

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua Santo Amaro, 316 - Centro - São Paulo
Contato: quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

Coordenação editorial: Vinicius Vieira

Diagramação: Thais Fernanda S. L. Silva

Revisão gramatical: *Studio Quartier*

Capa: Bruno Laguna Paim

ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (org.) –
Filosofia e Teoria Geral do Direito: estudos em homenagem a
Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário –
São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ISBN 85-7674-550-X

1. Filosofia do Direito. 2. Teoria Geral do Direito. I. Título

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil: Filosofia do Direito
2. Brasil: Teoria Geral do Direito

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

**REGRAS, PRINCÍPIOS E
PONDERAÇÃO NA PRAGMÁTICA
DO DIREITO DE TERCIO
SAMPAIO FERRAZ JR.**

Ricardo Villas Bôas Cueva

Mestre e Doutor em Direito (Universidade Harvard e Universidade de Frankfurt, respectivamente). Procurador da Fazenda Nacional. Advogado.

INTRODUÇÃO

O propósito deste despretensioso artigo é – ao lembrar as memoráveis aulas proferidas pelo sempre admirado Prof. Tercio Sampaio Ferraz Jr. na sala do Departamento de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no âmbito do Programa Especial de Treinamento da CAPES, há quase trinta anos – discutir brevemente alguns aspectos da aplicação de princípios, notadamente o uso da ponderação como método de interpretação e aplicação do direito, sob a ótica da pragmática do direito desenvolvida na **Teoria da Norma Jurídica**, publicada em 1978 como obra pioneira sobre teoria do discurso normativo, no Brasil. A ela, sobretudo nos últimos anos, sob o influxo de autores como Habermas e Alexy, dentre outros, seguiram-se outros trabalhos de autores nacionais e estrangeiros, com escopo variado. Não se pretende aqui, seja por fidelidade ao primeiro paradigma de teoria do discurso normativo aprendido, seja pela curiosidade de revisitar seus conceitos num outro contexto, resenhar a vasta literatura sobre a pragmática do direito ou sobre a aplicação de princípios jurídicos, mas apenas, seguindo os passos traçados por Ferraz Jr., verificar em que medida é possível atribuir aos princípios jurídicos pretensão de validade, no sentido pragmático, e até onde a ponderação de princípios é consistente com a teoria por ele desenvolvida.

1. SEMÂNTICA: PRINCÍPIOS E REGRAS

Em sua teoria da argumentação jurídica, publicada originalmente no final dos anos 70, Alexy sustentava serem os princípios preceitos normativos de alta generalidade, que não se deixam aplicar imediatamente como fundamento de uma decisão, exigindo outras premissas normativas, até por serem limitados principalmente por outros princípios. O problema com a argumentação por princípios não estaria tanto em sua justificação, mas no fato de que as normas a que eles servem de fundamento nem sempre são logicamente compatíveis com eles. Além disso, os princípios nem sempre aparecem como preceitos normativos, sendo muitas vezes introduzidos no discurso como descrições de situações em que são válidos (ALEXY, 1996, pp. 299 e 319).

Para Dworkin, ao revés, regras e princípios podem ser vistos como proposições ou padrões normativos cuja distinção é de natureza lógica. Enquanto as regras se aplicam à maneira de tudo-ou-nada, um princípio pode não prevalecer numa situação concreta, sem que isso implique sua exclusão do sistema jurídico. Nesse contexto, as regras são válidas ou inválidas, mas os princípios são dotados de peso

ou importância (DWORKIN, 2010, p. 23 ss). A partir dessa discussão, Alexy distingue entre regras e princípios com base em sua estrutura e em sua forma de aplicação. Enquanto as regras exprimem deveres definitivos, sendo aplicadas por meio de subsunção, os princípios expressam deveres *prima facie*, que só se definem mediante ponderação com princípios colidentes, caracterizando-se como “mandamentos de otimização” (ALEXY, 1995, p. 177 seg.; SILVA, 2002, p. 25).

Pode-se também distinguir as espécies normativas, assinalando-se às regras caráter descritivo de comportamentos ou atributivo de competências, com viés finalístico apenas indireto, e reservando-se aos princípios, reversamente, caráter imediatamente finalístico, com afetação apenas indireta dos comportamentos e das competências, num modelo tripartite, que inclui ainda os postulados, tal o da proporcionalidade, como “normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e a aplicação de princípios e regras” (ÁVILA, 2007, p. 181).

Habermas sustenta que normas têm pretensão de validade binária, sendo válidas ou inválidas, ao passo que os valores indicam preferências com as quais se pode concordar em maior ou menor grau, do que resulta ser impossível aplicá-los do mesmo modo. Princípios não podem ser identificados a valores, pois os primeiros têm sentido deontológico, distinto do sentido teleológico dos últimos. Normas válidas obrigam seus endereçados sem exceção e igualmente a um comportamento que contém expectativas generalizadas de comportamento, enquanto os valores são preferências intersubjetivas compartilhadas (HABERMAS, 1994, p. 311). A ponderação, assim, do modo como empregada pela corte constitucional alemã, que se orientaria por uma teoria da ordem dos valores, padeceria de falta de racionalidade, já que tanto regras e princípios, graças a seu sentido deontológico, têm vinculatividade geral, em oposição aos valores, que têm pretensão apenas especial de exprimir preferências, numa relação de transitividade casuística com outros valores (*idem*, 1994, p. 315). O problema da legitimidade do uso do juízo de ponderação na jurisdição constitucional aparece na medida em que a corte constitucional de uma sociedade democrática deve proteger o sistema jurídico que possibilita o exercício da autonomia privada e pública dos cidadãos (*idem*, p. 320).

Para alguns autores, a ponderação deve ser método apenas subsidiário de resolução de conflitos, cedendo passo à doutrina aceita, à jurisprudência consolidada e à legislação indisputada (BRANCO, 2009, p. 315). Outros reservam-lhe papel mais destacado na interpretação e na aplicação do direito (BARROSO, 2003, p. 330-338). Há, ainda, quem critique acerbamente a ponderação, como Eros Grau: “a vinculação do intérprete ao texto – o que excluiria a discricionariedade judicial –

instala no sistema um horizonte de relativa certeza jurídica que nitidamente se esvai quando as opções do juiz entre princípios são praticadas à margem do sistema jurídico. Então a previsibilidade e calculabilidade dos comportamentos sociais tornam-se inviáveis e a racionalidade jurídica desaparece” (GRAU, 2009, p. 287).

De todo modo, uma discussão semântica acerca da natureza dos princípios, ou sobre como, por exemplo, distinguir entre princípios jurídicos e morais – o que leva à “*terra incognita* intermediária em que os princípios lutam pelo reconhecimento jurídico” (MacCORMICK, 2006, p. 311) – ou, ainda, entre princípios jurídicos implícitos e explícitos (GRAU, 2009, p. 161 ss), refoge ao objeto deste trabalho. Trata-se aqui de perquirir não pelo conteúdo semântico dessas espécies de normas, nem pelo diferente modo em que são usadas pelo aplicador do Direito, mas de procurar examinar qual sua função, quais seus efeitos do ponto de vista da teoria pragmática do direito desenvolvida por Tercio Sampaio Ferraz Jr.

2. PRAGMÁTICA: VALIDADE E IMUNIZAÇÃO

O controle da situação comunicativa, na pragmática do direito, é associada à decibilidade dos conflitos, a qual, a seu turno, depende da validade das normas. Norma válida, nesse sentido, remete à “relação entre discursos normativos, tanto no aspecto-relato, quanto no aspecto-cometimento”. Validade, assim, “exprime uma relação de competências decisórias e não uma relação dedutiva de conteúdos gerais, para conteúdo individualizado ou menos gerais” (FERRAZ Jr., 1978, p. 105-106). Por meio dessa relação entre competências decisórias, denominada “validade” ocorre a imunização do discurso normativo, que permite ao editor “controlar as reações do endereçado, eximindo-se de crítica” (idem, p. 106).

A imunização do discurso normativo jurídico se dá por meio de outro discurso normativo, o que torna a validade “uma relação pragmática entre normas, em que uma imuniza a outra contra as reações do endereçado, garantindo-lhe o aspecto cometimento meta-complementar (idem, p. 107). É através da imunização que se atribui ao editor da norma o caráter de autoridade, distinguindo-o do mero detentor de posição de superioridade. Saber como uma norma imuniza e qual o fundamento da imunização remete, por um lado, à questão das técnicas de validação e, por outro, à legitimidade do ordenamento jurídico.

Quanto à primeira questão, a imunização de uma norma pela outra se faz por meio da disciplina de sua edição e/ou pela delimitação de seu relato. A primeira técnica constitui imunização condicional, adequada para “procedimentos de delegação de poderes”, de modo que a validade ocorra num sistema hierarquizado,

coordenado verticalmente numa relação de superioridade e inferioridade (*idem*, p. 111). A segunda técnica remete a uma imunização finalista, que propicia a delimitação o relato da norma imunizada ao determinar os efeitos a serem por ela alcançados. Diferentemente da imunização condicional, por meio da qual são fixadas as condições para a tomada de decisão imunizada, numa cadeia normativa hierarquizada, aqui não são fixadas as condições para que se produzam os efeitos, o que pressupõe um controle que não se resume à observância da hierarquia entre as normas, incidindo sobre os fins estabelecidos, de tal modo que se verificam “relações entrecruzadas de coordenação vertical e horizontal” (*idem*, p. 112).

As duas técnicas são necessárias para que uma norma seja válida e, portanto, para que ocorra imunização. Do ponto de vista pragmático, assim, a validade não se caracteriza como simples relação de adequação sintática entre as normas, como num modelo kelseniano, mas como “uma relação sopesada de mútuos pressupostos e vinculações, de atividades preliminares e de trâmites decisórios” (*idem*, p. 113).

3. PRAGMÁTICA: EFETIVIDADE E IMPERATIVIDADE

Além da imunização, que se entende como qualidade pragmática que permite a imunização do discurso normativo, sendo condição de exigência de um comportamento, há também outra qualidade pragmática que reporta à condição de obediência, ou seja, a efetividade. Esta é a relação entre o aspecto cometimento e o aspecto-relato da mesma norma. Vale dizer: se não é possível dizer se uma norma isoladamente considerada é válida, é possível verificar se ela é efetiva. Desse modo, “normas efetivas são normas obedecidas”, mas “a obediência é apenas uma consequência da efetividade e não a própria efetividade” (*idem*, p. 114). Da perspectiva pragmática, combinam-se as visões semântica e sintática da efetividade, de modo que a “adequação do relato e do cometimento garante a possibilidade de se produzir uma heterologia equilibrada entre editor e endereçado” (*idem*, p. 117).

Uma terceira qualidade pragmática da norma é a imperatividade, “que exprime uma relação entre o aspecto-cometimento de uma norma e o aspecto-cometimento de outra” (*idem*, p. 127). Enquanto a efetividade é uma relação de adequação e a validade, uma relação de imunização, a imperatividade é uma relação de calibração, por meio da qual “a norma se adapta a mudança e desvios em razão de uma estabilidade conhecida, constituindo um padrão de ordem superior caracterizado pelo rompimento e reconstrução de um padrão aplicável a maiores unidades de tempo” (*idem*, p. 131). Trata-se do ajuste ou regulação das condições de possibilidade de exigência e de obediência que permite ao discurso

normativo apresentar certa estabilidade a longo prazo, a despeito de certos desvios. É a “estabilização da definição dos aspectos-cometimento das normas”, que se expressa numa linguagem analógica (e, portanto, não binária), de modo a assegurar previsibilidade às variações possíveis ao nível da relação editor/destinatário (idem, p. 133). Diferentemente das normas que revogam outras normas ou que lhes suspendem a eficácia, não existem normas que estabeleçam ou retirem a imperatividade, que se exprime muitas vezes de forma ritual e pode ocorrer mediante o uso de fórmulas normativas, tendentes a “diminuir o âmbito de possibilidades interpretativas”, ou de expressões abertas ou princípios.

4. PRAGMÁTICA: CALIBRAÇÃO

A regulagem ou calibração, contudo, não se confunde com a noção de norma fundamental (idem, p. 134-135). Ao contrário, como “conjunto de regras responsáveis pelas relações entre editores e endereçados”, mas que “não constituem um corpo, por exemplo, no sentido de uma Constituição”, a idéia de regulagem ou calibração limita a concepção de um “sistema normativo como ordem escalonada, unitária, repousando num princípio único e último, capaz de determinar originariamente o sentido da validade das demais normas, num movimento linear e descendente” (idem, p. 136).

Trata-se, diferentemente de um padrão circular, “que não exclui o escalonamento, mas o relativiza como um dos relacionamentos possíveis; ou seja, no sistema normativo jurídico, visto do ângulo pragmático, é impossível determinar-se o sentido do sistema apenas pelo seu estado inicial ou sua origem, por exemplo, a partir de uma Constituição estabelecida, ocorrendo, outrossim, inter-relação entre as normas que se acumulam e modificam continuamente o sistema; este é, então, independente até certo ponto de suas condições iniciais, sendo mais importante para a sua compreensão, mais que a sua origem, a sua organização atual” (idem, p. 137). Ferraz Jr. menciona o exemplo dos direitos fundamentais, que, no sentido kelseniano, poderiam ser identificadas como normas de bloqueio, as quais impedem a edição de normas que podem ser declaradas inconstitucionais, comparando-os ao que denomina “pseudo-garantias”, ou seja, normas constitucionais que remetem a definição de seu conteúdo (relato) a normas de escalão inferior, invertendo a hierarquia do sistema e “obrigando o intérprete a recorrer a outros critérios relacionais” (idem, p. 137).

Com isso, a noção de sistema jurídico passa a admitir diversas normas-origem, até mesmo incompatíveis entre si (idem, p. 139). Isto é possível, pois

“os discursos normativos constituem um sistema interacional no sentido de que comunicadores normativos estão, ao falar, num processo constante de definição de suas relações, que determinam as suas falas como *quaestiones*” (idem, p. 140). Eles têm por objeto “unidades discursivas que chamamos normas”, ou seja, “discursos heterológicos, decisórios, estruturalmente ambíguos, que instauram uma meta-complementaridade entre orador e ouvinte e que, tendo por *quaestio* um conflito decisório, o solucionam na medida em que lhe põem um fim. Assim, o objeto dos sistemas normativos (repertório do sistema) são normas (especificadas por seus atributos: validade e efetividade). O que dá a coesão do sistema, como um todo, são as relações entre elas. As relações são de imunização contra certas reações dos endereçados e de produção de certas reações (exigência e obediência). As relações, por sua vez, são reguladas por certas regras – calibração do sistema – que dão ao sistema seu parâmetro: imperatividade” (idem, p. 141).

Segundo a teoria do discurso normativo de Ferraz Jr., os sistemas jurídicos são “globais e não-somativos. Isto é, são todos coesos, onde a variação numa parte afeta o todo e vice-versa...” É a isso que se denomina “imperatividade” (idem, p. 142), a qual “calibra a relação entre validade e efetividade”. Um sistema normativo abriga várias normas-origem e, conseqüentemente, várias cadeias normativas. Tais normas-origem não são válidas nem inválidas, podendo mesmo ser inválidas umas perante as outras. O que torna a invalidade não um fenômeno marginal, mas uma resposta coerente a uma situação (idem, p. 143).

A invalidade, por outro lado, não é a negação da validade, ou a ausência de imunização, mas algo distinto, que remete a um outro tipo de imunização, “que não repousa em outra norma, mas em regras de calibração do sistema, como, por exemplo, as normas atinentes à eficácia da norma inválida, segundo as quais esta tem a mesma eficácia da norma válida, desde que não seja invalidade, ou não tenha eficácia, desde que não seja verificada a validade, ou tenha uma eficácia disponível da parte da autoridade que a editou, ou da contraparte, ou do juiz, de ofício, ou a requerimento da parte” (idem, p. 144).

Como toda norma-origem é imunizante, mas nem toda norma imunizante é normas-origem, há normas-derivadas imunizantes. Assim, as cadeias normativas, no interior do sistema, podem ter forma hierárquica, mas as diversas cadeias relacionam-se de modo entrecruzado, com limitações mútuas. Com isso, não há falar em vértice de uma pirâmide normativa, como no modelo kelseniano. Exemplo de normas-origem que não tem a validade fundada em outras normas seriam as súmulas do STF, as quais imunizam outras normas (idem, p. 148).

5. PRAGMÁTICA: VALORES E IDEOLOGIA

A imperatividade relaciona-se ao aspecto axiológico do discurso normativo (idem, p. 150). Ou seja, a valores, que “são símbolos de preferência para ações indeterminadamente permanentes, portanto fórmulas integradoras e sintéticas para a representação de consenso social”. São *topoi* da argumentação, que se desdobram em duas funções: modificadora e justificadora. Nesta última, “o discurso normativo pode expressar (função sintomática) uma informação ‘redundante’, partindo do pressuposto de que o ouvinte já sabe e quer aquilo que diz, procurando integrar-se no seu sistema de expectativas, exigindo dele uma concordância com o que já havia concordado, consciente ou inconscientemente (função de sinal)” (idem, p. 153). Já a função modificadora “persuade na medida em que reestrutura ao máximo aquilo de já é conhecido”, ao partir de “premissas já adquiridas, mas para questioná-las, submetendo-as ao crivo crítico”. O discurso “expressa (função sistemática) algo inusitado, sendo, nesse sentido, efetivamente informativo” (idem, p. 154). Nesse caso, a função modificadora acaba por enriquecer o universo de expectativas das expectativas de reação possíveis.

A norma não é um juízo de valor, mas tampouco é axiologicamente neutra. Os valores são neutralizados no discurso jurídico, pois “perdem suas características dialógicas, na medida em que se interrompe sua reflexividade”, num processo que de caráter ideológico. Enquanto os valores são critérios para avaliação do comportamento, a ideologia avalia os próprios valores, retirando-lhes a reflexividade, mas, por outro lado, assegurando-lhes comunicabilidade. No exemplo de Ferraz Jr., “a liberdade é um valor, mas na norma ela é sempre liberdade, no sentido liberal, conservador, fascista, comunista, etc.” (idem, p. 156). Ao sistematizar os valores, atribuindo-lhes importância diversa numa escala hierárquica, a ideologia exerce função estabilizadora do discurso normativo, permitindo a estabilização da relação autoridade/sujeito, “em termos de uma confirmação última da meta-complementaridade, que desconfirma outras possibilidades” (idem, p. 156). A avaliação ideológica é meta-comunicativa e permite identificar a imperatividade do sistema normativo. Como fator de regulação do sistema normativo, a avaliação ideológica, entre outros modos de atuação, assegura “orientações gerais capazes de expressas generalizações de redundâncias observadas na aplicação do direito”, “mostra as fontes geradoras, as causas, as origens, valorando diretamente certos juízos de valor reconhecidos”, “determina finalidades, propósitos, metas do sistema”, “responde pela constituição de premissas, postulados, pontos de partida da argumentação jurídica (...) fornecendo regras práticas de conteúdo evidente, regras éticas inquestionáveis” (idem, p. 157-158).

O sistema normativo, concebido enquanto “sistema ideológico de controle de expectativas”, é um “sistema em que o agente age de certo modo, porque os demais agentes estão legitimamente seguros de poder esperar dele tal comportamento” (idem, p. 158).

A questão da legitimidade, assim, do ponto de vista pragmático, remete à justificação do discurso normativo. A pergunta correspondente é: como o discurso normativo se legitima? As posições decisionistas padecem de “solipsismo metódico (e a possibilidade absoluta) do pensamento e da ação monológicos, caso em que todo discurso é racional na medida em que expressa a coerência do agente discursivo consigo mesmo” (idem, p. 164). Do ponto de vista pragmático, contudo, indaga-se pelas condições transcendentais do discurso, de modo que sua racionalidade depende de regras como a do dever de prova, entendidas no quadro de situações comunicativas interativas, sujeitas a fundamentação proporcional às exigências do destinatário da norma. Enquanto discurso decisório (heterológico), o discurso normativo leva à indagação permanente acerca da consistência da opinião e da consistência da autoridade daqueles que emitem opiniões. Nesse sentido, trata-se de discurso que extrai sua força de “sua capacidade de sustentar-se no confronto com outras possibilidades” (idem, p. 167).

Em outras palavras, o discurso normativo, enquanto discurso dogmático, no sentido de que “repousa em questões aporéticas, diante das quais qualquer opção é ponto de partida que pode ser ensinado” (idem, p. 167), admite que se coloquem certas questões fora de dúvida, mas não que a própria resposta se converta em dogma, o que significaria uma recusa do dever de prova e uma desqualificação do destinatário. “Neste sentido, se a possibilidade do diálogo é eliminada pela desconfirmação do ouvinte como partícipe ativo da comunicação, o discurso normativo se torna irracional e, em conseqüência, ilegítimo” (idem, p. 181).

6. CONCLUSÃO

Do ponto de vista da pragmática do direito, o importante não é a distinção semântica entre norma e princípio ou entre regra e princípio, nem mesmo a relação entre essas espécies normativas de uma perspectiva sintática. Trata-se, ao revés, de saber qual o efeito, no discurso normativo, da aplicação de princípios jurídicos, ou, em outras palavras, como atuam os princípios num sistema jurídico dotado de reflexividade, que se caracteriza não pela existência de um vértice normativo superior, como na pirâmide kelseniana, mas pela coexistência de inúmeras cadeias normativas que se relacionam de forma entrecruzada e circular, nem sempre hierárquica,

por vezes mesmo com inversão da hierarquia. Nessa ótica, os sistemas normativos são dotados de imperatividade porque são configurados de forma variável, de modo que a variação em uma parte afeta o todo e vice-versa, e porque são regulados constantemente por uma avaliação "ideológica", meta-comunicativa, que permite organizar valores, definir metas e criar pontos de partida da argumentação, sem, contudo, desqualificar ou excluir o destinatário da norma como participante ativo da relação comunicativa.

Num tal sistema, as normas jurídicas, enquanto unidades discursivas que permitem ao editor/orador controlar as reações possíveis do destinatário/ouvinte, são válidas, de acordo com uma lógica binária, na medida em que imunizam o discurso jurídico. A imunização se dá por meio de outro discurso normativo, numa relação pragmática entre normas, nas quais elas se imunizam mutuamente, de modo a assegurar meta-complementaridade no aspecto cometimento da norma. Com isso, o editor da norma assume a posição de autoridade e a relação comunicativa normativa, que se verifica por meio dos funtores deônticos (obrigação, proibição, permissão), torna-se estabilizada quanto às expectativas de reação do destinatário da norma, ainda que o comportamento prescrito não ocorra. Outra qualidade pragmática da norma jurídica é a efetividade, entendida como condição de obediência ou como relação de adequação entre relato e cometimento de uma mesma norma.

A imperatividade da norma jurídica, por outro lado, é a relação entre os aspectos cometimento de duas normas que se exprime numa relação de calibração ou regulação, a qual permite adaptação às mudanças ou desvios nas expectativas assentadas. Estabilizando-se os cometimentos das normas, segundo uma lógica não binária, que admite gradações, são feitos os ajustes nas condições de exigibilidade dos comandos normativos, de modo a ensejar certa estabilidade ao discurso jurídico no longo prazo. É a calibração que molda o sistema jurídico a partir de um padrão circular de relação entre as normas, o qual admite o escalonamento hierárquico como apenas uma das modalidades de relação possíveis e repele a noção de norma fundamental única. Diversas normas-origem, até mesmo incompatíveis entre si, convivem no sistema jurídico. Este tem por objeto normas jurídicas, cujas relações de imunização e efetividade são reguladas, a seu turno, por regras de calibração, as quais emprestam ao sistema o parâmetro de imperatividade.

Num primeiro momento, assim, o que distingue o discurso jurídico dos demais é seu poder de "imunizar" a relação entre autoridade e sujeito, neutralizando outras posições. Norma válida é norma imunizada (e imunizante, em certos casos, dada a inexistência de relação de subordinação hierárquica pré-definida), o que

equivale a dizer que o discurso jurídico exerce função de bloqueio de outros sentidos, de modo que a interpretação e a aplicação da norma se efetuam num quadro de sentidos possíveis, que exclui a arbitrariedade na definição do sentido da norma. Este poderia constituir o núcleo de um argumento contrário à possibilidade de aplicação de princípios jurídicos no contexto da pragmática do direito de Tercio Sampaio Ferraz Jr., caso se admitisse que os princípios, estruturalmente distintos das regras, não seriam imunizantes e, em conseqüência, não seriam dotados de validade. A esse argumento poderia ser contraposto um teste de coerência: a noção de “estrutura” seria alheia aos propósitos e limites auto-estabelecidos da teoria do discurso jurídico desenvolvida por Ferraz Jr., não sendo possível, a partir dela, distinguir estruturalmente as espécies normativas, seja em razão do grau de generalidade, seja em virtude do caráter finalístico, seja pela presença ou não de sanção (até porque esta pode ser implícita e não é, em todo caso, determinante da relação de imunização). Mais importante, a unidade discursiva denominada “princípio”, independentemente de sua classificação dentre as espécies normativas, tem, notoriamente, função ao menos inibidora de certos comportamentos. Princípios seriam, portanto, de algum modo, aptos a imunizar o discurso normativo. É claro que a expressão “de algum modo” parece contrariar a lógica binária que preside a relação validade/imunização, mas não se pode de antemão excluir a possibilidade – ainda que talvez sob o risco de negligenciar a hipótese de colisão de princípios – de que princípios possam imunizar o discurso jurídico em certas decisões, já que seus efeitos ao inibir certos comportamentos parecem aptos a estabelecer relação de meta-complementaridade.

Num segundo momento, levando-se em conta a dimensão axiológica dos princípios e seu importante papel de *topoi* na argumentação jurídica, talvez seja possível equipará-los a regras de calibração que, de modo não-linear e não-hierárquico, atuam num plano meta-comunicativo, por meio de avaliações “ideológicas” (no sentido de organizações de valores segundo uma escala de preferências), permitindo uma constante reafirmação da imperatividade do sistema jurídico. Nesse contexto, a aplicação de princípios, mediada por regras, parece não confrontar os pressupostos de racionalidade do discurso jurídico na concepção de Ferraz Jr. Mesmo a ponderação de princípios, vista como procedimento tradicional e recorrente de interpretação e aplicação do direito, como uma dentre várias estratégias argumentativas, desprovida de certezas matemáticas, não parece afrontar os postulados de legitimidade e de racionalidade do discurso jurídico, segundo a teoria de Ferraz Jr., para quem a irracionalidade e a ilegitimidade só emergem quando se suprime a

possibilidade de diálogo mediante a desqualificação comunicativa do destinatário da norma. Neste sentido, a ponderação de princípios, em si mesmo, não leva necessariamente a uma discricionariedade incontrolável dos juízes nem a um quadro de incerteza jurídica, mas pode ser caracterizada como mecanismo de balizamento da aplicação das normas jurídicas, desde que preservados os padrões de circularidade das relações entre as normas e os critérios de reflexividade do sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Zum Begriff des Rechtsprinzips. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1995, p. 177-212.
- _____. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 3ª ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1996.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- _____. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- _____. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1991.
- _____. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 391-411.
- HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4ª ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.
- MacCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. São Paulo: RT, ano 91, nº 798, p. 23-50, abr. 2002.
- SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha da. A hermenêutica como dogmática: anotações sobre a hermenêutica jurídica no enfoque de Tercio Sampaio Ferraz Jr. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 249-276.