



NÃO EXISTEM REGRAS JURÍDICAS

Orlando Luiz Zanon Junior*

RESUMO

O objetivo deste texto é demonstrar que não existem *regras jurídicas*, entendidas estas como uma espécie autônoma de *norma jurídica* caracterizada, principalmente, pela alta densidade normativa (razões definitivas de dever ser) e pela aplicabilidade por subsunção (raciocínio lógico dedutivo), nos moldes como concebidas pelos autores juspositivistas clássicos (Kelsen, Hart e Bobbio) e assimiladas, com leves modificações, pelas propostas pós-positivistas mais difundidas (Dworkin e Alexy), que as situam ao lado dos *princípios jurídicos*.

Palavras-chave: Regras jurídicas. Subsunção. Positivismo Jurídico. Pós-positivismo.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste texto é demonstrar que não existem *regras jurídicas*, entendidas estas como uma espécie autônoma de *norma jurídica* caracterizada, principalmente, pela alta densidade normativa (razões definitivas de dever ser) e pela aplicabilidade por subsunção (raciocínio lógico dedutivo), nos moldes como concebidas pelos autores juspositivistas clássicos (Kelsen, Hart e Bobbio) e assimiladas, com leves modificações, pelas propostas pós-positivistas mais difundidas (Dworkin e Alexy), que as situam ao lado dos *princípios jurídicos*.

Na primeira seção do trabalho, será revisitado o tema referente à distinção entre *texto normativo* e *norma jurídica*. Embora se trate de assunto já integralmente assimilado pelos juristas das mais diversas vertentes teóricas, alguns pontos da teoria merecem ser lembrados

* Juiz de Direito. Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Dupla titulação em Doutorado pela UNIPG (Itália). Mestre em Direito Pela UNESA. Pós-graduado em Preparação à Magistratura Federal pela UNIVALI. Pós-graduado em Direito e Gestão Judiciária pela UFSC.

e aprofundados, de modo a permitir a fixação de alguns contornos da base teórica a ser empregada para demonstrar a hipótese em investigação.

Na segunda parte do texto, o foco de estudo voltar-se-á para o clássico critério de julgamento chamado de *regra jurídica* (*Legal Rule*). Será considerada a abordagem juspositivista tradicional, que inicialmente a confundia com a descoberta do significado correto de um documento legislativo e, depois, passou a encará-la como resultado da interpretação de um preceito de lei. Posteriormente, tratar-se-á do modo como tal categoria foi absorvida pelas mais difundidas vertentes pós-positivistas, geralmente com uma fórmula rígida, posicionada ao lado de outra modalidade normativa flexível e ponderável, intitulada de *princípio jurídico* (*principle*).

Na terceira e última parte, serão apresentados os argumentos tendentes ao convencimento de que um dos problemas centrais do Positivismo Jurídico clássico não residia apenas na falta de aceitação de outros padrões de julgamento ao lado das *regras jurídicas* (padrões de conduta densos, passíveis de aplicação por subsunção, como razões definitivas), a exemplo dos vetores principiológicos e dos programas políticos, mas sim e principalmente na inexistência delas. Ou seja, o equívoco não era a falta de atribuição de força deontológica aos padrões decisórios diversos, mas sim a inexistência das *regras jurídicas*, concebidas como razões definitivas de dever ser.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que, na fase de investigação, foi utilizado o método indutivo e, na fase de tratamento de dados, o cartesiano. O texto final foi composto com base na lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica¹.

2 DIFERENÇA ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA

Revisitar o tema referente à distinção entre os conceitos operacionais de *norma jurídica* e de *texto normativo*, do qual a primeira pode ser derivada, é crucial para discorrer sobre a hipótese que é objeto deste artigo científico, pois não existe a modalidade normativa *regra jurídica*. Trata-se, aliás, de questão técnica já amplamente assimilada pela Academia, mas que ainda não é observada pela maioria dos profissionais da área forense, na qual se constata erros argumentativos severos, senão ridículos. Ora, da mesma forma que um

¹ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito, 2011.

civilista não confunde posse e propriedade e um criminalista distingue crime e contravenção, embora sejam termos que indiquem coisas aparentemente similares, também nenhum jurista que se preze pode ainda considerar sinônimas coisas diversas como texto normativo e *norma jurídica*. Cabe então estabelecer o devido acordo semântico quanto a este assunto, reprisando argumentos já delineados em artigo científico anterior².

O *texto normativo* nasce do processo de positivação, mediante o qual o legislador fixa uma forma escrita com a finalidade de delimitar a amplitude decisória das pessoas (principalmente das autoridades públicas, com especial enfoque nos juízes), de modo a estabelecer um parâmetro mais rígido e seguro das expectativas quanto às consequências de determinadas condutas, o que amplia a preservação do valor da segurança jurídica (certeza do Direito).

Durante o processo legiferante, o parlamentar (ou outra autoridade com delegação específica para produzir textos legais) é influenciado por diversos fatores políticos, econômicos, sociais, tecnológicos e morais, entre outros, no sentido de conformar a redação de um texto limitador da margem de decisão (uma legislação), de modo que seja efetuada com determinados direcionamentos. Porém, a partir do momento que uma redação é fixada e promulgada (ou imposta, em um indesejável cenário autoritário), ela se desvincula de forma considerável dos motivos que ensejaram fosse elaborada, passando a constituir um elemento de determinação autônomo da capacidade decisória. A positivação, nesta ótica, representa o nascimento do elemento mais incisivo e prevacente para tomada de decisões em sociedade, justamente o *texto normativo*, ou seja, uma construção gramatical que limita a liberdade de manobra de atuação das pessoas em sociedade, amarrando as expectativas quanto às consequências de ações dentro da tradição interpretativa de sua construção semântica.

Para deixar bem claro e dissipar eventuais confusões que possam prejudicar a compreensão da proposição exposta neste trabalho, importa repetir que *texto normativo* (e expressões congêneres, que refletem a ideia da redação de um dispositivo) é um conceito não substituível pelas categorias *norma*, *regra*, *princípio*, *políticas* ou outras similares, as quais representam ideias distintas. Tal diferenciação é crucial para afastar a indevida alquimia presente em algumas produções acadêmicas e forenses, que mediante um perigoso descuido técnico, simplesmente transforma uma coisa em outra, como se um dispositivo legal (frase escrita) fosse uma *regra* ou um *princípio*.

² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Produção Jurídica: Positivação e aplicação. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 112, 2013. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

Sem embargo, ater-se para esta diferença é importante, porque um determinado *texto normativo*, quando inserido em uma operação decisória juntamente com outros elementos de determinação e em um contexto fático específico, pode implicar diferentes *normas jurídicas*. Conforme propõe Luís Alberto Warat, suponha-se o dispositivo “é proibido usar biquíni”. Tal preceito hipotético não é intercambiável com uma simples e clara *norma jurídica*, como parece à primeira vista, podendo assumir diferentes significados conforme a época da interpretação e o seu contexto social. Com efeito, se a interpretação ocorrer no âmbito de um convento durante o verão do ano de 1900, implicará a *norma* que proíbe a utilização de trajés tão sumários pelas freiras, mesmo em dias quentes, ante a incidência de influxos dos costumes sociais e da tradição religiosa. Em contrapartida, se a sua ocorrência se der no contexto de uma praia de nudismo no ano de 2013, significará *norma* absolutamente diversa — ante a interligação da forma gramatical com os costumes sociais e com o *princípio jurídico* da liberdade, que admite uma exceção ao delito de atentado ao pudor nestes locais —, a qual irá impor que as banhistas não se utilizem sequer de tais vestimentas mínimas³. Este exemplo bem ilustra que um determinado preceito positivo não se confunde com a *norma jurídica* resultante, a qual depende do contexto e dos demais elementos incidentes na atividade interpretativa. Desse modo, é recomendável que o cientista do Direito (e notadamente os profissionais da área) não troque inadvertidamente um conceito por outro, da mesma forma que a prática da experiência o ensinou a evitar confundir outros conceitos aparentemente intercambiáveis, como os de *processo* e *procedimento* ou de *discricionariedade* e *arbitrariedade*.

Ademais, podem existir *normas jurídicas* independentemente da existência de um dispositivo escrito, desde que não haja previsão positiva específica pertinente para resolução de determinado caso concreto, hipótese em que o intérprete e aplicador empregará outras *fontes jurídicas* para deliberar (principiologia, precedentes jurisprudenciais, ensinamentos doutrinários, etc.). Com efeito, “o importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte”⁴.

Portanto, a expressão *texto normativo* e outras que referem a uma redação escrita (como texto legal, legislação, diploma normativo, enunciado positivo, dispositivo, etc.) merecem ser empregadas exclusivamente para se referirem ao elemento de determinação

³ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 67.

⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 30.

principal das operações decisórias, mormente no padrão da codificação escrita (*civil law*, *statutory law* ou *code based legal system*), que é justamente a redação limitadora da amplitude decisória estabelecida pela autoridade competente.

Em síntese, *texto normativo* é uma construção gramatical que limita a amplitude decisória das pessoas em determinada sociedade, amarrando as expectativas quanto às consequências de ações dentro da respectiva tradição interpretativa.

Por outro lado, a definição de *norma jurídica* é discrepante, porquanto diz respeito ao resultado de um processo interpretativo, movimentado por um questionamento emergente do tecido social, que abrange a articulação das *fontes jurídicas* (não só os textos legais, mas também princípios, precedentes judiciais, políticas, etc.), de acordo com as peculiaridades fáticas da controvérsia, de modo a permitir a resolução de um problema concreto.

3 CONCEITO DE REGRA JURÍDICA

A *regra jurídica* é considerada, de acordo com a doutrina de viés juspositivista e também pós-positivista, como uma espécie do gênero de *norma jurídica* caracterizada por sua elevada densidade normativa (até mesmo como razão definitiva de dever ser) e por sua aplicabilidade mediante o raciocínio lógico-dedutivo (subsunção). Nesta parte do texto, serão esmiuçados os detalhes de tal conceito operacional, de modo a possibilitar que sejam bem compreendidas suas características e, assim, permitir o posterior desenvolvimento quanto à hipótese de sua desconstrução para uma nova proposição pós-positivista, descritivamente mais fiel à realidade e prescritivamente mais adequada ao desenvolvimento da Ciência Jurídica.

O conceito operacional de *regra jurídica* foi construído e desenvolvido com precisão pelos autores vinculados à corrente do Positivismo Jurídico, como sinônimo de *normas jurídicas* positivadas, devidamente fixadas pelos parlamentares (no sistema codificado) ou estabelecidas em precedentes judiciais anteriores (no modelo judiciário ou consuetudinário)⁵.

⁵ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 68: “Isso indica que ser positivista no âmbito jurídico significa escolher como exclusivo objeto de estudo o direito que é posto por uma autoridade e, em virtude disso, possui validade (direito positivo)”; e, p. 131: “Partindo dessa delimitação negativa, o PJ *stricto sensu* afirma a *absoluta identidade entre o conceito de direito e o direito efetivamente posto pelas autoridades competentes, isto é, pelas autoridades que, em razão de uma constelação de poder, possuem a capacidade de impor o direito*”; e FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 395-457. Especialmente, p. 396: “Las normas son reglas que pertenecen al derecho positivo em cuanto son efectos jurídicos puestos o causados por actos (T8.11, T8.12). Obviamente, em tanto que reglas, las normas son *significados de preceptos* (T8.13), a los que vienen asociadas em cada caso mediante interpretación jurídica”.

No primeiro cenário (*civil law, statutory law* ou *code based legal system*), a *regra jurídica* é o resultado da interpretação de um texto elaborado pelo legislador, no sentido de reconstruir sua intenção ao prolatar o dispositivo normativo, como se fosse um procedimento de adivinhação de qual teria sido a solução dada pelo órgão legiferante, acaso diante do caso concreto. E, no segundo (*common law* ou *judge made law*), a *regra jurídica* pode ser extraída não só da legislação, mas também do texto de um precedente anterior, num esforço de verificar qual seria a solução que teria sido dada pelo Poder Legislativo para reger o novo caso, nos pontos relevantes em que é precisamente similar ao julgamento anterior. Em ambas as hipóteses, a interpretação e a aplicação do Direito são consideradas, pela generalidade dos juspositivistas (com a notável ressalva de Kelsen⁶), meras reproduções de sentidos já previamente fixados por *regras jurídicas* anteriores, que já guardam a resposta para solução do novo problema emergido no tecido social.

Quanto ao método de interpretação, os juspositivistas sustentam que as *regras jurídicas* devem ser aplicadas através de um procedimento lógico-dedutivo, chamado de subsunção dos fatos à moldura decorrente da interpretação dos *textos normativos*, com o objetivo de descobrir a resposta latente preestabelecida pelo legislador ou em precedente judicial anterior, que servirá como solução para o novo caso que se apresenta perante a jurisdição. A subsunção é um processo decisório pelo qual o intérprete deve primeiro fixar a amplitude da *norma jurídica* previamente dada pelo legislador ou encontrada em um precedente, que consubstancia a premissa maior, e, depois, encaixar as peculiaridades fáticas de um determinado caso, que correspondem às premissas menores, dentro dos quadros normativos previamente fixados, segundo uma lógica meramente dedutiva. Nessa operação mental, apresenta-se uma divisão entre uma primeira etapa puramente interpretativa, na qual o juiz busca os significados latentes de uma disposição legal, e uma segunda fase aplicativa, em que os fatos recebem os influxos decorrentes da normatização previamente fixada.

É digno de destaque o caráter meramente reprodutivo que a generalidade dos juspositivistas atribuem à aplicação mediante subsunção, a qual consistiria em receber as *normas* previamente estabelecidas como critérios de solução para problemas futuros, sem a criação de parâmetros de conduta novos e específicos, os quais poderiam colocar em risco a segurança jurídica, ao causarem surpresa aos cidadãos (jurisdicionados)⁷. O entendimento de

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 164: “[...] o positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para *produzir*, mas
16 **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 02, p. 11 – 26, out. 2014**

Hans Kelsen representa uma exceção ao entendimento de que a subsunção consubstanciaria mera reprodução de sentidos, sob o argumento de que a decisão judicial representa a “produção” de uma nova *norma jurídica*, de cunho individual (ou seja, para reger um caso específico), de modo a inaugurar mais uma escala na dinâmica do ordenamento jurídico⁸. Todavia, também o referido autor adota o posicionamento de que a operação de interpretação e aplicação do Direito ocorre mediante o procedimento lógico-dedutivo de subsunção, em conformidade com os demais defensores da doutrina juspositivista, embora lhe confira um caráter criativo e não meramente reprodutor.

Em se tratando de conflito entre *regras jurídicas* (antinomias), quando não se verifica uma cláusula específica de exceção, a resolução dependerá do emprego de três critérios clássicos da doutrina juspositivista, consistentes na prevalência hierárquica da *regra* superior sobre a inferior (*lex superior derogat legi inferiori*)⁹, na revogação cronológica da *regra* anterior pela posterior (*lex posterior derogat legi priori*)¹⁰ e na preferência especial da *regra* específica sobre a genérica (*lex specialis derogat legi generali*)¹¹. Cabe acrescentar, ainda, que as metarregras da hierarquia e da especialidade são consideradas fortes e, portanto, ambas prevalecem sobre a da cronologia, em caso de eventual conflito. Assim, uma lei posterior e inferior cede perante a anterior e superior, enquanto, da mesma forma, uma *norma* mais recente e geral não sobrepõe a antiga especial¹².

As teorias pós-positivistas mais difundidas partiram de tal conceito operacional de *norma jurídica*, com as características acima apontadas, e, com base nele, acrescentaram a noção de rigidez a essa figura normativa, mormente quando comparada a outras espécies jurídicas, a exemplo dos princípios e das políticas.

Para Ronald Myles Dworkin, por exemplo, as *regras jurídicas* (*rules*) são preceitos com considerável grau de determinação (densidade normativa) e funcionam segundo o critério da validade. Outrossim, na fase de interpretação e aplicação, “ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para

para reproduzir o direito, isto é, para explicitar como meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas”.

⁸ KELSEN, op. cit., p. 261-262.

⁹ “O critério hierárquico, também chamado de *lex superior*, é aquela com base no qual, de duas normas incompatíveis, prevalece aquela hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*” (BOBBIO, op. cit., p. 251).

¹⁰ “O critério cronológico, também chamado de *lex posterior*, é aquele com base no qual, de duas normas incompatíveis, prevalece aquela sucessiva: *lex posterior derogat priori*” (Ibid, p. 250).

¹¹ “O terceiro critério, chamado precisamente de *lex specialis*, é aquele com base em que, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*” (Ibid, p. 253).

¹² Ibid, p. 263-264.

a decisão”, logo, “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”¹³. Ao lado delas, estariam outros parâmetros decisórios diversos em quantidade indefinida, a exemplo dos princípios e das políticas¹⁴.

Para Robert Alexy, por sua vez, o ordenamento jurídico é composto por dois planos distintos e complementares, na medida em que “atrás e ao lado das regras estão princípios”¹⁵. Importa esclarecer ainda que “a distinção entre regras e princípios não é uma distinção entre textos, mas entre normas” e que “é tarefa do intérprete definir se a norma, produto da interpretação, é uma regra ou um princípio”¹⁶. Para ele, as *regras jurídicas* são “mandamentos definitivos”¹⁷, pois contêm “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”, de modo que consubstanciam “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”¹⁸. Como consequência da reduzida margem de manobra que deixam ao intérprete, sua aplicação ocorre mediante mera operação lógica de subsunção¹⁹, ou seja, cabe ao aplicador apenas verificar se a situação fática controvertida se sujeita aos limites normativos da *regra* para fins de ensejar sua incidência²⁰.

Em síntese, firmou-se um consenso, entre juspositivistas e pós-positivistas, no sentido de conceituar *regras jurídicas* como um padrão de julgamento consubstanciado em uma suposta razão definitiva de dever ser (mandamento definitivo), passível de aplicação mediante a operação lógico-dedutiva de subsunção.

4 INEXISTÊNCIA DE REGRAS JURÍDICAS

Nesta terceira seção do texto, serão aproveitadas as imprescindíveis considerações

¹³DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 239.

¹⁴“O meu ponto não é que o 'direito' contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros, princípios. Na verdade, quero opor-me à ideia de que o 'direito' é um conjunto de padrões fixos de algum tipo” (Ibid. p. 119).

¹⁵ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 65.

¹⁶SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 57.

¹⁷ALEXY, op. cit., p. 64.

¹⁸ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91.

¹⁹ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 85: “Sua forma característica [das regras] é a subsunção”.

²⁰ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: A structural comparison. **Ratio Juris**, Oxford, v. 16, n. 4, p. 433-449, 2003. p. 433-435: “The Subsumption Formula is an attempt to formalize this deductive structure by the means of standart logic. [...] This shows that here, too, two stages or levels of justification of a legal judgement can be distinguished. The first consists of the deduction of the legal judgement from premisses as represented in the Subsumption Formula.. [...] The second stage or level concerns the justification of the premisses used in the internal or first-order justification”.

tecidas nos dois itens anteriores para fim de desenvolver a hipótese de investigação, no sentido de demonstrar que não existem *regras jurídicas*, entendidas estas como uma espécie de *norma jurídica* caracterizada principalmente pela alta densidade normativa (razões definitivas de dever ser) e pela aplicabilidade por subsunção (raciocínio lógico-dedutivo). A estratégia para demonstrar isso consiste em, primeiro, argumentar que não existem *normas jurídicas* antes do caso concreto — mormente com densidade normativa tão elevada ao ponto de representarem respostas prévias para os questionamentos futuros — e, segundo, asseverar ser inviável a existência de uma modalidade normativa cuja interpretação e aplicação pode ocorrer mediante um esquema de meros silogismos dedutivos, a exemplo do método decisório de subsunção.

Quanto ao primeiro ponto que demonstra a inviabilidade teórica das *regras jurídicas*, cabe mencionar ser inaceitável uma modalidade normativa com tamanha densidade normativa que possa ser aplicada de maneira inflexível, sob a forma de uma razão definitiva de dever ser, como se fosse uma resposta absolutamente verdadeira para o problema surgido no plano fático.

Sem embargo, acima restou estabelecido que as *regras jurídicas* resultariam da interpretação de um *texto normativo*, sob uma estrutura rígida (dura), que mereceria ser aplicada sob a forma de tudo ou nada, ou seja, como uma razão definitiva para embasar o julgamento (uma resposta absolutamente verdadeira). Porém, tal ideia é uma ilusão enraizada no pensamento jurídico, pois é inviável conceber a possibilidade de o hermenauta extrair, de um preceito legal pretérito, uma razão em sentido absoluto (verdade incontestável) para resolver um problema fático posterior. Em realidade, o intérprete construirá a *norma jurídica* argumentativamente, através da conjugação de várias fontes diferentes, de acordo com a tradição jurídica prevalecente no respectivo sistema, para fim de responder a um problema surgido na faticidade, de modo a demonstrar que não terá acesso a uma razão definitiva de dever ser, ou seja, não disporá de uma *regra jurídica*²¹.

Os juristas franceses da Escola da Exegese (*école de l'exégèse*), no início da construção do Paradigma do Positivismo Jurídico, acreditavam na viabilidade de construção de artigos legislativos tão bem escritos e claros ao ponto de que sua interpretação resultaria

²¹ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Florianópolis: CEJUR, 2013. p. 295: “Considerando o exposto, pode-se concluir que a Norma jurídica é o resultado da produção normativa na modalidade aplicação, com pretensão de correção, consistente na articulação das Fontes Jurídicas para formulação de um direcionamento de conduta diante de determinados fatos aferidos por aproximação, sem olvidar de eventuais influxos de outras áreas do conhecimento, a serem admitidos a depender da argumentação quanto à sua relevância na espécie”.

numa razão definitiva, a ser aplicada mediante mero procedimento lógico-dedutivo de encaixe das premissas menores (os fatos) na maior (o dito regramento)²². Posteriormente, os cientistas jurídicos integrantes do chamado Juspositivismo Normativo superaram tal mito da decisão no estilo “boca da lei” (*bouche de la Loi*), porém, não conseguiram ainda se desvincular totalmente do equivocado entendimento correlato, que apregoa a viabilidade de se extrair de um *texto normativo* uma razão definitiva de dever.

Acreditar na existência de *regras jurídicas* representa uma verdadeira contradição no interior da Ciência Jurídica. Isso porque, de um lado, renega-se a possibilidade de uma aplicação nos moldes então apregoados pela Escola da Exegese e, mesmo assim, ainda se aceita a existência de uma interpretação resultante em uma *regra jurídica*, como uma modalidade normativa densa e rígida. É como se, em plena época de constitucionalismo contemporâneo (pós-guerra), o jurista simultaneamente aceitasse a diferença entre *texto normativo* e *norma jurídica*, e, mesmo assim, acreditasse na interpretação de um dispositivo legal resultando em uma espécie normativa no estilo tudo ou nada. Faltaria só dizer que tal *regra jurídica* é aceita como uma resposta absoluta e definitiva desde o advento do Código de Napoleão, em uma ironia que expressa tal incongruência lógica.

Por tudo isso, é preciso superar tal mitologia jurídica, para reconhecer que a interpretação lastrada nas fontes do Direito resulta em uma *norma jurídica* cujas características não permitem classificá-la como uma razão rígida de dever ser, no estilo tudo ou nada, mas sim como uma construção argumentativa dos elementos de determinação que recomendam àquela específica solução para o problema fático em detrimento de todas as outras. Ou seja, da interpretação jurídica se extrai uma *norma jurídica* sob uma formulação que não tem qualquer relação com o conceito operacional de *regra jurídica*, pois inconcebível uma razão definitiva de dever ser.

Encerrando esse primeiro argumento, fixa-se a premissa quanto à inexistência de um padrão de julgamento tão denso ao ponto de dispensar seu cotejo com as demais condicionantes fáticas e jurídicas (elementos de aproximação e determinação) na operação deliberativa, de modo a invalidar o próprio conceito operacional de *regra jurídica*, até porque nem sequer os *textos normativos* (que são os mais sólidos parâmetros já concebidos) podem ter tal capacidade de absorção no processo mental.

²²“É neste modo de entender que o art. 4º que se fundou a escola dos intérpretes do Código Civil [de Napoleão], conhecida como 'escola da exegese' (*école de l'exégèse*); esta foi acusada de *fetichismo da lei*, porque considerava o Código de Napoleão como se tivesse sepultado todo o direito precedente e contivesse em si as normas para todos os possíveis casos futuros, e pretendia fundar a resolução de quaisquer questões na *intenção do legislador*” (BOBBIO, op. cit., p. 77).

É o segundo argumento, porém, que demonstra mais claramente a inexistência da modalidade Regra Jurídica, haja vista ser inviável a aceitação de uma modalidade normativa cuja interpretação e aplicação ocorrem mediante um raciocínio lógico-dedutivo de feições subsuntivas.

De início, importa assinalar que não se nega aqui a existência da subsunção como uma figura de raciocínio lógico. Trata-se de uma das diversas formas de inteligência, que se manifesta sob uma forma próxima a de um encaixe entre as premissas maiores e menores. O que se afirma neste texto, isto sim, é a inviabilidade de se conceber a interpretação e aplicação de alguma modalidade de *norma jurídica* através apenas de um raciocínio subsuntivo, isolado da complexidade das demais operações lógicas, porquanto sua simplicidade o incapacita para absorver sozinho a plenitude dos aspectos relacionados aos problemas jurídicos surgidos na faticidade.

Notadamente, o fenômeno de subsunção, nos moldes juspositivistas, consubstancia uma redução exageradamente simplista da realidade, pois a *norma jurídica* é produzida por uma operação mental complexa, que envolve diversos elementos de determinação²³. A atividade do hermenauta, diante de um problema surgido na faticidade, ainda que se trate de um caso fácil (*easy case*), não é tão simplória ao ponto de ser visualizada como um mero silogismo lógico, limitado ao encaixe de premissas menores dentro dos quadros das maiores²⁴. É preciso considerar que diversos padrões de julgamento (*standarts*) convergem de vários ângulos para influenciar a criação da *norma jurídica*, não sendo aceitável a tese de que ocorre apenas um acoplamento silogístico.

Nessa perspectiva, cabe lembrar os ensinamentos de Edgar Morin, no sentido de que se deve ter cuidado ao limitar demais os fenômenos na tentativa de descrevê-los cientificamente, pois a redução exagerada da complexidade pode causar cegueira quanto à totalidade dos aspectos que compõem a realidade²⁵. Tendo isso em conta, não se pode olvidar

²³ POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 13: “A distribuição em cascata que caracteriza o direito norte-americano (a legislação sobrepõe ao *common law*, as leis federais se sobrepõe às estaduais e o direito constitucional se sobrepõe às leis em geral e ao *common law* no âmbito estadual e federal), o caráter indisciplinado de nosso legislativo, juntamente com a complexidade de nossa sociedade e a heterogeneidade moral da população, impõem aos juízes uma responsabilidade de exercício criativo do direito que é impossível de se honrar através da aplicação literal de normas existentes ou do raciocínio analógico a partir de casos precedentes – a técnica convencional de que se valem os juízes para lidar com a novidade”.

²⁴ FERNANDEZ, Atahualpa. **Argumentação jurídica e hermenêutica**. São Paulo: Imprensa Jurídica, 2009. p. 124-129.

²⁵ MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 3 ed. Porto Alegre: Sulina, 2007. p. 13-14: “Por isso o conhecimento necessita ordenar os fenômenos rechaçando a desordem, afastar o incerto, isto é, selecionar os elementos da ordem e da certeza, precisar, clarificar, distinguir, hierarquizar... Mas tais operações, necessárias à inteligibilidade, correm o risco de provocar a cegueira, se elas eliminam os outros aspectos do complexus; e, **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 02, p. 11 – 26, out. 2014** **21**

que a subsunção é uma abreviação fenomenológica desse tipo, que merece ser superada tecnicamente. Como bem ressalta Friedrich Müller,

fica evidente que o positivismo jurídico, ao conceber o direito como um sistema sem lacunas, a decisão como uma subsunção estritamente lógica e com a supressão dos elementos do ordenamento social não espelhados no texto da norma, deixa-se levar por uma ficção inaceitável na prática.²⁶

De acordo com Atahualpa Fernandez, estudioso da abordagem interdisciplinar entre neurologia e temas jurídicos, “é preciso aceitar a iniludível presença de elementos não lógicos e, em geral, a intrusão do valorativo no raciocínio jurídico”, de modo que “resulta não aceitável nem legítimo o seguir considerando a tarefa hermenêutica como uma operação ou conjunto de operações regidas exclusivamente pela silogística dedutiva ou cognoscitiva”²⁷. Daí que, muito embora a teoria da Decisão Judicial baseada na subsunção goze de ampla aceitação acadêmica, nos moldes de Hart ou mesmo na refinada versão kelseniana, ela se encontra empiricamente incorreta ou, ao menos, excessivamente simplista, porquanto o órgão aplicador não enxerga a situação fática a ser resolvida através dos limites de uma moldura ou janela representada pela *regra jurídica*, mediante um procedimento silogístico²⁸.

Outrossim, é nítido que não há padrões de julgamento passíveis de operacionalização mediante uma mera subsunção, pois isso é uma indevida redução da complexidade, calcada no equívoco de se pressupor a possibilidade de interpretação e aplicação de um elemento de decisão com abandono de todas as demais condicionantes da atividade cognitiva do hermeneuta. Ou seja, em uma afirmação simples e objetiva, como não é passível a aplicação de alguma espécie normativa por subsunção, como decorrência lógica, não existem *regras jurídicas*.

Portanto, a síntese dos dois argumentos antes expostos enseja a conclusão, para alguns surpreendente, de que não existem *regras jurídicas*, como um conceito operacional distinto de *texto normativo* ou de *norma jurídica*, ou mesmo como espécie de *fonte jurídica* diferente da

efetivamente, eu o indiquei, elas nos deixaram cegos”.

²⁶MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2009. p. 20.

²⁷FERNANDEZ, Atahualpa. **Argumentação jurídica e hermenêutica**. São Paulo: Imprensa Jurídica, 2009. p. 127.

²⁸POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 341: “Com base apenas no que afirmei até agora, já deve estar claro que a concepção tradicional que associa o raciocínio do *common law* à indução e a interpretação das leis à dedução é enganosa. Interpretação não é dedução, ainda que quando um conceito é extraído de uma lei por meio de interpretação o juiz possa proceder dedutivamente (por exemplo, a lei de monopólio e concorrência desleal [*Sherman Act*] – por interpretação – proíbe a formação de cartéis, X é um cartel, portanto X é proibido)”.

legislação, dos princípios jurídicos, da jurisprudência, da doutrina, das políticas executivas, da ética e dos costumes, haja vista que não são factíveis razões definitivas de dever ser e tampouco postulados jurídicos rígidos aplicáveis por mera subsunção.

Cabe acrescentar, ao final, que a inexistência de *regras jurídicas* implica, como decorrência lógica, a inviabilidade de aceitação de um segundo nível (ou metanível) na operação hermenêutica, ou seja, igualmente não existem as chamadas *metarregras*, ou seja, as *regras* secundárias — de segundo nível ou postulados normativos aplicativos —, as quais serviriam de critérios para aplicações de outras *regras*²⁹.

5 CONCLUSÕES

O trabalho iniciou-se com o esclarecimento de que o conceito operacional de *texto normativo* não pode ser confundido com o de *norma jurídica*, sob pena de crasso erro argumentativo, consoante doutrina já assimilada pela academia brasileira. *Texto normativo* é uma construção gramatical que limita a amplitude decisória das pessoas em determinada sociedade, amarrando as expectativas quanto às consequências de ações dentro da respectiva tradição interpretativa, enquanto, de outro lado, a definição de *norma jurídica* é discrepante, porquanto diz respeito ao resultado de um processo interpretativo, movimentado por um questionamento emergente do tecido social, que abrange a articulação das *fontes jurídicas* (não só os textos legais, mas também *princípios*, precedentes judiciais, políticas, etc.), de acordo com as peculiaridades fáticas da controvérsia, de modo a permitir a resolução de um problema concreto.

Após, foi fixado o conceito tradicional de *norma jurídica*, conforme construído pelos juspositivistas clássicos (Kelsen, Hart e Bobbio) e assimilado pelas mais difundidas proposições pós-positivistas no cenário brasileiro (Dworkin e Alexy). Regra Jurídica é um padrão de julgamento consubstanciado em uma suposta razão definitiva de dever ser (mandamento definitivo), passível de aplicação mediante a operação lógico-dedutiva de subsunção.

Após fixadas tais premissas teóricas, foi esclarecido que tal espécie normativa efetivamente não existe, pois, primeiro, não é concebível um critério de julgamento com densidade normativa tão elevada ao ponto de representar uma resposta definitiva e rígida para

²⁹HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.105; e ÁVILA, op. ct., p. 123-124.

os questionamentos futuros (solução absolutamente verdadeira) e, segundo, é inviável a existência de uma espécie de *norma jurídica* cuja interpretação e aplicação podem ocorrer mediante um esquema de meros silogismos dedutivos, a exemplo do método decisório de subsunção.

Com efeito, não é possível se conceber um padrão de julgamento tão denso ao ponto de dispensar seu cotejo com as demais condicionantes fáticas e jurídicas (elementos de aproximação e determinação) na operação deliberativa, de modo a invalidar o próprio conceito operacional de *regra jurídica*, até porque nem sequer os *textos normativos* (que são os mais sólidos parâmetros já concebidos) têm tal capacidade de absorção no processo mental. Por outro lado, é nítido que não há padrões de julgamento passíveis de operacionalização mediante uma mera subsunção, pois isso é uma indevida redução da complexidade.

Portanto, não há nada que possa salvar o conceito de *regra jurídica* da sua completa erradicação da Ciência do Direito, salvante a sua absorção pelos conceitos operacionais de *texto legal* ou de *norma jurídica*, como mero sinônimo de um deles (embora essa alternativa já tenha sido repudiada pela literatura técnica em geral). Como consequência dessa conclusão, não só desmorona a elegante arquitetura piramidal resultante do trabalho dos juspositivistas clássicos (Kelsen, Hart e Bobbio), mas também sucumbe a proposição pós-positivista de Alexy e, ainda, sugere reparos na construção teórica de Dworkin.

Daí resta a questão de quais seriam as modalidades de *norma jurídica*, ou mesmo se haveria apenas a modalidade normativa intitulada de *princípio jurídico*. Tal tema ultrapassa o objeto deste texto e recomenda o estudo da Teoria Complexa do Direito, que representa uma proposição pós-positivista inédita para as quatro plataformas centrais da Ciência Jurídica, consistentes nas teorias das Fontes do Direito, da Norma, do Ordenamento e da Decisão, sob uma nova perspectiva alheia aos vícios do Juspositivismo, sem implicar retrocesso ao Jusnaturalismo³⁰.

³⁰ZANON JUNIOR, op. cit.

LEGAL RULES DON'T EXIST

Orlando Luiz Zanon Junior

ABSTRACT

The main objective of this paper is to demonstrate that Legal Rules don't exist, defined as a kind of normative standart characterized by it's high density (definitive reasons) and it's applicability by subsumption (logical deductive reasoning), as designed by the classical legal positivists (Kelsen, Hart and Bobbio) and accepted by the most widespread post-positivist propositions (Dworkin and Alexy).

Keywords: Legal Rules. Subsumption. Legal Positivism. Post-positivism.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. On balancing and subsumption: a structural comparison. **Ratio Juris**, Oxford, v. 16, n. 4, p. 433-449, 2003.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria geral do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERNANDEZ, Atahualpa. **Argumentação jurídica e hermenêutica**. São Paulo: Imprensa Jurídica, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia**. V 1. Madrid: Trotta, 2011.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 3 ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito, 2011.

POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Produção jurídica: positivação e aplicação. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 112, 2013. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 22 ago.2013.

_____. **Teoria complexa do direito**. Florianópolis: CEJUR, 2013.