



**ANTINOMIAS ENTRE NORMAS LEGAIS E NORMAS CONSUECUDINÁRIAS: AS METAREGRAS DE CALIBRAÇÃO COMO UMA SOLUÇÃO PARA O RECONHECIMENTO DO COSTUME *CONTRA LEGEM* COMO FONTE DO DIREITO À LUZ DA TEORIA SOCIOLÓGICO-COMUNICACIONAL DE TÉRCIO FERRAZ JR.**

Daniel Oitaven Pamponet Miguel\*

Larissa Andrade Teixeira Pereira\*

**RESUMO**

O objetivo geral do artigo é responder como o direito pode, sem corromper sua própria autonomia, reconhecer o costume *contra legem*. São objetivos específicos: reavaliar a tradição moderna da teoria das fontes; e comparar o papel do costume na teoria pura do direito (Kelsen) e na teoria sociológico-comunicacional de Tércio Ferraz Jr. à luz da ideia de incomensurabilidade (Kuhn). Metodologicamente, a pesquisa é teórica, qualitativa e utiliza o procedimento da análise de conteúdo bibliográfico. Concluiu-se que antinomias entre lei e costume se resolvem mediante a aplicação de metaregras de calibração que estabeleçam critérios contedutísticos sobre qual fonte deve prevalecer.

**Palavras-chave:** fontes do Direito; costume *contra legem*; semiótica; autopoiese; incomensurabilidade.

**ANTINOMIES BETWEEN WRITTEN LAW AND LEGAL CUSTOMS: CALIBRATION METARULES AND LEGAL RECOGNITION OF CUSTOMS AGAINST THE LAW AS SOURCES OF LAW IN LIGHT OF TÉRCIO FERRAZ JR'S SOCIOLOGICAL-COMMUNICATIONAL THEORY**

**ABSTRACT**

This article aims to answer how customs against the law can be recognized by a legal order without corrupting its autonomy. Its objectives are: to reassess the theoretical tradition on sources of law; and to compare Kelsen's (pure theory of law) and Ferraz Jr.'s (sociological-communicational theory of law) outlooks on legal customs in light of Kuhn's conception of incommensurability. This research is theoretical, qualitative and uses bibliographic content analysis as a methodological procedure. We concluded antinomies between written law and legal customs are solvable by calibration metarules that establish substantive criteria used in deciding which source of law ought-to prevail.

**Keywords:** sources of law; customs against the law; Semiotics; Autopoiesis; Incommensurability

\* Doutor em Direito Público pela UFBA, Doutor em Ciências Sociais pela UFBA, mestre em Direito Público pela UFBA, especialista em Direitos Humanos, Teoria e Filosofia do Direito pela PUC-MG, especialista em Direito Tributário pela PUC-SP, graduado em Direito pela UFBA, ex-professor efetivo de Direito Civil da UNEB, ex-professor efetivo adjunto de Teoria Política e Instituições Políticas da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da UFBA, professor de Hermenêutica, Filosofia do Direito e Argumentação da Faculdade Baiana de Direito, Professor Efetivo Adjunto "A" de Teoria e Filosofia do Direito, Hermenêutica, Lógica e Argumentação Jurídica, Sociologia do Direito, História do Direito e Instituições de Direito Público e Privado da Faculdade de Direito da UFBA, professor permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA, advogado

\* Mestranda em Direito pela UFBA. Graduada em Direito pela UFBA. Advogada.



## 1 INTRODUÇÃO

No Estado Liberal europeu do século XIX, o processo de racionalização do fenômeno jurídico resultou no surgimento daquilo que se convencionou chamar de “Teoria Moderna das Fontes do Direito”, entendidas estas como os centros produtores de normas jurídicas. Essa teoria surgiu em um contexto de esfacelamento de padrões jurídicos estáveis, como os tradicionalmente fornecidos pelas doutrinas do direito natural, para satisfazer as exigências de promulgação da maioria das normas costumeiras, com o propósito de definir critérios mais seguros de identificação de normas jurídicas (FERRAZ JR., 2010, p. 192).

A Modernidade deu primazia, na identificação da juridicidade das normas, ao padrão fundado no princípio da legalidade (FERRAZ JR., 2010, p. 164). De tal modo, a lógica procedimental das fontes do direito encontra dificuldades para tratar do costume, devido à sua produção social difusa, que independe da chancela estatal. Como o costume é uma fonte menor grau de certeza e segurança do que a lei, as fontes legisladas ganham destaque na dogmática analítica contemporânea, especialmente nos países do *civil law* (FERRAZ JR., 2010, p. 194). No Brasil, a tradição teórica recusa a força revogatória do costume como fonte e o relega à função de integrar lacunas, o que se deve, em parte, ao modelo liberal e legalista moderna, que centraliza no Estado a produção do direito, e se justifica dogmática e equivocadamente com base nos arts. 2º e 4º da LINBD<sup>1</sup>. Porém, tais disposições não podem implicar uma classificação positiva do costume como fonte hierarquicamente inferior à lei ou mesmo como desprovido de potencial normativo. Ora, o art. 4º não positiva uma hierarquia normativa, pois não é possível que a própria lei disponha sobre seu patamar hierárquico.

Diante do exposto, o recurso às normas legais parece dar conta da realidade social. Contudo, não se podem descartar situações extremas de descompasso entre a lei e demandas sociais, que se revelam, muitas vezes, sob a forma de costumes *contra legem*, os quais ameaçam a funcionalidade do direito. Mesmo em um país de *civil law* como o Brasil, existem “inúmeros exemplos de costumes *contra legem* que acabam por se impor na prática judiciária” (FERRAZ JR., 2010, p. 209). A fragilidade **teórica** do tratamento da normatividade jurídica do costume e a existência do fenômeno **social** em questão como uma ameaça à funcionalidade do direito **justificam**, assim, um estudo sobre o tema. Ademais, uma investigação tal se insere no contexto de uma pesquisa mais ampla acerca dos diálogos possíveis entre o senso comum e o direito, na medida em que o costume pode condensar expectativas sociais ainda não traduzidas para a

---

<sup>1</sup> Art. 2º: “[...] a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”; art. 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, costumes e princípios gerais de direito”



## ANTINOMIAS ENTRE NORMAS LEGAIS E NORMAS CONSUETUDINÁRIAS: AS METAREGRAS DE CALIBRAÇÃO COMO UMA SOLUÇÃO PARA O RECONHECIMENTO DO COSTUME CONTRA LEGEM COMO FONTE DO DIREITO À LUZ DA TEORIA SOCIOLÓGICO-COMUNICACIONAL DE TÉRCIO FERRAZ JR.

linguagem própria do direito. Surge, assim, o seguinte **problema de pesquisa**: de que forma o costume contrário à lei pode ser reconhecido como fonte normativa pelo direito sem que se corrompa a sua autonomia sistêmica?

Cumprir o **objetivo geral** de investigar de que forma o costume contrário à lei pode ser reconhecido pelo direito sem que se ameace a sua autonomia demandará a satisfação dos **objetivos específicos** de: 1) expor a concepção de incomensurabilidade de Kuhn; 2) explicar como Kelsen (2006) vê o costume como fonte do direito; 3) explorar o tratamento do costume pela teoria sociológico-comunicacional de Ferraz Jr. (1997; 2010; 2016) em compatibilidade com a Teoria dos Sistemas; e 4) comparar, à luz da ideia de incomensurabilidade, entre as concepções de costume presentes nas teorias kelseniana e de Ferraz Jr.

Metodologicamente, a pesquisa é teórica, qualitativa, utiliza o procedimento da análise de conteúdo bibliográfico e assume como **matriz epistemológica** o pensamento de Kuhn (1998), do qual se destacará a aplicação da ideia de incomensurabilidade, essencial para viabilizar a leitura comparativa entre as abordagens do costume feitas por Kelsen e Ferraz Jr.

### 2 A NOÇÃO DE INCOMENSURABILIDADE EM THOMAS KUHN

As teorias do direito, especialmente desde a Modernidade, assumem um vocabulário comum – noções como “norma”, “sistema”, “fontes do direito”, “validade” e “eficácia” pretendem elucidar o que é o direito e o seu funcionamento. Porém, há que se perceber as diferentes concepções que são atribuídas por tais vertentes teóricas aos mesmos conceitos. A elucidação desse arranjo (im)possível entre as teorias do direito exige uma breve incursão na Epistemologia das Ciências e, especialmente, na ideia de incomensurabilidade, proveniente da matemática e introduzida na filosofia da ciência por Feyerabend (2007) e Kuhn (1998)<sup>2</sup>.

A noção de incomensurabilidade entre as teorias científicas é desenvolvida como crítica: à tese de acumulação do conhecimento científico, segundo a qual este aumenta com o passar do tempo, absorvendo as conquistas das teorias precedentes; e à tese da existência de uma linguagem neutra (ou intertraduzibilidade) e de critérios racionais para eleger a teoria científica mais desenvolvida. Indo de encontro a um entendimento unidimensional da História da Ciência, a defesa da incomensurabilidade é uma afirmação de que “não existem algoritmos neutros para a escolha de uma teoria” [quando integrada a paradigmas distintos], de modo que

---

<sup>2</sup> Adotar-se-á aqui a perspectiva de Kuhn, em razão da maior compatibilidade com o objeto de estudo, sem que sejam feitas maiores digressões acerca das semelhanças e diferenças entre sua abordagem e a de Feyerabend.



não é possível a demonstração da verdade de um paradigma frente ao outro (KUHN, 1998, p. 246). Com isso, quebra-se a ilusão de que o desenvolvimento científico se dá de forma crescente, lógica e linear. A incomensurabilidade afasta, assim, a possibilidade de sustentação do vínculo tradicional entre desenvolvimento científico e aproximação à verdade, visto que as revoluções científicas geram mudanças ontológicas, as quais se refletem na linguagem.

Por meio de uma leitura da história das revoluções científicas, Kuhn demonstra que paradigmas enfrentam uma discordância acerca da relevância científica e da situação dos problemas, o que conduz a uma verdadeira redefinição dos padrões que caracterizaram a ciência, circularmente implicando uma mudança quanto à seleção dos problemas científicos legítimos. Neste cenário, o que ocorre na transição entre paradigmas é uma espécie de comunicação parcial: a nova teoria científica recebe boa parte do vocabulário e dos aparatos conceituais e de manipulação dos paradigmas antigos, estabelecendo, contudo, novas relações entre tais elementos (KUHN, 1998, p. 189). Essa congruência parcial e distorcida entre termos, conceitos e relações gera um mal-entendido ou ruídos comunicativos entre as vertentes concorrentes, pois é criada uma ilusão de intertraduzibilidade plena, quando, em verdade, os proponentes dos paradigmas sucessivos trabalham em mundos diferentes e, por conseguinte, enxergam coisas diferentes quando olham para o mesmo elemento. Em síntese, Kuhn (1998, p. 188-90) identifica, na abordagem realizada em “A estrutura das revoluções científicas”, três domínios da incomensurabilidade percebidos entre paradigmas sucessivos: 1) a modificação de problemas e padrões científicos; 2) a modificação dos conceitos utilizados para enunciá-los e solucioná-los; 3) a modificação na visão de mundo correlata.

Uma leitura filosófica da História da Ciência evidencia não ser possível conceber metateorias capazes de, com base em parâmetros neutros e universais, julgar a superioridade entre concepções teóricas ontologicamente distintas. Kuhn destaca, contudo, que incomensurabilidade não é sinônimo de impossibilidade de comparação, mas, sim, de impossibilidade de mensuração lógica entre teorias. Refinando e restringindo a sua noção de incomensurabilidade ao aspecto semântico sem negar o âmbito comum de referência que permite comparar as teorias como um todo, ele apenas rechaça a tentativa de tradução direta entre enunciados de teorias incomensuráveis, porquanto, ainda que possuam uma mesma definição, estão sempre referidos aos seus respectivos arcabouços teóricos<sup>3</sup>. Assume-se a

---

<sup>3</sup> Kuhn, ao longo dos anos, deixa de se referir apenas a paradigmas distintos e passa a se restringir à dimensão dos conceitos científicos. Como explicam Oberheim e Hoyningen-Huene (2016, p. 40 e ss.), o Kuhn maduro destaca que sua concepção de incomensurabilidade é semântica e local, ou seja, que as modificações conceituais são restritas a conceitos interconectados, de modo que certos aspectos de teorias incomensuráveis podem ser



## **ANTINOMIAS ENTRE NORMAS LEGAIS E NORMAS CONSUECUDINÁRIAS: AS METAREGRAS DE CALIBRAÇÃO COMO UMA SOLUÇÃO PARA O RECONHECIMENTO DO COSTUME CONTRA LEGEM COMO FONTE DO DIREITO À LUZ DA TEORIA SOCIOLÓGICO-COMUNICACIONAL DE TERCIO FERRAZ JR.**

incomensurabilidade, pois, como a relação entre teorias que se articulam em linguagens não completamente traduzíveis entre si, visto que inexistente uma linguagem neutra de observação.

Pontue-se, por fim, que o reconhecimento da incomensurabilidade entre teorias não significa que a escolha entre elas é necessariamente irracional, pois o processo de debate persuasivo acerca das premissas adotadas pode valer-se de razões. Estas, contudo, se manifestam como verdadeiros valores epistêmicos, cuja adoção, variável pessoal e coletivamente, não implica o caráter acientífico da postura oposta, como se depreende da seguinte afirmação de Kuhn (1998, p. 244-6) no posfácio de 1969 da obra em comento:

Os debates sobre a escolha de teorias não podem ser expressos numa forma que se assemelhe totalmente a provas matemáticas ou lógicas. [...]. Somente se ambos descobrem que diferem quanto ao sentido ou aplicação das regras estipuladas e que seu acordo prévio não fornece base suficiente para uma prova é que o debate continua segundo a forma que toma durante as revoluções científicas. Esse debate é sobre premissas e recorre à persuasão como um prelúdio à possibilidade de prova.

A noção de incomensurabilidade evidencia que a normatividade jurídica do costume assume contornos distintos a depender da concepção teórica à qual se integra, conforme destacaremos ao compararmos as concepções de Kelsen (situado no paradigma positivista) e Ferraz Jr. (vinculado a um paradigma sociológico-comunicacional) sobre a matéria.

### **3 O COSTUME COMO FONTE DO DIREITO NA TEORIA PURA KELSENIANA**

Remontando a François Gény (1920), podem-se distinguir as fontes materiais ou substanciais, que envolvem os elementos dados, de natureza histórica, psicológica, biológica, etc.; e as fontes formais, ou seja, a construção técnica das fontes materiais em uma forma específica expressa pelo Direito (FERRAZ JR., 2010, p. 190). A concepção sistemática das fontes do direito, que tem em Kelsen um expoente, dá especial relevância às fontes formais, trazendo como conceito-chave a noção de ato jurídico – conduta autorizada por centros de poder jurídico imunizados por normas de competência que positiva o próprio Direito. Essa teoria propõe um modelo hierarquizado de fontes do direito, em que os atos produtores de normas gerais e abstratas fundamentam a validade dos demais atos jurídicos, setorizados e individuais. A compatibilização entre a noção de costume como fonte e a tradição romanística evidencia-

---

comparados. Posteriormente, Kuhn assume uma noção taxonômica de incomensurabilidade, segundo a qual a modificação se dá nas relações de semelhança e diferença na leitura de mundo. Neste artigo, serão utilizadas a abordagem de incomensurabilidade feita em “A estrutura das revoluções científicas” (1998) – considerada a primeira das três fases sobre o problema – e a leitura semanticista, evidenciada no posfácio correlato de 1969.



se, pois, com a teoria do direito de Kelsen (2006, p. 250), para quem “o escalão imediatamente seguinte ao da Constituição é constituído pelas normas gerais criadas pela legislação ou pelo costume”, de modo que “o Direito legislado e o Direito consuetudinário revogam-se um ao outro, segundo o princípio da *lex posterior*”. Assim, a lei e o costume são fontes que podem ocupar igual hierarquia, vinculando de modo forte as decisões.

O jurista admite até mesmo que o costume revogue norma constitucional (KELSEN, 2006, p. 252), ultrapassando a força normativa da lei. Ora, se uma norma hipotético-fundamental pode admitir que a própria Constituição seja instituída a partir do costume, também não há como negar o seu potencial revogador de normas constitucionais. Dessa forma, explica-se por qual razão o reconhecimento do costume como fonte pode ser autorizado pela norma hipotético-fundamental de dada ordem jurídica, mesmo que não sej expresso em uma Constituição escrita (a qual pode, inclusive, negá-lo).

Conforme a teoria kelseniana, o costume torna-se norma jurídica quando, além da prática continuada no tempo (plano do ser), passa a ser dotado de *opinio necessitatis*, isto é, convicção coletiva de que os atos costumeiros devem ser praticados (plano do dever-ser). Estes dois planos, quando conjugados, originam a norma consuetudinária, visto que “o sentido subjetivo do fato que constitui o costume é um dever-ser” (KELSEN, 2006, p. 251).

O costume como fonte corresponde, assim, a um processo de produção normativa que parte não de normas de competência e atos formais sancionadores do Estado (embora seja reconhecido por este), mas dos indivíduos, de modo descentralizado e informal, como pontuado tanto por Ferraz Jr. (2010, p. 194 e p. 206) como por Kelsen (2006, p. 254), o que dificulta a sua identificação objetiva quando comparado às fontes legais<sup>4</sup>. Na formação da norma consuetudinária, a autoridade produtora da norma coincide com os seus destinatários, não sendo, contudo, necessário que todos eles – e sim, apenas, a maioria deles – tenham efetivamente participado da sua formação (KELSEN, 2006, p. 254).

Apesar da dificuldade de identificação objetiva, a formação de uma norma consuetudinária pode ser evidenciada por comportamentos que expressem a vontade coletiva de conduzir-se conforme o costume, o que ocorre, por exemplo, quando das tentativas frustradas de contenção jurídica do costume. É dizer, quando o fato-costume é contrário à lei e sua prática objetiva (habitualidade) mantém-se, o aspecto subjetivo de vontade da manutenção do padrão

---

<sup>4</sup> Utilizaremos a seguinte terminologia: fato-costume = uso continuado observado no plano do ser; norma-costume ou norma consuetudinária = uso continuado qualificado pelo dever-ser. Há, ainda, a menção ao costume como fonte no sentido de processo de institucionalização da norma no sistema jurídico.



## ANTINOMIAS ENTRE NORMAS LEGAIS E NORMAS CONSUETUDINÁRIAS: AS METAREGRAS DE CALIBRAÇÃO COMO UMA SOLUÇÃO PARA O RECONHECIMENTO DO COSTUME CONTRA LEGEM COMO FONTE DO DIREITO À LUZ DA TEORIA SOCIOLÓGICO-COMUNICACIONAL DE TÉRCIO FERRAZ JR.

consuetudinário fica evidente.

Sociologicamente, segundo Ferraz Jr. (2010, p. 206), a autoridade do costume pode ser explicada pela dominação tradicional de Weber: ela deriva da força do tempo e do uso continuado, os quais conduzem à crença de que algo deve ser feito porque sempre o foi. Mas como o hábito se traduz do plano social do ser para o plano do dever-ser jurídico? Ferraz Jr. (2010, p. 207) observa que é uma tautologia explicar a força normativa do costume pela convicção da sua obrigatoriedade. Tal requisito é trazido pela doutrina como forma de identificar a norma-costume, mas não explica a transição do ser para o dever-ser jurídico. Os seguintes fundamentos para o surgimento da *opinio necessitatis* são comumente apresentados pela doutrina: a) a expectativa social de uma sanção difusa ou de remissão à autoridade jurídica, caso o indivíduo não se oriente conforme o fato-costume; e b) o “espírito do povo” da Escola Histórica de Savigny, que justificaria a própria ordem jurídica (FERRAZ JR., 2010, p. 207). Ambos os fundamentos, no entanto, posicionam o reconhecimento do costume jurídico pelos tribunais como integrante do seu processo de positivação ou formação jurídica, o que significaria a criação *ad hoc* do Direito ou a sua fundação pela autoridade. Ademais essas teses são insustentáveis pelo fato de que, como afirma Ferraz Jr. (2010, p. 207), “se a autoridade aplica o costume é porque sua força *precede* o ato aplicador”.

Na mesma linha do professor brasileiro, Kelsen (2006, p. 254) defende que o reconhecimento pela autoridade judiciária não constitui a norma-costume. Com efeito, tal como na aplicação da lei, os tribunais não criam uma norma costumeira de natureza geral e abstrata, mas criam a norma individual e concreta dos casos, modelando os sentidos do costume ou da lei. Os tribunais apenas reconhecem uma norma consuetudinária pré-existente, reiterando a sua existência em uma ocasião concreta e sedimentando algum grau de segurança sobre juízos baseados em um costume. No entanto, “a questão de saber se existe o fato de um costume criador de Direito somente pode ser decidida pelo órgão aplicador do Direito”, o que limitaria a validade das normas costumeiras, pois “só se pode operar através das normas individuais a estabelecer pelos órgãos aplicadores do Direito” (KELSEN, 2006, p. 252).

A transição do ser para o dever-ser, em Kelsen, justifica-se pela norma hipotético-fundamental, visto que o caráter vinculante do costume jurídico, a ser conferido pela sociedade, pressupõe-se autorizado por tal norma (KELSEN, 2006, p. 251). Ora, “se a Constituição jurídico-positiva, que regula a produção de normas gerais, pode ser produzida por via consuetudinária, já se tem de pressupor que o costume é um fato produtor de Direito. Esta



pressuposição apenas pode ser a norma fundamental, isto é, a Constituição em sentido lógico-jurídico”. Este raciocínio, encontrado na fundação da ordem jurídica, aplica-se, *mutatis mutandis*, às suas normas individuais, que devem ter um mínimo de eficácia social, sob pena de serem excluídas do ordenamento jurídico. Nesse sentido, Kelsen dispõe que

Uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, *numa consideração global*, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas. (...) Se a eficácia é condição da validade não só da ordem jurídica como um todo mas também das normas jurídicas em singular, então a função criadora de Direito do costume não pode ser excluída pela legislação, pelo menos na medida em que se considere a função negativa da *desuetudo*. (KELSEN, 2006, p. 149)

Na dinâmica do sistema jurídico, para Kelsen (2006, p. 252), a norma costumeira ou consuetudinária, se contrária a uma norma jurídica anterior (*lex posterior derogat priori*), irá revogá-la, isto é, retirar a sua validade, quando verificado o fenômeno da *desuetudo*<sup>5</sup>. A revogação ocorreria de forma implícita ou tácita, pois não há indicação expressa das normas revogadas pelo costume, que devem ser identificadas por um juízo de incompatibilidade entre os conteúdos das normas revogadora e revogada.

Não obstante uma norma jurídica poder perder a sua validade pelo fato de permanecer por longo tempo sem ser aplicada ou observada – caso de *desuetudo*, que é “como que um costume negativo” (KELSEN, 2006, p. 149), não se pode dizer propriamente que a validade da norma legal é afetada por sua ineficácia social. Para Kelsen, o fechamento do ordenamento jurídico, donde decorre a “pureza” do Direito como objeto científico, baseia-se na separação dos planos do ser e do dever-ser por meio da norma hipotético-fundamental, a qual é o fundamento de validade do sistema jurídico. Neste cenário, a validade (plano do dever-ser) e a eficácia social (plano do ser) não se tocam. O fenômeno da ineficácia social corresponde apenas ao fato-costume (ser) contrário à lei, o qual, se qualificado pela vinculatividade, faz nascer uma norma-costume (dever-ser) contrária à lei, esta sim responsável pelo fenômeno de revogação. Na teoria kelseniana, marcada pelo binômio ser/dever-ser, apenas uma norma (e não um fato costumeiro) pode revogar outra norma. Assim, a ineficácia social é um mero indicativo fático da revogação de uma norma, devendo-se averiguar a existência de uma norma costumeira contrária, conforme os requisitos acima explanados. Em suma, para Kelsen, a positivação de uma norma costumeira tem a capacidade de retirar do ordenamento uma norma anterior com

---

<sup>5</sup> “Uma ordem jurídica não perde a sua validade pelo fato de uma norma jurídica singular perder a sua eficácia, isto é, pelo fato de ela não ser aplicada em geral ou em casos isolados. [...] E também uma norma jurídica singular não perde a sua validade quando apenas não é eficaz em casos particulares, isto é, não é observada ou aplicada, embora deva ser observada e aplicada. [...] uma norma jurídica pode perder a sua validade pelo fato de permanecer por longo tempo inaplicada ou inobservada. A *desuetudo* é como que um costume negativo cuja função essencial consiste em anular a validade de uma norma existente” (KELSEN, 2006, p. 149).



## ANTINOMIAS ENTRE NORMAS LEGAIS E NORMAS CONSUETUDINÁRIAS: AS METAREGRAS DE CALIBRAÇÃO COMO UMA SOLUÇÃO PARA O RECONHECIMENTO DO COSTUME CONTRA LEGEM COMO FONTE DO DIREITO À LUZ DA TEORIA SOCIOLÓGICO-COMUNICACIONAL DE TERCIO FERRAZ JR.

ela incompatível e, portanto, invalidá-la.

### 4 A NORMATIVIDADE JURÍDICA DO COSTUME SEGUNDO A TEORIA COMUNICACIONAL DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

Conforme a versão autopoietica da Teoria dos Sistemas, a diferenciação funcional exige a responsividade do sistema às irritações do Ambiente Social. Para que não opere em isolacionismo social, arriscando a sua existência funcional, o Direito deve manter a sua abertura cognitiva, percebendo os fenômenos externos que o irritam, tal como o fato-costume. Visto como irritação, portanto, o fato-costume tem o potencial de “integrar” o Direito, pela via da abertura cognitiva operada em prol da funcionalidade do sistema. Pergunta-se, então: como, para essa teoria, o fato-costume torna-se norma-costume sem ameaçar a autonomia do sistema jurídico? A visão de Ferraz Jr. sobre o sistema jurídico, a norma jurídica e o costume *contra legem* mostra um caminho que parece responder a essa questão sem não incorrer no formalismo excessivo e na confusão entre ser e dever-ser presentes no pensamento de Kelsen.

#### 4.1 Perspectiva estática: dimensões semióticas da norma jurídica enquanto comunicação

Ferraz Jr. (2010) apresenta uma Teoria do Direito que se compatibiliza com a Teoria dos Sistemas, na medida em que vê o direito por uma ótica sociológico-comunicativa (o Direito como um subsistema social de natureza comunicativa). A sociedade é, para Luhmann (2007), um grande sistema cujos elementos são comunicativos. Neste cenário, também os subsistemas sociais, como o Direito, são compostos por elementos comunicativos. Tal como Luhmann, Ferraz Jr. (2010, p. 76) afirma que a sociedade é uma rede de “comportamentos mutuamente dirigidos” – ora, se o comportamento é troca de mensagens, tal entendimento tem na comunicação o elemento básico e irrecusável da sociedade. Na troca de mensagens, criam-se expectativas mútuas de comportamento entre os sujeitos, além de expectativas de expectativas, as quais podem ser confirmadas ou não. A situação comunicacional é, portanto, complexa e contingente (FERRAZ JR., 2010, p. 77).

Para garantir alguma estabilidade a esta rede instável de relações, são desenvolvidos mecanismos estruturais dinâmicos (regras variáveis no tempo), os quais compõem expectativas duráveis, dentre as quais são de interesse para este trabalho as de caráter normativo, que promovem uma generalização não adaptativa (ainda que os fatos contrariem a expectativa, esta será mantida. Sob a ótica de uma teoria sociológico-comunicacional, portanto, a norma é



expressão de expectativa contrafática<sup>6</sup>.

De modo sintético, podemos dizer que a norma jurídica é o elemento comunicativo de um dado subsistema social (e, portanto, comunicativo), o Direito. Não se pode perder de vista, contudo, a incomensurabilidade entre as noções de norma da Teoria Kelseniana e da Teoria Sistemico-Funcional. Neste ponto, a teoria sistêmica se afasta da concepção de norma jurídica como ordem de dever-ser que visa regular condutas intersubjetivas e cujo descumprimento vincula-se a uma sanção. No pensamento luhmanniano, as normas

são compostas de faticidade comunicativa, voltada à manutenção (congruência) de expectativas normativas. Por expectativa, não se menciona o que um indivíduo espera a respeito de algo, mas o que é esperado da atividade comunicativa, o que se firma como dela esperado. Por normativa, são aqueles atos que, a despeito de acontecerem de forma distinta da esperada, não ensejam a adaptação, mas uma outra operação, no sentido de recuperar a expectativa (BARBOSA, 2015, p. 36).

Ferraz Jr. (2010, p. 79) propõe uma observação sociológico-comunicacional do sistema jurídico, em que, à luz da Semiótica, a norma é um signo, o sujeito que a remete é o seu emissor, o seu destinatário é o receptor e o comportamento por ela regulado é o seu objeto. A Ciência do Direito, tendo em vista a natureza comunicativa do seu objeto, deve ultrapassar, pois, uma observação meramente semântica (norma-compartamento) e sintática (norma-norma), promovendo também uma observação pragmática do Direito, isto é, que considere a sua existência discursiva, na qual prepondera a relação entre a norma e os sujeitos.

A Ciência do Direito, sob tal ótica, faz um recorte da realidade, enxergando a sociedade como “rede de expectativas normativas, isto é, de regularidades não adaptativas” (FERRAZ JR., 2010, p. 79). As normas jurídicas são, assim, consideradas pontos de partida (dogmas), abstraído-se, em regra, a contingência dos fatos. Não se pode excluir totalmente, no entanto, a interferência do conhecimento causal (cognitivo, ôntico) sobre a normatividade, pois se a regularidade empírica “não se verifica absolutamente, podemos chegar a uma situação de anomia (as normas não são respeitadas [...] e não podem mais ser reconhecidas como tais, não estabilizando quaisquer expectativas)” (FERRAZ JR., 2010, p. 79). É nesse momento que o jurista deve voltar os olhos para os fatos, inclusive o fato-costume.

O reconhecimento do costume como fonte do Direito nos remete novamente à pergunta sobre como um fato (plano do ser) se torna qualificado por normatividade especificamente jurídica (plano do dever ser)? Ferraz Jr. (2010, p. 80-81) irá dizer que a juridicidade, para a dogmática, baseia-se em uma suposição de que as normas jurídicas prevalecem sobre as demais,

---

<sup>6</sup> “Falamos de expectativas contrafáticas, que se expressam em proposições de dever-ser, estabelecendo-se entre os comunicadores sociais relações complementares institucionalizadas em alto grau (relação meta-complementar de autoridade/sujeito), cujos conteúdos têm sentido generalizável” (FERRAZ JR., 2010, p. 87).



## ANTINOMIAS ENTRE NORMAS LEGAIS E NORMAS CONSUETUDINÁRIAS: AS METAREGRAS DE CALIBRAÇÃO COMO UMA SOLUÇÃO PARA O RECONHECIMENTO DO COSTUME CONTRA LEGEM COMO FONTE DO DIREITO À LUZ DA TEORIA SOCIOLÓGICO-COMUNICACIONAL DE TÉRCIO FERRAZ JR.

enquanto, para a zetética, a identificação de normas como jurídicas varia no espaço e no tempo, correspondendo à institucionalização de uma relação comunicativa de autoridade entre os sujeitos em seu mais alto grau.

Para entendermos o que isso significa, é necessário adentrarmos as teorias da norma e do ordenamento de Ferraz Jr., as quais, por serem complementadas pela perspectiva pragmática, distinguem-se da tese kelseniana, pautada na sintática e na semântica. Entendido o Direito como um sistema comunicativo, a comunicação jurídica ocorre em dois níveis: o do relato – conteúdo da mensagem transmitida; e o do cometimento – mensagem sobre a relação entre os sujeitos (relação de autoridade, de cooperação etc.), normalmente transmitida por modos não verbais<sup>7</sup>. É no nível de cometimento que se descobre o caráter prescritivo das normas, já que a comunicação normativa se baseia em uma diferença entre o emissor e o receptor que gera uma disposição hierárquica entre os sujeitos. (FERRAZ JR., 2010, p. 76).

No nível do cometimento, a relação autoridade/destinatário pode ser confirmada, rejeitada ou desconfirmada pelo receptor da mensagem. A confirmação é a adoção da conduta prescrita; a rejeição é a desobediência – em regra, clandestina – de modo orientado; e a desconfirmação é a desobediência à mensagem de modo não orientado, isto é, ainda que se tenha ciência da mensagem, ignora-se ostensivamente a sua prescrição. Enquanto a rejeição reconhece a relação de autoridade, mas a enfrenta, opondo-se ao conteúdo da mensagem; a desconfirmação ignora a relação de autoridade, não se falando, pois, em enfrentamento, e sim em indiferença (tanto faz ser a favor ou contra quando não se reconhece a autoridade da norma). A relação normativa ou de autoridade admite a rejeição, que é da sua natureza contrafática, mas não admite a indiferença, pois “uma autoridade ignorada não é mais autoridade” (FERRAZ JR., 2010, p. 81), visto que uma norma desconfirmada deixa de ser norma, já que o fundamento da comunicação impositiva é a autoridade.

Para garantir a estabilidade das normas, os sistemas normativos criam mecanismos que garantem a “desconfirmação da desconfirmação”, ou seja, o seu tratamento como mera rejeição, o que pressupõe que o emissor da comunicação normativa esteja respaldado por um “terceiro comunicador” – no Direito, remete-se ao legislador, ao juiz, ao costume (FERRAZ JR., 2010, p. 82). É dizer, as pessoas que não integram a situação devem reconhecer difusamente a autoridade do emissor, configurando uma “expectativa global e anônima da sociedade”. Basta

---

<sup>7</sup> “O cometimento corresponde à mensagem que emana de nós, na qual se determinam as relações (de subordinação, de coordenação), e que, em geral, é transmitido de forma não verbal (pelo tom da voz, pela expressão facial, pelo modo como estamos vestidos etc.).” (FERRAZ JR., 2010, p. 76).



ao emissor, assim, supor que existe o reconhecimento da autoridade pelos demais sujeitos em um consenso social que não é aferido de modo concreto – trata-se de uma suposição de consenso social sobre a relação de autoridade (FERRAZ JR., 2010, p. 82).

Quando essa suposição de consenso é bem-sucedida, podemos falar que a relação de autoridade (cometimento normativo) está institucionalizada. O processo em que são criadas as instituições é social e, portanto, comunicativo: avalia-se o discurso social sobre os fatos, o qual é feito, em regra, de modo silencioso<sup>8</sup>. As instituições são, dessa forma, entes fictícios (“não são ideias puras, nem são substâncias reais”) que surgem de uma expectativa sobre um consenso não expresso (“engajamento pelo silêncio”) (FERRAZ JR., 2010, p. 76; 81). A institucionalização é, em suma, um mecanismo de estabilização forte de dadas expectativas normativas que lhes confere preeminência em relação às demais. Como exemplo, no âmbito jurídico, há uma presunção de consenso sobre a autoridade prescritiva da lei e do contrato. Portanto, uma norma é uma expressão de expectativa contrafática, composta de mensagem, emissores e receptores, e fundada em uma relação de autoridade entre os sujeitos comunicativos, sendo que as normas jurídicas prevalecem sobre as demais devido ao altíssimo grau de institucionalização da correlata relação de autoridade.

Dessa forma, enquanto Kelsen explica o caráter normativo do costume remetendo-nos a uma categoria formal do conhecimento (*grundnorm*), Ferraz Jr. apresenta uma visão mais adequada à percepção do Direito como um sistema social ao explicar a *opinio necessitatis* (quando o ser torna-se um dever-ser) que qualifica o fato-costume como norma-costume por meio da noção sociológico-comunicativa de institucionalização – “mecanismo social que nos permite avaliar com sucesso a expectativa geral” (FERRAZ JR., 2010, p. 208).

#### **4.2 Perspectiva dinâmica: a multiplicidade dos fundamentos de validade do ordenamento jurídico**

Esboçada a noção estática elementar de norma jurídica (norma-comunicação), abordemos a compreensão da dinâmica do Direito como sistema comunicativo. Nessa perspectiva, a validade é a noção central. Para a dogmática jurídica, a validade de uma norma depende da sua integração no ordenamento jurídico em conformidade com o processo de formação normativa prescrito pelo próprio ordenamento. Do ponto de vista zetético, o qual é importante para que se compreenda o surgimento de novos fundamentos normativos de

---

<sup>8</sup> O silêncio, afinal, é também comunicação, pois “a comunicação não tem contrários: mesmo que não queiramos nos comunicar, estamos comunicando que não queremos nos comunicar” (FERRAZ JR., 2010, p. 76).



## ANTINOMIAS ENTRE NORMAS LEGAIS E NORMAS CONSUETUDINÁRIAS: AS METAREGRAS DE CALIBRAÇÃO COMO UMA SOLUÇÃO PARA O RECONHECIMENTO DO COSTUME CONTRA LEGEM COMO FONTE DO DIREITO À LUZ DA TEORIA SOCIOLOGICO-COMUNICACIONAL DE TERCIO FERRAZ JR.

validade, o conceito é entendido pela avaliação das possíveis reações e contrarreações dos sujeitos da comunicação normativa – pragmática (FERRAZ JR., 2010, p. 165).

A garantia de estabilidade da relação de autoridade é modernamente fornecida pela construção de sistemas normativos estatais. Assim, em regra, a norma jurídica é válida se a relação de autoridade que ela comunica é imunizada por outra norma – se a desconfirmação da autoridade é desconfirmada de antemão por outra norma. Uma norma pode imunizar a outra norma da desconfirmação por meio, por exemplo, de regras de competência ou de fins a serem satisfeitos pela norma imunizada. Fortalece-se, assim, o consenso social, pois os destinatários da norma reconhecem a sua autoridade devido ao cumprimento de dadas condições impostas por outra norma. Sob tal viés, entende-se que uma norma é válida quando surge em conformidade com a norma imunizante. A validade, portanto, pragmaticamente, é uma noção relacional (entre as norma imunizante e imunizada) que resguarda o cometimento normativo, isto é, a relação de autoridade entre emissor e receptor da norma (norma-sujeitos).

Embora desenvolva toda a sua teoria com base em uma noção formal de validade como relação entre normas (concepção sintática de validade), Kelsen propõe, para fechar o ordenamento jurídico como um sistema, uma validade não relacional, que deriva das condições do próprio pensamento: o ordenamento jurídico é válido porque o postulamos como válido (FERRAZ JR., 2010, p. 152 e 156). Daí que, para Kelsen, há apenas uma norma-origem – *grundnorm* – a qual valida todo o sistema jurídico e é pressuposta pela razão como condição para se pensar dogmaticamente o Direito.

Já sob a ótica pragmática, regredindo-se a uma primeira norma imunizante (norma-origem), não podemos entendê-la como válida, visto que não se encontra imunizada por nenhuma outra norma. De tal maneira, uma norma inválida é uma norma jurídica, pois, no nascimento de uma norma-origem, o seu cometimento normativo (relação de autoridade entre os sujeitos) está imune contra a indiferença, sem depender de outra norma. São as regras de calibração (estruturais ou de ajustamento) do sistema jurídico que conferem imperatividade/vinculatividade à norma-origem, a qual será a primeira norma imunizante de uma cadeia normativa cujo elo é a validade. Portanto, as normas-origem não são válidas, mas imperam, do que decorre a sua juridicidade (FERRAZ JR., 2010, p. 159).

Conclui-se que, para Kelsen, toda norma pertencente ao sistema é válida e vinculante, enquanto, para Ferraz Jr. (2010, p. 157), as noções de validade e imperatividade são distintas, de modo que uma norma pode ser jurídica e, portanto, vinculante, sem precisar ser autorizada



por outra norma do repertório do sistema, caso em que será uma norma-origem surgida socialmente sociologicamente verificável e autorizada por uma regra de calibração.

As regras de calibração não são propriamente normas jurídicas, mas compõem a estrutura do sistema jurídico, fazendo com que ele se ajuste ao ambiente (dimensão de variação) e mantenha-se em autopoiese (tenha a sua variabilidade e estabilidade garantidas por si próprio). Graças às regras de calibração, “o sistema muda de padrão, mas não se desintegra: continua funcionando” (FERRAZ JR., 2010, p. 160). Dentre as diversas funções das regras de calibração, podemos destacar “a manutenção global da relação autoridade-sujeito num processo dinâmico, em que novos conflitos pedem decisões e decisões engendram novos conflitos” (FERRAZ JR., 2010, p. 160). As regras de calibração são variáveis no tempo e não constituem um conjunto lógico. Como exemplos de padrões jurídicos e regras de calibração incompatíveis, Ferraz Jr. (2010, p. 160) cita: o padrão de legalidade, regulado pela regra *nullum crimen*; e o padrão de legitimidade, regulado pela regra “exigências fundamentais da vida na sociedade internacional” (poderá haver crime sem norma prévia)<sup>9</sup>. Ademais, Ferraz Jr. (2010, p. 160) destaca que as fontes dessas regras são diversas:

jurisprudência (a prova cabe a quem alega), doutrina (normas jurídicas constituem uma ordem escalonada), política (princípio da maioria), moral (princípio da boa-fé), religião (princípio cristão da dignidade da pessoa humana) [...].

A norma-origem corresponde a uma situação de fato institucionalizada por meio de regras de calibração integrantes da estrutura do sistema, as quais fazem presumir o consenso de terceiros (imunização contra a desconfirmação). O modelo de ordenamento de Ferraz Jr. não segue, pois, uma estrutura escalonada cujo ponto último seria uma *grundnorm* conferidora, simultaneamente, de validade e unidade ao sistema. Os fundamentos últimos de validade não se fundam em uma categoria formal do conhecimento, mas em um fenômeno sociológico (surgimento de expectativas normativas) referido a regras de calibração jurídicas (institucionalização jurídica). Assim, como a juridicidade surge de um fenômeno social, há que se admitir uma multiplicidade de instituições jurídicas originárias e padrões correspondentes, o que aumenta a complexidade do sistema jurídico, pois

os sistemas jurídicos são constituídos primariamente por normas (repertório) que guardam entre si relações de validade reguladas por regras de calibração (estrutura). Como sistema, eles atuam num ambiente, a vida social, que lhes impõe demandas (decisão de conflitos). [...] as normas têm de estar imunizadas contra a indiferença, o que ocorre pela constituição de séries hierárquicas de validade, que culminam em uma norma-origem. Quando, porém, uma série não dá conta das demandas, o sistema exige uma mudança em seu padrão, o que ocorre pela criação de nova norma-origem e de nova série hierárquica. O que regula essa criação e, portanto, a mudança de padrão,

---

<sup>9</sup> Outro exemplo do autor é o princípio da desconsideração da pessoa jurídica (FERRAZ JR., 2010, p. 160).



## ANTINOMIAS ENTRE NORMAS LEGAIS E NORMAS CONSUETUDINÁRIAS: AS METAREGRAS DE CALIBRAÇÃO COMO UMA SOLUÇÃO PARA O RECONHECIMENTO DO COSTUME CONTRA LEGEM COMO FONTE DO DIREITO À LUZ DA TEORIA SOCIOLOGICO-COMUNICACIONAL DE TERCIO FERRAZ JR.

são suas regras de calibração. (FERRAZ JR., 2010, p. 160).

As instituições jurídicas originárias (normas-origem) fundam cadeias normativas cuja autoridade assenta-se em um motivo distinto, compondo um padrão específico. Constituem-se, assim, diversas cadeias normativas que convergem para as suas respectivas normas-origem. Com isso, substituem-se a noção de unidade do ordenamento e a tese de que este teria um único fundamento de validade pela ideia de coesão e pela tese de que há diversos fundamentos de validade (normas-origem), os quais inauguram padrões normativos distintos. Essas cadeias normativas se relacionam e facultam um “câmbio momentâneo de padrão de funcionamento em troca da sua manutenção” (FERRAZ JR. p. 160). Admite-se, por exemplo, que se transite de um padrão de legalidade para um de efetividade, voltando-se, em seguida, para o padrão de legalidade. Assim, a mudança nos padrões normativos jurídicos ocorre por demandas sociais (de caráter político, econômico, moral etc.) que desafiam a funcionalidade do sistema, provocando a sua dinâmica adaptativa. Em suma, do ponto de vista pragmático, o ordenamento jurídico é circular, admitindo diversas hierarquias normativas que seguem padrões distintos, mas se intercambiam ou se entrelaçam (FERRAZ JR., 2010, p. 157). Nesse modelo de ordenamento de hierarquia entrelaçada, as normas costumeiras são entendidas como norma-origem, dando início a novas cadeias normativas, como adiante será explicado.

### 4.3 A resolução de antinomias entre normas legais e consuetudinárias mediante a aplicação de regras e metaregras de calibração

A primazia moderna do princípio da legalidade como padrão de identificação da juridicidade das normas usa a burocracia para garantir o sucesso da suposição de consenso social que caracteriza a institucionalização das normas jurídicas. Ainda que todo mecanismo estabilizador reduza a complexidade da normatividade jurídica, em uma postura de indiferença controlada em face da contingência, uma série normativa, por vezes, não dá conta das demandas sociais, de modo que “o sistema exige uma mudança em seu padrão de funcionamento (...) pela criação de uma nova norma-origem e, em consequência, de nova série hierárquica” (FERRAZ JR., 2010, p. 160). Dessa forma, não há como se descartar o nascimento de novas normas-origem, já que, como sistema social, o Direito é um fenômeno sociológico sujeito a perturbações (contingência). Portanto, em um modelo de ordenamento em que há múltiplos fundamentos de validade de origem sociológica (mas operados por regras jurídicas), o costume é entendido como fonte (norma-origem) de um novo padrão normativo.



A juridicidade de normas costumeiras é difícil de ser identificada pela falta do Estado:

1) na correspondência entre emissor e receptor, pois são os destinatários que prescrevem o comportamento que seguem; e 2) quanto a procedimentos burocráticos que fortaleçam sua presunção de consenso social mediante uma validação relacional por normas estatais de competência. Com Ferraz Jr., porém, pode-se entender que a juridicidade atribuída ao costume é viabilizada pela referência a regras de calibração que permitem a variabilidade do sistema nas situações em que este está ameaçado de perder sua funcionalidade.

Tradicionalmente, a incompatibilidade entre uma norma legal e um costume que a descumpra é remetida apenas à categoria da ineficácia social, de modo que se afirma, simplesmente, haver uma “perda de validade da lei por ineficácia”. Essa expressão simplista do funcionamento de um costume contrário à lei conduz à ideia equivocada de que há um dever-ser que cede lugar a um ser ou de que o dever-ser é integralmente determinado por um ser, o que não é admitido, em regra, pela teoria moderna do direito, inclusive por Kelsen, nem pela semiótica de Ferraz Jr. As concepções comunicacionais de norma e sistema jurídico compõem-nos a avaliar o costume como fonte não apenas com base na eficácia (plano semântico), mas também da validade (plano pragmático). Ora, enquanto a verificação da ineficácia se dá no plano semântico, avaliando-se a relação norma-realidade normada (signo-objeto), a validade (atribuição de juridicidade por meio de institucionalização) corresponde ao plano pragmático, que revela a relação norma-destinatários (signo-sujeito). Apesar de serem analiticamente fragmentados pela ciência, os planos relacionam-se e complementam-se na compreensão do fenômeno jurídico. Admitindo-se, pois, a normatividade jurídica como um fenômeno comunicativo contrafático, não há como desconstituí-la apenas pela incompatibilidade entre a expectativa normativa jurídica e as condutas fáticas (como resultado de uma análise semântica da ineficácia social), e sim pela conjugação de tal fenômeno com as próprias expectativas normativas geradas entre os sujeitos (análise pragmática da validade).

O conteúdo da regra de calibração que reconhece o costume como fonte do Direito envolve a análise dos planos da eficácia e da validade, os quais se dividem apenas de modo analítico. Ferraz Jr. (2010, p. 167) aduz que a mera presença de “requisitos fáticos torna a norma efetiva ou socialmente eficaz. Uma norma se diz socialmente eficaz quando encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos”. Essas condições são avaliadas tanto pelo ângulo dos receptores das normas (observância espontânea ou sucesso normativo simbólico) como pela perspectiva do próprio sistema jurídico (aplicação pelos tribunais)<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Para Ferraz Jr. (2010, p. 167), a adesão da mensagem no plano simbólico ocorre quando uma norma estatui



## ANTINOMIAS ENTRE NORMAS LEGAIS E NORMAS CONSUECUDINÁRIAS: AS METAREGRAS DE CALIBRAÇÃO COMO UMA SOLUÇÃO PARA O RECONHECIMENTO DO COSTUME CONTRA LEGEM COMO FONTE DO DIREITO À LUZ DA TEORIA SOCIOLOGICO-COMUNICACIONAL DE TERCIO FERRAZ JR.

Feito tal esclarecimento, conclui-se que a ineficácia social plena diz respeito à situação em que a norma permanece, por um longo tempo, sem sucesso normativo junto aos seus destinatários (observância ou adesão à mensagem no plano simbólico) e não é aplicada pelos tribunais (FERRAZ JR., 2010, p. 168). A efetividade, portanto, admite graus, de modo que, se for materializada apenas uma dessas condições, a norma será parcialmente ineficaz.

Apesar disso, é comum a referência à norma como ineficaz quando há apenas uma habitual falta de observância por parte dos destinatários, o que constitui uma tripla redução do fenômeno, pois se desconsideram a observância por uma parcela relevante de destinatários, a eficácia social simbólica e a posição dos tribunais<sup>11</sup>. Tais situações costumam ser qualificadas como de ineficácia da lei porque o descumprimento da norma por uma parcela pequena da sociedade causa alarde quando as condutas coibidas têm alta relevância social, mas um cenário fático tal, por si só, não impede eventual produção simbólica de efeitos ou a aplicação tribunalícia. Se quiséssemos ser precisos, teríamos que dizer que estes são casos de ineficácia parcial tanto junto aos destinatários quanto aos tribunais. Não é possível dizer, por exemplo, que as normas proibitivas das condutas caracterizadas, em sentido coloquial (e não em sentido jurídico), como de corrupção são plenamente ineficazes, ainda que essa prática possa ser considerada, pelo senso comum, como habitual. Ora, tais normas: são aplicadas pelos tribunais, ainda que com alcance limitado pelo princípio da inércia da jurisdição; alcançam a maioria dos seus destinatários; e, mesmo que se entenda que alcançam apenas uma minoria, têm efetividade no sentido de sucesso normativo ou de manutenção da expectativa normativa (os destinatários dessas normas demandam a coibição de tais práticas, demonstrando adesão ao conteúdo da norma), produzindo, assim, o efeito de pacificação social.

Em uma análise puramente semântica, tanto a ausência relativamente frequente de observância e de aplicação (situação descrita acima) quanto um costume contrário à lei seriam casos de ineficácia social parcial. Porém, há que se diferenciar as duas figuras, pois o costume contrário à lei tende à ineficácia social plena, visto que: 1) há uma inobservância geral da norma pelos destinatários, o que não se nota no caso da corrupção em sentido coloquial, visto que

---

“prescrições ideologicamente reclamadas pela sociedade, mas que, se aplicadas, produziriam insuportável tumulto social” – como o art. 7o, IV, da CF/88, (valor do salário-mínimo).

<sup>11</sup> A inobservância ou rejeição pontual, por sua vez, sequer pode ser considerada como caso de ineficácia parcial da norma, pois compõe a ideia mesma de norma como expectativa contrafática. Afinal, como diz Kelsen (2010, p. 149), “se fosse inadmissível a possibilidade de uma oposição entre o que uma norma estatui como devendo ser e o que de fato acontece, se houvesse uma norma que apenas estatuisse como devido (devendo ser) aquilo que de antemão sabemos que, segundo uma lei natural, tem de acontecer, tal norma seria uma norma sem sentido”.



apenas uma minoria viola tal norma; 2) mesmo os destinatários que não se conduzem na forma do costume *contra legem* agem, em regra, com indiferença à matéria, o que não se observa no caso da corrupção, cuja adesão ao conteúdo revela o seu efeito simbólico; e 3) os tribunais perdem o respaldo de um terceiro para a continuidade de aplicação das normas e terão um alto ônus argumentativo se quiserem aplicá-las. Não à toa, pois, Ferraz Jr. (2010, p. 168) aduz que o jurista, quando a norma é amplamente descumprida pelos seus destinatários, “deverá investigar se os requisitos fáticos ainda existem [é o caso do desuso], ou se ainda têm algum sentido social relevante [é o caso do costume negativo]”, podendo, aí, haver uma virada de posicionamento dos tribunais, o que conduziria à ineficácia plena<sup>12</sup>.

Considerando-se o fenômeno quanto ao emissor da norma, o enfraquecimento da aplicação pelos tribunais é uma possível decorrência do descumprimento geral da norma pelos destinatários, o que perturba o consenso presumido. Porém, essa é uma questão secundária para a aferição da validade de uma norma ineficaz, pois, ainda que se verifique alguma aplicação, pode-se falar em desconfirmção da norma e em sua possível invalidação (por isso definiu-se tal situação como “ineficácia tendente à plena”). Por ora, pois, deixa-se de lado a aplicação e analisa-se a ineficácia parcial ou plena apenas em relação aos destinatários. Nestes moldes, o costume negativo, como fonte do direito, corresponde à ineficácia da lei tanto no sentido de observância pelos destinatários, quanto no de adesão simbólica, o que equivale, no plano pragmático, à desconfirmção da expectativa normativa da lei.

Sinteticamente, em uma análise do fenômeno social do desrespeito à lei sob a dupla lente da semântica e da pragmática, à la Ferraz Jr.: 1) no caso de mero descumprimento com alguma frequência da norma pelos destinatários, não se cogita de “perda de validade por ineficácia”, pois há apenas a rejeição da norma; e 2) no caso de descumprimento amplo da norma pelos destinatários, pode-se falar em “perda de validade por ineficácia”, já que se verifica o fenômeno da desconfirmção da norma. Assim, uma norma ineficaz (análise semântica: norma-comportamento) não necessariamente deixa de ser válida. Isso poderá ocorrer quando a situação fática (conduta contrária à lei) corresponder, no plano pragmático (norma-sujeitos), à desconfirmção da norma, isto é, quando se ignorar a relação de autoridade que funda a expectativa normativa. Em resumo, no plano da pragmática, a ineficácia parcial da norma sobre os destinatários corresponde ao fenômeno da rejeição da norma, enquanto sua ineficácia plena

---

<sup>12</sup> Para Ferraz Jr. (2010, p. 168), o desuso refere-se a uma mudança das circunstâncias fáticas que fazem a norma em questão se tornar socialmente irrelevante. No costume negativo, a norma atingida não perde, objetivamente, a utilidade, mas é ignorada pelos destinatários. Portanto, o costume negativo exige uma atividade de justificação mais robusta, já que a norma atingida ainda possui alguma razão de ser no contexto regulado.



## ANTINOMIAS ENTRE NORMAS LEGAIS E NORMAS CONSUETUDINÁRIAS: AS METAREGRAS DE CALIBRAÇÃO COMO UMA SOLUÇÃO PARA O RECONHECIMENTO DO COSTUME CONTRA LEGEM COMO FONTE DO DIREITO À LUZ DA TEORIA SOCIOLÓGICO-COMUNICACIONAL DE TÉRCIO FERRAZ JR.

corresponde à desconfirmação da norma.

Diante do exposto, depreende-se da teoria de Ferraz Jr. que a solução de antinomias entre normas consuetudinárias e legais à la Kelsen (critério formal *lex posterior derogat priori*) é insuficiente. Ora, um conflito tal pressupõe um conflito entre duas regras de calibração: o princípio da legalidade e a regra que confere ao costume o *status* de fonte do direito (“dada a ocorrência de condutas semelhantes e habituais conjugada com o surgimento de uma correlata expectativa normativa de caráter geral, deve-ser o seu reconhecimento como norma jurídica”). No caso do costume negativo, a regra de calibração que institucionaliza o costume como fonte do direito demanda a ocorrência, no plano semântico, de condutas de descumprimento à lei que correspondam, no plano pragmático, à desconfirmação da lei pelo surgimento de uma expectativa geral de que os sujeitos se conduzam na forma do costume. Assim, a definição de qual das normas (a consuetudinária ou a legal) deve prevalecer demanda uma metaregra de calibração jurídica, de teor material. A escolha entre os dois tipos de fonte (normas-origem) depende, pois, do âmbito setorial do direito em que se configura o conflito e, portanto, a definição sobre a metaregra de calibração a ser aplicada envolve critérios materiais, não se limitando ao uso kelseniano de meros critérios formais<sup>13</sup>. Se, ao final, pela aplicação da metaregra de calibração, prevalecer a expectativa normativa costumeira, poderemos dizer que a norma legal, após repetidas desconfirmações, terá se tornado plenamente ineficaz, deixado de veicular uma expectativa normativa e perdido sua validade por força do surgimento de um costume negativo (expectativa normativa contraposta), bem como que, enfim, temos uma norma costumeira válida.

### 5 CONCLUSÃO

Este trabalho comparou as concepções de costume como fonte do direito de Kelsen e Ferraz Jr., evidenciando, à la Kuhn, a incomensurabilidade derivada do pertencimento a paradigmas distintos, para responder como o costume contrário à lei pode ser reconhecido como fonte normativa pelo direito sem que se corrompa a sua autonomia sistêmica.

Dentre as dessemelhanças entre Kelsen e Ferraz Jr, destacaram-se: a) a concepção de

---

<sup>13</sup> Exemplificativamente, poderíamos mencionar o conflito entre dispositivos da Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais) e a conduta geral e habitual de compartilhamento livre (não autorizado e sem fins comerciais) de obras intelectuais na internet, em relação ao qual se poderia propor a utilização, como metaregra de calibração, do princípio da função social da propriedade intelectual, obtido pela conjugação dos arts. 5º, XXIII (“A propriedade atenderá a sua função social”), e 215, IV, da CF/88 (“democratização do acesso aos bens de cultura”).



norma (norma como ordem de dever-ser cujo descumprimento acarreta uma sanção X norma-comunicação); b) a concepção de ordenamento jurídico (estrutura escalonada com um único fundamento formal de validade X modelo circular que engloba um repertório e uma estrutura); e c) a limitação da análise do costume, em Kelsen, às dimensões sintática (norma-norma) e semântica (norma-conduta) X a análise conjugada de tais planos com a dimensão pragmática (norma-sujeitos), com ênfase nas noções de desconfirmação e institucionalização.

Ao remeter o reconhecimento do costume a uma categoria formal do conhecimento (*grundnorm*) que coloca a eficácia social como condição de validade, Kelsen não explica como se dá a transição do ser para o dever-ser jurídico, ou seja, como o direito pode reconhecer o costume como norma sem corromper sua autonomia sistêmica, não solucionando, pois, o problema proposto, até mesmo porque o critério cronológico, de caráter formal, é insuficiente. Por sua vez, para Ferraz Jr., o Direito, sob a ameaça de perda de funcionalidade, é compelido à recriação de suas estruturas, momento em que se admite, pela via da abertura cognitiva, o surgimento de uma norma-origem costumeira, cuja vinculatividade não depende da imunização por outra norma (validação sintática: norma-norma), mas de regras de calibração (regras de segundo grau de origens diversas, reconhecidas pela tradição jurídica), as quais permitem a variação dos padrões normativos, preservando a funcionalidade do direito na dinâmica social.

Analicamente, depreendeu-se o conteúdo da regra de calibração que entende o costume como fonte, institucionalizando-o: “dada a ocorrência de condutas semelhantes e habituais conjugada com o surgimento de uma correlata expectativa normativa de caráter geral, deve-ser o seu reconhecimento como norma jurídica”. O conflito entre essa regra de calibração e o princípio da legalidade (outra regra de calibração) diante de uma situação de costume *contra legem* demanda a aplicação de uma metaregra de calibração, de teor material, a qual depende do âmbito setorial do direito em que se configura o conflito. A normatividade do costume *contra legem* verifica-se, assim, a partir das condutas de descumprimento geral da lei, no plano semântico (norma-conduta), que correspondam, no plano pragmático (norma-sujeito), à desconfirmação da lei pelo surgimento de uma expectativa de terceiros de que os sujeitos se conduzam na forma do costume. Preserva-se, assim, a variabilidade autopoietica do sistema sem que este perca a sua funcionalidade.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rafael Barros Silva de Pedreira. **Os tribunais de contas e o combate à impunidade no Brasil**: uma análise pela teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Dissertação



**ANTINOMIAS ENTRE NORMAS LEGAIS E NORMAS CONSUETUDINÁRIAS: AS METAREGRAS DE CALIBRAÇÃO COMO UMA SOLUÇÃO PARA O RECONHECIMENTO DO COSTUME CONTRA LEGEM COMO FONTE DO DIREITO À LUZ DA TEORIA SOCIOLÓGICO-COMUNICACIONAL DE TERCIO FERRAZ JR.**

de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica**. 5a ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. São Paulo: Ed. UNESP, 2007.

GÉNY, François. **Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif**. Paris: Librairie Générale, 1920.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6a ed. São paulo: Martins Fontes, 2006.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Cidade do México: Herder/Universidad IberoAmericana, 2003.

\_\_\_\_\_. **La sociedad de la sociedad**. Cidade do México: Herder/Universidad IberoAmericana, 2007.

OBERHEIM, Eric. HOYNINGEN-HUENE, Paul. **The Incommensurability of Scientific Theories**. Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2016. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/incommensurability>. Acesso: mar. 2017.