilidades fático-jurídicas vigentes. A regra é norma que é *satisfeita ou não*, e sua satisfação pressupõe simplesmente que se realize o quanto nela exigido (e só) – que já é estabelecido no contexto das possibilidades fático-jurídicos existentes. Mais uma vez, pertinente acessar suas lições originais: “[...] as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível”<sup>53-54</sup>.

Essa diferença entre regras e princípios, no escólio de Alexy, pode ser melhor visualizada diante de princípios colidentes e regras conflitantes entre si – mais especificamente quando a aplicação de uma das normas conduz a resultado

---

51. Ibidem, p. 87.

52. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

53. Ibidem, p. 91.

54. Manuel Atienza, em síntese dessa concepção, diz que regras exigem cumprimento pleno e são, assim, cumpridas ou não cumpridas – aplicando-se por subsunção. Já os princípios são cumpridos em diferentes graus – e sua aplicação se dá por ponderação (ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. 3 ed. São Paulo: Landy, 2006, p.181).

deontico concreto incompatível e contraditório com o da aplicação da outra. E a solução a ser empregada para resolver essa inconciliabilidade é importante fator de distinção de princípios e regras<sup>55</sup>.

Para solucionar um *conflito entre regras* é necessário que uma das regras integre uma hipótese de exceção à outra, senão, em último caso, uma delas seja invalidada e expurgada do ordenamento, em nome da subsistência da outra. Dessa forma, constatada a contradição entre “juízos concretos de dever-ser”, se ela não pode ser sanada com a inserção de uma “cláusula de exceção” em uma das regras, então se deve decidir qual delas deve ser invalidada<sup>56</sup>.

Essa não é, contudo, a solução para a *colisão entre princípios*. Nestes casos, um princípio não é tomado como exceção ao outro e nenhum deles precisa ser invalidado. Na verdade, em uma “dimensão de pesos” (e não de validade), considera-se que, nas situações concretas, os princípios têm pesos distintos e que o princípio que mais pesar tem preferência em relação ao outro: “o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições [...] nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência”<sup>57</sup>.

Ou seja, a solução advém de uma “relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”. É possível definir, diante de interesses conflitantes, qual princípio precederá e qual princípio cederá. E um princípio terá mais peso que o outro se, naquelas condições concretas, houverem “razões suficientes” para tanto<sup>58</sup>.

A partir daí, o autor extrai uma regra.

Observa que, quando em dadas condições concretas, um princípio prevalece, produz-se determinada consequência jurídica. Isso porque tais condições concretas de precedência constituem, em verdade, pressuposto fático de uma regra que estabelece consequências jurídicas para o princípio prevalecente. Daí formular a chamada “lei de colisão”, que decorre dessa interação entre relação de preferência condicionada e regras: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”<sup>59</sup>.

---

55. ALEXY, op. cit. 2008, p. 91 e 92.

56. Ibidem, p. 92 e 93.

57. Ibidem, p. 93 e 94.

58. Ibidem, p. 96 e 97.

59. Ibidem, p. 99.

Junto a isso, há outro fator de diferenciação entre regras e princípios considerado no cerne de sua teoria. De um lado, diz-se, as regras têm caráter definitivo, prescrevendo exatamente aquilo que se quer que seja realizado naquele contexto fático-jurídico, de outro, os princípios têm caráter *prima facie*, prescrevendo algo que se quer seja realizado, dentro do melhor possível, diante de dadas possibilidades fático-jurídicos vigentes. As regras permitem delimitação de conteúdo e resultado preciso, já os princípios não<sup>60</sup>.

Tanto as regras como os princípios são “razões para normas” – servindo, ambos, de razão para outras regras ou para decisões concretas. Mas a regra se traduz em razão definitiva e o princípio em razão *prima facie* – conferindo, aquela, direitos definitivos e, este, direitos *prima facie*.

E, nessa linha de intelecção, o princípio deve compor uma relação de preferência e conduzir a uma regra para que seja razão definitiva de juízo concreto, conferindo, só então, direitos definitivos:

Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é um fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos princípios nunca são razões definitivas<sup>61</sup>.

Em sua teoria dos princípios, a máxima da *proporcionalidade* coloca-se em posto de destaque.

A máxima da proporcionalidade vem acompanhada de suas máximas parciais da adequação, da necessidade (ou meio menos oneroso) e da proporcionalidade em sentido estrito (ou sopesamento) e é considerada uma inerência à teoria dos princípios, decorrendo de sua essência<sup>62</sup>. E pode ser extraída do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.

De um lado, as máximas da adequação e da necessidade advém da própria condição dos princípios de mandamentos de otimização diante das possibilidades *fáticas* existentes, vez que implicam que se observe se o meio eleito para alcançar o fim visado com base em dado princípio é adequado para tanto, não havendo outro menos oneroso ou que atinja com menor intensidade a realização do quanto prescrito pelo outro princípio em colisão.

---

60. Ibidem, p. 103 e 104.

61. Ibidem, p. 107 e 108.

62. Ibidem, p. 117 e 118.

De outro lado, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito pode ser extraída da natureza do princípio como mandamento de otimização diante de possibilidades *jurídicas* existentes, implicando sopesamento dos princípios colidentes – de forma a que quanto maior for o grau de descumprimento e desconsideração de um princípio, maior deve ser a relevância do cumprimento do outro<sup>63</sup>.

O autor opta por fundamentar a máxima da proporcionalidade neste caráter principiológico das normas de direitos fundamentais, mas esclarece que isso não exclui outras fundamentações possíveis (no Estado de Direito, na justiça etc.)<sup>64</sup>.

Importante pontuar, contudo, que Robert Alexy<sup>65</sup> fala em “um caráter duplo das disposições de direitos fundamentais” que podem estabelecer dois tipos de normas: regras e princípios.

*Ab initio*, são princípios, mandamentos de otimização, sendo que, em caso de colisão, deve ser estabelecida relação de precedência condicionada entre os princípios colidentes. E, nas condições concretas em que um princípio prevalece em relação a outro, compõe-se o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio prevalecente. Até então, a correlação dos direitos fundamentais com princípios é suficiente para compreender sua normatividade. E há quem diga que normas de direitos fundamentais são normas de princípios, como, inclusive, mencionado.

Alexy visualiza, também, normas de direitos fundamentais como normas de regras, na medida em que podem regular restrições a direitos fundamentais, que se adéqüem a natureza de cada um deles – e elas, frisa, conduzem à vinculação e, não, a sopesamento.

Não acha suficiente, pois, compreendê-las só como regras (vinculativas e passíveis de subsunção) ou só como princípios (passíveis de sopesamento). Reputa adequado modelo em que a norma tem caráter duplo de princípio que, após sopesamento, conduz à regra que implica a consequência jurídica do princípio prevalecente, afinal, no que se refere às disposições de direitos fundamentais:

De um lado, princípios são positivados por meio delas, mas, de outro lado, elas contêm determinações em face das exigências de princípios contrapostos, na medida em que apresentam suportes fáticos e cláusulas de restrições diferenciados. Essas determinações têm, contudo, caráter incompleto, já que por meio delas não são possíveis decisões independentes de sopesamento em todo e qualquer caso.

---

63. ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. 3 ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 182.

64. ALEXY, op. cit., 2008, p. 116-120.

65. *Ibidem*, p. 121, 139, e 141-143.

Em um primeiro olhar lançado sobre a questão, as normas de direitos fundamentais apresentam-se principiológicas, de caráter *prima facie*, e, em caso de colisão, pressupõem sopesamento. Se convivem com regras restritivas ou geram regras definitivas – após sopesadas –, estas seriam noções ou dados complementares, que integram e tornam mais compreensível o fenômeno de criação, interpretação e aplicação da norma-princípio.

Por fim, Robert Alexy, ao expor sua concepção de norma, regras e princípios, no bojo de uma teoria dos princípios, não deixa de mencionar as críticas contra ela possivelmente opostas. Considerando o propósito deste ensaio, merece destaque a objeção à ideia de sopesamento, no sentido de que “não é um modelo aberto a um controle racional”, ficando sua aplicação sujeita ao arbítrio humano, “subjetivismo e o decisionismo dos juízes”<sup>66</sup>.

O autor reconhece que sua teoria não propõe um procedimento de resultados certos e precisos, mas ressalva que não se pode tachar o sopesamento de procedimento despido de racionalidade. O sopesamento deve ser racionalmente justificado – erigindo-se um modelo fundamentado e, não, decisionista, no bojo de sua teoria<sup>67</sup>.

E, nesse momento, dá destaque à teoria da argumentação jurídica racional, a ela recorrendo,<sup>68</sup> para afirmar que o acerto ou desacerto da fundamentação só pode ser avaliado à luz desta teoria da argumentação jurídica – a ser adiante abordada.

### **1.4.3. Os postulados normativos**

Ao lado das regras e dos princípios, há quem fale em postulados, saindo do contexto da norma, para adentrar naquele relativo às metanormas ou normas de segundo grau<sup>69</sup>.

O papel do postulado, enquanto metanorma, é definir o modo e estrutura de aplicação de outras normas (regras e princípios). Mas esses postulados normativos não são normas que *fundamentam* a aplicação de outras normas (tal como sobreprincípios, a exemplo do devido processo legal). São normas que *estruturam* a forma de aplicação de outras normas<sup>70</sup>.

---

66. Ibidem, p. 163 e 164.

67. Ibidem, p. 164 e 165.

68. Ibidem, p. 174 et seq.

69. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 88 e 89.

70. Ibidem, p. 88 e 89.

A *proporcionalidade* costuma ser enquadrada como princípio<sup>71</sup>, havendo quem a enquadre como regra (Alexy), e, até mesmo, como postulado.

Na visão de Ávila, seria postulado: de um lado, por não exigir a promoção de um fim, nem prescrever indiretamente a adoção de conduta (como o princípio), limitando-se a estruturar “a aplicação do dever de promover um fim” e de prever “modos de raciocínio e de argumentação” relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos; e, de outro lado, por não descreverem diretamente condutas devidas ou atribuírem poder (como a regra), só estruturando a aplicação das regras que o fazem. Isso sem falar que os postulados, tal como concebidos, afastam-se do modelo de subsunção dos fatos à norma, pois, “demandam, em vez disso, a ordenação e a relação entre vários elementos (meio e fim, critério e medida, regra geral e caso individual) e não um mero exame de correspondência entre a hipótese normativa e os elementos de fato”<sup>72</sup>.

Em arremate, definem-se os postulados como “normas estruturantes da aplicação de princípios e regras”<sup>73</sup>.

#### ***1.4.4. Modelo normativo aberto. Argumentação jurídica***

Independentemente do rol de normas jurídicas – se composto por regras e princípios, ou se abarca, também, postulados –, a concepção sobre elas adotada e a forma como é estruturada sua aplicação pode dá margem a questionamentos em torno da sua abertura e da medida da discricionariedade conferida ao intérprete e aplicador.

Para Alexy, o sistema jurídico é determinado, substancialmente, pela Constituição. Mas reconhece que há a abertura determinada pelo sopesamento. Define-se, então, um sistema cujo conteúdo é determinado por direitos fundamentais de forma aberta (mediante sopesamento), abertura esta que se dá perante a Moral<sup>74</sup>.

O uso de critério decorrente da Moral gera certa indeterminação na atuação do tribunal e muitas discussões sobre divisão de competências com legislador. E não há solução única ou absoluta para tais questionamentos<sup>75</sup>.

---

71. Como já defendemos em outro trabalho (BRAGA, Paula Sarno. **Devido Processo Legal nas Relações Privadas**. Salvador: JusPodivm, 2008).

72. ÁVILA, op. cit., p. 89 e 90.

73. Ibidem, p. 90.

74. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 544.

75. Ibidem, p. 545.

Na verdade, a extensão da competência do tribunal é definida considerando a relevância do bem em jogo (argumento material), a possibilidade de justificar racionalmente sua decisão e sua certeza (argumento metodológico) e, em menor medida, as razões que justifiquem sua competência (argumento funcional, que cede mais facilmente). Assim, para o autor, a competência do tribunal é definida, sobretudo, considerando a certeza e a racionalidade da justificativa de existência do direito fundamental e a correção ou erro dessa fundamentação são definidos à luz da teoria da argumentação<sup>76</sup>.

O discurso, sustenta, sempre é ligado a questões práticas, condicionado pela lei, pelos precedentes e pela dogmática. Seu manuseio implica valorações, que só conduzem a um discurso racional, se o fundamento for racional e passível de controle racional. Para que se chegue a uma única resposta (fundamentação racional), opta por teoria moral procedimental do discurso prático racional, visando que, em quatro níveis de busca de razões práticas – discurso prático geral, parâmetros legislativos democráticos, discursos jurídicos que se valem das leis, dos precedentes e da dogmática, e de decisões judiciais definitivas –, chegue a um único resultado, que é racional<sup>77</sup>.

Preocupa-se, contudo, em complementar essa teoria de argumentação jurídica (abaixo exposta) para aplicá-la aos direitos fundamentais, desvinculando-se o discurso de decisões legislativas – malgrado reconheça ser sua base as leis, os precedentes, o discurso jurídico e a argumentação racional.

Ressalta que a vinculação à *lei* é, em verdade, à vontade do constituinte, e que, de fato, busca o sentido de suas disposições, sua origem, o fim visado, mas em pouca medida, em razão da abertura dos direitos fundamentais. A vinculação à “lei” é, assim, relativizada, mas existe e impõe ônus argumentativo para ser afastada<sup>78</sup>.

Ao lado da lei, lembra da importância dos *precedentes* judiciais do Tribunal Constitucional Alemão e da sua força jurídica e vinculativa, que faz com que devam ser observados e só possam ser superados ou afastados por decisão fundamentada, que também chama para si ônus argumentativo<sup>79</sup>.

Analisando teorias existentes sobre o tema, conclui que não há teoria que ofereça solução, mas, sim, teoria que ajude a estruturar o raciocínio e a argumentação,

---

76. Ibidem, p. 546 e 547.

77. Ibidem, p. 543-551.

78. Ibidem, p. 551-554.

79. Ibidem, p. 554-556.

que abrangem o conjunto de princípios, mas prestigie, *prima facie*, a liberdade e a igualdade – sem excluir sopesamentos entre eles e com outros princípios<sup>80</sup>.

Enfim, para o autor, tudo isso gira em torno de uma argumentação racional, que é integrada pelo discurso jurídico dos direitos fundamentais, e que busca alcançar resultado corretos, à luz de constituição, de questões práticas e de valorações.

Por isso, não há um único resultado garantido. Há estabilidade e estrutura na argumentação em torno dos direitos fundamentais, mas não segurança de resultados. Por isso, esses resultados devem advir de decisões baseadas na autoridade e controláveis pela jurisdição constitucional.

O sistema é aberto e, por isso, deve vincular racionalmente *argumentação e decisão*<sup>81</sup>.

## **2. NORMA JURÍDICA NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ALEXY**

### **2.1. A pretensão de correção das proposições normativas**

Embora as proposições normativas e seu juízo de valor e de dever não expressem relações que possam ser reduzidas ao campo do empírico ou não-empírico, isso não quer dizer que não possam ser consideradas corretas ou verdadeiras, que não estejam ligadas a uma pretensão de correção. Recai sobre tais proposições uma pretensão de correção<sup>82</sup>.

Na verdade, quando essas proposições (juízos) são questionadas, surge discussão com argumentos contra e a favor, uma discussão sobre sua justificativa. E a proposta é que, no contexto de um discurso jurídico, observe-se todo um conjunto de ações concatenadas, ligadas entre si, e voltadas para a comprovação da verdade ou correção de proposições.

Esse discurso jurídico, espécie de discurso prático geral, “ocorre sob condições limitadas, como a lei, a dogmática e o precedente”, sendo que, malgrado não traga resultados definitivos, pautados em certezas absolutas, garante resultados racionais – o que seria sua idéia fundamental<sup>83</sup>.

---

80. Ibidem, p. 569-576.

81. Ibidem, p. 573 e 574.

82. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 181 e 182.

83. Ibidem, p. 182 e 183.

## 2.2. O discurso jurídico e a fundamentação das proposições normativas

O autor identifica diferentes tipos de discussão jurídica que possuem semelhanças e diferenças entre si (ex.: na ciência, nos tribunais, no Legislativo etc.).

Assemelham-se por se pautarem em argumentação jurídica (todas ou, ao menos, parte delas), que se vincula ao direito vigente, sendo travada dentro de dados limites. A menos limitada é a discussão da Ciência do Direito e a mais limitada é a discussão no processo – em que participação do réu não é voluntária, existem limites temporais, e as partes são parciais.<sup>84</sup>

Mas se distanciam por outras razões, tais como, o fato de alguns serem institucionalizados, outros não, alguns conduzirem a decisão vinculante, outros não etc.<sup>85</sup>

O discurso jurídico é caso especial de discurso prático geral (e moral<sup>86</sup>), pois recai sobre questões práticas e atitudes a serem adotadas em torno delas, sempre com pretensão de correção – e dentro dos limites mencionados no item anterior (ex.: temporais, de participação etc.)<sup>87</sup>.

Bem sintetiza essa correlação, Manuel Atienza, da seguinte forma:

Isso quer dizer, mais concretamente, que: 1) no discurso jurídico se discutem questões práticas, 2) erige-se também uma pretensão de correção (pretensão de justiça seria um caso de pretensão de correção), mas 3) isso se faz (daí ser um caso *especial*) dentro de determinadas condições de limitação. Em outras palavras, no discurso jurídico, não se pretende sustentar que uma determinada proposição (uma pretensão ou ‘claim’, na terminologia de Toulmin) seja mais racional, e sim que ela pode ser fundamentada racionalmente na moldura do ordenamento jurídico vigente<sup>88</sup>.

A pretensão de correção no discurso prático geral exige enunciados normativos racionais. Já no discurso jurídico, é necessário que a proposição normativa posta, imposta (por sentença, por exemplo) ou proposta seja, além disso, justificada com fundamentos racionais no âmbito de dado ordenamento vigente<sup>89</sup>.

Todas as formas de discurso jurídico vêm acompanhadas de fundamentação, pretensamente correta, não se admitindo recusa injustificada do falante de

---

84. *Ibidem*, p. 208 e 209.

85. *Ibidem*, p. 208 e 209.

86. Cf. ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. 3 ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 160.

87. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 210 e 211.

88. ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. 3 ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 172.

89. ALEXY, op. cit., 2005, p. 212.

apresentá-la, pouco importando se ele (o falante) atua e fundamenta com parcialidade ou não.

Mas a pretensão de correção pode ser satisfeita de diferentes formas<sup>90</sup>.

No contexto das decisões judiciais, admite Alexy que as decisões atendam à pretensão de correção (e justificabilidade) fundando-se no direito positivo. E, ausente essa pretensão, a decisão não deixa de existir, mas se torna defeituosa<sup>91</sup>. O fato de uma decisão não estar totalmente justificada ou bem justificada não a despe da condição de decisão. Por isso, essa pretensão tem caráter qualitativo (e, não, definitório) e seu não atendimento só torna o ato defeituoso<sup>92</sup>.

Além disso, aquele que justifica aceita que o outro é igual – ao menos em discurso despido de coerção – e que é capaz de sustentar sua idéia em face de qualquer um. Isso revela uma pretensão de igualdade e universalidade (que estão na base da ética procedimental).

Partindo do pressuposto de que o discurso jurídico é um discurso prático geral, é possível falar, no campo do Direito, em uma conexão entre correção (moral), justificação (por procedimento de criação de direito) e generalização (universalizante) que se traduz em uma moral procedimental universalista, à luz da teoria do discurso. Seria um discurso de correção e justiça que pode ser fundamentado perante qualquer um. E essa conexão é definitiva para todo sistema, apesar de qualificativa para a norma, que só será defeituosa<sup>93</sup>.

Alexy revela, ainda, sua opinião de que, empiricamente, a pretensão de correção da fundamentação jurídica é levada a sério e é pressuposto de aceitação da decisão judicial, considerando a existência de longos e extensos debates sobre correção da decisão. Junto a isso, a fundamentação racional da decisão judicial pode cumprir o papel de explicar a derrota do interessado, tratando-o como ser racional. E tudo isso consolida a suposição de que a racionalidade da fundamentação e a pretensão de correção não foram superadas em um processo evolutivo das formas de socialização.

Normas precisam de fundamentação<sup>94</sup>.

---

90. Ibidem, p. 212.

91. Ibidem, p. 212 e 213.

92. ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho a la moral. In: Rodolfo Vásquez (Comp.). **Derecho e Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo**. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 131.

93. Ibidem, p. 131 e 132.

94. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 213-215.

Vislumbra o autor que os limites existentes nas discussões jurídicas dariam espaço para negá-la enquanto forma de discurso, em especial como discurso prático-racional específico<sup>95</sup>.

Objeta, inicialmente, afirmando a existência do discurso da Ciência do Direito, que é consideravelmente livre, mas que se faz com argumentação racional, e que pretende que suas proposições sejam seguidas<sup>96</sup>.

Mais complexa é a identificação do processo como campo para um discurso jurídico prático e racional, considerando todos os limites a que está submetido (ex.: procedimentais, temporais, decorrentes da parcialidade de seus participantes)<sup>97</sup> – o que faz com que Habermas negue natureza discursiva, definindo-o como ação estratégica<sup>98</sup>.

Alexy, contudo, questiona isso. No que se refere à parcialidade dos participantes, sustenta que, por mais que visem vantagem própria, a fundamentação por eles trazida tem origem científica, decorre de debates científicos e poderia, *a priori*, inserir-se em “Tratado de Ciência do Direito”. E esses seus fundamentos não raro são acolhidos e aproveitados na fundamentação da decisão judicial<sup>99</sup>.

Mas entende que os processos (em suas diferentes modalidades) não são discurso nem ação estratégica. Não são discurso, mas só podem ser compreendidos à luz da noção de discurso, pois “há pretensão das partes de argumentar racionalmente”, mais especificamente observando-se que elas argumentam visando que pessoas racionais deveriam estar de acordo com o que dizem, em condições ideais<sup>100</sup>. Daí concluir que:

[...] fica claro que a teoria do discurso racional, como teoria da argumentação jurídica, não pressupõe que todas as discussões jurídicas devam colocar-se como discurso no sentido de uma comunicação sem coerção e sem restrições, mas somente que nas discussões jurídicas os debates ocorram sob a pretensão de correção e, por isso, têm como referência condições ideais<sup>101</sup>.

Parece, pois, que o autor entende que os processos de produção de norma não são discursivos, mas que os fundamentos invocados por seus participantes

---

95. Ibidem, p. 215.

96. Ibidem, p. 215.

97. Ibidem, p. 215.

98. Ibidem, p. 216.

99. Ibidem, p. 216.

100. Ibidem, p. 216.

101. Ibidem, p. 216 e 217.

têm origem discursiva na Ciência do Direito e que seu debate tem pretensão de correção, sob condições ideais<sup>102</sup>.

Vê-se, assim, que o discurso jurídico tem por objeto a fundamentação das decisões jurídicas – enquanto tipo de proposição normativa. A *fundamentação interna* é a exigência de que a decisão seja coerente e concludente, seguindo as premissas expostas na fundamentação; já a *fundamentação externa* é a exigência de correção dessas premissas<sup>103</sup>.

Explica o autor, nesse contexto, que a fundamentação (interna) e a noção de conseqüência lógica estão intimamente ligadas entre si. A noção de fundamentação é mais ampla do que a noção de conseqüência lógica. A conseqüência lógica, em um plano estritamente *interno*, mas nuclear da fundamentação, “é a relação, formulável mais seguramente, entre proposições”, tanto que:

Como condição mínima para uma fundamentação, que dá bom resultado, de uma sentença judicial deve ser exigido que a decisão seja reconstruível de modo que a sentença resulte logicamente das proposições citadas nos fundamentos, juntamente com as proposições lá pressupostas, em que essas proposições [...] devem ser livres de contradição<sup>104</sup>.

Mas isso não é suficiente para que a fundamentação tenha bons resultados, exigindo-se, em plano externo, que as proposições das quais resultam a decisão sejam verdadeiras, corretas, gozando de aceitabilidade<sup>105</sup>.

Em síntese, a fundamentação interna pressupõe que a decisão decorra logicamente das premissas usadas em sua justificação e a fundamentação externa visa a verdade, a correção e a aceitação de tais premissas – sendo esta última o autêntico (mas não único) campo de atuação da argumentação jurídica<sup>106</sup>.

A justificação externa visa fundamentar premissas erigidas na fundamentação interna – premissas estas que podem ser regras de direito positivo, enunciados empíricos ou outras que aí não se enquadram<sup>107</sup>.

Cada premissa exige tipos distintos de fundamentação.

---

102. *Ibidem*, p. 216 e 217.

103. *Ibidem*, p. 217 e 218.

104. ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 19 e 20.

105. *Ibidem*, p. 20.

106. *Ibidem*, p. 20.

107. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 226.

A regra de direito positivo se fundamenta com a demonstração “de sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico”<sup>108</sup>. Os enunciados empíricos por uma “escala completa de formas de proceder” que abrange métodos das ciências empíricas, presunções racionais, regras de distribuição de ônus de prova. Já as *demais premissas* podem ser fundamentadas na *argumentação jurídica*, – onde está o foco do que chama o autor de justificação externa<sup>109</sup>.

Mas esses procedimentos de fundamentação se relacionam entre si. Por exemplo, a argumentação jurídica pode entrar em cena para definir-se a validade de uma norma, a interpretação a ser dada à norma válida, a interpretação das regras de ônus da prova de que depende definição de fato empírico etc.

A ênfase é dada, entretanto, à argumentação jurídica, em suas diferentes formas<sup>110</sup>.

A justificação externa propõe-se a fazer uma análise lógica das diferentes formas de argumentação, compreendendo as possibilidades de interação entre elas, que se dão com base: na lei (e suas regras e formas de interpretação), na dogmática (Ciência do Direito), nos precedentes, na razão (argumentação prático-geral), na argumentação empírica, e nas formas especiais de argumentos jurídicos<sup>111</sup>.

Por fim, Alexy deixa claro que sua teoria não garante segurança no resultado, mas que isso não exclui nem implica negar à Ciência do Direito natureza científica ou racional. O que lhe confere racionalidade é sua “apresentação sistemática”, exigindo-se cumprimento de condições, regras, formas. O mais problemático é, em verdade, definir que condições são estas, só logrando o autor identificar um conteúdo mínimo. Sua teoria é uma proposta de apresentação de critérios suficientes para definir o que seria uma argumentação jurídica racional (pretensão do discurso jurídico), o que se dá com a observância das regras e formas de argumento por ele propostas (enquanto critério de correção da decisão jurídica)<sup>112</sup>.

### **3. NORMA JURÍDICA EM CONCEPÇÃO COMPLEXA E COMUNICATIVA**

No campo da dogmática analítica, Tércio Sampaio Ferraz Junior diz ser a norma aceita como proposição vinculante, tomada como base para decisão.

---

108. *Ibidem*, p. 226.

109. *Ibidem*, p. 226 e 227.

110. *Ibidem*, p. 226 e 227.

111. *Ibidem*, p. 227 e 228.

112. *Ibidem*, p. 279 e 280.

Funciona como “critério para a conduta humana”, que qualifica agentes sociais, estabelece condições para comportamentos positivos e negativos, que direciona a interpretação de outras normas etc<sup>113</sup>. É, assim, um “imperativo despsicologizado.”

Mas não se furta em enveredar por uma análise zetética e independente do ordenamento posto, ambiente em que define as normas jurídicas, em síntese, como:

[...] expressões de expectativas contrafáticas, institucionalizadas e de conteúdo generalizável. Compõem-se, destarte, de mensagens, emissores e receptores. As mensagens ocorrem em dois níveis: o da relação ou cometimento e o do conteúdo ou relato<sup>114</sup>.

Insta dissecá-lo.

Em princípio, verifica-se que a norma é tomada como representação de “expectativas contrafáticas”, por manifestar expectativas generalizadas de adoção do comportamento prescrito e esperado, independente de ser ele empiricamente observado.

Essas expectativas são ditas “institucionalizadas” por serem inseridas em contexto em que a relação travada entre emissor e destinatário (nível do cometimento) é de autoridade suposta, socialmente consentida (reconhecida, por exemplo, para o juiz, o legislador etc.), sendo, pois, inseridas em sistemas normativos que se pressupõe representar o resultado de consenso anônimo e global da sociedade destinatária<sup>115</sup>. Daí a grande relevância da existência de procedimentos institucionalizados (como processos, inquéritos, eleições etc.) para a identificação da juridicidade da norma.

Já o seu conteúdo (chamado relato ou mensagem) generalizável não pode ser qualquer um decorrente de autoridade institucionalizada, só se admitindo sejam generalizados no plano social, aqueles que “manifestam núcleos significativos vigentes numa sociedade, nomeadamente por força da ideologia prevalecente e, com base nela, dos valores, dos papéis sociais e das pessoas com ela conforme”. Consideram-se, pois, como determinantes de sua substância, ideologias e valores socialmente acolhidos e por ela tomados e hierarquizados<sup>116</sup>.

Some-se a isso o fato de a norma, enquanto expressão dessas expectativas contrafáticas e institucionalizadas, substancialmente generalizáveis, ser, em si (no

---

113. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 117.

114. *Ibidem*, p. 115.

115. *Ibidem*, p. 102-109.

116. *Ibidem*, p. 109-113.

âmbito do discurso normativo), uma decisão, uma decisão que funciona como critério para tomada de outras decisões:

Normas jurídicas são decisões. Através delas, garantimos que certas decisões serão tomadas. Elas estabelecem assim controles, isto é, pré-decisões, cuja função é de determinar outras decisões. Embora isto não signifique, como veremos, uma redução da norma à norma processual, o ponto de vista pragmático não deixa de ressaltar este aspecto procedimental do discurso normativo<sup>117</sup>.

O discurso normativo não é visto, aqui, como proposição, mas como interação por procedimento regulado. Um discurso de autoridade que decide ao selecionar entre alternativas conflitivas em procedimento regulado<sup>118</sup>.

Destarte, o discurso normativo (enquanto situação comunicativa) pode ser visto sob duas óticas. Na perspectiva dos comunicadores sociais, são as alternativas conflitivas, já naqueloutra, do comunicador normativo, é a decisão (enquanto relato/conteúdo e enquanto cometimento/autoridade) – ditando qual a decisão e como deve ser tomada<sup>119</sup>. Daí sua conclusão de que:

Normas jurídicas são entendidas aqui como discurso, portanto, do ângulo pragmático, interações em que alguém dá a entender a outrem alguma coisa, estabelecendo-se, concomitantemente, que tipo de relação há entre quem fala e quem ouve. Ou seja, o discurso normativo não é apenas constituído por uma mensagem, mas, também, por uma definição das posições de orador e ouvinte<sup>120</sup>.

A norma jurídica, enquanto decisão, refere-se a um “conjunto de alternativas que surgem da diversidade de interesses” – no enfoque dos interesses, das condições etc. –, impedindo a continuação do conflito jurídico. É o caso da lei, da norma constitucional, da decisão judicial.

Mas a decisão (norma jurídica), ao consagrar a opção por uma (algumas) das alternativas, não elimina o conflito, apenas o transforma, pois decidir “é um ato de uma série que visa a transformar incompatibilidades indecíveis em alternativas decidíveis, mas que, num momento seguinte, podem gerar novas situações até mais complexas que as anteriores”<sup>121</sup>.

---

117. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica. Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 49.

118. *Ibidem*, p. 75.

119. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica. Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 50.

120. *Ibidem*, p. 53.

121. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica: um Modelo Pragmático. In: FERRAZ, Sérgio (coord.). **A norma jurídica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 14-16.

Desse modo, estabelecida uma lei (norma jurídica), se desrespeitada, pode surgir um conflito de interesses entre sujeitos que, levado a juízo, será objeto de uma nova decisão (também norma jurídica). E nem mesmo a decisão transitada em julgado elimina o conflito com sua solução cristalizada, o que faz é resolvê-lo, pondo um fim à possibilidade de rediscuti-lo. “Pôr-lhe um fim não quer dizer eliminar a incompatibilidade primitiva, mas trazê-la para uma situação, onde ela não pode mais ser retomada ou levada adiante (coisa julgada)”. É uma exigência de segurança jurídica<sup>122</sup>. Eis o que diz o autor, reconhecendo esse aspecto procedimental no discurso normativo, e ilustrando suas lições com bom exemplo:

Partamos, como exemplo, do seguinte texto: ‘ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal’. [...]

No exemplo que estamos analisando, podemos levantar uma série de alternativas conflitivas que envolvem decisões a tomar: ser preso ou não ser preso, legalmente ou ilegalmente, por autoridades ou por qualquer um, tendo cometido um delito ou não tendo cometido um delito, em flagrante ou não, pagando fiança ou não pagando, admitindo-se fiança ou não se admitindo etc. Estas alternativas são do tipo incompatível, portanto, conflitivas. A norma cumpre a tarefa de determinar quais as decisões, ou seja, quais as alternativas decisórias devem ser escolhidas<sup>123</sup>.

Nesses termos, partindo do ponto de vista do autor, e indo mais além, toda norma é, em si, uma decisão/julgamento, podendo ela determinar a forma como serão produzidas outras decisões/julgamentos (quando se diz processual) ou determinar o conteúdo próprio dessas decisões/julgamentos (quando se diz material). E o enquadramento de uma norma como processual ou material dependerá da função por ela desempenhada: determinar forma (procedimento) ou conteúdo (substância) de outra decisão, resolvendo o conflito, sem eliminá-lo.

Dessa forma, por exemplo, uma lei que discipline o processo administrativo federal é fonte de norma processual, enquanto a lei que prevê as possíveis punições imputáveis ao servidor faltoso é fonte de norma material<sup>124</sup>. Entretanto, esta mesma lei sobre o processo administrativo federal, que era norma processual, pode funcionar como norma material na medida em que funcione como critério de julgamento em outra esfera processual. Isso pode ocorrer se, em sede de processo jurisdicional, uma sentença judicial invalida um processo administrativo

---

122. *Ibidem*, p. 10-12.

123. *Ibidem*, p. 14-16.

124. Serve de inspiração, apesar de sua lição ser menor abrangente – por ser restrita a esfera jurisdicional –, Rosemiro Pereira Leal, ao falar de norma processual e material, respectivamente, como critério de proceder e de julgar (**Teoria Geral do Processo**, 5 ed. São Paulo: Síntese, 2004, p. 118 e 119).

por desrespeito à sua lei (processual) de regência e, pois, ao devido processo legal que, aqui, atuará como critério de julgamento.

#### 4. ALGUMAS NOTAS SOBRE AS CARACTERÍSTICAS E ELEMENTOS DA NORMA JURÍDICA

Muitas são as discussões em torno de quais seriam as características da norma jurídica.

Há quem fale, como Machado Neto<sup>125</sup>, que a norma jurídica caracteriza-se por sua *bilateralidade*, na medida em que, ao dever jurídico do sujeito obrigado, corresponde o direito do sujeito pretensor de exigir sua prestação – exigibilidade esta que não se encontra no âmbito estrito da moral.

Questionável é, contudo, essa bilateralidade, enquanto reconhecimento de sua aptidão para estabelecer relações jurídicas entre sujeitos, porquanto possam elas conduzir a outras cargas eficaciais (ex.: qualificar um sujeito como capaz). Entretanto, admite-se que “são bilaterais apenas no sentido de alteridade, isto é, que demarcam as posições socialmente relevantes dos sujeitos. Só com esse significado (alteridade) podemos dizer que todas trazem a nota da bilateralidade”<sup>126</sup>.

Erige-se, ainda, como atributo seu a chamada *disjuntividade*<sup>127</sup>, tendo em vista abranger o enunciado do ilícito e da consequência respectiva (sanção) – no bojo da perinorma –, o que não ocorre no contexto moral.

Entretanto, no que se refere ao caráter sancionatório da norma, há uma polêmica em especial. Autores como Kelsen, que visualizam a norma como preceito sancionador condicionado, criam, para si, um problema, pois há normas reconhecidamente jurídicas sem sanção (ex.: normas interpretativas ou organizacionais). Kelsen, como sabido, limita-se a dizer que mesmo essas normas aparentemente sem sanção são indiretamente sancionatórias – por serem “dependentes” de outra norma em que a sanção está prevista (como normas não-autônomas).

Mas são suscitadas inúmeras objeções a essa visão<sup>128</sup>. Segundo Tércio Ferraz, a sanção é um fato empírico, psicossociológico, consistente em reação negativa

---

125. NETO, A. L. Machado. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 138.

126. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 122.

127. NETO, A. L. Machado. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 138 e 139.

128. FERRAZ JUNIOR, op. cit., 2003, p. 118 *et seq.*

e de reprovação a dada conduta e desagradável para seu destinatário. A sanção é colocada como castigo, penalidade, não se confundindo com prêmio. Só serve para coagir e, não, para motivar<sup>129</sup>.

No estado contemporâneo e interventivo, a visão de sanção, em perspectiva coativa e maléfica (como um mal), é questionada. Fala-se em sanções premiais, que encorajam, incentivam, estimulam comportamentos (podendo-se citar a redução de honorários advocatícios como estímulo ao cumprimento de decisões judiciais) – o que não se coaduna com a visão acima exposta. Isso sem falar que conseqüências jurídicas como a nulidade do ato, para alguns, não se podem dizer sancionatórias, não sendo um mal que desagrada e desaponta, não necessariamente exercendo o papel de desencorajar a prática do ilícito (ex.: “não cabe dizer que a norma de competência exige maioria qualificada para que uma norma votada no Congresso adquira o status de lei complementar esteja desencorajando votações minoritárias”)<sup>130</sup>.

Dá se encontra quem assevere que as normas jurídicas, embora coercivas, por comportarem aplicação coercitiva e decorrerem de autoridade institucionalizada, não são invariavelmente coativas, implicando “sanção-castigo”. E é por isso que, contemporaneamente, não é ela (a sanção) elemento inerente e indispensável da norma jurídica muito embora tenha reconhecida sua importância<sup>131</sup>.

Machado Neto<sup>132</sup>, embora se filie às já questionadas bilateralidade e disjuntividade, rechaça, contudo, outras características que entende não identificá-la (a norma), como a imperatividade (na linha de Kelsen e Cossio), a heteronomia (que é relativizada, diante da “adesão da consciência individual ao direito vigente em sua sociedade”) e a generalidade (admitindo normas individuais na linha Kelseniana<sup>133</sup>).

Existem, de fato, boas razões para excluir-se a generalidade (quanto aos destinatários) e a abstração (generalidade de conteúdo) como característica da norma – discutível que é. Deve ser reconhecida a existência de normas individuais

---

129. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica. Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 40-72.

130. FERRAZ JUNIOR, op. cit., 2003, p. 120-121.

131. *Ibidem*, p. 121.

132. NETO, A. L. Machado. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 138 e 139.

133. Kelsen admite que a norma pode ser geral (se dada conduta é universal e indiscriminadamente posta como devida) ou individual (se uma conduta específica é individualmente considerada devida). (KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 10 e 11).

e concretas (ex.: decisão judicial)<sup>134</sup>. Na verdade, ambas (generalidade e abstração) decorrem de preconceito do liberalismo do século XIX advindo do apego à noção de norma como lei, que, com essa pregada abstração e generalidade, evitava arbitrariedades e tratamentos individuais e concretamente privilegiados e desiguais. Daí exigir-se que a sentença se limitasse a aplicar a lei ao caso concreto<sup>135</sup>.

Na visão egológica, é possível extrair da norma jurídica a relação jurídica que ela delinea e os elementos da interferência subjetiva de condutas que ela representa, que são: i) o *fato* jurídico (temporal) que gera relação jurídica e cria direito do sujeito pretensor que corresponde ao dever do sujeito obrigado; ii) a *prestação* que é a conduta a que se está obrigado; iii) o *sujeito passivo* que é aquele obrigado e o sujeito *ativo* que é aquele pretensor; iv) o *ilícito*, que é o não cumprimento da prestação; e, enfim, v) a *sanção* que é a consequência jurídica daí decorrente. No cerne da perinorma, contudo, há “funcionário obrigado ao dever da sanção e a comunidade pretensora à prestação da sanção” (sujeitos ativo e passivo deste segundo juízo hipotético)<sup>136</sup>.

Na perspectiva zetética (e pragmática), o Tércio Ferraz Sampaio identifica como *elementos normativos* o cometimento (caráter vinculante) e o relato (fato e consequência jurídica), que, traduzidos nesses termos, comportam análise sob terminologia dogmática<sup>137</sup>. Assim, ao lado de vinculatividade (cometimento), colocam-se como elementos substanciais da norma (relativos ao seu conteúdo), a hipótese normativa e a consequência jurídica que dela decorre<sup>138</sup>. A hipótese normativa (*facti species*), na dogmática jurídica, é composta de atos e fatos. Diz serem fatos jurídicos os estados de coisas que, para ingressarem no mundo jurídico, independem da ação ou vontade humana e são atos as ações humanas volitivas, positivas ou negativas, que podem ser lícitas ou ilícitas. No que se refere à consequência ou efeito jurídico, questiona-se, contudo, se são necessariamente sanções ou não – discussão abordada linhas atrás<sup>139</sup>. Conclui, assim, Tércio Sampaio Ferraz

134. Também assim, COSSIO, Carlos. La normatividad según el análisis de la conducta jurídica. **Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas Y Sociales de la Universidad de La Plata**, Buenos Aires, tomo III, 1937, p. 03.

135. FERRAZ JUNIOR, op. cit., 2003, p. 121 e 122.

136. COSSIO, Carlos. **La Teoría Ecológica Del Derecho. Y el concepto jurídico de libertad**. 2. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p. 333; NETO, A. L. Machado. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 140.

137. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 109-117.

138. Com certa similaridade, diz Pedroso que: “Todas as normas de direito apresentam uma estrutura típica. Nelas se divisam dois elementos: a hipótese, constituída pelo fato jurídico ou condição de sua aplicação, e o dispositivo, ou consequência, que a norma liga às condições de aplicação” (PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. **Normas jurídicas individualizadas**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 72).

139. FERRAZ JUNIOR, op. cit., 2003, p. 118, et seq.

Junior que a melhor opção é falar da norma jurídica como “direito vinculante, coercivo, no sentido de institucionalizado, bilateral, que estatui hipótese normativa (*facti species*) à qual imputa consequência jurídica (que pode ser ou não sanção), e que funciona como um critério para tomada de decisão (decidibilidade)”<sup>140</sup>.

## 5. IMPRESSÕES INICIAIS (E CONCLUSIVAS)

Ao longo desse ensaio, fez-se um apanhado de diferentes visões, em diferentes contextos, do conceito e essência da norma jurídica. Foi-se da dogmática analítica à zetética, buscando-se compilar o que falam alguns sobre o tema – sem alimentar a ilusória pretensão de exaurir os ditos que existem em seu entorno.

Entretanto, tudo isso permite chegar a algumas impressões pessoais e conclusivas – ainda não definitivas.

A primeira delas é de que a norma jurídica não é um texto ou enunciado, mas, sim, o significado dele extraído, que consiste em um juízo ou expressão de uma expectativa do que deve ser – que é esperado, mas não necessariamente será realizado.

A segunda delas é de que a norma jurídica, no nível do cometimento, pressupõe vinculatividade (coercibilidade), devendo decorrer de um emissor cujo poder de criá-la é suposto, socialmente aceito e institucionalizado – mas não necessariamente heterônomo, podendo as figuras do emissor e do destinatário se confundir em um mesmo ente (ex.: negócio jurídico e costume).

A terceira é no sentido de que a norma jurídica, no nível do relato, é expressão de uma mensagem que se compõe por hipótese fática que conduz a dada consequência jurídica – que abrange cargas eficáciais variadas, e que não pressupõem bilateralidade. Além do entabulamento de relações jurídicas, podem ser consequências suas: a) situações jurídicas básicas, enquanto efeito mínimo de todo fato (ex.: vinculação do testador vivo às disposições testamentárias); b) situações simples unissubjetivas, enquanto atribuição de qualidade ou qualificação (ex.: ser capaz, ser casado); c) situações complexas unilaterais, que, apesar de envolverem mais de um sujeito, operam efeitos para um só deles (ex.: proposta contratual)<sup>141</sup>.

---

140. *Ibidem*, p. 122.

141. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 1.<sup>a</sup> parte. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 84 et. seq.; DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria dos Fatos jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 120 et. seq.

A quarta é a constatação de que a norma é, indubitavelmente, uma decisão que representa uma opção entre alternativas conflitivas, resolvendo o embate entre elas (sem eliminá-lo) e que funciona como critério para outras decisões: seja como critério de proceder, definindo o procedimento a ser adotado na produção de outras decisões (norma processual), seja como critério de julgar, definindo o conteúdo mesmo destas outras decisões (norma material).

E a quinta e última percepção é de que a norma se desdobra em regras e princípios, que se diferenciam nos termos propostos pela teoria alexiana, sendo que compõem um modelo aberto que, para evitar arbitrariedades e subjetivismos, pressupõe seja racionalmente fundamentado, com apoio em uma boa teoria da argumentação jurídica – tema que merece mais profunda e cuidadosa reflexão.

Eis, assim, as primeiras impressões sobre o conceito de norma jurídica em sua “multidimensionalidade”.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- \_\_\_\_\_. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho a la moral. In: Rodolfo Vázquez (Comp.). **Derecho e Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo**. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 115-137.
- \_\_\_\_\_. **Direito, razão, discurso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. 3 ed. São Paulo: Landy, 2006.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 4 ed. Bauru: EDIPRO, 2008.
- BRAGA, Paula Sarno. **Devido Processo Legal nas Relações Privadas**. Salvador: JusPodivm, 2008.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial. Las lagunas del derecho. La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002.
- \_\_\_\_\_. **La Teoria Ecológica Del Derecho. Y el concepto jurídico de libertad**. 2. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.
- \_\_\_\_\_. **La “causa” y la comprensio em el derecho**. Buenos Aires: Juarez Editor, 1969.
- \_\_\_\_\_. La normatividad según el análisis de la conducta jurídica. **Anales de la Faculdade de Ciencias Jurídicas Y Sociales de la Universidad de La Plata**, Buenos Aires, tomo III, 1937, p. 03-29.

- DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria dos Fatos jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Conceito de Norma jurídica como problema de essência**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica: um Modelo Pragmático. In: FERRAZ, Sérgio (coord.). **A Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.
- \_\_\_\_\_. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Teoria da Norma Jurídica. Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 5 ed. São Paulo: Síntese, 2004.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 1.ª parte. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NETO, A. L. Machado. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.
- PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. **Normas jurídicas individualizadas**. São Paulo: Saraiva, 1993.

