

Parte Geral — Doutrina

Dissociação entre Princípios e Regras Jurídicas sob uma Ótica Comunicativa da Norma Jurídica

Dissociation between Legal Principles and Rules under a Legal Standard Optical Communicative

WALLTON PEREIRA DE SOUZA PAIVA

Professor de Direito Penal da Universidade Federal Rural do Semiárido, Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba.

Submissão: 21.10.2013

Decisão Editorial: 25.02.2014

RESUMO: A dogmática jurídica vive um momento crítico, no que tange à distinção entre princípios, regras, proposições jurídicas e postulados normativos, vislumbrando que a ausência desse discernimento traz consequências para a aplicação do direito, confundindo o operador e desvirtuando a real natureza da principiologia jurídica. É plenamente possível dizer que a doutrina vive uma fase pan-principiológica em que tudo é princípio, permitindo o absurdo da colisão de princípios jurídicos. Pautado na teoria do ordenamento jurídico e na construção da norma jurídica, essa pesquisa desenvolve-se com intuito de diferenciar o que venha a ser um princípio jurídico, discernindo-o dos demais elementos que compõem o ordenamento jurídico como um todo, vislumbrando a teoria dos princípios de autoria de Humberto Ávila e as eventuais lacunas no ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do ordenamento jurídico; norma jurídica; princípios; regras jurídicas.

ABSTRACT: The legal dogmatics living a critical moment in that respect the distinction between principles, rules, and postulates normative legal propositions. Glimpsing the lack of discernment brings terrible consequences for law enforcement, confused the operator and especially misrepresenting the true nature of principiological legal. It is fully possible to say that the doctrine is in a phase-principled pan when everything is beginning, allowing the absurd collision of legal principles. Guided by the theory of law, and the construction of rule of law, this research develops aiming to differentiate what may be a legal principle by distinguishing it from the other elements that make up the legal system as a whole, seeing theory principles authored by Humberto Avila and any gaps in the legal system.

KEYWORDS: Theory of the legal system; legal norma; principles; legal rules.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Distinção entre ciência do Direito e direito positivo; 2 Normas jurídicas; 3 Formulação lógica da norma jurídica; 3.1 Princípios e regras jurídicas; Considerações finais.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos tem-se observado na leitura da literatura jurídica pequena distorção de raciocínio do que vem a ser um princípio jurídico. Muitos autores criam verdadeiras distorções por não saberem diferenciar direito da personalidade, ou de proposições jurídicas, e regras jurídicas, recebendo tratamento equivocado e sendo chamadas de princípios. Aliás, parece que hoje tudo é princípio. Se um juiz é competente para a causa, cria-se o chamado princípio do juiz natural. Se um cidadão tem sua intimidade violada, tem-se uma ofensa ao princípio da intimidade. Havendo o descumprimento dos termos de um edital de concurso público, tem-se uma ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Ou seja, a doutrina não dissocia, seja por querer ou por carecer de conhecimentos sobre a temática, princípios jurídicos de regras ou postulados normativos.

Daí surge o questionamento que norteou todo esse trabalho: como distinguir princípios de regras e de postulados normativos jurídicos?

Visando à observação das diferenças entre princípios e regras jurídicas, este estudo veio a ser realizado com o intuito de diferenciá-los, tratando ambos como normas de primeiro grau e os postulados normativos como normas de segundo grau. Para instrumentalizar esse estudo, fez-se uma pesquisa dedutiva com busca de fundamentação bibliográfica em papel.

Tendo por fundamento o paradigma de que o Direito é trabalhado como ciência normativa, consistindo na estruturação lógica de suas normas jurídicas e na diferenciação da proposição normativa, far-se-á uma análise quanto ao método para daí se adentrar nos princípios e regras, cujo intuito maior é permitir que o aplicador do Direito encontre um norte diferenciador e consiga traçar uma distinção que fuja a esse mundo de “panprincipiologismos” que vive a dogmática jurídica.

As pretensões deste estudo são voltadas mais para o esclarecimento dessa nebulosa distinção, demonstrando a importância dos princípios para o ordenamento jurídico como um todo, desde os fundamentos de validade da norma, agentes solucionadores de lacunas e antinomias dentro do texto normativo ao consequentemente ordenamento jurídico, ponto crucial deste estudo.

Para isso, fez-se a inserção da norma jurídica em um panorama comunicativo-linguístico, implicando a informação detida por uma fonte a outras, num processo de disseminação.

1 DISTINÇÃO ENTRE CIÊNCIA DO DIREITO E DIREITO POSITIVO

Ao definir o sistema normativo como a junção do direito positivo e a ciência do Direito, Norberto Bobbio (1997, p. 71) argumenta que a unidade do

ordenamento tem por base uma norma fundamental¹ que pressupõe outra norma autorizadora da produção de normas jurídicas, com a qual todas as normas do ordenamento se relacionariam direta ou indiretamente, sendo, fatalmente, critério para a aferição da validade delas. Esse raciocínio corrobora com o pensamento de Hans Kelsen (2006, p. 5), que afirma com autoridade que:

O Direito [...] é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo “norma” se quer significar que algo *deve ser* ou acontecer, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados atos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta humana. (Kelsen, 2006, p. 5)

Denotando-se do pensamento kelseniano, o Direito passa a estipular um padrão de comportamento pautado nas causas e efeitos, de modo a determinar as esferas de ações comportamentais e limitar os efeitos para consequências aceitáveis ou desejadas pelo ordenamento. É compreensível o porquê de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2010, p. 64) arguir que

o conhecimento do direito como algo diferenciado dele é, pois, uma conquista tardia da cultura humana. A distinção, pois, do direito-objeto e direito-ciência exige que o fenômeno jurídico alcance uma abstração maior, desligando-se de relações concretas [...].

Entretanto, surge a dúvida do que viria a ser a chamada ciência do Direito e o direito positivo. Ao se desenvolver um espectro comparativo entre essas normas jurídicas, podem-se destacar diferenças que se mostram capazes de caracterizar cada substrato da linguagem, afirmando a necessidade de formulação de uma linguagem com uma ordem de complexidade maior à complexidade funcional do sistema.

Essas diferenças permitiram que Araújo (2005) detectasse duas dimensões linguísticas no Direito: a primeira, a linguagem prescritiva de condutas, dotada de imperatividade; a segunda, a metalinguagem, consubstanciada na ciência do Direito, que seria a doutrina jurídica².

Em estudo semelhante e analisando o mesmo objeto, Carvalho (2010, p. 10-12) compreendeu que o sistema do direito positivo é vertido em lingua-

1 Pressupõe a existência de uma norma hipotética fundamental legitimadora do sentido subjetivo dos atos normativos ou legiferantes como seu sentido objetivo. Kelsen entende que o que transformará um fato num ato jurídico não será sua faticidade, mas o sentido objetivo a que está ligado esse ato, a significação jurídica que possui. (In: *Teoria pura do direito*)

2 Roman Jakobson afirma que uma das grandes contribuições da lógica simbólica para a ciência da linguagem é a ênfase dada à distinção entre linguagem objeto e metalinguagem (JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*, p. 46). Em outros termos, metalinguagem seria um enunciado falando de outro enunciado anterior. Um bom exemplo disso se dá em um duplo grau de jurisdição: quando uma parte apela da sentença, ela combate a tutela jurisdicional ali dada; quando a outra apresenta contrarrazões da apelação, ela ataca a apelação, e não a sentença.

gem prescritiva, visando a disciplinar o comportamento humano, enquanto que a linguagem constituinte do sistema da ciência do Direito é descritiva, cujo foco está no estudo do sistema do direito positivo. Em suas palavras:

O direito positivo é o complexo de normas jurídicas válidas em um dado país. À ciência do Direito cabe descrever esse enredo normativo, ordenando-o, declarando sua hierarquia, exibindo as formas lógicas que governam o entrelaçamento das várias unidades do sistema e oferecendo seus conteúdos de significação. (Carvalho, 2010, p. 2)

Posteriormente, o referido autor defende a adoção da lógica deôntica por parte do direito positivo, o que a submete à valência validade/invalidade das normas, enquanto o sistema da ciência do Direito se basearia na lógica clássica, adstrita à valência verdade/falsidade de suas proposições descritivas.

No entanto, como bem observou Ferraz Jr. (2010, p. 49), há um sentido filosófico e um sentido sociológico no processo de positivação do Direito. Não somente o direito positivo será posto por decisão, mas também as premissas da decisão, seguindo uma linha de natureza zetética. No aspecto sociológico, criará uma inestimável fonte para o Direito: a lei. O autor afirma que:

Há um sentido filosófico e um sentido sociológico da positivação. No primeiro, positivação designa ato de positivar, isto é, de estabelecer um direito por força de um ato de vontade. Segue daí a tese segundo a qual todo e qualquer direito é um conjunto de normas que valem por força de serem postas pela autoridade constituída e só por força de outra posição podem ser revogadas. Ora, à medida que tais atos de vontade são atos decisórios, positivação passa a ser termo correlato de decisão. (Ferraz Jr., 2010, p. 49)

Essa assertiva gera reflexão sobre o que viria a ser o objeto de estudo do Direito, e, orientando essa ponderação, Carvalho (2007, p. 2/3) entendeu que o objeto da ciência do direito há de ser o estudo do contexto normativo, cuja finalidade é ordenar o procedimento dos seres humanos, regulando suas condutas na relação inter-humanidade. Dessa forma, o autor passa a argumentar que o sistema do direito positivo abriga preceitos contraditórios, antinomias entre as unidades normativas, ao passo que o sistema da ciência do Direito submete-se ao princípio lógico da não contradição.

Por ora, conclui-se que o direito positivo apresenta antinomias em seu interior, enquanto que a ciência do Direito não, sendo como um todo completo, que não sofre pela existência de contradições na sua formação.

Enquanto a linguagem da ciência do Direito possui caráter descritivo, a linguagem do Direito positivo possui caráter prescritivo, submetendo-se a critérios de validação. Quanto ao objeto, a ciência do Direito terá o contexto normativo como um todo; já o direito positivo terá a norma jurídica e o ordenamento como um todo.

Fazendo uma representação gráfica, poder-se-ia dizer que a ciência do Direito e o direito positivo seriam dois círculos concêntricos, em que no foco da representação se encontraria a norma jurídica, depois se seguiria para o direito positivo e daí para a ciência do Direito. Observemos:



Após a explanação da existência desses dois panoramas caracterizados pela superposição de dois sistemas, passa-se a compreender a relação linguagem-objeto/metalinguagem, linguagem da ciência do Direito com o direito positivo e deste último com a norma jurídica, como fenômeno intersistêmico, e também na forma intrassistêmica, no interior do direito positivo, operando com a organização hierárquica dos preceitos de modo a solver as contradições no interior da linguagem prescritiva.

2 NORMAS JURÍDICAS

A ideia do que é norma jurídica apresenta uma grande noção integradora, capaz de determinar o objeto da ciência do Direito. No raciocínio de Kelsen (2006, p. 79), o Direito constituiria objeto do conhecimento jurídico-científico, em que a presteza da ciência jurídica esgota sua atividade ao conhecer as normas do Direito. Nesse raciocínio, o autor desenvolve as chamadas teoria estática e teoria dinâmica do direito, entendendo que:

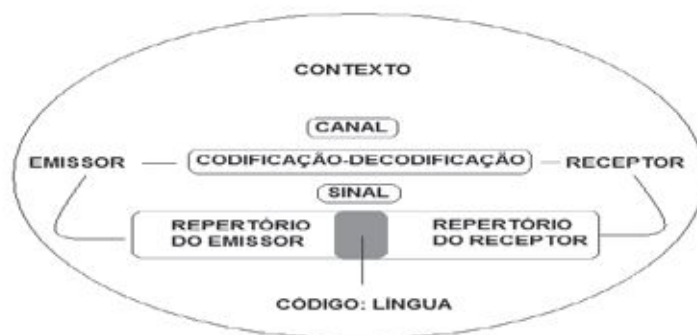
As normas reguladoras da conduta humana ou a conduta humana regulada pelas normas, conforme o conhecimento é dirigido para as normas jurídicas produzidas a aplicar ou a observar por atos de conduta humana, ou aos atos de produção, aplicação ou observância determinados por normas jurídicas, podemos distinguir uma teoria estática e uma teoria dinâmica do Direito. (Kelsen, 2006, p. 79/80)

Ao explicar as teorias, Kelsen (2006) argumenta que a teoria estática tem por objeto o Direito como um sistema de normas em vigor. Já a teoria dinâmica tem por objeto o Direito produzido e aplicado. Muito embora o autor não deixe de observar que esse processo de aplicação e produção é regulado pelo próprio Direito, destaca que

[...] os atos de produção e aplicação (que, como veremos, também é ela própria produção) do Direito, que representam o processo jurídico, somente interessam ao conhecimento jurídico enquanto formam o conteúdo de normas jurídicas, enquanto são determinados por normas jurídicas. Desta forma, também a teoria dinâmica do Direito é dirigida a normas jurídicas, a saber, àquelas normas que regulam a produção e a aplicação do Direito. (Kelsen, 2006, p. 80)

Estudando as normas jurídicas, Araújo (2005, p. 45) as insere em um panorama comunicativo, em que estas são mensagens cujo significado estaria mediata ou imediatamente relacionado com a ordenação das condutas humanas em sociedade. Ou seja, as normas jurídicas seriam comunicados do legislador com a finalidade de atingir a coletividade (o povo).

No que tange aos seus significados, as normas de comportamento deflagram significados externos ao código (o sistema jurídico) e as normas de estrutura tratam de significados internos ao código.



Importa lembrar que, nos últimos anos, desenvolveram-se inúmeras teorias pragmáticas que, embora tenham origem na linguística, acabaram por se ligar à sociologia, à lógica, à ética, à filosofia e ao direito – tendo esse percurso norteado os estudos de Austin a Habermans. Austin, por exemplo, mostrou que uma frase pronunciada, além de poder constituir uma descrição de um estado de coisas, também constitui um fato em si: passa a fazer parte do mundo, das coisas e estados das coisas, pela simples razão de ter sido dita. Já no conceito de Habermans (1981), a linguagem nasce da interação pessoal e tende para o consenso e para a racionalidade. Para o filósofo da ação comunicativa, a validade de um ato de fala (ou emissão) depende de quatro características: a primeira consiste em ser inteligível para o ouvinte; a segunda diz respeito à veracidade da mensagem, ou seja, deve corresponder ao estado das coisas descritos; deve ser justa, de modo a servir aos objetivos socialmente reconhecidos, e sincera, de modo a exprimir claramente as intenções do emissor.

Habermans buscará estabelecer uma pragmática universal com o objetivo primário de construir uma teoria filosófica da verdade lastreada no consenso.

Daí o filósofo cria, como lembra Pugliesi (2009), expressões linguísticas que refletiriam as estruturas universais da situação do discurso a que denominou universais pragmáticos. Após fixar a moldura teórica, ele estabelece cinco classes de atos de fala em que apenas os quatro primeiros pertencem aos universais pragmáticos. São eles: comunicativos, que explicam o sentido das expressões enquanto expressões, de modo a transmitir o sentido pragmático do discurso; constatativos, expressando o sentido do uso cognitivo das frases; representativos, expressando o sentido pelo qual o emissor se autorrepresenta ao receptor; regulativos, voltado ao uso prático das frases; e, por fim, os não pertinentes aos pragmáticos universais, voltados à realização de ações institucionais. Ao arguir sobre o assunto, Pugliesi (2009) complementa:

As relações instituídas pelos verbos constantes nas classes [...] são universais e interpretadas, por Habermans, segundo três distinções fundamentais necessárias ao estabelecimento de uma comunicação: 1) ser e parecer; 2) substância e aparência; 3) ser e dever. (Pugliesi, 2009, p. 50)

Voltando ao paradigma linguístico-comunicativo, ele tem como ponto forte sua capacidade de interligar coisas aparentemente dispersas. Assim, as funções da linguagem, descritas por vários autores, acabaram por ser relacionadas, por Jakobson, entre outros, a cada um de seus elementos.

O emissor envia à mensagem ao receptor, cuja essência será o conteúdo da comunicação; o canal será todo o suporte material veiculador da mensagem; o sinal, o estímulo físico utilizado para a efetuação da comunicação; o código, o sistema ao qual a mensagem se refere, de modo a lhe proporcionar significado; o contexto, o conjunto de circunstâncias físicas, sociais e psicológicas que envolvem e determinam o ato de comunicação.

Por serem mensagens, as normas jurídicas tendem a buscar a igualdade de repertórios entre o emissor e o receptor, chamada redundância, em que a totalidade da mensagem seria compreendida pelo receptor. Discorrendo sobre o tema, Márcio Pugliesi (2009) lembra que as redundâncias funcionam como objetivos, mas nunca serão alcançadas plenamente, pois cada perspectiva do intérprete sobre a mensagem gera uma mudança de seu repertório. Ou seja, o próprio observador altera seu repertório ao analisar a mensagem. No entanto, Pugliesi (2009) define as redundâncias como

[...] processos repetitivos que marcam as regras de qualquer comunicação, embora essas regras possam ser explícitas ou apenas implícitas e, portanto, desconhecidas de seus executores. [...] Quando se fala de redundância, fala-se de regras, e as regras têm que vir com os códigos informativos. (Pugliesi, 2009, p. 21)

Mesmo sendo mensagens, não há como se garantir a compreensão, pois, mesmo que se fale numa mesma conjuntura, cada indivíduo possui seu repertório. Além do contexto jurídico, há o socioeconômico e o cultural, que impede uma recepção igualitária da mensagem por cada receptor. O que se buscará é

aproximar o eixo sintático³ de cada indivíduo para uma melhor comunicação. O objetivo maior da mensagem, a redundância, não será alcançado, pois, a cada leitura sobre ela, o receptor não mais será o mesmo, uma vez que altera, de alguma maneira, seu repertório.

Ao descrever a norma jurídica, Maria Helena Diniz (2009, p. 71) a entende como um juízo, uma vez que ela é vista como o sentido de um ato de vontade que a fixa. O fim do ato da fixação da norma não seria um “dever-ser”, mas um ser que seria a conduta existente e correspondente à norma. Em suas palavras:

O ato de vontade, como ato do “ser”, tem o sentido de um “dever ser”, que é a norma. Uma norma posta na realidade do “ser” por um realizante ato de vontade é uma norma positiva. O sentido do ato de vontade ou de um ato de comando dirigido à conduta de outrem só pode ser descrito com o termo “dever ser”, pois essa conduta pode “ser”, mas pode também “não ser”, isto é, o outro pode obedecer ou desobedecer à ordem. Logo, essa conduta não entra na ordem no modo do “ser”, e sim no modo “dever ser”. (Diniz, 2009, p. 44/45)

Discorrendo sobre o assunto, Carvalho (2007) corrobora da mesma inteligência ao afirmar que “a norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito” (Carvalho, 2007, p. 8). Adiante o autor argumenta que “[...] as normas jurídicas se despregam dos textos e se interligam mediante vínculos horizontais (relações de coordenação) e liames verticais (relações de subordinação e hierarquia)” (Carvalho, 2007, p. 8).

Dessa análise se depreende que a eficácia da norma é *conditio sine qua non* para sua validade, pois, se o “dever ser” da norma não for cumprido, esta deve ser aplicada com todas as sanções a ela inerentes. Sobre a validade, Ferraz Jr. (2009) traça uma tripartição desta, em que se analisaria a validade fática da norma, posteriormente a validade constitucional e daí a validade ideal. Segundo o autor,

uma norma *vale faticamente* no sentido de ser de tal modo efetiva que, quando o comportamento que ela configura (hipótese de incidência) ocorre, a consequência jurídica que ela prevê ocorre também (sanção). A norma *vale constitucionalmente*, no sentido de que ela é conforme as prescrições constitucionais sobre a própria validade, isto é, respeita um conteúdo superior, obedece a trâmites, faz parte de um sistema unitário. Por último, *vale idealmente* quando se impõe para a solução de um conflito de interesses, em virtude de uma proposta de um

3 Em um panorama comunicativo, cada indivíduo possui duas linhas de raciocínio. Uma paradigmática, em que se faz a seleção dos signos que serão utilizados na comunicação, e a outra sintagmática, que faz a combinação desses signos selecionados de modo a construir o enunciado. Por exemplo: se uma pessoa vê João comendo feijão, ela vai dizer que João está comendo feijão. Para isso, ela vai usar seu eixo paradigmático, em que selecionará os termos “João, feijão, está e comendo”, depois os combinará com seu eixo sintagmático, de modo a dar sentido ao seu enunciado. Para uma melhor compreensão do assunto, recomenda-se a leitura de Márcio Pugliesi (*Teoria do Direito*) e Clarice Araújo (*Semiótica do Direito*).

autor nos quadros argumentativos de uma doutrina. Quando se diz, portanto, que a norma é um objeto que tem por propriedade essencial a validade, podemos estar-nos referindo a um desses três conceitos. (Ferraz Jr., 2009, p. 58)

Ainda sobre a norma jurídica, Norberto Bobbio (2005, p. 46) a separa em três valorações distintas: se a norma é justa ou injusta, se é válida ou inválida e se é eficaz ou ineficaz. Discorre que a validade no sentido fático seria a eficácia; no sentido constitucional, seria a vigência; e validade, no sentido ideal, seria a justiça da norma. Neste último ponto, o autor faz um alerta quanto às chamadas lacunas axiológicas do ordenamento jurídico, tema que também fora objeto de alerta por parte de Carvalho (2007, p. 8).

A norma é uma criação política que se submete a prudência objetiva que as circunstâncias fáticas exigem. Portanto, é um ato volitivo, pois advém da vontade do legislador, mas não arbitrário.

Com base nesse raciocínio, Diniz (2009, p. 76/77) faz uma distinção entre norma jurídica e proposição jurídica. Segundo a autora,

as normas jurídicas são estabelecidas por atos de autoridades, ao passo que as proposições são formuladas pela ciência do Direito, constituindo atos de conhecimento. A proposição é um enunciado sobre a norma jurídica que atesta sua validade. A função do enunciado é a de fazer outrem saber algo, e a da norma é a de fazer um outro querer algo, determinar sua vontade, e precisamente fixá-la, de modo que sua conduta exterior causada pelo seu querer corresponda à norma. O enunciado é o sentido de um ato de *pensar*, e a norma é o sentido de um ato de *querer* dirigido à conduta de outrem. (Diniz, 2009, p. 77)

Numa outra ótica, Kelsen (2006, p. 80) entende que a proposição jurídica se ligaria a dois elementos: a observância de pressupostos e a efetuação de uma coerção observando a forma estabelecida pela ordem jurídica. Seria, portanto, um juízo hipotético condicional em que o pressuposto seria o não cumprimento de uma obrigação e o conseqüente, a aplicação de uma sanção.

Por sua vez, Bobbio (2005, p. 72/75) advoga que a norma jurídica como uma proposição prescritiva⁴ seria um conjunto de palavras com significado, não importando os enunciados. O importante para o jurista é o significado da norma. A função prescritiva consistirá em dar comandos, recomendações, conselhos e advertências, de modo a influenciar o comportamento alheio, modificando-o.

4 Segundo o autor, proposição é “um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade” (Bobbio, 2005, p. 75), assim ele faz seu estudo em quatro fases. Na primeira, ele aborda as proposições prescritivas e sua distinção dos outros tipos de proposições; na segunda, ele faz um exame e crítica as principais teorias sustentadas sobre a estrutura da norma jurídica; na terceira, estuda os elementos específicos da norma enquanto precisão; e, na quarta fase, ele classifica as proposições jurídicas.

3 FORMULAÇÃO LÓGICA DA NORMA JURÍDICA

Embora possuam pequenas divergências, a doutrina comum⁵ entende que as normas jurídicas contêm em sua estrutura duas partes: a endonorma, estabelecida de uma prestação, e uma perinorma, estabelecida de uma sanção, no caso de descumprimento da primeira, descrevendo, portanto, uma proposição condicional⁶.

No entanto, essa postura foi fortemente criticada por André Franco de Montoro (1981, p. 168), pois ela não se completaria devido à ausência do componente que se refere ao adimplemento da norma e suas consequências jurídicas. Com base nesse raciocínio, ele propõe uma terceira via, de modo que a norma jurídica se completaria com a observância de três elementos básicos: a endonorma, que estabelecerá a prestação; a perinorma negativa, estabelecendo as consequências jurídicas no caso de descumprimento ou não cumprimento da prestação; e uma perinorma positiva, estabelecida das consequências jurídicas positivas no caso de cumprimento da prestação.

Nesse raciocínio, todas as estruturas possuem uma proposição condicional, geradora de uma relação consequente entre a endonorma e as perinormas, e uma relação disjuntiva entre as perinormas.

O referido autor fala ainda na função promocional do Direito, uma vez que este não se limitaria a aplicar sanções repressivas. Sua finalidade seria ordenar a vida da sociedade, orientando-a quanto à conduta de seus membros e atividades de suas instituições. Depreende-se que hoje o direito se voltaria a assegurar a execução espontânea de seus preceitos e, na hipótese de desobediência a aplicação da perinorma negativa, reafirma a validade da norma jurídica. É possível observar, por exemplo, algumas consequências práticas disso na dogmática penal moderna, em que a teoria da prevenção geral positiva dos delitos ratifica o raciocínio de que a aplicação de uma pena legitima os efeitos, bem como a validade da norma jurídica violada.

Tendo a noção do que vem a ser a norma jurídica e conhecendo o que vem a ser proposição jurídica, volta-se à análise da dissociação dos princípios e regras jurídicas, tema foco do presente trabalho.

3.1 PRINCÍPIOS E REGRAS JURÍDICAS

Conforme já observado, normas são os sentidos construídos a partir da integração sistemática do texto normativo. Como diria Araújo (2005), as nor-

5 O uso desse vocábulo vem da análise do estudo já feito por Maria Helena Diniz, em seu livro *A ciência jurídica* (p. 98 e ss.), e por André Franco de Montoro (*Estudos de filosofia do direito*, p. 167 e ss.). Vale ressaltar que Maria Helena faz uma análise profunda da concepção de Kelsen e Cossío a respeito da norma jurídica, entre outros autores.

6 Vale ressaltar que alguns autores tratam esses elementos formadores da norma jurídica com uma nomenclatura diversa, chamando a endonorma de preceito primário e a perinorma de preceito secundário.

mas jurídicas devem ser entendidas como mensagens dentro de um modelo comunicativo, fazendo sentido a partir da interpretação do receptor, dentro de um contexto previamente estabelecido, e que busca a redundância, de modo a assegurar a segurança jurídica.

Justamente pelo fato de as normas serem construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos é que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto e nem a ele pertencem, mas são antes construídas pelo próprio intérprete. Essas conexões compõem o chamado repertório do aplicador.

Não foram poucos os autores que propuseram definições para as espécies normativas, em especial Dworkin (2005), que fez um ataque geral ao Positivismo quanto ao modo aberto de argumentação. Para ele, as regras são aplicadas no modo tudo ou nada, no sentido de que, se a hipótese de incidência da regra for preenchida, esta ou é válida, e a conseqüente normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida.

Na hipótese de colisão de regras, Dworkin (*apud* Ávila, 2009, p. 36) diz que uma deve ser considerada inválida. Os princípios, por sua vez, não contêm os fundamentos para a decisão, mas contêm os fundamentos os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Em caso de colisão, aquele que tiver um peso maior se sobrepõe ao outro, não incorrendo na invalidação do que tiver menor peso.

Seguindo essa linha de raciocínio, Robert Alexy (*apud* Grau, 1988) aprofunda-o ainda mais, ratificando que o conflito entre regras verifica-se na validade, enquanto uma colisão entre princípio se verifica na dimensão do peso. Para o autor (2009, p. 37), os princípios jurídicos consistem apenas numa espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. É da aplicação dos princípios em casos concretos que eles são ratificados diante de regras de colisão, e, segundo Ferraz Jr. (2010, p. 188/189), esse tipo de colisão não gera antinomia.

Humberto Ávila (2009, p. 40 e ss.) traça os chamados critérios de distinção entre princípios e regras, cujo raciocínio elenca como primeiro o caráter hipotético-condicional, fundamentado no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predetermina a decisão, aplicadas no modo se, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto. O segundo critério diz respeito ao modo final de aplicação, sustentado no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto tudo ou nada, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual, mais ou menos. O terceiro critério diz respeito ao relacionamento normativo, fundamentado na ideia de que a antinomia entre as regras consubstancia-se em verdadeiro conflito, enquanto o imbricamento entre

princípios resolve-se mediante ponderação, ou seja, por meio de resolução. Por fim, ele fala no critério do fundamento axiológico, que considera os princípios como fundamento axiológico para a decisão a ser tomada.

Para se dissociar princípios de regras, deve-se ter em mente a natureza do comportamento prescrito, haja vista as regras serem normas imediatamente descritivas, pois estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, por estabelecerem um estado de coisas cuja realização seja condicionada à adoção de determinados comportamentos.

Outra maneira de se dissociar as regras dos princípios diz respeito ao modo que cada uma contribui para a decisão. Enquanto os princípios constituem normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, as regras constituem-se em normas preliminarmente decisivas e abarcantes.

A natureza da justificação exigida também serve para se dissociar os princípios das regras, pois a diferença não se dá apenas no modo de aplicação tudo ou nada, mas sim na justificação da necessidade de aplicação. As regras devem ter uma correspondência com o fato, pois possuem uma maior determinação comportamental, ao passo que os princípios devem possuir uma correlação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema jurídico não pode ser composto apenas por princípios ou por regras. Se composto apenas por princípios, seria demasiado flexível, devido à ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle do poder. Se composto somente por regras, seria demasiado rígido, haja vista a ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Portanto, cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo conceber uma sem a outra.

Uma dúvida que transcorre nesse momento diz respeito à possibilidade de lacunas entre princípios e regras jurídicas. A lacuna, como leciona Ferraz Jr. (2010, p. 188/189), ocorre quando se cria a incongruência de natureza temporal que rompe certa harmonia isomórfica que preside. Seu conceito é relacional, vindo de uma inadequação a alguma coisa. Por isso, o autor argumenta que a completude ocorre só em um sistema contraditório e o preço da consistência é a incompletude do sistema, ou seja, este apenas será estável se mantiver um mínimo de lacunas que evitem a ocorrência de antinomias em seu interior. Um sistema formal é incompleto quando se torna impossível demonstrar uma proposição passível de formulação no sistema, sendo igualmente impossível demonstrar sua negação. Não há, pois, indícios que possam dizer se a proposição é logicamente verdadeira ou falsa.

Ante os conceitos aqui trazidos, entende-se que não pode existir a possibilidade de conflito entre princípios e regras. Quando houver um conflito normativo entre regras, elas terão um princípio em comum que as fundamentam. Assim, resolvida a questão, o princípio permanecerá incólume. No caso de uma regra com dois princípios diversos, a fundamentação será feita através de análise, fazendo uso da ponderação, que seria o melhor princípio aplicado ao caso, permanecendo a regra incólume e aplicando-se um princípio mais que outro.

Portanto, por possuírem dever imediato distinto – promoção de um estado ideal das coisas (princípios), adoção da conduta descrita (regras) –, dever mediato também diferente – adoção da conduta necessária (princípios), manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores (regras) –, causa de justificação própria para cada – correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal das coisas (princípios), correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato (regras) – e pretensão de decidibilidade também distintas – concorrência e parcialidade (princípios), exclusividade e abrangência (regras) –, entende-se que não ocorrem lacunas entre princípios e regras, mas que está plenamente demonstrada a gritante diferença entre ambos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ARAUJO, Clarice von Oertzen. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. Bauru: Edipro, 2005.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *A ciência jurídica*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana e a teoria e a prática da igualdade*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros.
- HABERMANS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão descentralizada*. Trad. Lúcia Aragão. V. Daniel Camarinha da Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MONTORO, André Franco de. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- PUGLIESI, Márcio. *Teoria do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.