

# Caderno de Teoria Geral do Direito

---

Carolina Paim Silva, 2013/2

## Sumário

1. Norma Jurídica .....	1
1.1 Conceito .....	1
1.2 Estrutura.....	3
1.3 Destinatários .....	6
1.4 Tipologia (Classificação) .....	6
1.5 Funções .....	10
1.6 Finalidade .....	11
2. Ordenamento Jurídico.....	13
2.1 Conceito: .....	13
2.2 Completude (integração) .....	13
2.3 Coerência (choques-antinomias) .....	16
3. Técnica Legislativa.....	17

## 1. Norma Jurídica

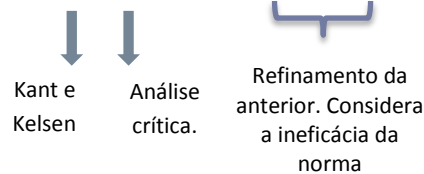
### 1.1 Conceito

- É um tipo de norma.
- Conceito de *nomos* vem da Grécia antiga.
- Kant: inaugura na filosofia o método crítico (filosofia transcendental)
  - Crítica da Razão Pura → inicia a fase crítica de Kant.
  - Ser (*sein*) X Dever ser (*sollen*)
    - Todo conhecimento começa com a experiência, mas nem todo ele se processa nela.
    - Embate entre empirismo e racionalismo
    - Como são possíveis as leis da natureza?
      - A experiência é a mãe de toda verdade.
    - Sobre as ações humanas, a experiência é a mãe de todo o engano.
    - Kant distingue o ser do dever ser.
- Não se pode falar em normas sem mencionar a distinção entre “ser” e “dever ser”.
  - Há, obviamente, uma relação entre “ser” e “dever ser”. Não há, no entanto, derivação automática entre os dois – É uma distinção analítica
  - Falácia naturalística: derivar um “dever ser” de um “ser”.

- As normas estão no plano do “dever ser”.
  - A existência de normas só faz sentido no plano da liberdade (Em Kant, Leis da Liberdade).
  - A norma é uma prescrição. No campo do “ser”, há uma descrição.
  - Norma ineficaz: não há correspondência entre o substrato do “dever ser” e do “ser”.
  - O “dever ser” vem da razão (Imperativo Categórico)
    - Deveres perfeitos e deveres imperfeitos.
- Há dois sentidos para a palavra “lei”.
  - Descritivo (ser)
    - Leis da Natureza e Leis Sociais.
    - Regido pelo princípio da causalidade
  - Prescritivo (dever ser)
    - Direito, Moral e convencionalismo sociais.
    - São “leis do agir” ou “leis da liberdade”
    - São regidas pelo princípio da imputação
      - Se A é, B deve ser.
    - Para Kant, Direito e Moral são um conjunto de normas que emanam da razão. Para Kelsen são ordens sociais positivas.
    - Poder: A tem poder sobre B se a vontade de A determinar a conduta de B.
- Kelsen:
  - Ciências
    - Sociais
      - Causais: sociologia.
      - Normativas: ética (moral) e ciência do Direito.
    - Naturais
      - Causais
- Norma é lei no sentido prescritivo
- A palavra lei, no Direito, pode significar a própria norma ou uma fonte de normas.
- Sentidos de “dever ser” em Hans Kelsen: há no Direito e na Moral.
  - Objetivo: consideração do ato, por terceiros, como válido.
  - Subjetivo: ato de vontade que se dirige a uma conduta intencionalmente.
  - Em Kelsen, o que confere um sentido objetivo de dever ser a uma norma é uma norma superior.
- A ideia de norma como esquema de organização.
  - O Direito apresenta coerção e a Moral, sanção. Além disso, a Moral não é institucionalizada, enquanto o Direito é.
  - O que torna possível a comunicação é o uso público comum da relação entre signo e significado.
  - Na moral, é mais difícil de se identificar uma autoridade e, portanto, mais difícil a identificação da presença do sentido objetivo de dever ser.
  - No Direito, essa identificação se dá de maneira muito mais clara, já que o Direito é razão institucionalizada.

- Quem na Moral tem a autoridade para aplicar a sanção a um caso concreto que fere uma norma Moral? Essa dificuldade se dá pela não institucionalização da moral.
- O Direito tem uma objetividade maior que a Moral.

	Sanção	Coação	Coerção	Coação psicológica
Direito	✓	✓	✓	✓
Moral	x	✓ x	x x	x ✓
Convencionalismo Social	x	✓ x	x x	x ✓



- Coação: atos de força como sanção.
- Coerção: possibilidade de atos de força como sanção.
- Coação psicológica: medo da sanção negativa ou desejo da sanção positiva que “força” o sujeito a cumprir a norma.
  - Há quem chame isso de coação.

→ Diferença específica entre o Direito e as outras ordens sociais

- A tese de que o Direito apresenta sanções e as outras ordens sociais não é difícil de ser sustentada, posto que há as reprovações do grupo (chegando até à exclusão do membro) e, no campo religioso, há a praga no além (segundo Kelsen).
- A sanção não é a diferença específica entre o Direito e as outras normas sociais, portanto.
- Todo dever jurídico deve prever um ato de força como sanção. Mesmo que ele esteja apenas no final da cadeia de imputação.
- Sanção {
  - Atos de força como sanção.
  - Sanção.

	Coerção	Pretensão de coerção*
Direito	✓	✓
Moral	x	✓
Bando de saltadores *	✓	x

} Robert Alexy

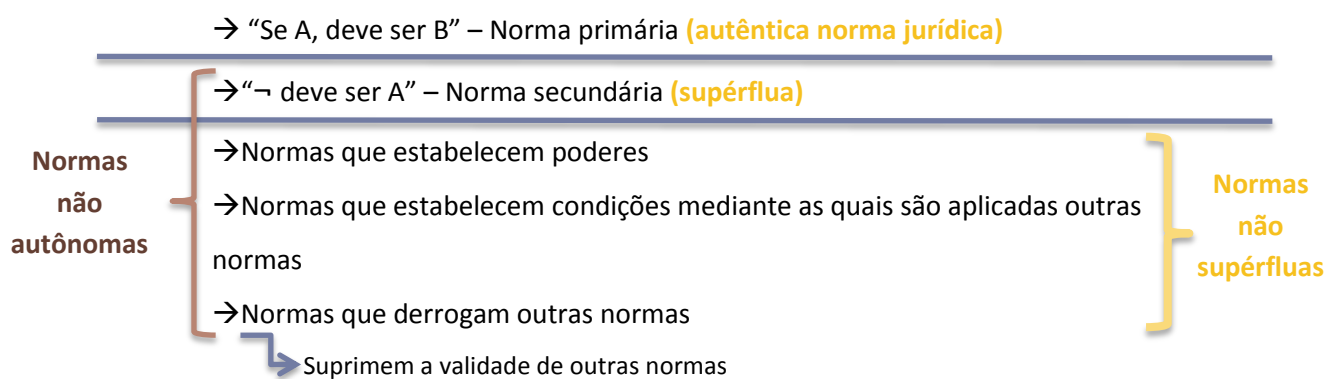
\* correções: bando de salteadores e pretensão de correção

### 1.2 Estrutura

→ Teoria da estrutura hipotética da norma jurídica de Hans Kelsen.

- A norma é um sentido de um ato de vontade.
- A autêntica norma jurídica tem estrutura hipotética.
- Doutrina tradicional, segundo Kelsen:
  - Norma jurídica primária: “¬ deve ser A” → Norma jurídica por excelência.

- Norma jurídica secundária: “Se A, deve ser B.”
- Na doutrina kelseniana:
  - “Se A, deve ser B” → Norma jurídica autêntica: liga a uma ação uma sanção.
  - “¬ deve ser A” → Supérflua: pode ser deduzida da autêntica norma jurídica.
    - Atenção: não é supérflua a existência do dever, mas a sua enunciação, já que essa norma está implícita na norma primária de Kelsen.
- Kelsen defende a existência de normas não autônomas, a começar pela norma secundária. Há também normas não autônomas, que não são supérfluas (não decorrem de outras normas e são necessárias para a existência do Direito).



- Observação: normas que estabelecem deveres são diferentes de normas que conferem poderes.
- Kelsen não se refere à estrutura do texto ou da lei. Sua estrutura é sobre a norma.
  - Apenas no Código Penal e no de Trânsito há leis com a estrutura teorizada por Kelsen.
- Sanção = ato de força ≠ punição
  - Pena
  - Reparação de bens
  - Multa
  - Sanção premiativa

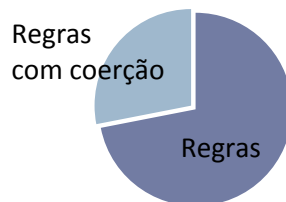
→ Críticas a Kelsen: H. L. A. Hart.

Regras primárias: Dever + Sanção/coerção

Regras Secundárias:

- Reconhecimento
- Produção/Modificação
- Aplicação

- Regras primárias: podem ser entendidas como correspondentes às normas primárias e secundárias de Kelsen, já que Hart não separa analiticamente as normas que estabelecem dever e sanção.
- Regras de reconhecimento: podem ser entendidas como correspondentes à norma fundamental de Kelsen.
  - É, segundo Hart, fática, o que seria uma diferença em relação à norma fundamental.
- Regras de produção e de aplicação: podem ser entendidas como correspondentes às normas não autônomas de poder da teoria kelseniana.
- Hart critica Kelsen afirmando que não se pode definir o Direito como ordem coercitiva, já que nem toda norma tem sanção e coerção.
  - Para se afirmar que toda regra tem coerção deve-se ou diminuir o conceito de regra ou aumentar o conceito de coerção, já que, para Hart, regras com coerção são tipos específicos de regras.



- “Aumentar o conceito de coerção/sanção”: nulidade como sanção, reparação de danos como coerção.
- “Diminuir o conceito de regra”: Kelsen adota isso de maneira a defender que as normas sem sanção não são normas autênticas, mas normas não autênticas.
- Sanção em Kelsen = Ato de força

≠

Sanção em Hart = Pena

- Hart diminui excessivamente o conceito de sanção.
- Hart não percebeu essa diferença conceitual entre a sua teoria e a de Kelsen.
- Críticas a Kelsen: Miguel Reale.
  - Há normas sem coerção.
    - Exemplo: “Brasília é a capital da República”
    - Brasília é a sede dos poderes legislativo, executivo e judiciário.
  - Para Kelsen, essa norma é não autônoma que estabelece condição para aplicação de outras normas.
- Sanção premial: também está ligada a um ato de força como sanção.
  - Pressuposto → Pena } implica em um dever para quem pratica
  - Pressuposto → Prêmio } não implica em um dever para quem pratica
    - Se o prêmio não for entregue, pode-se entrar em ação judicial o que poderá chegar a um ato de força.
- Dever jurídico → Possibilidade de um ato de força como sanção

### 1.3 Destinatários

- Bobbio entende que a ordem jurídica é destinada às autoridades.
  - O Direito não prescreveria condutas aos indivíduos, mas prescreveria sanções a determinadas condutas.
  - Essa ideia esquece que existem normas que atribuem deveres.
- Pode-se entender, por outro lado, que o Direito é destinado aos cidadãos.
  - Segundo essa ideia não faria sentido a existência de sanções.
  - É incompatível com a realidade do ordenamento jurídico.
  - A → Ob } Autoridades
  - ↑ }  
    Fa } Cidadãos
    - O Direito se comunica tanto com os cidadãos quanto com as autoridades.
  - Observância (cidadãos) X Cumprimento (autoridades)
    - Observância: pratica da conduta que evita a sanção, pode ser denominada também como cumprimento.
    - Cumprimento: aplicação da sanção, pode ser denominado também como aplicação.

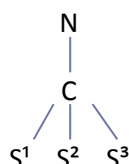
### 1.4 Tipologia (Classificação)

- Princípios configuram um tipo de norma enquanto, enquanto regras são outro.
- Há, ainda, quem defenda que não se deve diferenciar princípios de normas e quem entenda que princípios são valores (são axiológicos; supra positivos).
- O tema ganhou destaque com os escritos de Ronald Dworkin.
- 60: Dworkin – “O Modelo de Regras”
- 70: Dworkin – “Levando direitos a sério”
  - Capítulo II: O Modelo de Regras I
  - Capítulo III: O Modelo de Regras II
  - O positivismo como modelo de regras
    - Para Dworkin, o modelo mais avançado do positivismo Jurídico é o de Hart.
- Joseph Raz – “Legal Principles and the Limits of Law”
  - Críticas à tese de Dworkin.
- No Brasil, as teses de Dworkin foram aceitas de maneira praticamente acrítica.

#### Dworkin

1. O positivismo jurídico é um modelo de regras.
  2. O fato de o Positivismo defender um modelo de regras leva os positivistas à defesa do Poder Discricionário.
    - É uma implicação: Modelo de regras → Poder Discricionário
    - Apesar de ser falsa, ela tem um ponto certo: os positivistas defendem um Poder Discricionário.
- Poder discricionário

Critério clássico da generalidade (positivista).



→ Tese da única resposta. O Direito só admite uma resposta para o mesmo caso.

→ Ideia de Dworkin.



→ Regras (Hart) ≠ Regras (Dworkin)

Direito é um conjunto de regras	Direito é um conjunto de regras e princípios.
---------------------------------	---

→ Regras (Dworkin)

- São um tipo de norma.
  - Normas: regras + princípios
    - Critério de distinção: critério lógico e critério da fonte.

→ Regras (Hart)

- São normas.
  - Há regras no sistema de Hart que têm a mesma propriedade dos princípios em Dworkin.
  - Regras podem ser mais ou menos gerais (textura aberta)
    - Quanto mais geral, maior sua textura aberta e maior a sua indeterminação.

→ Segunda tese de Dworkin

“Princípios<sup>D</sup> dão mais margem à defesa do Poder discricionário que as Regras<sup>D</sup>”

→ Critério lógico de Dworkin

- Apesar de sua defesa em contrário, é “igual” ao critério da generalidade.
  - Diz respeito à estrutura lógica do padrão.
- Os princípios são *prima facie*: admitem exceções.
  - Podem existir princípios conflitantes (a validade de um não implica na invalidade do outro)
- As regras são “tudo ou nada”: são absolutas.
  - Se existirem regras que se chocam, a validade de uma invalida a outra.
  - A solução seria sintetizar com uma cláusula de exceção (exceção prevista).
  - Todas as exceções da regra tem que estar contidas em sua própria formulação (não seriam, então, exceções).
    - Ponto de discordância entre Dworkin e Alexy.

→ Critério de fonte de Dworkin

- É obscuro no texto de Dworkin.
- Não pode ser critério para distinguir regras de princípios.
- Ele mesmo menciona a existência de princípios e regras autoritativos (jurídicos) e não autoritativos (morais).

→ Quatro âmbitos de vigência da norma (Kelsen)

- Temporal;
- Espacial;
- Pessoal;
- Material.

Todo preso **tem liberdade de expressão.**

Em Bobbio: **geral** e **abstrata.**

Em Alexy: **universal** e **geral.**

Todo preso **tem direito de tentar converter outros presos.**

Em Bobbio: **geral** e **concreta.**

Em Alexy: **universal** e **especial.**

**Fulano tem liberdade de expressão.**

Em Bobbio: **especial** e **abstrata.**

Em Alexy: **particular** e **geral.**

**Fulano tem direito de tentar convencer outros presos.**

Em Bobbio: **especial** e **concreta.**

Em Alexy: **particular** e **especial.**

- **Generalidade 1:** generalidade do destinatário.
- **Generalidade 2:** generalidade da prescrição.
- Por análise conceitual, a generalidade do destinatário não infere na diferenciação entre princípios e regras. O que faz isso é a generalidade da prescrição (para Bobbio: abstração).
- A generalidade em Alexy é quantitativa, enquanto em Dworkin é qualitativa.

### **Robert Alexy**

- 78: Teoria da Argumentação Jurídica (tese de doutorado)
- 82 – 85: Tese de habilitação - Teoria dos Direitos Fundamentais
- 92: Conceito e validade do Direito
- Normas: regras + princípios
  - Teorema da colisão: a distinção entre regras e princípios é percebida quando do choque.
- *Gebot*: ordem, comando, mandamento
- Princípios: comandos que determinam que algo seja realizado na máxima medida possível (dever-ser ideal)
  - São **comandos de otimização.**
- Regras: comandos que determinam que algo seja realizado (dever-ser real).
  - São **comandos definitivos.**
  - Não admitem o cumprimento em graus.
  - Só há duas possibilidades: cumprimento ou descumprimento.
- Fundamentação racional de juízos
- Choques de princípios: ponderação/sopesamento
- Máxima da proporcionalidade (tem fundamento no Tribunal Constitucional da Alemanha)
  - É o critério de resolução de confronto de princípios
  - Tem a estrutura de uma regra
    - (P<sup>1</sup> P P<sup>2</sup>)C
  - É conhecida também por Princípio da Proporcionalidade



→ São critérios de escolha entre soluções.  
→ Dizem respeito às possibilidades fáticas do caso em questão.  
→ Estão relacionados a meios e fins.

→ Há três máximas parciais

- Máxima da Adequação
  - Analisa se a medida leva ao meio a que se propõe.
- Máxima da Necessidade
  - Escolhe dentre os vários meios adequados o menos gravoso ao outro princípio.
- Máxima da proporcionalidade no sentido estrito
  - É critério de escolha entre princípios.
  - Diz respeito às circunstâncias normativas.

→ Caso Papai Noel: liberdade de ação X proteção a saúde pública

- Biscoito típico de Natal fabricado com outros ingredientes.
- Já há uma pré-ponderação da proteção à saúde sobre a liberdade de ação nesse caso. A dúvida recaía sobre a escolha das soluções e não de qual princípio seria escolhido em detrimento de outro.
- Duas soluções possíveis:
  - Proibição da venda dos biscoitos
    - É adequada, mas lesa gravosamente a liberdade de ação da empresa.
  - Aviso sobre os ingredientes nas embalagens
    - É adequada e restringe em menor grau a liberdade de ação da empresa

→ Caso Lebach: liberdade de expressão através de rádio difusão X direitos de personalidade do preso.

- Proibir ou permitir a exibição do documentário.
- O tribunal entendeu que era necessário proibir a exibição do documentário.
- Possibilidade de ponderação: atribuir racionalmente graus de lesão aos princípios em questão.

→ Escala triádica de lesão<sup>1</sup>.

- Leve
- Média
- Grave
- O ideal seria a existência de uma escala infinitesimal  
0-1: infinitas casas depois da vírgula  
É impossível na prática
- Solução 1 para o caso Lebach: proibir a exibição do documentário
  - Efetiva a proteção dos direitos a personalidade do preso e viola a liberdade de expressão por rádio difusão
- Solução 2 para o caso Lebach: permitir a exibição do documentário

<sup>1</sup> Classificação triádica dupla (9 categorias: leve leve, leve média, leve grave, média leve, média média, média grave, grave leve, grave média, grave grave)  
Adicionar outra tríade já não seria factível (27 classificações)

- Efetiva a liberdade de expressão por rádio difusão e viola a proteção aos direitos da personalidade do preso.
- O princípio da democracia é usado quando há “empates” e quando não há legislação sobre isso.
  - O juiz criará uma regra que regulamente o choque.
- Os juízos sobre a escala não são juízos arbitrários como afirmam os críticos de Alexy.
- Alexy não acredita na existência de princípios absolutos. Ele considera, eventualmente, que há princípios mais importantes que outros, mas, geralmente, eles tem o mesmo peso abstrato.
- Crítica de Habermas a Alexy
  - Habermas entender que considerar os direitos fundamentais como princípios e esses como comandos de otimização retira sua força normativa e seu caráter binário (lícito/ilícito).
    - Alexy responde que não há graus em ser lícito e ilícito, mas que há violações em graus.
  - A prova que existem graus diferentes de violação é a existência de muitas diversas para o mesmo ilícito.
  - Habermas, ainda, defende que não se podem fundamentar racionalmente os juízos. Para o filósofo, eles são sempre arbitrários.
    - Alexy entende que a objetividade é dotada de graus. Nesse sentido, a racionalidade jurídica é atingida por meio do discurso.
- Positivismo jurídico: ponto de partida de Dworkin e Alexy.
- Hart e Kelsen: entendem que um caso pode ter várias soluções.
  - Crença no poder discricionário.

### 1.5 Funções

- Publicação póstuma de Hans Kelsen: “Teoria Geral das Normas”.
- “A filosofia do ‘Como se’” – Hans Vaihinger
- A Norma Fundamental (como hipótese) X Norma Fundamental como ficção (sentido de H. V.)
- Doutrina tradicional: normas de conduta.
  - Proibir
  - Obrigar
  - Permitir
- São três os modais deônticos: **F; O e P.**
- Toda conduta autorizada é, em princípio, permitida.
- **Imposição**
  - Kelsen entende que proibir e obrigar fazem parte de uma mesma função normativa: impor.
  - A norma que proíbe uma conduta ordena a conduta contrária.
- **Permissão**
  - Permissão negativa: a permissão é pressuposta da ausência de obrigação.
    - Em princípio, não existem normas de conduta permissivas. Basta não haver uma norma que imponha a conduta.
    - Não é função da norma jurídica.

- Permissão positiva: é função na medida em que se aproxima da derrogação.
  - Alteração do domínio de validade de uma norma.
- “É proibido matar, exceto em legítima defesa” → norma de imposição
- “É permitido matar em caso de legítima defesa” → norma de permissão
- **Derrogação**
  - Pode atuar como permissão positiva, segundo Kelsen.
  - Derrogação:
    - Kelsen não admite derrogação parcial. Para ele, uma norma se transforma em outra quando derogada, não é simplesmente a mesma com alterações.
  - Revogação
  - Ab-rogação
- **Autorização**
  - Configura um poder.
  - Refere-se a atos normativos, produção e aplicação de normas.
- De modo geral:
  - Imposição → Normas autônomas: forma primária, autossustentável, prevê a própria sanção.
  - Permissão
  - Derrogação
  - Autorização

} Normas não autônomas

## 1.6 Finalidade

- Tema muito geral e filosófico.
- Teoria Geral do Direito é Teoria e Filosofia do Direito
  - Teoria e filosofia do Direito são consideradas por alguns como sinônimos.
  - A Teoria do Direito está mais ligada a disciplinas que estudam categorias e estruturas do direito positivo.
  - A Filosofia do Direito, por outro lado, que se concentra mais na questão da justiça. Se configuraria como sub-área dessa disciplina.
- O tópico em questão se encaixaria em Filosofia do Direito, nesse sentido.
- Finalidade do Direito (Função Teleológica do Direito) não se confunde com as funções das normas jurídicas (tópico 1.5) e se pergunta, nessa linha de raciocínio, "Pra que serve o Direito?".
- Kelsen: jurista e filósofo.
- Finalidade do Direito
  - Jusnaturalistas — **O direito positivo deve fazer justiça, efetivar a justiça**, que é representada na dimensão do Direito Natural (existe a priori)
    - Platão: filósofo dualista.
      - Teoria da segunda navegação — Mito da Caverna;
      - Ideia em Platão existe independentemente do sujeito, existe per si; ao contrário da concepção moderna de ideia ( Kant: abolutização das categorias do entendimento, que e o ápice da razão humana; não há ideia se não há sujeito).

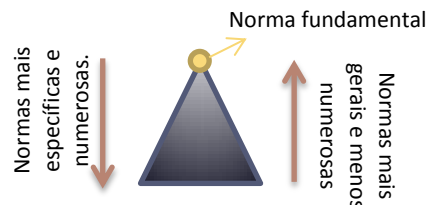
- Ponto positivo: confere uma objetividade ao conceito de justiça. Ele dá um critério.
- Ponto negativo: não há uma verdade universal e absoluta. É dogmático.
- É uma teoria material.
  - A validade do Direito é material.
- Positivistas — A finalidade do Direito não pode ser efetivar a justiça, posto que o seu conceito é relativo.
  - É importante ressaltar que Kelsen não negou a existência da justiça, apenas defendeu que a justiça é relativa, depende da concepção ideológica do indivíduo e dos valores que carrega, não há um conceito objetivo de justiça. A Moral existe, mas é relativa e por isso não pode justificar o Direito.
  - O Direito tem que efetivar a Moral? Qual Moral?
  - O Direito não é amoral, o Direito tem sua própria moral. Kelsen escreve sobre as relações entre Direito e Moral.
  - A relação entre Direito positivo e Moral é genética. O que ele ataca é a defesa de uma conexão necessária entre Direito e Moral. Kelsen fala que não se pode defender que justo é o que determina o Direito.
  - Só porque o Direito consagrou determinado valor, não significa que houve a criação ou desenvolvimento de um conceito objetivo para esse valor, ele continua a ser valor para apenas um grupo de pessoas, ele permanece subjetivo.
  - Defesa do relativismo filosófico.
  - Ele não nega que o homem sempre procurará a justiça.
  - **A finalidade do Direito é a regulamentação da conduta humana.**
  - Ponto positivo: crítica ao dogmatismo jusnaturalista.
  - Ponto negativo: não dá um critério. Qualquer matéria pode ser tratada pelo Direito, como expôs Kelsen.
  - É uma teoria formal.
- Teorias procedimentais — A finalidade do direito é a justiça decorrida de um procedimento racional.
  - Jürgen Habermas e Robert Alexy.
  - A legitimidade é dada pela racionalidade do procedimento de produção.
  - Todos os interessados devem participar ou poder participar.
  - Quanto mais racional o procedimento, mais racional será o conteúdo resultante.
  - Kant: procedimento de universalização para saber se algo é legítimo.
    - A filosofia moral de Kant se baseia em um procedimento: o Imperativo Categórico, a possibilidade de valer como uma lei universal.
    - A universalizabilidade.
  - Há a superação dos problemas de ambas as correntes anteriores.

- Ele reverte a crítica do jusnaturalismo sem tirar a validade do conteúdo do Direito.

## 2. Ordenamento Jurídico

### 2.1 Conceito:

- É impossível existir um ordenamento jurídico composto de apenas uma norma
  - Só seria possível nas seguintes hipóteses, que não podem ser concretizadas:
    - “Tudo é permitido”: a liberdade absoluta só funciona quando é atribuída apenas a uma pessoa, se não há choque de liberdades.
    - “Tudo é proibido”: deve haver sempre um mínimo de liberdade.
    - “Tudo é obrigatório”
  - Fundamento do Direito: relativa igualdade.
- O ordenamento jurídico é um **conjunto de normas**<sup>2</sup> (de competência e de condutas) que se organiza em um **sistema**.
- Caráter sistemático:
  - Unidade
  - Ordem
- Pirâmide
  - Kelsen fala em **estrutura escalonada da ordem jurídica**.
  - A pirâmide como consagrada pela doutrina é de Adolf Julius Merkl<sup>3</sup>.
    - Doutrina da estrutura escalonada do Direito.
    - Compara o Direito a um prédio e posteriormente a uma pirâmide.
  - Pirâmide: convergência das regras para um ponto → a norma fundamental.



- Duas características do ordenamento que derivam de sua característica sistemática.
  - Completude do ordenamento jurídico
  - Coerência do ordenamento jurídico

### 2.2 Completude (integração)

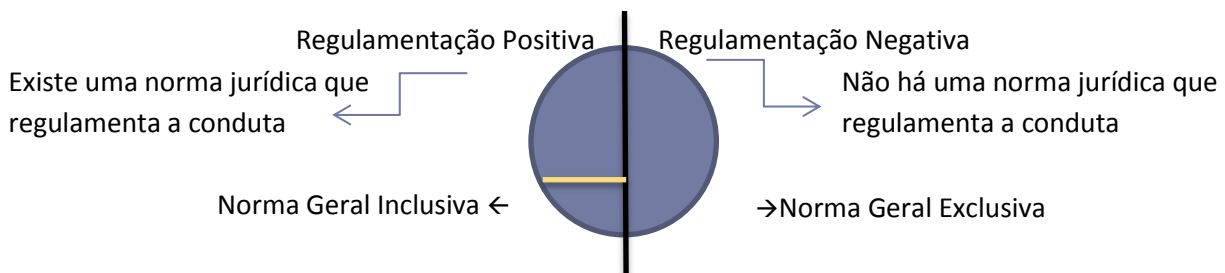
- Associação equivocada entre completude e positivismo.
- Nem a escola da exegese afirma isso (Art. 4º, Código de Napoleão)<sup>4</sup>
- A completude não significa a existência de uma regra que solucione cada caso existente.
- Kelsen: legislar e julgar apresentam a mesma natureza jurídica, mas se diferenciam em graus.
  - Legislar: produzir uma lei geral, aplicar as normas superiores.

<sup>2</sup> As normas, então, compõem o elemento material do ordenamento jurídico.

<sup>3</sup> Não confundir com o penalista Adolf Merkel.

<sup>4</sup> “Art. 4º: O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada;”

- Julgar: produzir uma sentença específica, aplicar as regras e princípios.
- Completude como um dogma:
  - A obrigação do juiz de julgar a partir do código de napoleão<sup>3</sup>.



→ Norma Geral Exclusiva:

- No Direito brasileiro: Art. 5º, II, CF:

“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

- $N \rightarrow \neg O \wedge \neg F$   
 $N \rightarrow P$
- Se não é posta, para Bobbio é pressuposta.

→ A questão das lacunas existe, então, quando se considera as fontes.

- Se a lei fosse a única fonte do Direito, não haveria lacunas.
  - Haveria aplicação absoluta da Norma Geral Exclusiva.
- As lacunas estão no âmbito da regulamentação positiva.
- Para Bobbio, há lacunas quando uma mesma conduta é regulamentada tanto pela Norma Geral Exclusiva quanto pela Norma Geral Inclusiva.

- Norma Geral inclusiva:
  - No Direito brasileiro: art. 4º, LIDB<sup>5</sup>:

“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

→ Integração (regulamentada pela norma geral inclusiva)

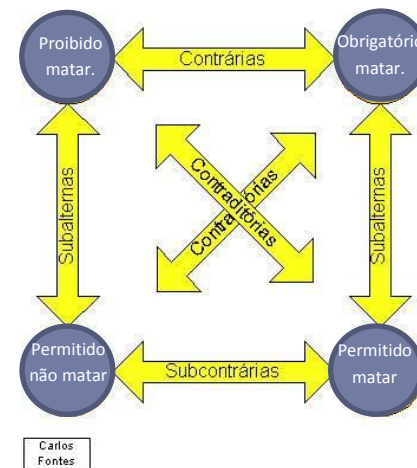
- Autointegração: usar a lei para preencher a lacuna.
  - Lei
    - Analogia
    - Princípios Gerais de Direito
- Heterointegração: usar de fonte diversa da lei para preencher a lacuna.
  - Outra forma diferente da lei
  - Outro ordenamento
    - Costume
    - Direito natural
    - Moral

<sup>5</sup> Decreto-Lei nº 4657/42; antiga Lei de Introdução ao Código Civil.

- Costume: norma consagrada por seu uso e que apresenta convicção da necessidade jurídica.
  - Contra legem: contra a lei.
  - Secundum legem: previsto na lei.
  - Preter legem: que supre uma lacuna, é uma forma de integração.
  - Obs.: os costumes configuram-se como direito positivo, positivação do direito é diferente de codificação do direito.
- Direito natural: é uma forma de integração difícil de ser usada.
  - Não há formulação do ordenamento natural, existem princípios.
  - Há vários direitos naturais (argumento relativista)
- Moral:
  - Ainda que as duas partes sejam filiadas a uma mesma religião, por exemplo, o juiz não pode usar esse ordenamento para emitir a sentença.
  - O uso da moral religiosa (moral racional) só é possível em casos de injustiça extrema.
    - Alexy pressupõe uma moral objetiva.
  - É difícil integrar o Direito com a Moral.
  - A moralidade é prevista no ordenamento jurídico brasileiro
    - Art. 37, CF: “A administração pública [...] obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade [...].”
    - É uma moralidade jurídica, é outro temos que se refere ao uso de convicções jurídicas acordados pelos órgãos judiciais (uma espécie de principio geral do direito).
- Princípios Gerais do Direito:
  - Não são meros instrumentos de integração.
  - São razões tanto para regras quanto para decisões (Alexy)
  - São princípios gerais do direito positivo.
    - A aplicação de princípios para decisões não se configura como integração, mas como aplicação da lei.
  - A integração ocorre quando o princípio for implícito.
    - Princípio que não está no teor literal da lei, mas que pode ser interpretado/deduzido dela.
- Analogia:
  - Uso da lei + raciocínio por semelhança
  - Norma legislada se aplica a um caso 1, mas com o uso da analogia se aplicará ao caso 2, que não é regulamentado.
  - A aplicação da norma a um caso não regulamentado se dá quando esse caso se assemelha ao que a norma regulamenta.
  - A semelhança deve ser relevante (não é questão de maior ou menor semelhança)
    - Exemplo: proibido trânsito de carros no parque → Finalidade: segurança.
      - Podem motos, scooters, quadriciclos, carrinhos de golf?
    - Deve-se olhar, portanto, a finalidade da norma em questão.
  - Atenção: analogia é diferente de interpretação analógica.





### 2.3 Coerência (choques-antinomias)

- Antinomias: choques entre normas (que estão na lei)
- Problema oposto ao das lacunas
- Violam algo mais sério que a questão das lacunas
  - Princípio de não contradição
    - É a base do critério da racionalidade (Razão = não contradição; a razão é a possibilidade de universalização sem contradições)
  - A coerência é uma necessidade prática
  - Uma norma injusta: se não contraditória, pode ser racional?
    - Não. Na verdade, uma norma injusta é contraditória em si, posto que não pode ser universalizada de maneira coerente.
  - Não se pode admitir juízos de dever-ser contraditórios
    - Isso retira a racionalidade do ordenamento.
- Conceito de antinomias (jurídicas):
  - Ocorre quando há um choque de normas pertencentes ao mesmo ordenamento.
  - O choque deve envolver os quatro âmbitos de vigência.
    - Pessoal, temporal, material e espacial.
  - Antinomia aparente: quando os critérios consolidados resolvem a antinomia.
  - Antinomia real: quando os critérios consolidados não resolvem a antinomia
    - Choque entre dois princípios: usar a teoria de Alexy.
    - Choque entre dois dispositivos da mesma lei.
      - Exemplo: Art. 1º: Deve ser A. Art. 2º: Deve ser não A.
- O quadrado lógico



- As antinomias se dão entre normas contrárias e contraditórias entre si.
  - Normas contrárias: proibição X obrigação
  - Normas contraditórias: imputação X permissão (obrigação X permissão ou proibição X permissão)
- Classificação das antinomias por extensão
  - Total- total: os quatro âmbitos de vigência coincidem. Só há um tipo de conduta envolvida.
    - N1 \_\_\_\_\_
    - N2 \_\_\_\_\_



- Total-parcial: uma norma toda entra em choque com parte de outra norma. Choque entre uma norma geral e uma norma especial. Há dois tipos de condutas envolvidas.
  - N1 
  - N2 
- Parcial-parcial: parte de uma norma entra em choque com parte de outra. Há três tipos de condutas envolvidas.
  - N1 
  - N2 
- Os choques dos tipos total-parcial e parcial-parcial são resolvidos por cláusulas de exceção (em regras).
- É muito difícil haver choques de princípios que são do tipo total-total.
  - Geralmente, choques entre princípios são do tipo parcial-parcial.
- Formas de solução de antinomias:
  - Cronológico – critério fraco
    - Norma posterior derroga norma anterior.
  - Especialidade – critério forte
    - Norma especial derroga norma geral
    - Relaciona-se com a ideia de justiça.
  - Hierárquico – critério forte
    - Norma superior derroga norma inferior
    - Relaciona-se com a ideia de segurança.
- Choques entre soluções
  - Necessidade de metacritérios.
  - Cronológico X **Especialidade**
    - Metacritério que admite exceções.
  - Cronológico X **Hierárquico**
    - Não admite exceções
  - Hierarquia X Especialidade
    - Não há metacritério consolidado, mas geralmente, prevalece o critério da hierarquia, para que não haja a derrogação, por exemplo, de normas constitucionais, mas a necessidade de adaptar preceitos constitucionais às situações concretas pode gerar a possibilidade de se optar por norma especial inferior.

### 3. Técnica Legislativa

- Técnica: relacionada à ideia de meio-fim.
- Método: conceito relacionado ao de técnica.
  - Metodologia ≠ fontes (exclusivamente)
  - Método tem três sentidos:
    - Sinônimo de técnica
    - Direção fundamental de uma pesquisa
    - Direção do pensamento
      - Dedutivo



- Usado na aplicação do Direito
- São todos aplicados no Direito
  - Indutivo
    - Usado na produção do Direito.
  - Analítico

→ Técnicas jurídicas

- Técnicas da Ciência do Direito
- Técnicas de produção do Direito (criação de leis)
  - Técnica legislativa: legística ou legisprudência.
- Técnicas de aplicação do Direito (produção de sentenças)
  - Métodos de aplicação: hermenêutica jurídica.

→ Técnica legislativa ≠ Processo legislativo

- Subseção III: das Leis, Seção VIII: do Processo Legislativo, Capítulo I: do Poder Legislativo, Título IV: da Organização dos Poderes, Constituição federal.

→ Técnica legislativa ≠ Técnica de redação de textos

- São relacionadas mas não iguais.

→ A técnica legislativa vale para lei em sentido estrito e em sentido amplo.

→ Técnica legislativa: regras ou recomendações?

- Em Kelsen, são recomendações pois não há sanção nas leis que versam sobre o assunto.

→ Justo em si e justo por convenção (Tomás de Aquino)

- Exemplo de justo em si: condenação do homicídio.
- Exemplo de justo por convenção: escolha da mão no trânsito.
- Fim da técnica legislativa: não entra na materialidade da norma, mas na clareza de seu texto, na ausência de contradições, etc.
- As convenções da técnica legislativa são justas por convenção.

→ A lei é um texto pensado para ser normativo, ela é feita para que dela seja extraída uma norma.

→ Os textos legislativos não são escritos em modo imperativo.

- Há um sentido de dever ser, apesar de o modal não estar explícito.
  - “O funcionário que desviar dinheiro será punido [...]”.
    - Uso do **futuro do indicativo** (geralmente em normas primárias – de Kelsen)
  - “O Brasil é uma República [...]”.
    - Uso do **presente do indicativo** (geralmente nas normas não autônomas – de Kelsen)
- Verbo “poder”: há a faculdade ou o legislador só usou o verbo porque não pode prever o que acontecerá e, na verdade, só existiria uma opção.

→ Padrão culto não se confunde com obscuridade ou complexidade.

- Padrão culto é livre de gírias e regionalismo.
- O padrão culto é universal.

→ O legislador deve usar uma linguagem clara.

- Se o objetivo da lei é transmitir um padrão de comportamento, ela deve ser clara.

→ A linguagem técnica é necessária, seja ela do Direito ou de outras disciplinas, posta a complexidade e a precisão requeridas pela regulamentação jurídica.

- Deve-se evitar contradições.
- Estrutura do texto normativo no Brasil.
  - Padrão da Constituição.
  - Unidade fundamental: artigo.
    - 1º ao 9º: números ordinais.
    - 10 em diante: números cardinais.
  - Subunidades do artigo:
    - Parágrafos: observação sobre o caput.
    - Incisos: usados para fazer um rol, numerados em romanos.
    - Alíneas: rols dentro de rols.
    - Itens: rol dentro de alíneas, numerados em arábicos cardinais.
  - Agrupamentos de artigos
    - Capítulos → Títulos → Livros → Partes  
↳ Seções → Subseções
    - Exceção: Título I da Constituição Federal → não tem capítulos.
  - Disposições gerais: normas que valem para tudo daquela determinada matéria jurídica.
  - Disposições transitórias: normas que regulamentam a transição entre a lei antiga e a lei nova.