

# Teoria Geral do Direito

Professor Alexandre Travessoni

## Ponto 1.1: Conceito da norma jurídica

- A norma é um juízo prescritivo

Para Kelsen, existe uma clara distinção entre **SER** e **DEVER SER**.

### 1. **SER**: Âmbito dos fatos, no qual as coisas são.

Descreve o comportamento efetivo e se deriva da natureza

Ex.: Campo de estudo da sociologia

### 2. **DEVER SER**: Âmbito normativo. Não é, mas tem uma razão para que seja.

Descreve a norma e é um produto da mente humana

Ex.: Campo de estudo da ciência Jurídica

No entanto, o **SER** e o **DEVER SER** se relacionam, segundo Kelsen: 1) Um **SER** pode corresponder a um **DEVER SER** ou 2) Um **DEVER SER** só se estabelece caso corresponda a um **SER** possível.

- Sentido de LEI

**LEI DESCRITIVA: SER**



Leis **CAUSAIS**: Se utilizam do princípio da causalidade (**Se A é, B é**).

EX.: Leis da natureza

**LEI PRESCRITIVA: DEVER SER**

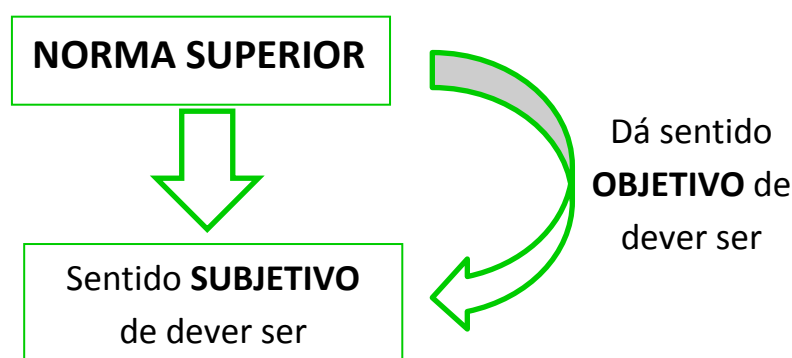


Leis **PRESCRITIVAS**: Normas do agir. Princípio da imputação

Ex.: Direito; ética (moral).

## Observação: conceitos em Kelsen

- Causalidade (descrição)  
"Se A é, B é"
- Imputação  
"Se A é, B **deve ser**"



Ex.: Você não deve matar (ato de vontade com sentido **SUBJETIVO de dever ser**), pois a lei brasileira não permite (dá sentido **OBJETIVO**).

- Distinção entre DIREITO e MORAL

**Em Kelsen:** A única distinção está na presença da COERÇÃO (ato de força como sanção) apenas no DIREITO. Além disso, o direito é INSTITUCIONALIZADO e a moral é uma CONVENÇÃO SOCIAL. Tanto o direito quanto a moral possuem SANÇÃO (mesmo que em diferentes níveis) e essa gera uma espécie de medo que força o cumprimento da norma.

**\*Para Kelsen, TODA a violação de um dever jurídico leva à sanção e, por tanto, ao uso da força.**

**Em Robert Alexy:** Tanto o direito quanto a moral possuem a PRETENSÃO DE CORREÇÃO, mas apenas o direito admite a POSSIBILIDADE DO USO DA FORÇA (COERÇÃO).

## Observações sobre os textos do ponto 1.1 (Kelsen; Travessoni).

- Kelsen busca estabelecer a **PUREZA** do direito, separando completamente a ciência do direito das demais ciências sociais, excluindo tudo que não se relacionasse diretamente com o **objeto** dessa ciência, o **DIREITO**. Em sua ótica, isso evitaria o chamado **SINCRETISMO METODOLÓGICO**, que obscurece a essência da ciência jurídica.
- Influências de Kant em Kelsen: Busca em estabelecer a **possibilidade de ciência** além da forte **valorização do método** utilizado.



Dessa forma, Kelsen é considerado uma síntese entre Kant (por suas preocupações epistemológicas) e o Positivismo (por sua concepção positivista de ciência), buscando uma ciência do direito AUTÔNOMA e INDEPENDENTE.

## Ponto 1.2: Estrutura da norma jurídica

- Doutrina Tradicional


Norma 1ª —————> Não deve ser A (primária)

Norma 2ª —————> Se A, deve ser B (secundária)

- Teoria da estrutura hipotética da norma jurídica (Kelsen)

N. Autônoma: Se A, deve ser B —————> Norma primária (autêntica norma jurídica)

N. Não-Autônomas: Não deve ser A —————> Norma supérflua

- 
- Estabelecem poderes
  - Derrogam
  - Estabelecem condições para a aplicação de outras normas

### Observações:

- \* Para Kelsen, o DEVER (conduta que evita a sanção) só existe quando é colocada uma SANÇÃO.
- \* A norma supérflua tem esse nome, pois ela pode ser deduzida da norma primária.
- \* A estrutura da norma de Kelsen se ocupa da **estrutura da norma** e não do **texto** dela. Se ele se ocupasse do texto, o único tipo de norma que se encaixaria no modelo de Kelsen seriam as normas penais.

### A CRÍTICA DE HART A KELSEN:

- O direito não pode ser uma ordem coercitiva.

Segundo Hart, apenas as regras primárias possuem sanção, enquanto as secundárias não possuem tal caráter. Então, não é possível caracterizar o direito como uma ordem coercitiva à medida que nem todas as normas possuem sanção.

Para Hart, Kelsen faz uso de argumentos muito artificiais para justificar que toda regra é dotada de sanção, pois ele REDUZ O CONCEITO DE NORMA, evitando chamar de regras àquelas que não possuem sanção.

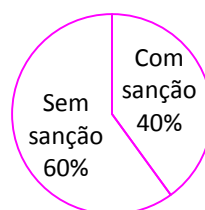
## ESQUEMA DE KELSEN

### NORMAS



## ESQUEMA DE HART

### NORMAS



Observação: Apesar das teorias parecerem muito distintas, elas se assemelham. Eles tiveram a mesma imagem do direito, mas interpretaram de modos diferentes.

### Ponto 1.3 – Destinatários da Norma Jurídica

Teorias distintas acerca do destinatário

**Teoria A:** As normas se destinam às AUTORIDADES (aplicadores do direito). Ex.: O direito obriga o juiz a condenar quem pratica o estupro, e não o indivíduo a não praticar estupro.

**Teoria B:** O destinatário é o CIDADÃO. As normas são feitas para os cidadãos comuns, e não para as autoridades.

Para Travessoni, Bobbio e de acordo com a interpretação não clássica de Kelsen, ambas as teorias são muito radicais. Para eles a norma poderia ser destinada tanto aos cidadãos quanto às autoridades.

### Ponto 1.4 – Classificação das Normas Jurídicas

- Tese de Hart: Direito = Conjunto de regras
- Tese de Dworkin: Direito = Regras + Princípios

\* Na realidade, os Princípios para Dworkin são o mesmo que algumas regras para Hart, as chamadas REGRAS DE TEXTURA ABERTA (normas mais gerais e indeterminadas).



Ou seja, o que Dworkin chama de PRINCÍPIOS, Hart chama de NORMAS DE TEXTURA ABERTA.

- Crítica de Dworkin aos positivistas:

Positivismo defende um MODELO DE REGRAS (não admite princípios). E, o fato de os positivistas defenderem um modelo de regras leva à defesa de um poder discricionário (mais de uma solução possível para um caso, coisa que Dworkin refuta). No entanto, Travessoni afirma que, na realidade é a defesa do poder discricionário que leva a um modelo de regras e que Dworkin está equivocado em sua crítica.

Obs.:

#### CRITÉRIO LÓGICO (Dworkin):

\*Princípios (prima-face): Na colisão de conflitos, um não invalida o outro.

\*Regras (tudo ou nada): No conflito entre regras, se uma for válida, a outra é considerada inválida. Outra opção seria a existência de uma cláusula de exceção, que deveria estar presente na própria norma.

\*\*Critério que muitos dizem ser baseado no CRITÉRIO LÓGICO, apesar de Dworkin negar esse fato.

#### CRITÉRIO DA GENERALIDADE:

\*Diz respeito ao destinatário da norma

\*Quanto mais GERAL a norma, maior o poder discricionário, ou seja, maior a brecha para escolhas e soluções distintas.

\*Segundo Kelsen, existem 4 âmbitos de generalidade:

- Material (o que deve ser feito)
- Espacial (onde deve ser feito)
- Temporal (quando deve ser feito)
- Pessoal (quem deve fazer)

- Teoria de Alexy sobre a Classificação das n. jurídicas

Normas são divididas entre PRINCÍPIOS e REGRAS

1. PRINCÍPIOS (comandos de otimização) são comandos que determinam que algo seja cumprido na máxima medida do possível – Dever ser IDEAL (Noção quantitativa: pode ser cumprida em graus)
  2. REGRAS (comandos definitivos) são comando que determinam que algo seja realizado – Dever ser REAL (noção qualitativa: é cumprida ou não)
- De acordo com Alexy, para resolver o choque entre princípios se deve usar a PONDERAÇÃO/SOBESAMENTO. Nesse caso a MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE deve ser adotada. Máxima que é dividida em 3 outras máximas parciais:
    1. Máxima parcial de adequação:  
Análise do meio e do fim.
    2. Máxima parcial de necessidade:  
Dos vários meios possíveis, é escolhido o menos gravoso para o outro princípio em choque.
    3. Máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito:  
Testa-se a aplicação dos dois princípios em choque no caso concreto, colocando-os em uma escala racional de importância e optando pelo considerado mais importante.

\*Quando não há empate entre os princípios, a decisão se torna VINCULANTE, e só existe uma resposta correta para o caso.

\*\* Se der EMPATE, o caso não poderá ser resolvido pela teoria dos princípios. Existiria mais de uma resposta correta ao caso, e o juiz deveria optar por uma das respostas, embasando-a racionalmente.

- Críticas de Habermas à teoria de Alexy
  - Ponto central: Essas definições seriam ARBITRÁRIAS
  - \*Alexy responde afirmando que, a decisão não é arbitrária, já que passa por uma discussão racional.
  - Essa teoria leva ao esvaziamento das forças normativas dos princípios, já que, para ele, a conduta é, ou não é ilícita.
  - \*Alexy responde que, de fato, condutas são ou não ilícitas, mas que elas podem variar em graus segundo sua ilicitude.

### Ponto 1.5 – Funções da norma jurídica

- Doutrina Tradicional:
  - Proibir
  - Ordenar/Obrigiar
  - Permitir
- Kelsen
  - Une a função PROIBIR e ORDENAR, pois a norma que proíbe, pode proibir tanto uma ação quanto uma omissão (proibir uma omissão = ter uma obrigação).
  - Além disso, para Kelsen, não existem normas permissivas, já que a permissão de algo se dá quando há a ausência de norma que obrigue ou proíba a ação.

\*Permissão NEGATIVA: Não regulamentar=regulamentar

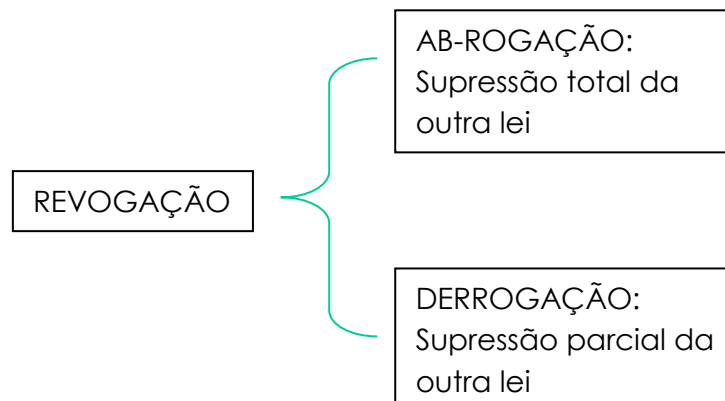


\*Permissão POSITIVA: Quando uma norma (2) DERROGA/NEUTRALIZA uma norma (1) que proíbe uma conduta X, tornando, então, tal conduta X permitida positivamente.

- Kelsen também acrescenta outra função às normas: ATRIBUIR PODERES (tipo de norma não autônoma). Dentro dessa concepção, para que um PODER se transforme em um DEVER, é necessário que seja estabelecida uma norma que ordene que o indivíduo exerça tal poder.

- Distinções conceituais (1):

Doutrina tradicional:

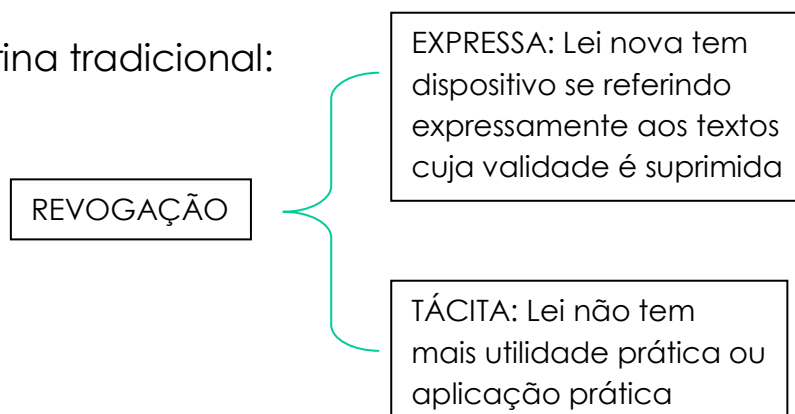


Para Kelsen:

DERROGAÇÃO: Supressão total de uma lei por outra

- Distinções conceituais (2):

Doutrina tradicional:



## Ponto 1.6-Finalidade das Normas Jurídicas

- Finalidade Teleológica do Direito (diz respeito aos fins)
- Para quê existe o Direito?
  1. **Jusnaturalismo**: Tentar efetivar um Estado IDEAL (Justo, que pra eles possui apenas uma única definição). O ponto negativo é seu caráter dogmático, ou seja, inquestionável.
  2. **Positivismo**: Finalidade de regulamentar condutas e exercer controle social. O conceito de justiça, em crítica ao Jusnaturalismo, é relativo, e não uma verdade absoluta.
  3. **Procedimentalistas/pós-positivistas**: Finalidade é a justiça produzida pelo procedimentalismo racional. Defendido por Alexy e Habermas.

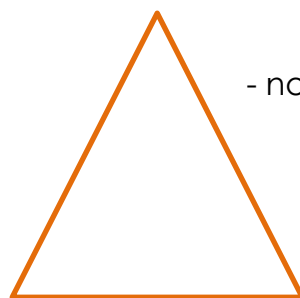
## Ponto 2.1 e 2.2 -Conceito de Ordenamento Jurídico

- O ordenamento é um CONJUNTO de normas, organizado em um sistema (unidade/ordem).

Não pode haver apenas uma norma no ordenamento. Se isso ocorresse, tal norma só poderia PROIBIR tudo, PERMITIR tudo ou OBRIGAR tudo, o que não é possível na prática.

- Os ordenamentos podem ser concebidos como escalonados ou em forma de pirâmide.

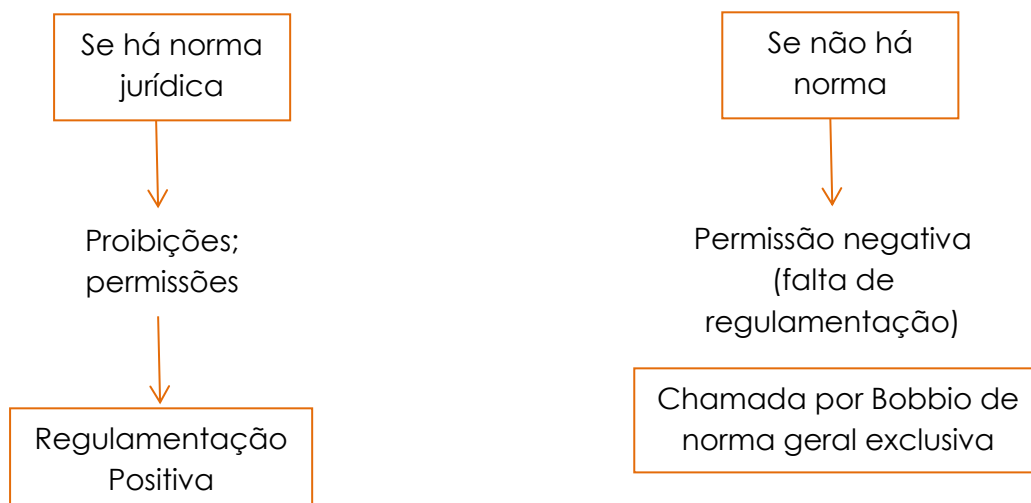
Norma Fundamental



- normas e + gerais

+ normas e +específicas

- Consequências da concepção do direito como conjunto de normas
  1. Completude (o direito deve dar solução a todo e qualquer caso, o que não significa que deve haver uma lei para cada caso).
  2. Coerência
- A completude:



\***Norma geral exclusiva:** Define que o que não é proibido, é negativamente permitido (Art. 15, II da CF). Se ela não for posta, deve ser pressuposta.

\***Norma geral inclusiva:** Se não se encontra a solução na lei, ela pode ser regulamentada por outras fontes do direito (costumes, analogia...), indicadas pela norma geral inclusiva (Lei de introdução ao Direito Brasileiro; art. 4º). \*A lacuna surge quando não há norma geral inclusiva.

- Integração: Forma de preencher a lacuna
  1. Auto integração: analogia (os casos devem ter semelhanças concretas e só existe pois o legislador não é perfeito) e princípios gerais (para Bobbio, quando se aplica algum princípio, não se configura lacuna, apenas aplica-se a lei. O problema é que

princípios são muito amplos e não fornecem sanção específica).

### Obs.: Interpretação analógica # analogia



2. Hetero integração: outras fontes que não o direito (**moral** – é relativa, por isso, tem difícil aplicação em casos concretos; **costume** – só é reconhecido quando há necessidade jurídica e é criticado por diversas escolas, como a de exegese).

### Ponto 2.3-Coerência

- A coerência é uma necessidade prática do ordenamento, que garante seu bom funcionamento.
- Antinomias: Conceito e classificação
  1. Conceito: choque entre **NORMAS** quando existe mais de uma regulando o mesmo caso (incoerência normativa). Ele deve abranger os quatro âmbitos de vigência da norma: temporal, espacial, material e pessoal.

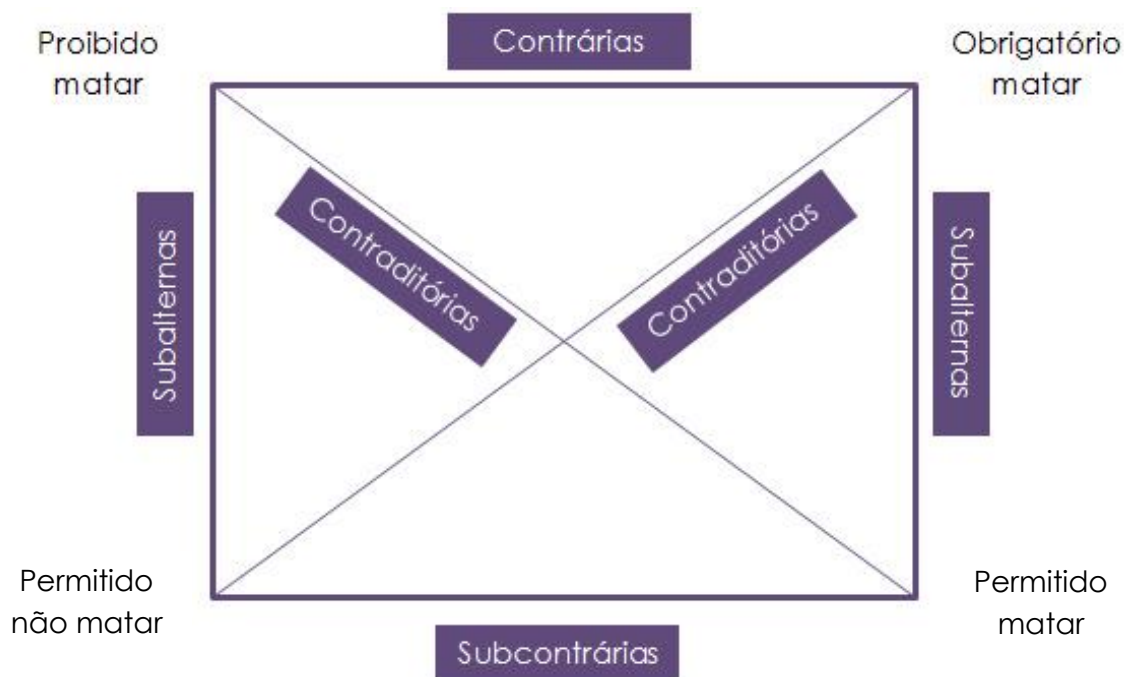
Atenção: Para que exista uma antinomia, é necessário:

1. Haver toque entre âmbitos de vigência, mas não precisa ser total. (Ex.: P fumar no 13º andar-inclui banheiros, corredor, sala 301 e 302/F fumar na sala 301). **HÁ** antinomia.
2. Haver incoerência entre todos os âmbitos. (Ex.: P alunos fumarem no 1º andar/F professores fumarem no 1º andar pela manhã). **NÃO** é uma antinomia, pois o âmbito pessoal não é incoerente, apesar do resto ser.

2. Classificação:
  - a. Se os critérios consolidados resolvem a antinomia, ela é chamada **antinomia aparente**.

b. Se os critérios não são capazes de solucioná-la, ela se chama **antinomia real**.

- Quadrado Lógico Normativo:



Atenção:

- Duas proposições **contrárias** podem ser simultaneamente, **falsas**. No entanto, as **contraditórias** não, pois elas são eliminatórias entre si.
- As antinomias acontecem entre **normas contrárias** e **contraditórias**.

Tipos lógicos dos choques:

- **Contrários**: OBRIGATÓRIO/PROIBIDO
- **Contraditórios**: PROIBIDO/PERMITIDO ou OBRIGATÓRIO/PERMITIDO

## Antinomias: Classificação quanto à extensão ( **muito importante**)

### 1. Choque Total-Total:

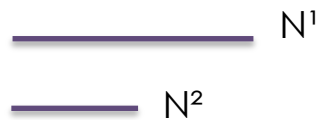
Todos os âmbitos normativos são iguais



Obs.: Apenas uma conduta é regulada.

### 2. Choque Total-Parcial:

Parte de uma norma entra em choque com a totalidade da outra (ocorre entre normas gerais e específicas).



Obs.: duas condutas são reguladas.

### 3. Choque Parcial-Parcial:

Partes das normas entram em choque.

Ex.: N<sup>1</sup>: P fumar **cachimbo** e cigarro

N<sup>2</sup>: F fumar **cachimbo** e maconha



Obs.: Três condutas são reguladas (uma delas por N<sup>1</sup>, a outra por N<sup>2</sup> e a última por ambas, N<sup>1</sup> e N<sup>2</sup>).

### Atenção:



N<sup>1</sup> torna N<sup>2</sup>  
INVÁLIDA, ou  
vice versa.

2. \_\_\_\_\_ N<sup>1</sup>  
          \_\_\_\_\_ N<sup>2</sup>

Basta criar uma  
cláusula de  
exceção para N<sup>2</sup>.

Critérios para a resolução de antinomias ( **muito importante**)

- **Critério Cronológico:** Norma posterior derroga anterior.  
Ex.: N<sup>1</sup>/2000 – P pisar na grama  
      N<sup>2</sup>/2012 – F pisar na grama (**prevalece**) } Antinomia aparente
- **Especialidade:** Norma especial derroga geral.  
Ex.: N<sup>1</sup>- F pisar na grama no parque  
      N<sup>2</sup>- P pisar na grama no parque na área de convivência (**prevalece**) } Antinomia aparente
- **Hierárquico:** Norma superior derroga norma inferior.  
Ex.: N<sup>1</sup>- Lei M: P pisar na grama (**prevalece**) } Antinomia aparente  
      N<sup>2</sup> Decreto D: F pisar na grama

Metacritérios (usados quando há conflito entre princípios):

### 1. Cronológico x Especialidade

Norma anterior especial x Norma posterior geral

\*Obs.: Há exceções nesse metacritério

### 2. Cronológico x Hierárquico

Norma superior anterior x Norma inferior posterior

### 3. Hierárquico x Especialidade

Norma superior geral x Norma inferior especial

Não há metacritério, é chamada de antinomia **REAL**. Porém, costuma prevalecer a norma superior, já que esta é mais difícil de ser revogada, garantindo a segurança do sistema.

## Ponto 3.0 - Técnica Jurídica

- Técnica: **meio** utilizado para atingir um **fim**

Técnica

- A técnica jurídica é subdividida em três:
  1. Técnicas da ciência do direito.
  2. Técnicas de produção (criação de leis).  
**Obs.: não confundir com processo legislativo**
  3. Técnicas de aplicação (produção de sentenças circunscritas à lei).
- Características do texto normativo:
  1. Não são escritos no imperativo. Geralmente usa-se o presente ou o futuro do indicativo.
  2. Escrito no padrão culto de forma clara.
  3. Uso de linguagem técnica para promover a precisão terminológica.
- Estrutura do texto normativo no Brasil:
  1. Unidade fundamental: **artigo**
  2. Deriva-se do artigo, nessa ordem: **parágrafo** (explicativo); **inciso** (lista de condições, direitos e etc. Não precisa estar dentro de um parágrafo); **alínea** (lista dentro dos incisos); **itens** (lista dentro das alíneas).
  3. Os **artigos** se agrupam em **capítulos**, que se agrupam por **títulos**, que se agrupam por **livros** que, por sua vez, estão dentro de **partes**. Além disso, os capítulos podem se agrupar em **seções**, que se agrupam em **subseções**.
  4. **Disposições Gerais** são regras que se aplicam a todas as leis reguladas por elas. Normalmente, encontram-se nas partes gerais dos códigos.
  5. **Disposições Transitórias** regulam a passagem da lei antiga para a nova.



