



American College of Brazilian Studies

Unidade

02

Teoria Geral do Direito

ACB
M
E
A

AUTOR

MsC. Georgenor de Sousa Franco Neto

American College of Brazilian Studies
37 N Orange Ave, suite 500, Orlando - FL 32801
Phone: +1-866 782-6272

SUMÁRIO

RESUMO DA UNIDADE	7
OBJETIVO DA LIÇÃO	7
SOBRE A ELABORAÇÃO DAS LEIS: BREVE EXPOSIÇÃO SOBRE A LEI COMPLEMENTAR	7
PARTE NORMATIVA DAS LEIS	10
DIREITO E VALOR	14
DISTINÇÕES ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS	20
CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DOS PRINCÍPIOS	24

RESUMO DA UNIDADE

Nesta Unidade, estudaremos os principais aspectos da teoria normativa, conhecendo o conceito e as principais espécies de normas. Além do estudo da norma – conceito essencial para o estudo do direito – iremos nos dedicar ao estudo da sua validade, vigência e eficácia.

OBJETIVO DA LIÇÃO

Nesta lição, iremos prosseguir no estudo da norma jurídica. São tratados dois temas distintos: primeiro, uma breve exposição sobre a Lei 95/1998 que trata sobre a redação das leis; segundo, é a classificação das normas em regras e princípios. Em relação a este último tema, a finalidade desta lição é apresentar a distinção aos alunos, possibilitando discussões em futuras lições.

SOBRE A ELABORAÇÃO DAS LEIS: BREVE EXPOSIÇÃO SOBRE A LEI COMPLEMENTAR 95/1998.

Vamos começar esta lição por um lineamento acerca da Lei Complementar 95/1998, que dispõe acerca da “elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona” O referido dispositivo constitucional fala: “Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.” No conceito de lei, devemos incluir as Medidas provisórias. Seremos bem objetivos na exposição da lei, muitas vezes.

As leis se estruturam em três grandes partes, segundo os incisos do art. 3º:

“I - parte preliminar, compreendendo a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas;”

“Art. 4º-A epígrafe, grafada em caracteres maiúsculos, propiciará identificação numérica singular à lei e será formada pelo título designativo da espécie normativa, pelo número respectivo e pelo ano de promulgação.”





Exemplo de epígrafe: **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Esta é a epígrafe do Código Civil. Em regra, temos a indicação do veículo normativo (Lei, Decreto, Medida Provisória), o número e a data de promulgação.

“Art. 5º A ementa será grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o objeto da lei.”

A ementa é o trecho da parte preliminar que sintetiza o conteúdo da lei. Pode ser algo sintético como a lei que introduz o Código Civil ou mais complexo como a lei de drogas:

- Ementa do Código Civil: “Institui o Código Civil.”

- Ementa da Lei de drogas: “Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.”

“Art. 6º O preâmbulo indicará o órgão ou instituição competente para a prática do ato e sua base legal.”

O preâmbulo acaba sendo algo próximo da ementa, porém com referência ao órgão competente e sua base legal. Vejamos o preâmbulo da Constituição e do Código Civil:

- Preâmbulo do Código Civil: “**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:”

- Preâmbulo do Constituição Federal: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e

comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

“II - parte normativa, compreendendo o texto das normas de conteúdo substantivo relacionadas com a matéria regulada;”

É a parte dispositiva, na qual encontramos o conteúdo a ser interpretado para construirmos as normas jurídicas. Mais adiante, compreenderemos melhor esse trecho.

“III - parte final, compreendendo as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber.”

São os últimos artigos da lei, normalmente denominados de disposições finais. Na nova lei do Mandado de Segurança, apesar de não receberem esse denominação, facilmente encontramos a parte final:

“Art. 27. Os regimentos dos tribunais e, no que couber, as leis de organização judiciária deverão ser adaptados às disposições desta Lei no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da sua publicação.

Art. 28. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 29. Revogam-se as Leis nos 1.533, de 31 de dezembro de 1951, 4.166, de 4 de dezembro de 1962, 4.348, de 26 de junho de 1964, 5.021, de 9 de junho de 1966; o art. 3º da Lei no 6.014, de 27 de dezembro de 1973, o art. 1º da Lei no 6.071, de 3 de julho de 1974, o art. 12 da Lei no 6.978, de 19 de janeiro de 1982, e o art. 2º da Lei no 9.259, de 9 de janeiro de 1996.

Brasília, 7 de agosto de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA”

Notem que o art. 27 fala das “medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo”, o art. 28 trata da “cláusula de vigência” e o art. 29 é a “cláusula de revogação”.

Vamos nos debruçar em detalhes na parte normativa.





PARTE NORMATIVA DAS LEIS.

Segundo o art. 10 da lei em comento, a unidade básica de uma lei é o artigo. A palavra vem do latim e significa parte, trecho. Cada artigo deverá tratar sobre um tema específico. O art. 3º do Código Civil enumera as pessoas absolutamente incapazes de exercer pessoalmente atos da vida civil. O art. 4º enumera as pessoas relativamente incapazes de exercer certos atos da vida civil.

O agrupamento de artigos poderá constituir uma subseção ou seção. O conjunto de subseções compõe uma seção. Pensando em termos de um Código, esse agrupamento pode seguir progressivamente da seguinte maneira:

Conjunto de artigos → subseções → seções → capítulos → título → Livro → Parte → Código.

Os artigos devem aparecer na lei de maneira abreviada (art.), seguida por numeração ordinal, até o nono, e cardinal nos demais. O texto que se encontra ao lado do termo “Art.” É denominado de *caput*, do latim cabeça. Ele prescreve o sentido geral do dispositivo. O artigo pode ser subdividido em parágrafos ou em incisos.

Os parágrafos são usados para explicar ou modificar o que está prescrito no *caput*. Se em um artigo houver apenas um parágrafo, adota-se a grafia “Parágrafo único.” A partir de 2 parágrafos, usa-se o símbolo §¹. Até o nono (9º), a numeração será ordinal e do dez (10) em diante será cardinal.

Os incisos subdividem ou o *caput* do artigo ou um parágrafo. Ao contrário dos parágrafos, os incisos discriminam aspectos que não tem condições de serem tratados apenas no *caput* ou no parágrafo. Os incisos serão representados por algarismos romanos (I, X, L). Se um determinado inciso não puder ser exaustivo, pode ser subdividido em alíneas e estas em itens. As alíneas são representadas por letras minúsculas (a, b, c) e os itens por algarismos arábicos (1, 2, 3).

Notem, um artigo é a reunião de todos esse elementos. Temos artigos que só possuem o *caput*. Outros podem ser subdivididos, em geral em incisos e parágrafos. Menos frequente, encontramos as alíneas. Muito raro, temos as itens.² Abaixo, um exemplo retirado da CF:

1 Esse símbolo era usado nos tempos da idade média pelos copistas para indicar a mudança de parágrafos sem a necessidade de mudar de linha, economizando papel, artigo de luxo naqueles tempos. O símbolo é a sobreposição de dois S e deriva do latim “signum sectionis” o “sinal de separação”.

2 Não me recordo de uma lei que possua itens. Digo isso para vocês terem ideia do quanto é algo raro. Em documentos internacionais, como os Tratados, é comum os artigos serem divididos em algarismos arábicos.

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003\)](#)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

(...)

§ 1º A vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, c, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003\)](#)”

Podemos considerar como dispositivo apenas o *caput* (Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios), uma inciso ou a totalidade do artigo.

O art. 11 da LC 95/1998 é um manual sobre redação legal. O *caput* do artigo determina que os dispositivos legais serão redigidos “com clareza, precisão e ordem lógica.” O legislador deve fugir de redações obscuras, uso de termos ou construções frasais ambíguas e primar pela lógica e regras da língua portuguesa. Para cada um desses três objetivos, o artigo dedica um inciso.

No inciso I, explica como o obter *clareza*:

“a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;”





Ou seja, o legislador deve privilegiar a uso de termos em seu sentido comum, aquele que encontramos em um dicionário como o Aurélio ou o Houaiss. Vocabulário específico deverá ser utilizado caso a lei trata sobre um tema particular, ex.: lei que trate sobre procedimentos médicos. Entendemos que a lei deve primar pelo uso preciso dos termos da ciência do direito. Ex.: Mandado de Segurança será sempre Mandado de Segurança e não “Remédio Heroico”.

“b) usar frases curtas e concisas; c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis; d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente; e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico;”

São orientações que deveriam guiar qualquer redação. Frases curtas são de compreensão mais fácil. A ordem direta é a clássica sujeito, verbo e predicado. Enfim, uma redação uniforme e sem abusos de estilos. O preciosismo fica com os poetas!

As orientações para obtenção de *precisão* estão no inciso II:

“a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma;”

Novamente, a busca pela forma clara e lógica.

“b) expressar a ideia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico; c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto; d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais;”

Uma ideia deve ser expressa por um único termo ao longo da lei, evitando expressões ou palavras com duplos sentidos. Entendemos que, o legislador deve buscar uniformidade com o restante da legislação; uma lei sobre direito empresarial deve guardar consonância com o Código Civil. Novamente, o legislador proíbe construções meramente estilísticas. Os termos usados devem ser uniformes no território nacional.

“e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado; f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto; [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001\)](#) g) indicar, expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as expressões ‘anterior’, ‘seguinte’ ou equivalentes; [\(Alínea incluída pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001\)](#)”

Em sua primeira aparição, uma sigla deve ser acompanhada de seu significado. Ao fazer remissão à dispositivo legal, deve-se indicar a numeração.

No inciso III encontramos as orientações para alcança a *ordem lógica*:

“a) reunir sob as categorias de agregação - subseção, seção, capítulo, título e livro - apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei;”

Capítulos, seções, subseções, etc. são formas de dividir a lei, como se o legislador criasse categorias. Dentro de cada parte, deve-se alocar dispositivos que guardem pertinência com o tema. Seria ilógico incluir no capítulo sobre crimes contra a vida, do Código Penal, artigo tratando sobre requisitos para instituir uma pessoa jurídica.

“b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio; c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida; d) promover





as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens.”

Dentro de cada parte de uma lei temos o artigo. Este é como a célula da lei, elementos mais básico e irreduzível de um texto normativo. Uma lei pode possuir apenas um artigo, mas, no direito brasileiro, jamais teremos um inciso apartado de um artigo. Daí falarmos dele como a célula do texto legal. As células possuem partes como os prótons e nêutrons, que existem sozinhos. Incisos, alíneas, parágrafos itens compõem um artigo.

Assim, sendo a unidade básica, um artigo deve tratar de um tema. Os demais elementos (incisos, parágrafos, etc.) devem especificar o *caput*: os parágrafos devem tratar de exceções e questões complementares que não poderiam ser claramente tratados no *caput*. Os incisos, alíneas e itens servem para enumerações; em outros, termos, eles prosseguem a oração iniciada pelo *caput* ou pelo parágrafo, por exemplo.

DIREITO E VALOR.

Antes de entrar na distinção entre regras e princípios, vamos gastar algumas palavrinhas sobre *valor*.

A sociedade, ao proibir o homicídio, está dizendo que a vida é algo importante, a ser preservado, e o assassinato é algo errado, a ser coibido. A observação dos recentes protestos nos países árabes contra um vídeo que depreciava a imagem de Maomé, permite identificar a diferença entre valores dos EUA e do chamado Mundo Árabe: na cultura islâmica, a imagem do profeta é objeto do mais alto respeito, e sua violação justifica os maiores protestos; nos Estados Unidos, há a tendência de colocar a liberdade de expressão como valor supremo, e uma expressão, por mais abjeta que seja, não justifica nenhum tipo de atrocidade. Em um jogo de espelhos, podemos imaginar que os defensores da liberdade de expressão seriam bem menores nos EUA se o tema fosse um vídeo desrespeitoso aos mortos do 11 de Setembro.

Essas contradições existem por conta dos valores, ou de como uma sociedade, um grupo, uma pessoa valoriza algo. Alguns dão mais valor à religião do que aos bens materiais, outros o inverso. Existem Estados laicos e outros teocráticos. Por detrás, temos *valores* que ajudaram a sociedade a orientar a formação estatal. “Desde a antiguidade essa palavra foi usada

para indicar a utilidade ou o preço dos bens materiais e a dignidade ou mérito das pessoas.”³

Em nossas vidas pessoas existem os valores: podemos considerar muito gostoso dormir, mas acordamos cedo para estudar ou trabalhar, porque, mesmo cansativo, consideramo-los importantes. A esposa prefere comprar uma bolsa, enquanto o marido prefere comprar uma aero modelo. Por vezes, algo que valoramos como bom não é prazeroso, outras vezes, podemos valorar como ruim algo prazeroso. A noção dos pecados segue essa linha: combatemos certos “prazeres mundanos” por considerarmos ruins, em nome de um bem maior.

O valor não é um juízo de existência, mas um juízo de valor! Um juízo de existência diz que uma pedra é um objeto que existe no plano físico, outro pode dizer que o Homem-Aranha é um ser que existe no mundo da ficção dos quadrinhos. Ambos são juízos que confirmam a existência de algo (um objeto natural e um objeto cultural/ficcional, respectivamente). O juízo de valor irá atribuir uma importância para esses objetos: para uma determinada cultura a pedra pode ser representação de uma divindade e o Homem-Aranha apenas um amontoado de cores em um papel; para outra cultura, a pedra pode ser apenas um objeto inanimado sem nenhuma relevância, ao passo que o Homem-Aranha pode ser o maior super-herói dos quadrinhos.

Valores podem ser entendidos como valência, qualidades atribuídas aos objetos (concretos ou abstratos). Essa atribuição de qualidades pode ser feita por uma sociedade ou por cada pessoa. Manuel Garcia Morente diz “(...) que os valores não são entes, mas valente. Que os valores são qualidades de coisas, qualidades irreais, qualidades alheias à quantidade ao tempo, ao número, ao espaço, e absolutas.”⁴ Significa que os valores são perenes, e podem ser atribuídos à qualquer coisa. O valor beleza pode ser atribuído à milhares de coisa, pois os valores não se exaurem com o uso.

É interessante notar que podemos valorar positivamente algo e, em outro instante, passar a considerá-lo ruim. Saímos de um valor para um desvalor. Ambos, contudo, são valores: um positivo (valor) e outro negativo (desvalor).

3 ABBAGNANO, Nicola. Trad. Coord. Alfredo Bosi. *Dicionário de Filosofia*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes 2012, p. 1176.

4 MORENTE, Manuel Garcia. Trad. Guilherme de La Cruz Coronado. *Fundamentos de filosofia*. 4ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1970, p. 299.





Podemos extrair três características dos valores: inexauribilidade; atributividade; hierarquização. O primeiro já entendemos, podemos usar e abusar de um valor que ele nunca se esgota. Atributividade é a tendência dos valores de aderirem aos objetos. Ou melhor, de vincularmos valores à determinados objetos. A hierarquização é a tendência dos valores de se escalonarem: consideramos um valor superior aos outros. Logo, quando atribuídos aos objetos, estes também serão escalonados: um livro é mais importante do que uma bolsa ou vice-versa.

Por fim, os valores estão em todos os lugares. Eles cercam nossas vidas. Inclusive no direito. A norma proibitiva do homicídio considera boa o respeito a vida e má sua violação. Mas, professor, o positivismo não diz que o direito não tem valor? Não é bem assim. O positivismo, do ponto de vista científica, adota uma visão formal do direito, segunda a qual não precisamos recorrer à análise dos valores de um ordenamento para classificá-lo como jurídico ou não. Ao analisar as divergências entre um autor positivista como Hans Kelsen e um autor moralista como Robert Alexy, Dimitri Dimoulis bem a perspectiva positivista: “Os positivistas consideram que a validade de uma norma depende de sua relação com normas superiores que estabelecem o procedimento para criação das inferiores. Os moralistas entendem que a norma válida deve satisfazer também as exigências de justiça.”⁵

Do ponto de vista da metodologia científica, significa que o pesquisador não pode sujeitar o objeto aos seus valores morais, considerando um ordenamento como não jurídico apenas por ser injusto. O pesquisador deve diferenciar os planos: uma coisa é a dogmática, analisando a estrutura e os significados possíveis de uma norma jurídica. Caberá à filosofia e a ciência política analisar a justiça da norma. Mesmo assim, críticas permanecem, em especial diante de fatos históricos como o holocausto ocorrido na Alemanha nazista. Kelsen, judeu e austríaco, que se exilou nos Estados Unidos, reconhecia o direito alemão como um direito, apesar de cruel e injusto. As palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr. são esclarecedoras:

“A redução do objeto jurídico à norma causou inúmeras polêmicas. Kelsen foi continuamente acusado de *reducionista*, de esquecer as dimensões sociais e valorativas, de fazer do fenômeno jurídico uma mera forma normativa, despida de seus caracteres humanos. Sua intenção, no entanto, não foi jamais a de negar os aspectos multifaciais de um fenômeno complexo como é o direito, mas de escolher dentre eles, um que coubesse autonomamente ao jurista. Sua ideia era a de que uma ciência que se ocupasse de tudo corria o risco de se perder em deba-

5 DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 50.

tes estéreis e, pior, de não se impor conforme os critérios de rigor inerentes a qualquer pensamento que se pretendesse científico.”⁶

Mais adiante, escreve Tércio:

“Esta posição de Kelsen custou-lhe até mesmo a crítica não merecida de ter servido, ainda que indiretamente, ao regime nazista. Ele, que fugiu da Alemanha, com sua norma fundamental neutra era obrigado a reconhecer, como de fato o fez ao chegar para o exílio nos EUA, que o direito nazista, por injusto e imoral que o considerasse, ainda assim era direito válido e legítimo.”⁷

Ao cientista do direito, cabe a analisar a norma, apontar as interpretações possíveis. Pode, diria que deve, também, identificar os valores que informam um ordenamento jurídico. Agora, se a intenção for julgar um ordenamento jurídico, cabe ao pesquisador, em nome da boa metodológica, deixar claro que está fazendo um diálogo entre a dogmática jurídica e a ciência política, por exemplo.

Dificuldade maior existe quando questionamos a posição do aplicador (juízes, policiais, advogados) diante de um direito injusto. Duas críticas são dirigidas ao positivismo. A primeira entendemos inapropriada: acusam de aplicar a letra da lei, cegamente. Ao menos pela perspectiva kelseniana, a tese é absurda! Nem mesmo outros positivistas defenderam tal tese. Era a escola exegética que defendia uma interpretação literal.⁸

Hans Kelsen falava de moldura normativa. O texto legal estabelecia a moldura normativa, os limites da interpretação. O que estiver dentro dessa moldura pode ser aplicado como jurídico. Surgem duas questões: a) em princípio, o texto legal é elaborado pelo Legislador tendo certos valores como norte; cabe o aplicador respeitá-los mesmo sendo injustos? b) seguindo a tese da moldura normativa, seremos obrigados a concluir que, quem cria a moldura é o aplicador a partir do texto legal; caberá, também a ele, dizer o que está dentro dessa moldura; qualquer coisa que o juiz diga que é a interpretação do direito será considerada a interpretação legítima; como, então, controlar a interpretação do juiz?

6 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Prólogo*. In.: COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. XVI.

7 *Idem*, p. XVII.

8 Vide: DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 50-97.





Das duas perguntas extraímos críticas diametralmente opostas dirigidas ao positivismo. Da primeira pergunta, encontramos críticas como a de Radbruch, citada na lição 1. De fato, um teórico positivista tende a defender uma postura contida do aplicado. Indo para o âmbito da teoria política, perceberemos que, por detrás do positivismo, encontramos uma concepção política segunda a qual cabe ao legislador determinar o conteúdo da lei. A construção da moldura deve seguir as linhas traçadas pelo legislador. Se o legislador cria uma lei permitindo cotas para negros em Universidades Públicas, privilegiando o valor igualdade, por que o juiz, talvez movido por preconceitos, deixará de aplicar a lei? Esse debate é muito mais profundo do que estamos expondo aqui. Afinal, mesmo que o juiz tenha uma postura de respeitar a valoração do Legislador, ainda sobra muito espaço para os valores do juiz. Em aulas futuras, retomaremos o debate se deve ou não o Judiciário tomar uma postura ativa.

Outra crítica é a de que a tese kelseniana abrange todos os espaços da aplicação normativa. Quais os parâmetros usados pelo judiciário para construir a moldura de uma norma? Quais os limites da interpretação do juiz? Quando o texto legal é pouco preciso (baixa densidade semântica), quais as balizar que o juiz deve seguir? Em um caso difícil, como o julgador deve proceder? Em resumo, como controlar a decisão judicial? Sobre o tema, Ronald Dworkin escreveu em *Levando os Direitos a Sério*:

“O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetido a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’, para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direito jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão. (...) essa teoria da decisão judicial é totalmente inadequada. (...) Em minha argumentação, afirmei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente.”⁹

9 DWORKIN, Ronald. Trad. Nelson Boeira. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127.

Sem aprofundarmos muito – pois iremos retomar o tema futuramente – Kelsen prescreve para os casos de ausências de regras a discricionariedade do juiz. Dworkin quer justamente limitar a ação do juiz, expondo que o sistema oferece mecanismos que o juiz deve refletir para decidir uma causa que, em tese, seria vítima de uma lacuna. Ademais, toda a teoria da argumentação jurídica (estudaremos na unidade final) busca impor procedimentos para controlar a decisão do juiz. Os limites de que fala Dworkin são os princípios. Princípio, na definição de Dimitri Dimoulis, é “norma geral e particularmente abstrata, que é contida explícita ou implicitamente no ordenamento jurídico e indica a ideologia política, as opções e os valores do legislador.”¹⁰

A força dos princípios nestes últimos anos decorre de uma conjunção das duas críticas acima. Por um lado, os acontecimentos da 2ª Guerra Mundial empurrou a teoria do Direito a refletir sobre a justiça. Tanto que, depois do fim da Guerra, a teoria dos Direitos Humanos tomou força. Assim, seja por críticas como a de Dworkin ou o choque provocado por eventos como a 2ª Guerra, os princípios entraram na ordem do dia. Há positivistas que não aceitam princípios. Independente dessa posição teórica, somos obrigados a reconhecer o fato de que muitas decisões judiciais atualmente se baseiam em princípios. Torna-se obrigação do cientista estudar esse fenômeno, mesmo que pretenda empreender uma crítica.

E um bom começo para o estudo é pela compreensão do conceito de valor. Posto que os princípios são a maneira mais direta de identificar os valores que orientaram legislador, especialmente o Constituinte. Podemos mesmo falar que princípios são valores diretamente positivados. Mas as regras também possuem valor, porém eles ficam por detrás. Um exemplo para ilustrar: as regras de direito comerciais privilegiam a liberdade negocial. Observando a CF, encontramos no *caput* do art. 5º a palavra liberdade. Ora, claramente, temos o valor liberdade positivado, como um princípio.

Podemos concluir que ao falar da decisão judicial em casos difíceis, Dworkin quer vincular o julgador aos valores positivados pelo legislador, em especial ao Constituinte. Mas, professor, o que são regras? O que são princípios?

10 DIMOULIS, D. *Ob. Cit.*, p. 284.





DISTINÇÕES ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS.

A doutrina contemporânea divide as normas em regras e princípios. Neste tópico e no próximo buscaremos compreender as teorias explicativas sobre essa distinção e as características principais dessas figuras. Debates mais profundos, sobre se essa classificação é válida ou não e as consequências políticas, teóricas e filosóficas serão colocados em futuras lições. Essa divisão tem finalidades didáticas: primeiro vamos compreender do que se trata para depois entrarmos em outros debates que pressupõem esses conceitos.

Para começar, vamos estabelecer uma distinção básica sobre esses conceitos.

- ⇒ Regras são normas de aplicação via subsunção, ou seja, basta a observação da correspondência entre o fato e a norma para serem aplicadas. São normas que ou se aplicam ou não se aplica (lógica do tudo ou nada). São mandamentos com alto grau de precisão que pretendem resolver questões específicas.
- ⇒ Princípios são normas mais abstratas, que se localizam no topo do ordenamento. Por serem abstratas, são aplicadas por ponderação e podem ser aplicados a uma infinidade de casos.

Vale as palavras de Robert Alexy:

“(...) princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

(...)

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. (...) a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não de grau.”¹¹

11 ALEXY, R. Trad. Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 90-1.

Um exemplo para melhor compreensão: A moralidade administrativa é um princípio; sua descrição é complicada, pode ser aplicado à praticamente todas as situações da administração pública e para incidir, haverá uma série de argumentos para justificar o seu uso em determinado caso. Já a norma extraída do dispositivo que diz “Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos” é fácil identificar o caso em que será aplicada. Tanto regras quanto princípios são abstratos. A diferença é de grau. Os princípios são mais abstratos, ambíguos e de difícil definição que as regras.

Humberto Ávila, em seu livro *Teoria dos Princípios*, identifica quatro critérios que tentam distinguir os princípios das regras:

- Critério do “caráter hipotético-condicional”
- Critério do “modo final de aplicação”
- Critério do “relacionamento normativo”
- Critério do “fundamento axiológico”

Vejamos por menores desses conceitos.

- Critério do “caráter hipotético-condicional”:

As regras teriam hipótese e conseqüente que predeterminariam a decisão, em uma estrutura de *se... então*; os princípios apenas indicariam o fundamento a ser usado pelo aplicador. Ou seja, as regras teriam uma hipótese descrevendo um fato que, sendo verificado na prática, implicaria em uma conseqüência claramente descrita. Ex.: Se matar, deve ser preso. Os princípios possuem uma textura, sem uma hipótese muito clara. O legislador não vincula claramente uma situação a qual deverá ser aplicada. Eles podem ser aplicados à muitos casos.

Humberto Ávila aponta problemas nessa classificação. A grande crítica é ser a estrutura hipotética uma questão de formulação linguística. Podemos estruturar um princípio em forma de *se... então* e uma regra de forma categórica. De certa forma, discutimos isso em lições passadas. E mesmo o legislador pode construir o dispositivo se referindo aos princípios de forma hipotético-condicional, nada impediria de se identificar que o princípio se aplica à diversos casos.





➤ Critério do “modo final de aplicação”:

As regras seriam aplicadas seguindo a regra do “tudo ou nada”, ou seria caso de aplicá-las ou não. Os princípios seguiriam a regra do “mais ou menos”, dependendo das condições do caso, caberia ou não a aplicação. Regras seriam mais rígidas e princípios mais flexíveis. É a tese defendida por Dworkin:

“A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira de tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”¹²

Humberto Ávila alerta que “é preciso demonstrar que o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto de interpretação, mas é decorrente de conexões axiológicas que são construídas (ou, no mínimo, coerentemente intensificadas) pelo intérprete, que pode inverter o modo de aplicação havido inicialmente como elementar.”¹³ Algo que seria, em começo, uma regra, com descrição clara dos casos em que se aplicaria, pode apontar questões não previstas pelo legislador, levando o aplicador a fazer um processo de aplicação complexo, que colocaria em dúvida se estaríamos realmente diante de uma regra.

Humberto Ávila usa o crime de estupro para ilustrar. Alguém que transar com uma garota menor do que 14 anos comete estupro presumido, mesmo que consentido. Não há exceção. Sua aplicação é bastante objetiva. Seria, logo, uma regra. Porém, o STF deixou de condenar um homem que manteve relações sexuais com menos de 12 anos em razão de circunstâncias particulares do caso. Ocorre que “(...) há regras que contêm expressões cujo âmbito de aplicação não é (total e previamente) delimitado, ficando o intérprete encarregado de decidir pela incidência ou não da norma diante do caso concreto.”¹⁴ Os princípios, por outro lado, possuem uma delimitação bem mais laça. Quando a CF fala em igualdade não temos muito claro os casos em que podemos aplicá-lo.

12 DWORKIN, R. *Ob. Cit.*, p. 39.

13 ÁVILA, H. *Ob. Cit.*, pp. 44-5.

14 *Idem*, p. 47.

➤ Critério do “conflito normativo”:

A antinomia entre regras se caracteriza como um conflito clássico, no qual uma das regras seria considerada inválida para o caso. A antinomia entre princípios seria aparente, solucionável pela via da ponderação; não haveria anulação de um dos princípios. Esses dois métodos de solução de conflitos normativos serão estudados nas duas próximas unidades. Deixemos registrados que Humberto Ávila¹⁵ também aponta problemas nessas distinções, descrevendo casos nos quais regras sofrem ponderações.

➤ Critério do “fundamento axiológico”:

Os princípios, e não as regras, seriam as normas capazes de dar sustento valorativo para uma decisão. Esta tese é razoável, uma vez que princípios são valores positivados, embora, as regras também possuem valores por detrás. Essa afirmativa é confirmada pela seguinte explicação de Robert Alexy:

“(…) A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo caso.”¹⁶

Esses critérios são parcialmente procedentes, posto que todos são criticáveis. Entendemos que as diferenças são sutis. Uma distinção mais sólida é a forma de argumentação em cima das normas. Regras exigem um esforço argumentativo menor para sua aplicação ao caso concreto. Os princípios exigem um esforço argumentativo maior para sua aplicação. Por outro lado, para deixarmos de aplicar uma regra (ou aplicá-la de forma diferente do que prever sua hipótese) a argumentação exige um grande esforço argumentativo. Já para se deixar de aplicar um princípio, o grau argumentativo é menor. “O ponto decisivo não é, portanto, a falta de ponderação na aplicação das regras, mas o tipo de ponderação que é feita e o modo como ela deverá ser validamente fundamentada – o que é algo diverso.”¹⁷

Sugerimos ao aluno que reflita sobre os critérios tendo em vista o conceito que colocamos no começo deste tópico. A partir deste texto, sugerimos que o aluno aprofunde seus estudos em outros textos, especialmente o *Teoria dos Princípios*, de Humberto Ávila.

15 Vide: *Idem*, pp. 52-64.

16 ALEXY, R. *Ob. Cit.*, p. 153.

17 ÁVILA, H. *Ob. Cit.*, p. 63.





CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DOS PRINCÍPIOS.

André Ramos Tavares¹⁸, em artigo do livro *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*, identifica uma série de características básicas dos princípios. Partindo de sua lição, vamos listar as características dos princípios. Aproveitaremos para comentar sobre as regras.

- a) Abstratividade, abertura ou inexauribilidade: em geral, as normas produzidas pelo Legislador são abstratas, sejam regras ou princípios. Aqui, porém, os princípios são mais abstratos, no sentido de alcançarem uma quantidade indefinida de casos. As regras possuem uma concretude maior.
- b) Sistemática, interdependência ou mútua influência: Os princípios exigiriam uma necessária interpretação expondo a correlação entre eles. Em tese, as regras não precisariam dessa correlação com outras regras. Essa característica não é das melhores. De fato, ao serem aplicados, os princípios sempre aparecem em conflitos com outros. As regras nem sempre. Contudo, a sistematicidade é característica do direito. O direito é um sistema;
- c) Limitabilidade ou relatividade: Podemos traduzir isso como não existem princípios absolutos. “Todos os princípios, incluindo os direitos fundamentais, são considerados relativos em sua incidência, na medida em que não se admite, nos estágio atual da dogmática jurídica, que um princípio possa ser absoluto, afastando todos os demais em toda e qualquer hipótese.”¹⁹ Por outro lado, uma regra pode ser a única aplicável ao caso, como as normas penais (um homicídio, possui apenas o art. 121 do Código Penal). Por outro lado, alguém pode dizer o que é mais importante, a liberdade ou a igualdade? Mesmo a dignidade da pessoa humana, um princípio basilar o nosso ordenamento, pode ser preterido em nome de outro;
- d) Aplicabilidade diferida ou programaticidade: Algo muito particular dos princípios é a programaticidade. Significa que os princípios não regulam imediatamente algo, mas estabelece um plano de ação a ser seguido. Eles indicam um norte a ser seguido. Claro, mesmo com esse caráter programático, os princípios são aplicados imediatamente. As regras de caráter programático são exceções;
- e) Eficácia irradiante: Os princípios constitucionais impõem uma pauta ao restante do ordenamento jurídico. Como eles expõem os valores de forma direta, colocam um norte não só para a interpretação das demais normas,

18 TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006, pp. 99-105.

19 *Idem*, p. 101.

mas também para a criação de novas norma por parte do Legislador.

