

CONCEITO ESTRUTURAL DE NORMA JURÍDICA

STRUCTURAL CONCEPT OF LEGAL NORM

João Maurício Leitão Adeodato*

Resumo

Este texto tem por objetivo sugerir um conceito para um dos termos mais controversos da teoria do direito, que até se confunde com o próprio conceito de direito, qual seja, norma jurídica. Para isso, explicita a estrutura lógica dos enunciados normativos e discute o problema de seus diversos tipos de conectivos, comparando as esferas do ser e do dever ser. Critica os critérios utilizados para diferenciar regras de princípios, colocados por parte da doutrina como espécies de normas jurídicas, e analisa a distinção entre normas técnicas e éticas, pois a norma jurídica é tida como parte da ética. Procura aplicar uma metodologia tópica que recusa distinções ontológicas e problematiza oposições.

Palavras-chave: Estrutura e função. Norma jurídica. Regra e princípio. Ética e técnica.

Abstract

This text aims to suggest a concept for one of the most controversial terms in the theory of law, which is even confused with the concept of law itself, namely, legal norm. For this, it explains the logical structure of the normative statements and discusses the problem of its different types of connectors, comparing the spheres of being and ought. It criticizes the criteria used to differentiate rules and principles, placed by some jurists as types of legal norms, and analyzes the distinction between technical and ethical norms, since the legal norm is considered as part of ethics. It seeks to apply a topical methodology that refuses ontological distinctions and problematizes oppositions.

* Doutor e livre docente pela Faculdade de Direito da USP e pós-doutorado na Universidade de Mainz pela Fundação Alexander von Humboldt. Fez outros estágios pós-doutorais de curta duração (três a quatro meses) nas Universidades de Mainz (1991), Freiburg (1995), Heidelberg (2000, 2003, 2006, 2009 e 2011), Hagen (2014) e Frankfurt (2018). Doutor Honoris Causa pelas Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo (2009). Professor Permanente da Faculdade de Direito de Vitória e da Universidade Nove de Julho. Professor Colaborador da Escola Paulista de Direito. Professor Colaborador do LL.M. Legal Theory da Universidade de Frankfurt.

Keywords: *Structure and function. Legal norm. Rule and principle. Ethics and technics.*

Sumário

Introdução. 1. Estrutura lógica da norma e funtores deônticos. 2. Distinção entre regra e princípio. 3. Distinção entre regra técnica e norma ética. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Como corte temporal, o texto vai se circunscrever ao debate que começa em meados do século XX, a partir de uma abordagem da estrutura da norma, sem adentrar os debates mais recentes sobre sua função.¹ Entende-se que essa concepção estrutural, que forneceu os pilares da corrente positivista conhecida como normativismo, é até hoje atual, e que sem ela não se podem compreender devidamente as perspectivas funcionalistas posteriores.

Assim, são isolados os elementos componentes da norma jurídica e explicadas suas inter-relações, para em seguida distinguir o conceito de norma jurídica de conceitos com os quais é associado e mesmo confundido, tais como o de regra e o de princípio. As dificuldades teóricas são apresentadas de uma forma clara e direta e a metodologia utilizada é tópica e problematizante, confrontando posições divergentes.

1 ESTRUTURA LÓGICA DA NORMA E FUNCTORES DEÔNTICOS

A visão estrutural procura uma taxonomia conceitual que começa selecionando determinado objeto sobre o qual a norma supostamente incide: a conduta humana. Depois de separadas as possibilidades das impossibilidades e afastadas as condutas impossíveis, as normas caracterizadas como jurídicas precisam descartar as condutas interiores dos indivíduos, seus desejos, aversões, pensamentos, tudo aquilo que não se manifesta exteriormente. É certo que os textos legais por vezes mencionam intenções e que a dogmática jurídica discute conceitos como boa e má fé ou dolo e culpa, mas o relevante vai ser exclusivamente a conduta exteriorizada, pois somente a partir dela se vão

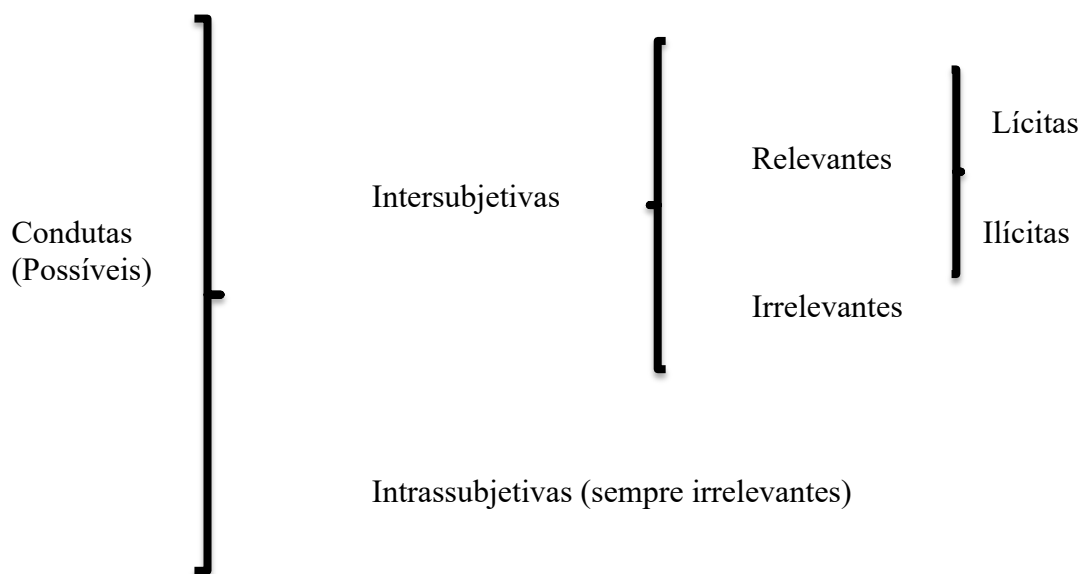
¹ BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione* – Nuovi studi di teoria del diritto. Milano: Edizioni di Comunità, 1977, p. 16 s. e *passim*.

depreender eventuais intenções e fés. Em outras palavras, essas condutas internas dependem exclusivamente do mundo das aparências.

Dentro das condutas possíveis, então, aquelas de caráter intrasubjetivo estão excluídas de apreciação pelo direito porque não podem ser empiricamente percebidas. O direito pode obrigar o sujeito a prestar alimentos, mas nunca a amar alguém, por exemplo.

Por isso a teoria da norma jurídica se ocupa da separação entre conflitos internos e externos, chamados de intrasubjetivos e intersubjetivos.² Essa distinção tem por base aquele dado antropológico: a impossibilidade de perceber empiricamente pensamentos e outros “estados de espíritos” alheios. As pessoas referem-se frequentemente a sentimentos abstratos, mas atribuem significados a essas palavras a partir da percepção das atitudes dos outros, ou seja, daquilo que é externado por eles, associada à percepção interna, solipsista e intransmissível das próprias motivações.

Eliminam-se as condutas intrasubjetivas, internas, depois eliminam-se as intersubjetivas juridicamente irrelevantes e assim vai-se separando o objeto de incidência da norma.



As condutas intersubjetivas se separam das intrasubjetivas pelas condições antropológicas do ser humano, que tem conflitos internos, imperceptíveis pelos demais, os quais também demandam normas para tratamento; a divisão entre as condutas

² AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José, com la colaboración de RAFFO, Julio. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994, p. 344, 361, 412 s.

intersubjetivas relevantes e irrelevantes é feita pela hipótese; e a separação entre condutas lícitas e ilícitas é indicada pela prestação. Observe-se essa estrutura sugerida pelo normativismo analítico.

Diante do universo de comportamentos exteriorizados ou intersubjetivos, a estrutura lógica da norma jurídica ajuda a esclarecer a relação entre os textos jurídicos e as condutas lícita e ilícita, o que supostamente facilita a identificação, interpretação e aplicação do direito. Ela foi proposta por Hans Kelsen sob a denominação de norma primária e norma secundária, respectivamente. A princípio o próprio autor as chamava inversamente. Esse debate ocupou espaço importante entre juristas do século XX, especialmente na América Latina, como Carlos Cossio, Eduardo Garcia-Maynez, Goffredo Telles Junior, Miguel Reale e Lourival Vilanova.³

Não se trata de duas normas, Kelsen insiste nisso, mas de duas faces de uma mesma estrutura normativa. As controvérsias sobre a maior ou menor importância de um ou outro aspecto têm origem em sua afirmação de que a norma primária da conduta lícita, apesar de assim denominada, é supérflua, logicamente dedutível da norma secundária da conduta ilícita.⁴ Se o texto da lei diz que é proibido matar e por esse ato atribui uma sanção ao agente, fica claro que a conduta lícita é respeitar a vida. Por outro lado, só por saber que determinado ordenamento prescreve o respeito à vida não se pode deduzir se a sanção pela conduta ilícita será reclusão de seis a vinte anos ou pena de morte, por exemplo. Por isso a norma “secundária” precisa ser expressa e a “primária” pode ser omitida.

Às vezes a separação entre normas primária e secundária é mais enfatizada:

Ainda que eventualmente juntas, por conveniência pragmática, linguisticamente formuladas como unidade, logicamente são duas proposições normativas. Lógica e juridicamente são diversas, pelos sujeitos intervenientes, pelos fatos jurídicos e efeitos.⁵

A discussão sobre qual dos dois lados seria mais “primário”, no sentido de mais importante e decisivo na identificação da norma jurídica, não parece importante, pois os dois lados exigem-se reciprocamente, até de uma perspectiva lógica, como disse Kelsen.

³ Por todos COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964, p. 333 s.

⁴ KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manz-Verlag, 1990, p. 115.

⁵ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 (4ª ed. Revista, atualizada e ampliada), p. 189.

Do ponto de vista da observação sociológica, a maioria das pessoas obedece as normas sem necessidade de serem aplicadas sanções, privilegiando a norma lícita, ou seja, esta seria mais importante (*endonorma*, de caráter endógeno), como quer Cossio.

Por outro lado, se o observador quer distinguir entre espécies de normas, nunca é evidente se a pessoa cumpriu uma norma jurídica, religiosa ou moral, por exemplo. Só se pode aferir a qualidade da conduta, isto é, saber se é juridicamente relevante e está contemplada por norma jurídica, a partir do caráter coercitivamente irresistível de sua sanção, ou seja, a partir do descumprimento. Se alguém se abstém de desejar o mal do próximo, de pedir um empréstimo e de matar alguém, por exemplo, cumprindo as prestações exigidas pelas respectivas normas, não se pode saber empiricamente se esses comportamentos seriam ou não juridicamente relevantes naquele meio social. Se o agente opta por não cumprir essas prestações, porém, vai-se perceber que não a primeira, mas as últimas hipóteses eram objeto de norma jurídica, pois suas sanções são coercitivas. Assim privilegia-se a norma ilícita, a *perinorma* de Cossio.

A hipótese (H) é a porção ideal da norma jurídica que descreve a conduta que vai ser normatizada, separando as condutas intersubjetivas relevantes das irrelevantes. A hipótese já implica então uma escolha, um ato de poder. Mas ela mesma não é normativa, no sentido de que não prescreve qualquer direção, apenas declara sobre o que a prescrição vai incidir.

Por isso a hipótese vem antes do functor deontico (dever ser), é descritiva. Detectar a hipótese é tarefa difícil e nisso auxiliam as disciplinas por vezes denominadas zetéticas, não-dogmáticas ou propedêuticas (sociologia, filosofia, antropologia etc.). O legislador brasileiro distingue homicídio culposo de doloso e o jurista, diante do caso concreto, precisa dizer se nele cabe a hipótese de homicídio culposo ou doloso. Ele vai ter que distinguir roubo de furto e furto qualificado de furto simples. Fazer a correspondência entre o caso concreto e as hipóteses normativas expressadas pelos textos significantes é a primeira tarefa hermenêutica.

A prescrição ou prestação (P) é a conduta que deve acontecer no futuro, a conduta lícita que satisfaz a expectativa, razão pela qual é sempre possível uma conduta contrária. Caso o agente opte por essa conduta ilícita, incide a sanção (S), uma consequência desagradável que visa desestimular aquela conduta no ambiente social.

Em termos lógicos, são chamadas de antecedente, a hipótese, e consequente, a prestação. A conduta ilícita representa o antecedente da sanção consequente. São assim

três os elementos variáveis da estrutura de qualquer norma: a hipótese, a prestação e a sanção.

Lembre-se que a estrutura da norma jurídica ainda traz o conectivo “dever ser”, o mencionado functor deôntico, que une a hipótese à eventual prestação e une a eventual conduta ilícita à sanção. Este seria o quarto elemento da estrutura lógica da norma, o primeiro dos dois invariáveis.

Por exemplo, o artigo 140, parágrafo 3º, do Código Penal Brasileiro, tem o seguinte texto: “Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: [...] § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.”

Em um caso concreto somente de injúria racial, para simplificar, a estrutura da norma pode ser expressa da seguinte maneira:

Hipótese: Há pessoas de pele mais ou menos pigmentadas.

Prestação: As pessoas devem ser tratadas igualmente e a cor da pele deve ser irrelevante.

Não-Prestação: ofender a dignidade ou o decoro utilizando elementos de raça, cor, etnia...

Sanção: reclusão de um a três anos e multa.

Todos esses elementos têm tido atenção por parte da teoria geral do direito, principalmente aquela com interesses mais lógicos e analíticos, e provocado muita discussão. Talvez a mais debatida seja a dos tipos de conectivos deônticos, em geral classificados como dever (ser) obrigatório, proibido e permitido. Há uma controvérsia sobre se podem ser simplificados para somente dois funtores, obrigatório e permitido, pois proibido seria o mesmo que “é obrigatório não” agir assim ou assado.

Esses funtores são apenas aspectos do “operador diferencial da linguagem das proposições normativas, um de cujos subdomínios é o do direito.” O dever ser, por constituir uma unidade lógica que não se refere diretamente a nenhum evento real, os categoremas, é chamado de sincategorema, sua função é relacional, é o modal específico das proposições normativas.⁶

Vilanova defende que os funtores deônticos, também chamados modos deônticos, são irreduzíveis um ao outro; eles são três, com os respectivos símbolos: proibido – V, obrigatório – O, permitido – P. A linguagem jurídica aplicada pelos

⁶ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 29-30.

legisladores e juízes, leigos em lógica, é confusa e em sua interpretação “mesclam-se proposições normativas, normas jurídicas e juízos-de-valor”. O trabalho do jurista é detectar esse modais deônticos por trás da linguagem vulgar empregada nas fontes do direito. Modais deônticos podem se combinar com modais apofânticos ou aléticos, isto é, o nível descritivo da linguagem humana, na esteira de Kelsen. O autor mostra como a ideia de sistema é importante na obra de Kelsen, quanto à estrutura escalonada das normas, na qual cada ato de produção tem que ser ao mesmo tempo um ato de aplicação do direito, enfatizando inclusive o conceito de fechamento do sistema normativo.⁷

O quinto elemento da estrutura normativa, o segundo lógico e invariável, é o disjuntivo “ou”, que quer indicar que uma norma traz sempre a possibilidade de ser descumprida, a possibilidade da conduta de acordo ou contrária à prestação esperada. Como na divisão entre normas primária e secundária, endonorma e perinorma. Alguma confusão é trazida pela ambiguidade do conectivo “ou”, que pode ser includente ou excludente. Na frase “O documento deve ser assinado por fulano ou beltrano para ser válido”, tanto faz um como o outro. Na frase “Só pode ser admitido um ou outro candidato” há mútua exclusão.

O problema sobre se o conectivo da norma jurídica é includente ou excludente (disjuntivo) é também ambíguo, pois, caso se trate da ação real, a norma primária e a secundária são excludentes, ou se concretiza uma ou outra; em termos de validade, contudo, o conectivo é includente, pois ambos os aspectos da norma jurídica são simultaneamente válidos. Tanto a conduta ilícita quanto a lícita são condutas jurídicas.⁸

Aqui há o debate, de origem kantiana, iniciado na teoria do direito com a crítica de Hans Kelsen a John Austin. Contra a visão de Austin, para quem a norma jurídica consistiria em um imperativo categórico, Kelsen defende que a norma jurídica teria a forma lógica de um juízo hipotético ou de um juízo disjuntivo, composto por dois juízos hipotéticos.

A questão não deve ser confundida com aquela de entender a norma jurídica como um enunciado prescritivo, em oposição ao enunciado descritivo. Aqui se trata da função dos enunciados e “não existe nenhuma conexão necessária entre a forma e a função dos

⁷ VILANOVA, Lourival. Níveis de linguagem em Kelsen (norma jurídica / proposição jurídica). In: VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*, vol. 2. São Paulo: Axis Mundi / IBET, 2003, (p. 203-247), p. 205 e 234.

⁸ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 77.

enunciados”, ou seja, tanto os enunciados de função prescritiva como os de função descritiva podem assumir forma lógica categórica, hipotética ou disjuntiva.⁹

A estrutura da norma jurídica não se confunde com os enunciados, as frases e palavras escolhidas pelo legislador, tribunal, o poder criador de alguma fonte do direito. O conceito estrutural de norma jurídica pretende exatamente auxiliar na condução desse processo que vai dos enunciados à norma jurídica decisória.

Em outras palavras, o intérprete se depara com um texto significativo: uma petição ou requerimento, uma sentença, um acórdão ou súmula, um contrato, uma lei, um parecer. Essas são fontes do direito, expressões linguísticas que pretendem comunicar normas jurídicas. Muito frequentemente essas fontes são confusas, por diversos motivos, tais como má redação, desconhecimento do direito e/ou do evento relevante, má-fé ou mesmo dificuldades da própria matéria.

Demonstrar a estrutura das normas a partir desses textos pode ser uma tarefa difícil. Às vezes a conduta ilícita e a sanção aparecem expressamente no enunciado, enquanto a hipótese e a conduta lícita não são mencionadas. É o caso do estilo literário do Código Penal Brasileiro, por exemplo: “Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos.” Ou “Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.”

Por vezes o texto da norma não expressa todos os seus elementos, pelo menos não em um mesmo artigo: a lei traz a prestação em um capítulo e a sanção (de nulidade) em outro, como no exemplo do Código Civil Brasileiro: “CAPÍTULO III – Dos Impedimentos. Art. 1.521. Não podem casar: [...] VI – as pessoas casadas;” e longe dali: “CAPÍTULO VIII – Da Invalidade do Casamento. Art. 1.548. É nulo o casamento contraído: I – (Revogado); II – por infringência de impedimento.”

A estrutura lógica ficaria assim:

Hipótese: Todo país precisa de uma capital e há este país Brasil.

Prestação: Brasília deve ser considerada a capital do Brasil.

Outras vezes ainda, o texto da norma não aparece completo e parece não trazer a sanção, por exemplo, como na Constituição Federal o artigo 18, parágrafo primeiro: “Brasília é a capital federal.” Ora, esse texto refere-se à prestação, à atitude que deve acompanhar a expectativa de todos os cidadãos. E seu descumprimento acarreta sanções.

⁹ ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 333.

Uma das sanções em caso de não satisfação da expectativa – imagine-se, se o governador do estado de Goiás proclama Brasília sua capital – está lá adiante no “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: I – manter a integridade nacional; [...]”.

Ou:

Não-Prestação: Agir em desrespeito à expectativa de Brasília ser considerada a capital federal, o que constitui ato contrário à integridade nacional.

Sanção: intervenção (dentre as demais pertinentes).

Assim como os debates em torno das normas primária e secundária, aqueles centrados no functor deôntico e ainda os que discutem o caráter hipotético ou disjuntivo da estrutura lógica da norma jurídica, o problema de se a sanção é elemento essencial na estrutura lógica da norma jurídica interessou a muitos juristas. Estreitamente conexas ao problema da coercitividade do direito e de sua relação com a violência legítima, a presença da sanção extrapolou o debate puramente estrutural e analítico. Esse problema não será examinado aqui.

2 DISTINÇÃO ENTRE REGRA E PRINCÍPIO

No debate sobre o conceito de norma jurídica tem desempenhado um papel presente a discussão sobre o que seria um princípio em direito. A palavra tem origem no grego *αρχή*, (*archê*), depois no latim *principium*. Originalmente designa um ponto de começo, tanto em seu primeiro significado de começo no tempo (o momento do princípio da viagem), como na acepção derivada de começo no espaço (o local do princípio da viagem). Pela importância desses princípios nas relações sociais, provavelmente, logo aparece o significado mais relativo e metafórico de algo hierarquicamente superior. Princípio é começo e também domínio, indica prioridade.¹⁰

Os filósofos ocuparam-se do conceito e lhe foram acrescentando suas interpretações, que a pouco e pouco penetraram na linguagem comum. Anaximandro, por exemplo, parece ter sido o primeiro a acrescentar-lhe a acepção de infinito. E, bem depois,

¹⁰ RITTER, Joachim; GRÜNDER, Karlfried. *Historisches Wörterbuch der Philosophie*. Basel: Schwabe & Co., 1989, p. 1336 s.

Aristóteles já classifica diversos significados da expressão, como origem, causa, unidade, enunciado não-hipotético, autoevidente.¹¹

Embora inicialmente empregado na observação da natureza, então, o conceito de princípio logo é trasladado para a esfera ética dos *nomoi* e, desde então, permanece ligado aos conceitos de norma e regra.

No debate contemporâneo, um dos sentidos mais utilizados para “princípio” é o de “axioma”, um enunciado que não entra em discussão naquele contexto, é pressuposto, consiste em uma assertiva ou norma de base que pretende valer por si mesma, estar fora do debate.

Pode-se começar pela corrente que parte da existência de dois tipos de regras: aquelas que se referem a uma conduta definida, como “é proibida a entrada neste recinto” e aquelas que dizem respeito a uma classe, a uma gama indefinida de condutas, como “é proibido causar dano injustificado a outrem” (chamadas *standards*).

E aí entende que há um terceiro tipo de regra, com as seguintes características: 1) refere-se à aplicação dos outros dois tipos de regras, específicas e genéricas; 2) dirige-se às autoridades responsáveis pela aplicação desses outros dois tipos de regras e não às pessoas a cuja conduta essas regras se dirigem; 3) serve para justificar exceções, ampliações e restrições na aplicação das regras específicas e genéricas; 4) Pelo seu caráter mais abstrato, este terceiro tipo de regra é mais indiferente ao conteúdo ético do caso e assim pode apresentar mais neutralidade diante das circunstâncias. Este terceiro tipo são os princípios.

Eles pressupõem a existência de outras regras, posto que se referem a elas, nelas têm seu campo de aplicação. Por isso os princípios são metarregras ou “pautas de segundo grau”. Sua finalidade é guiar sobre como usar os dois tipos de regras de primeiro grau.¹²

Com outra ênfase teórica, na discussão sobre os princípios em direito, tem lugar central o termo ponderação, contido nas palavras grega *fronesis* (*φρόνησις*, *phrónesis*) e latina *prudencia*, no sentido de uma sabedoria prática, uma racionalidade para a vida em comum. A ponderação é a maneira pela qual essa sabedoria se expressa. Mais especificamente, ela é definida como “a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.” Por isso consiste no “modo típico de aplicar

¹¹ ARISTOTLE. *Metaphysics* (1003a25). Transl. W. D. Ross. In: *The works of Aristotle*. Col. Great Books of the Western World. vol. 7. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, p. 495-626, Book IV, p. 522 s.

¹² CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y language*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 195-208.

princípios”, é uma metodologia dos princípios, o que conecta os dois temas, o da ponderação e o dos princípios.¹³ Há também a tese mais ampla de que a ponderação não é específica para os princípios, mas oferece uma metodologia para aplicar qualquer texto geral ao caso concreto.¹⁴

Daí a crítica no sentido de que “...todas essas técnicas tradicionais de interpretação se transformaram subitamente em ponderação...”, e a busca de um conteúdo específico para a palavra. Diz-se que a hermenêutica é subsuntiva para assim distingui-la da ponderação, na qual não caberia a subsunção.¹⁵

Mas este é um critério frágil, pois nem a hermenêutica de regras nem a aplicação de princípios pode ser entendida como efetivamente subsuntiva. Talvez até muitos juízes e outros profissionais cotidianos do direito dogmaticamente organizado pensem que é, mas nunca foi, a subsunção é um discurso prescritivo, não descritivo, quer dizer, é uma forma de apresentação e não de produção de decisões. Como afirma Luhmann:

O procedimento público contém, na melhor das hipóteses, fragmentos do processo de produção de decisões; quanto ao resto, ele serve a uma apresentação da produção (*Darstellung der Herstellung*) da decisão [previamente] selecionada e preparada.¹⁶

A subsunção constitui uma maneira de mostrar a decisão depois de ocorrida no caso concreto e não de construí-la, conforme a dogmática dedutiva tradicional afirma.¹⁷

Tampouco é motivo para a distinção entre regras e princípios o argumento de que

As antinomias com as quais a hermenêutica tem lidado tradicionalmente não envolvem um conflito axiológico importante ou uma disputa entre opções políticas, isto é, não se cuida de uma oposição de elementos igualmente relevantes para a ordem jurídica.¹⁸

¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife: Renovar, 2005, p. 23 e p. 35.

¹⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2003, p. 50.

¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife: Renovar, 2005, p. 29.

¹⁶ LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1983, p. 124. Das öffentliche Verfahren enthält dann bestenfalls Bruchstücke des Prozesses der Herstellung von Entscheidungen; im übrigen dient es einer ausgewählten und vorbereiteten Darstellung der Herstellung des Entscheidens.

¹⁷ SCHLIEFFEN, Katharina von. Subsumption als Darstellung der Herstellung juristischer Urteile, in: GABRIEL, Gottfried; GRÖSCHNER, Rolf. *Subsumption – Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, p. 379-419.

¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife: Renovar, 2005, p. 33.

Talvez muitos juízes, no Brasil, tenham passado a ser confrontados com essas “disputas entre opções políticas” devido ao fenômeno do ativismo judicial de que participam, mormente em seus níveis superiores, cujos critérios de preenchimento são também abertamente opções políticas. E a alegação de princípios em decisões tem sido comum, não para balizar a política, mas sim para ser balizada por ela.

No debate internacional, para a metódica jurídica de Müller, as tentativas de limitar os direitos fundamentais por meio da “ponderação de bens e valores”, de atenção a “leis gerais” ou de fórmulas de “abuso” de uma suposta prioridade material (ética) não se conseguem fundamentar sem apoio na lei positiva, metodologicamente clara e distinta:

A totalidade de um sistema de valores de direitos fundamentais ou constitucionais não é racionalizável por meio do princípio formal da assim chamada ponderação de valores.¹⁹

Mas o que interessa aqui não é exatamente o conceito de ponderação, mas sim o de princípio, na medida em que se relaciona com o conceito de norma jurídica, objeto deste texto. Em seu significado jurídico, a ponderação perpassa todo o processo dogmático: encontrar enunciados, fatos relevantes, interpretar, argumentar, fundamentar, em suma, todos os passos que vão do caso à norma concretizada. Autores que defendem a necessidade de separar os conceitos aceitam a divisão de norma como gênero, do qual regra e princípio são as espécies, e afirmam que, em caso de conflito, prevalecem as regras, exatamente por não estarem sujeitas à ponderação. Tal argumento inverte a relação hierárquica entre regra e princípio e apela ao mandamento hermenêutico de que a lei especial prevalece sobre a lei geral. Além disso entende que essa percepção é prévia ao trabalho hermenêutico: “A qualidade de princípio ou regra é própria dos enunciados normativos e não o resultado final da interpretação.”²⁰

Parece, contudo, que não procede a afirmação de que a essência dos conceitos é diferente, a separação parece mais o resultado do trabalho do intérprete, que atribui a um enunciado a qualidade de regra ou princípio em um contexto argumentativo.

¹⁹ MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997, p. 71: “Die Ganzheit eines grundrechtlichen oder verfassungsrechtlichen Wertsystems ist auch mit Hilfe des formalin Prinzips der sogenannten Güterabwägung nicht rationalisierbar.”

²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife: Renovar, 2005, p. 165 e 169, nota 232.

Segundo o critério da generalidade, princípios seriam normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais.²¹ Esse critério de generalidade seria o mais comum, além de sugerir superioridade hierárquica em relação às demais normas. O problema é que, apesar de aparentemente quantitativo, trata-se de um critério de difícil determinação, principalmente quando o conflito é entre textos de alto grau de generalidade.

Robert Alexy sugere o seguinte critério qualitativo: “princípios são normas que comandam que algo seja realizado na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Por conseguinte, princípios são *mandamentos de otimização*.” Regras, por sua vez, “são normas que sempre podem ou ser obedecidas ou não”.²² Em comum, ambas são normas porque seus enunciados dizem o que deve ser. A questão não é criticar a imprecisão do conceito de ponderação, se é demasiado “aberto” ou “geral”, como o próprio Alexy disse da tópica, por exemplo,²³ mas sim avaliar o significado novo, recém-descoberto, mais adequado ao direito contemporâneo etc., que se lhe quer emprestar.

Para uma corrente mais cética, os princípios são utilizados para não decidir, para julgar sem fundamentação: “princípios são casos extremos de indeterminação normativa”. Ao contrário da tese de que regras devem prevalecer por serem mais específicas, o que ocorre é que os princípios são combinados como o critério de maior importância na hierarquia do ordenamento jurídico e assumem a função pragmática de impor-se sobre as regras que não se desejam aplicar no caso, alegando-se a metarregra *lex superior derogat lege inferiori* sobre a *lex specialis derogat lege generalis*.²⁴

A rigor, a diferença entre regra e princípio diz mais respeito a formas de enunciados do que a uma distinção efetiva entre tipos de normas. Sua função é ampliar ambiguidade e vagueza para justificar subsunções entre textos gerais previamente aceitos como fundamentos de decisões e casos concretos que parecem não se encaixar nos critérios comuns.

²¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2003, p. 81.

²² ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1986, p. 73 e 75-76.

²³ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation – die Theorie des rationale Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1983, p. 40-41.

²⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 60 e 62.

3 DISTINÇÃO ENTRE REGRA TÉCNICA E NORMA ÉTICA

Outra diferença sempre trazida à questão do conceito de norma é aquela entre regra técnica e norma ética.

Separar técnica e ética, para muitos autores, já é suficiente e dispensa apelar aos substantivos regra e norma. Observam a etimologia de *nomos*, *regula* e mesmo *rectum* (de *di+rectum*), palavras que apontam para a mesma metáfora, de prumo, muro, retidão, e cujos significados se interpenetram em um gênero comum.²⁵ Norma é o equivalente, em grego, a regra, em latim, bastando distinguir os adjetivos técnica e ética.

Em suas origens gregas, a palavra técnica (*τέχνη*, *téchnē*) designa um poder, destreza, habilidade ou arte, adequadamente dirigidos a uma finalidade. Desde o começo aparece ligada ao sentido de ferramenta, máquina (*μηχανή*), expressão da criatividade humana, arte, artificial, em oposição à natureza. Este sentido de “arte mecânica” foi a pouco e pouco se destacando como sentido principal de técnica.

A democracia na Atenas do século V a. C. e a retórica dos sofistas ampliaram o sentido da técnica como arte de lidar com praticamente todas as atividades humanas. Etimologicamente isso se revelaria no sufixo “ica”, no caso do português, mas até hoje presente em todas as línguas ocidentais, a designar manifestações de arte e conhecimento: aritmética, retórica, música, botânica, informática, física, química e assim por diante.²⁶ “Em geral, *téchnē* é toda série de regras por meio das quais se consegue algo.”²⁷

A dificuldade já está nas diferenças e semelhanças entre os conceitos de regra e norma, além de uma série de outros conceitos correlatos como prescrição, dever ser, ética, técnica e outros. O dicionário especializado já coloca três sentidos diversos, que se interpenetram e têm extensões diferentes:

- Regra - 1. Sinônimo da “norma” ou “diretriz” como enunciado tendo função prescritiva.
2. O gênero que contém as normas, diretrizes e outras prescrições.
3. Proposição geral descrevendo uma regularidade.²⁸

²⁵ CRUZ, Sebastião. *Ius. Derectum (Directum)*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1971, 74 p.

²⁶ RITTER, Joachim e GRÜNDER, Karlfried (Hrsg.). *Historisches Wörterbuch der Philosophie*. Basel/Stuttgart: Schwabe & Co., 1971-1992, Bd. 10, p. 940.

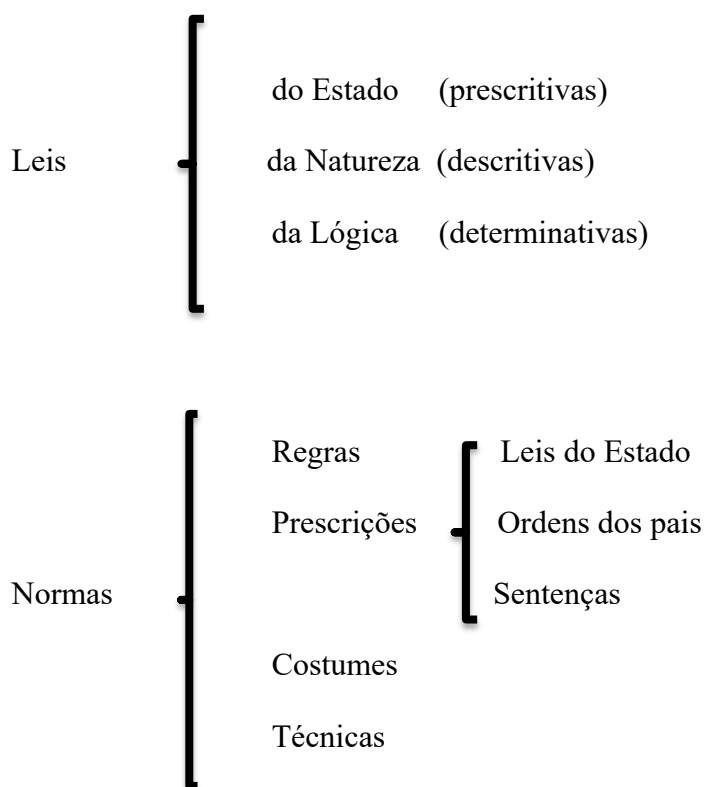
²⁷ FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofia*, Tomo 2, verbete “Técnica”. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1968, p. 763.

²⁸ *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito* (sob a direção de André-Jean Arnaud et al.) Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 681.

Um critério sugerido é o da perspectiva temporal do pensamento: a ética elege aqui e agora uma finalidade futura para orientar a ação, enquanto a técnica parte dessa finalidade futura, dirige-se ao passado e procura unir causalmente os fins e meios até o aqui e agora que é o ponto de partida.²⁹

Outra é a explanação de Von Wright, que ressalta a importância de não confundir normas técnicas com normas hipotéticas, duas espécies de um mesmo gênero. As normas hipotéticas são prescrições, mas as normas técnicas não são descrições nem prescrições. Em comum, as normas hipotéticas e as técnicas são juízos hipotéticos (condicionais), não juízos categóricos.

Observe-se sua curiosa terminologia:



Então: as normas constituem um gênero, separado do gênero das leis. Estas se subdividem em leis do Estado (prescritivas), leis da natureza (descritivas) e leis da lógica (determinativas, como no jogo). As normas, por sua vez, apresentam quatro espécies:

²⁹ AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José, com la colaboración de RAFFO, Julio. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994, p. 420.

regras (de jogo, por exemplo), prescrições (ou regulações: leis do Estado, ordens dos pais, decisões dos tribunais), costumes e normas (“diretrizes”) técnicas.

O autor vê uma terceira classe nas leis da lógica e do jogo, as quais tampouco são prescritivas nem descritivas, como as normas técnicas. Tampouco considera regras de jogo nem costumes como prescrições, embora sejam normas, isto é, nem toda norma é uma prescrição.³⁰

A distinção entre normas éticas e normas técnicas pode ser vista de perspectiva mais retórica e empírica, ou realista, isto é, tentar encontrar seu significado pelo seu uso na pragmática da linguagem. Assim, “norma”, “ética”, “prescrição”, “dever ser” são palavras criadas em diferentes lugares, épocas e tradições linguísticas, que vieram a convergir para a mesma esfera do *nomos*, ainda que com pontos de referência diversos.

A técnica, contudo, vem de outra tradição.

Na visão mais difundida na filosofia do direito, dentre as regras hipotéticas, expressas em forma imperativa, há dois tipos principais: as que apontam para um dever ser e aquelas que se referem a uma necessidade. As primeiras são as regras éticas ou normas e as últimas são as regras técnicas. Estas últimas somente indicam os meios eficientes para atingir determinada finalidade, não afirmam que essa finalidade deve ser atingida por qualquer motivo ou valor. Ninguém está obrigado a segui-las, ou seja, não impõem deveres, porém, se a finalidade foi escolhida, a regra técnica tem a pretensão de assumir caráter necessário.³¹

O critério meio/fim, muito utilizado para definir as regras técnicas, é controverso. Tomás de Aquino, por exemplo, entende que toda e qualquer ação humana se dirige a um fim: “*Omne igitur agens agit propter finem*”. Só assim pode-se falar em ação. Aquino utiliza cofiar a barba como exemplo de ações que não parecem se dirigir a uma finalidade, mas logo esclarece que tal ação é ela mesma um fim.³² Assim o critério da finalidade aplica-se tanto à técnica quanto à ética. Para outros, as regras técnicas são “fórmulas do fazer”, meios para atingir resultados.³³

As regras técnicas são por vezes chamadas de “preceitos das artes”, mostrando a origem comum desses âmbitos da ação humana que depois se diferenciaram. Sua

³⁰ VON WRIGHT, Georg Henrik. *Norma y acción* – Una investigación lógica, trad. Pedro Garcia Ferrero. Madrid: Tecnos, 1970, p. 29, p. 91 e p. 178.

³¹ GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. Mexico: Porrúa, 1978, p. 10-14.

³² THOMAS VON AQUIN. *Summa contra gentiles*. Gesamtausgabe in einem Band Lateinsich und Deutsch. Liber tertius, capitula I-LXXXIII, p. 8 e 13.

³³ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 30.

estrutura lógica “se a é, b tem que ser” mostra a diferença modal em relação à regra ética, cuja estrutura lógica é “se a é, b deve ser”.³⁴

Como sempre, são problemas semânticos, basicamente linguísticos. Da mesma maneira que o texto de um artigo de lei pode não trazer expressamente sua sanção, como visto acima, muitas vezes normas se expressam como se fossem descrições, ocultando a prescrição que deve ser. São muitos os exemplos semelhantes ao art. 11 do Código Civil Brasileiro de 2012: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.” Quando a Constituição Federal diz, no caput de seu art. 5º, que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”, ela não pretende declarar que as pessoas são efetivamente iguais e possuem essas garantias, mas sim expressar um dever cujo descumprimento será sancionado.

Do outro lado, a mesma ambiguidade da linguagem humana faz com que também regras técnicas, *a contrario sensu*, possam se expressar como se fossem deveres: para dar partida e fazer o veículo subir a ladeira deve-se engatar a primeira marcha, de mais força. Apesar do verbo “dever”, essa regra exprime uma necessidade causal para atingir a finalidade escolhida. O adjetivo para qualificar a regra técnica é “necessária”; a regra ética é “obrigatória”. As regras técnicas não constituem deveres, elas são necessárias para quem quiser atingir determinado fim.

CONCLUSÃO

O que se vê é muita imprecisão nesses conceitos em diferentes contextos históricos. A função dos princípios, por exemplo, parece mesmo ampliar ainda mais a ambiguidade e a vagueza – em lugar de reduzi-las – e assim desobrigar o magistrado de fundamentação rigorosa. Sua função é erística, isto é, ampliam a ambiguidade e a vagueza para facilitar a adesão ao discurso.

³⁴ GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Filosofia del derecho*. Mexico: Porrúa, 1974, p. 35.

Já a distinção entre ética e técnica não é evidente para os gregos mais antigos, ainda que Aristóteles já se tenha preocupado em estabelecê-la³⁵. Para a gente moderna cristã, é clara a diferença entre a maldade (ética) e a incompetência (técnica), o que, na teoria do direito, reflete na relevante distinção entre dolo e culpa, para dar um exemplo. Se a incompetência que causa danos merece ser punida, a maldade merece sê-lo com mais rigor, assim como o princípio da boa fé procura premiar a boa vontade ética apesar de desvios técnicos. Diferentemente, para os gregos antigos toda ignorância é um mal, que provém exatamente dela, vez que quem conhece o bem o pratica.

No mesmo contexto grego, no campo propriamente da ética, tampouco é relevante, como se tornou depois do Cristianismo, a distinção entre as condutas internas e externas, pois a justiça grega não cuida da intenção, o ato efetivo é que interessa.³⁶ Vêm dos primeiros cristãos as tentativas mais bem sucedidas na diferenciação entre os desvios éticos e os técnicos, ao oporem *fides* e *intellectus* e afirmarem a maior importância de um coração puro em relação à sabedoria técnica, vez que, como diz Mateus, “felizes os pobres de espírito, porque deles é o reino dos céus”³⁷, na mesma direção de Paulo de Tarso, que afirma: “Cuidai de que ninguém vos leve novamente à escravidão com filosofias falazes e vãs, fundadas em tradições humanas e não em Cristo”³⁸.

O bem não está no intelecto que compreende e conhece, porém sim na vontade que quer crer, esta é o centro da ética³⁹. A ética se manifesta por meio de normas e as normas jurídicas, por sua coercitividade, são as únicas que pretendem se impor a todos. Daí a importância do conceito.

Em que pesem a esses problemas quanto ao conhecimento do direito, que são importantes para uma formação teórica sólida, o estudo da estrutura lógica da norma jurídica pretende ser uma ferramenta prática para guiar o jurista no emaranhado de textos contraditórios, mal escritos, confusos, que muitas vezes resultam da atividade legislativa e de outros procedimentos jurídicos. Essa estrutura funciona como uma ponte entre os

³⁵ ARISTÓTELES. *Nicomachean ethics*, VI, 4, 1140a, Transl. W. D. Ross. In: *The works of Aristotle*. Col. Great Books of the Western World. vol. 8. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, p. 333-436, p. 388-389.

³⁶ DODDS, Eric Robertson. *Los griegos y lo irracional*. Trad. Maria Araujo. Madrid: Revista de Occidente, 1960, p. 15.

³⁷ *Evangelho de Mateus*, 5 (3). Bíblia Sagrada, trad. Pe. Antonio Pereira de Figueiredo. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1987. ARENDT, Hannah. *Tradition and the Modern Age*. In: *Between past and future – eight exercises in political thought*. New York: Penguin, 1980, p. 31 e 35 s.

³⁸ TARSO, Paulo de. *Epístola aos Colossenses*, 2 (8). Bíblia Sagrada, trad. Pe. Antonio Pereira de Figueiredo. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1987.

³⁹ ARENDT, Hannah. *The Life of the Mind*, vol. 2, Willing. New York-London: Harvest-HJB, 1978, p. 67 s. e 84 s.

significantes linguísticos, como o texto da lei, e seus significados, que o direito precisa construir e determinar para o caso concreto.

REFERÊNCIAS

- AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José, com la colaboración de RAFFO, Julio. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.
- ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1986.
- ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation – die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1983.
- ARENDT, Hannah. *The Life of the Mind*, vol. 2, Willing. New York-London: Harvest-HBJ, 1978.
- ARENDT, Hannah. Tradition and the Modern Age. In: *Between past and future – eight exercises in political thought*. New York: Penguin, 1980.
- ARISTOTLE. *Metaphysics*. Transl. W. D. Ross. In: *The works of Aristotle*. Col. Great Books of the Western World. vol. 7. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, p. 495-626.
- ARISTÓTELES. *Nicomachean ethics*. Transl. W. D. Ross. In: *The works of Aristotle*. Col. Great Books of the Western World. vol. 8. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, p. 333-436.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione – Nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2003.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964.
- CRUZ, Sebastião. *Ius. Directum (Directum)*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1971.

- DODDS, Eric Robertson. *Los griegos y lo irracional*. Trad. Maria Araujo. Madrid: Revista de Occidente, 1960.
- FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía*. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1968. verbete “Técnica.”
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Filosofía del derecho*. Mexico: Porrúa, 1974.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. Mexico: Porrúa, 1978.
- KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manz-Verlag, 1990.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1983.
- MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- RITTER, Joachim; GRÜNDER, Karlfried (Hrsg.). *Historisches Wörterbuch der Philosophie*. Basel: Schwabe & Co., 1989.
- SCHLIEFFEN, Katharina von. Subsumption als Darstellung der Herstellung juristischer Urteile. In: GABRIEL, Gottfried; GRÖSCHNER, Rolf. *Subsumption – Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, p. 379-419.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- TARSO, Paulo de. *Epístola aos Colossenses*. In: Bíblia Sagrada. Trad. Pe. Antonio Pereira de Figueiredo. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1987.
- THOMAS VON AQUIN. *Summa contra gentiles*. Gesamtausgabe in einem Band Lateinisch und Deutsch. Liber tertius.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- VILANOVA, Lourival. Níveis de linguagem em Kelsen (norma jurídica / proposição jurídica). In: VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*, vol. 2. São Paulo: Axis Mundi / IBET, 2003.
- VON WRIGHT, Georg Henrik. *Norma y acción – Una investigación lógica*, trad. Pedro Garcia Ferrero. Madrid: Tecnos, 1970.

Submetido em 18 de maio de 2021.

Aprovado para publicação em 31 de dezembro de 2023.

