
**A TEORIA GERAL DA NORMA:
UM ESTUDO SOBRE AS VISÕES POSITIVISTAS DE KELSEN, BOBBIO, HART E
O PARALELO SOCIOLÓGICO COM A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE
LUHMANN**

Gustavo Tavares Guedes¹
Pedro Augusto de Souza Brambilla²

RESUMO

Busca-se no presente artigo esboçar um panorama da teoria geral da norma, com o uso de uma metodologia, em muito, dedutiva, iniciou-se por uma breve distinção entre regras e princípios, bem como a importância dessa noção. Seguiu-se para um vislumbre da teoria pura do direito preconizada por Kelsen, conceituando a norma jurídica e expondo seus tipos de interpretação, finalizando-se o tópico com uma observação a respeito da teoria kelsiana. Continuando-se, foi feito um mergulho na teoria normativa de Norberto Bobbio, partindo-se de uma noção lógico-linguística, considerando-se a norma jurídica como proposição prescritiva, apontando também suas principais classificações. Em seção secundária, aferiu-se a teoria do ordenamento jurídico em Bobbio, apresentando-se as antinomias e suas soluções cabíveis. Após, apresentou-se a teoria normativa de Hart, fechando-se com a ideia de *soft positivism*. Continuamente, explorou-se a teoria dos sistemas sócias de Luhmann, fazendo-se um paralelo com fenômenos mais atuais do Direito. Ao final, sopesou-se e refletiu-se quanto a importância dessas correntes positivistas em consonância com a perspectiva sociológica do direito.

11

Palavras-chave: Norma jurídica. Ciência do direito. Ordenamento jurídico. Positivismo. Direito.

ABSTRACT

The aim of the present article is to outline an overview of the general theory of the norm, using a very deductive methodology, which began with a brief distinction between rules and principles, as well as the importance of this notion. It followed a glimpse of the pure theory of law advocated by Kelsen, conceptualizing the legal norm and exposing its types of interpretation, concluding the topic with an observation about the Kelsian theory. Continuing, a dive was made in Norberto Bobbio's normative theory, starting from a logical-linguistic notion, considering the legal norm as a prescriptive proposition, also pointing out its main classifications. In a secondary section, the theory of the legal system in Bobbio was gauged, presenting the antinomies and their appropriate solutions. Afterwards, Hart's normative theory

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente; Bolsista do Programa de Iniciação Científica pela instituição no Grupo de Novo Processo Civil Brasileiro: Garantias Fundamentais e Inclusão Social. E-mail: gustavo.guedes7@hotmail.com

² Graduado em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente, Pós-Graduado e professor pela mesma instituição. Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR). Advogado. Email: pedroaugustobrambilla@gmail.com

was presented, closing with the idea of soft positivism. Continually, Luhmann's theory of social systems was explored, drawing a parallel with more current phenomena of law. At the end, we weighed and reflected on the importance of these positivist currents in line with the sociological perspective of law.

Key-words: Juridical norm. Science of law. Legal system. Positivism. Law.

1 INTRODUÇÃO

A teoria normativa é base fundamental para a compreensão do Direito, sendo introduzida logo quando se depara com o curso nas universidades, bem como pode ser tema central de trabalhos e pesquisas mais complexas.

Neste sentido, abre-se margem para uma profunda e incessante pesquisa, podendo-se adentrar questões que, aparentemente, são de ordem simples, como “o que é o Direito?” e, ao perfazer-se o caminho em busca de respostas, encontrar-se por detrás uma ampla gama de embates jusfilosóficos.

Doutro lado da moeda, o tema desemboca-se para uma esfera mais atual, servindo o passado positivista de base para a melhor compreensão de fenômenos do pós-positivismo.

Seguindo-se essa lógica, em primeiro momento, abordou-se, de maneira perfunctória, a diferença entre regras e princípios e sua importância para melhor manejo e entendimento do tema.

Em seguida, apresentou-se a teoria kelsiana da pureza da ciência jurídica em sentido estrito, buscando explicar a norma jurídica inserida em um sistema jurídico-normativo. Então, elucidou-se impacto revolucionário causado pelo desenvolvimento de uma ciência do direito, assim como criticou-se a visão exclusivamente pura do direito.

Ato contínuo, anotou-se acerca da teoria normativa de Bobbio, explorando seu raciocínio para chegar a um conceito de norma jurídica. Após, partiu-se para a exposição de critérios para a melhor classificação das normas jurídicas, encerrando o capítulo com as mais relevantes classificações propostas pelo autor.

Ainda em continuidade com a teoria de Norberto Bobbio, foi feito um estudo do ordenamento jurídico, analisando seus principais aspectos (unidade e sistema), caminhou-se para a classificação das antinomias e a possibilidade de resolução dessas.

Após, efetuou-se uma abordagem da perspectiva de Hart, explorando-se sua

diferenciação das regras, bem como a respeito do que chamou de regra de reconhecimento, dando ênfase ao *soft positivism*.

Por fim, explorou-se a teoria dos sistemas sociais de Luhmann para fazer um paralelo com alguns dos fenômenos pós-positivistas enfrentados nos dias atuais.

O objetivo do presente trabalho foi expor um breve panorama a respeito da teoria normativa, fazendo o uso, em principal, dos estudos realizados pelos juristas Norberto Bobbio, Hans Kelsen e Herbert Hart, fazendo um fechamento com um paralelo entre o direito e a teoria dos sistemas sociais de Luhmann. Para o alcance da finalidade traçada, foi utilizado em sobremaneira o método indutivo.

2 A TEORIA NORMATIVA: REGRAS E PRINCÍPIOS

Sem dúvidas, durante a história, foram inúmeros os estudiosos que depositaram suas contribuições no extenso debate sobre “o que é o direito?”, surgindo as mais diversas e controversas explicações possíveis, colaborando cada autor à sua maneira para a compreensão e ampliação do debate. Nas primeiras palavras de sua obra, nos ensina Herbert Hart (2012, p. 1) que “poucas indagações sobre a sociedade humana têm sido formuladas com tanta persistência e respondidas por pensadores sérios de maneiras tão diversas, estranha e até paradoxais quanto a pergunta: “o que é Direito?”.

13

Sobre a questão suscitada, insurge a clássica divisão entre regras e princípios, os quais estão presentes e são emanados corriqueiramente na prática jurídica, muitas vezes de forma equivocada.

Crítica que reforça Lênio Streck (2017, p. 150):

No Brasil, a concepção de princípios como abertura interpretativa passou a representar um modo de justificar o voluntarismo judicial a partir de um critério “jurídico” que permitiria certa liberdade aplicativa. Ocorre que, no fundo, a mera atribuição do nome “princípio” a algo apenas serviu para garantir a aparência de juridicidade, constituindo um *álibi retórico*.

No mesmo sentido, argumentava Ronald Dworkin, tecendo sua principal crítica ao positivismo. É o que ministra Ávila (2012, p. 39):

Foi na tradição anglo-saxônica que a definição de princípios recebeu decisiva contribuição. A finalidade do estudo de Dworkin foi fazer um ataque gerado ao Positivismo (*general attack on Positivism*), sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios

(*principles*).

Feitas as observações acima, elucida-se, de início, a importância no estudo do tema.

Convém mencionar que, a conceituação de regras e princípios está diretamente ligada à dialética clássica positivista e, dessa forma, como se entende o Direito.

Nesta toada, não há como entender regras e princípios, sem antes ter em mente o palco pelo qual caminharam os debates e confrontamentos a esse respeito. É o que ensina Lênio Streck (2017, p. 45):

Para tratar sobre a diferença entre regras e princípios, é importante referir que, como pano de fundo para esse tipo de reflexão, está o paradigma positivista e as discussões que envolvem a compreensão sobre o fenômeno interpretativo do direito, exatamente por sua grande influência no pensamento jurídico ocidental.

Ilustrado isso, naturalmente, há a necessidade da escolha de um ponto de partida, que aqui será o critério estrutural da norma jurídica. Assim, considera-se a norma como gênero, se dividindo entre regras e princípios. Partindo-se daí Lênio Streck (2017, p. 46) diferencia regras e princípios:

Neste plano – apenas neste – podemos dizer que o princípio (independentemente da sua forma textual), diferentemente da regra, traz consigo a carga de uma filosofia prática. Nesse contexto, os princípios representariam a tentativa de resgate de um mundo prático abandonado pelo juspositivismo. As regras, por outro lado, representariam uma “técnica”, para a concretização desses valores (sic), ou seja, meios (condutas) para garantir um “estado de coisas” desejado.

Outro grande estudioso que também propôs uma distinção dessas espécies normativas foi Ronald Dworkin (2007, p. 39) afirmando: “a diferença entre princípios jurídicas e regras jurídicas é de natureza lógica”.

De início, afirma que regras são aplicadas na modalidade tudo ou nada, pois tendo em vista o fato a qual se refere a regra, ou ela válida, devendo ser aplicada ao caso, ou não é válida, não sendo de forma alguma útil para a resolução do caso.

Nas palavras de Dworkin (2007, p. 39): “as regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então 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 contribuí para a decisão”.

Ainda, levando em conta o “tudo-ou-nada”, quando uma regra colide com outra, uma deverá ser considerada inválida, para manter a coerência do sistema jurídico.

De forma contrária, os princípios não atuam diretamente na decisão, possuindo cada qual sua “dimensão de peso” e, apenas seus fundamentos em conjunto dão escopo a uma

decisão. Também, em um conflito de princípios, deve-se observar qual terá o maior peso e irá se sobrepôr ao que possui o menor, mas, sem que este seja considerado inválido, diferentemente das regras. Reforça Dworkin (2007, p. 42):

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa de cada um.

Nesta esteira, ao falar Dworkin, ensina Ávila (2012, p.40):

Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.

Interessante explorar que, Ávila, ao traçar um panorama histórico da distinção entre regras e princípios, encontra quatro principais critérios de diferenciação, são eles: o critério hipotético-condicional; o critério do modo final de aplicação; o critério do conflito normativo e; o critério do fundamento axiológico.

15

O critério hipotético-condicional se pauta na premissa de que regras são descritivas, prevendo um fato e uma consequência, determinando a decisão quando há a ocorrência do fato, ao passo que, os princípios apenas dão um norte para que se encontre a regra a ser aplicada. Explica Ávila (2012, p. 43):

Segundo alguns autores, os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo caráter *hipotético-condicional*, pois, para eles, as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*; os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar uma regra aplicável ao caso.

De outra maneira, o critério do modo final de aplicação refere-se, em parte, à teoria normativa adotada por Dworkin, onde regras são aplicadas na modalidade tudo-ou-nada, determinando a decisão diretamente na medida em que são válidas. Diferentemente, um único princípio não é capaz de determinar uma decisão, sendo necessário a aplicação de fundamentos de um conjunto princípios.

Há, também, o critério do conflito normativo, segundo o qual na hipótese de regras contrárias entre si, a resolução se dá pela declaração de invalidade de uma dela ou, pela criação

de uma exceção. Os princípios, de outra forma, não são declarados inválidos quando em conflito, mas sim leva-se em conta a “dimensão de peso” de cada um no caso concreto, aplicando aquele com mais força. Cumpre o ensinamento de Ávila (2012, p. 56):

Segundo alguns autores os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo modo como funcionam em caso de *conflito normativo*, pois, para eles, a antinomia entre regras consubstancia o verdadeiro conflito, a ser solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, a ser decidido mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso para cada um deles.

Por último, tem-se o critério do fundamento axiológico, segundo o qual, os princípios, ao contrário das regras, transpassam uma carga de valores para a decisão ser tomada.

Importante dizer que não há um critério totalmente correto, tendo cada qual sua importância, servindo ainda hoje para que o operador do direito tenha melhor compreensão da evolução desse debate, com o intuito de que, no processo hermenêutico, consiga identificar e se posicionar com mais qualidade quando debruçar-se sobre casos cinzentos.

Feito o um breve vislumbre da diferença entre regras e princípios e sua importância para o estudo do direito, caminha-se para o estudo dos autores que guiaram o restante do trabalho.

16

3 KELSEN E A CIENTIFICIDADE DO DIREITO

Inicialmente, se faz necessário pontuar que Kelsen propõe uma cisão entre Direito e Ciência do Direito. A “pureza do direito” se refere tão somente a esfera da ciência jurídica, ao passo que, o Direito seria a parte restante, incumbida da aplicação, contaminada por ideologia, política e moral, como afirmado, “é uma ciência do direito e não uma política do direito” (KELSEN, 2001, p. 51).

Neste sentido, Kelsen se coloca a frente apenas do estudo das proposições jurídicas (campo da ciência), deixando em segundo nível a materialização do direito no plano concreto.

Portanto, de suma importância diferenciar, esses dois mundos distintos na teoria kelsiana, como aduz Streck (2017, p. 17):

Para compreender adequadamente este conceito, é necessário insistir em um ponto: em Kelsen, há uma cisão entre Direito e Ciência do Direito que irá determinar, de maneira crucial, seu conceito de interpretação. A “pureza”, em Kelsen, é da Ciência do Direito e não do Direito.

Nas palavras de Kelsen (2001, p. 51):

Como teoria, ela reconhecerá, única e exclusivamente, seu objeto. Tentará responder à pergunta “o que é” e “como é” o direito e não à pergunta de “como seria” ou “deveria ser” elaborado. É uma ciência do direito e não uma política do direito.

Quando se intitula Teoria “Pura” do Direito é porque se orienta apenas para o conhecimento do direito e porque deseja excluir deste conhecimento tudo o que não pertence a esse exato objeto jurídico. Isso quer dizer: ela expurgará a ciência do direito de todos os seus elementos estranhos. Este é o princípio fundamental do método e parece ser claro.

Dentro de sua Teoria, o autor conceitua a norma como um *dever ser*, que dá sentido há um *ato de vontade*, este, que figura no campo do *ser*, sendo ambos diferentes entre si. É o que reforça Kelsen (2001, p. 29):

Pode-se caracterizar a norma como o sentido de um *ato de vontade*, mas é preciso diferenciar estritamente este sentido do *dever ser* e do ato efetivo de vontade. O *ato de vontade* reside na esfera do *ser*, seu significado na esfera do *dever ser*.

Nessa medida, a Teoria pura do Direito é, em sentido filosófico, uma teoria “realista”, a partir da existência (validade) de normas como *fenômeno específico na esfera do ser*, da mesma maneira em que se admite, reiteradamente, a existência das coisas na esfera do *ser*.

17

Como visto acima, o autor coloca norma jurídica como um fenômeno específico, logo entende que existem outros tipos de norma, que não as jurídicas, citando as normas de moral e de costumes, as quais não devem ser misturadas com a norma jurídica, que se diverge das demais na medida em que, por força de um sistema, prevê, para sua violação, uma sanção (KELSEN, 2001, p. 30).

Dito isso, Kelsen subdivide as normas jurídicas em três principais espécies: normas de conduta, normas de autorização e normas derogativas.

As primeiras se “encontram-se no ponto central de um sistema jurídico, prescrevendo aos homens determinada conduta [...] e, no caso de uma conduta inapropriada, preveem uma sanção” (KELSEN, 2001, p. 30).

De outra forma, as normas de autorização habilitam determinadas pessoas a criarem ou derogarem um direito. Além disso, chamam também a execução, ao passo que delegam a alguns o poder de executar o direito (KELSEN, 2001, p. 30).

As últimas, chamadas normas jurídicas derogativas, são, em verdade, um desdobramento das normas autorizadoras, possuindo “o conteúdo para anular outra norma

jurídica [...]. Tais normas se apoiam em normas de autorização, mas não contêm nenhuma autorização, apenas uma *função específica*” (KELSEN, 2001, p. 31).

Em relação a interpretação das normas jurídicas, o autor estabelecerá duas, uma para cada um dos campos distintos do direito. A primeira interpretação refere-se ao *ato de vontade*, processo no qual legislador e magistrado (sentença), pela aplicação, produzem normas, havendo, neste íterim, maior espaço de interpretação. A restante, trata-se da interpretação por *ato de conhecimento*, praticada pelo cientista do direito, devendo se pautar na mera descrição do conteúdo das normas jurídicas, de forma imparcial e objetiva, diferentemente da primeira, sem mobilidade para a interpretação, produzindo ao final, proposições.

É o que ensina Streck (2017, p. 17):

Devido à característica relativista da moral kelsiana, as normas – que exsurgem de um ato de vontade (do legislador e do juiz na sentença) – terão sempre um espaço de mobilidade sob o qual se movimentará o intérprete.

[...]

Por outro lado, a interpretação como ato de conhecimento – que descreve, no plano de uma metalinguagem, as normas produzidas pelas autoridades jurídicas – produz proposições que se inter-relacionam de maneira estritamente lógico formal.

18

Apesar de Kelsen nunca ter negado a casuística que envolve o direito e, revolucionaria a forma pela qual se entendia o direito, o mesmo se restringiu ao *ato de conhecimento*, buscando criar um lugar onde o objeto único de estudo fosse a norma, sem qualquer interferência, partindo de um pressuposto cognitivista, afastando a moral deste processo, veja-se “a justiça é um ideal irracional. Seu poder é imprescindível para a vontade e o comportamento humano, mas não é para o conhecimento” (KELSEN, 2001, p. 62).

Neste sentido encontra-se o grande percalço na teoria kelsiana, tendo em vista que uma das principais problemáticas hoje, trata-se da aplicação do direito, local em que repousa, de certa forma, o abandono de Kelsen. Reitera Streck (2017, p. 19):

Indubitavelmente, Kelsen já havia superado o positivismo exegético, mas abandonou o principal problema do Direito: a interpretação concreta, no nível da “aplicação”. E nisso reside a “maldição” de sua tese. Não foi bem entendido quando ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma interpretação “pura da lei”. A sua pureza nunca esteve na lei e, sim, na ciência descritiva do Direito.

Dessa maneira, é notável a contribuição a que se serviu (e ainda serve), a teoria kelsiana, produzindo um grande avanço aos problemas interpretativos do direito, de maneira que na atualidade, inúmeros juristas em formação familiarizam-se com a postura científica do direito.

4 NORBERTO BOBBIO E A NORMA JURÍDICA

Logo no início da estruturação da teoria, parte-se de uma afirmação: “a experiência jurídica é uma experiência normativa” (BOBBIO, 2010, p. 15). Com isso, o autor define o direito como um *conjunto de normas* (o tema será estudado mais adiante), que permeiam, interferem e condicionam inúmeros aspectos da vida em sociedade, sendo responsáveis, também, pelo processo de passagem de uma sociedade inorgânica para uma orgânica. Assim, as normas podem ser tidas, inicialmente, como “regras de conduta”. (BOBBIO, 2010).

Contudo, tal como Kelsen, o estudioso reconhece a existência de várias espécies normas, ao que afirma o italiano (2010, p.16):

A História pode ser imaginada como uma imensa torrente fluvial represada: as barragens são as regras de conduta, religiosas, morais, jurídicas, sociais, que detiveram a corrente das paixões, dos interesses, dos instintos, dentro de certos limites, e que permitiram a formação daquelas sociedades estáveis, com as suas instituições e com os seus ordenamentos, que chamamos de "civilização".

Em que pese o reconhecimento do pluralismo normativo, Bobbio se aprofunda nas normas jurídicas, na medida em que, as considera o cerne do direito, bem como as diferencia das demais espécies pelo seu caráter impositivo e soberano (emanada pelo Estado), capaz de causar uma punição pelo seu descumprimento, organizando a vida em sociedade.

Neste contexto, o autor caminha para uma evolução, tendo como linha de partida uma estrutura lógico-linguística, meramente formal, começa a desenvolver conceito de norma jurídica, inicialmente, apenas como uma “proposição”. Explica Bobbio (2010, p. 61):

O ponto de vista a partir do qual nos propomos estudar a norma jurídica neste curso pode ser denominado *formal*. É formal no sentido de considerarmos a norma jurídica *independentemente do seu conteúdo*, ou seja, na sua estrutura.

[...]

Como toda proposição, também a norma tem uma estrutura lógico-linguística própria, que pode ser preenchida com os mais diversos conteúdos.

Continuando, o autor nos dá uma definição de “proposição”, definindo como “*um conjunto de palavras que possuem um significado em seu todo*” (BOBBIO, 2010, p. 64).

Entretanto, as normas jurídicas não seriam tão somente “proposições” e, a partir disto, o autor complementa seu significado utilizando-se do que chama de três funções fundamentais da linguagem, quais sejam funções *descritiva, expressiva e prescritiva*. Cumpre trazer à baila a seguinte elucidação de Bobbio (2010, p. 69-70):

Sem a pretensão de dar definições rigorosas e exaustivas, basta-nos aqui dizer que a função descritiva, própria da linguagem científica, consiste em dar informações, em comunicar a outros certas notícias, na transmissão do saber, em suma, em *levar a conhecer*; a função expressiva, própria da linguagem poética, consiste em evidenciar certos sentimentos, e em tentar evocá-los em outros, de modo que *levem a participar* outros de uma certa situação sentimental; a função prescritiva, própria da linguagem normativa, consiste em dar comandos, conselhos, recomendações, advertências, de modo a influir no comportamento alheio e modificá-lo e, em suma, *levar a fazer*.

Portanto, podemos afirmar que, para o jusfilósofo, a norma jurídica é uma proposição prescritiva, ou seja, trata-se de um conjunto de palavras que possuem um significado no seu todo, sendo este significado uma prescrição que dará comandos, recomendações, advertências ou conselhos.

Nesta esteira o autor se debruça, investigando os principais critérios para a classificação das proposições prescritivas, tais como o conteúdo, o fim, o poder soberano, a ideia jusnaturalista da essência normativa no conceito (vago) de justiça, a tese Kantiana das obrigações (imperativo hipotético e heterônomo), além de, por fim, trazer o critério da resposta a violação da norma (BOBBIO, 2010, p. 139-144).

Apesar de apresentar os critérios acima mencionados, Bobbio, ao final, revisita e reforça seu ponto de largada: a forma, passando a classificar as proposições prescritivas daí.

Assim, o autor italiano divide as normas jurídicas entre normas universais e singulares, tanto ao destinatário, quanto ao objeto, extraindo quatro tipos de proposições prescritivas: destinatário universal; destinatário singular; ação universal; e ação singular (BOBBIO, 2010, p. 173).

Ainda, joga luz na teoria da generalidade e abstração da norma, aproveitando-se da classificação supracitada, trazendo novos termos à tona nesta quadripartição da norma. Escreve Bobbio (2010, p. 174):

A classificação feita na seção anterior permiti-nos uma distinção mais precisa e mais completa das normas jurídicas. Em vez de usar indistintamente os termos “geral” e “abstrato”, consideramos oportunos chamar de “gerais” as normas que são universais em relação ao destinatário, e de “abstratas” aquelas que são universais em relação a ação.

[...]

Às normas gerais se contrapõe aquelas que têm por destinatário um único indivíduo, e sugerimos que sejam chamadas de *normas individuais*; às normas abstratas se contrapõem aquelas que regulam uma ação singular, e sugerimos que sejam chamadas de *normas concretas*. (2010, p. 174).

Apesar do jusfilósofo continuar a trazer novos tipos de denominações de normas em

face dos critérios ora mencionados, o ápice de sua contribuição à Teoria Normativa se dá quando desenvolve o conceito de uma *unidade sistemática* que denominará de Ordenamento Jurídico (BOBBIO, 2010, p. 231), formado pelo conjunto de normas jurídicas.

1.1 O ordenamento jurídico

Inicialmente o autor justifica o estudo do “ordenamento” sob o pretexto de que as normas nunca existiram sozinhas. É o que ressalta Bobbio (2010, p. 185):

A exigência de uma nova pesquisa nasce do fato de que, na realidade, as normas jurídicas nunca existiram sozinhas, mas sempre num contexto de normas que têm relações específicas entre si (e essas relações serão em grande parte o objeto de nosso estudo). Esse contexto de normas costuma ser chamado de ordenamento.

Seguindo, raciocina que, não existindo uma norma jurídica somente, o conceito de Direito só será possível com o estudo de seu conjunto, explicando o autor (2010, p. 188):

[...] podemos dizer que não nos foi possível dar uma definição do direito assumindo o ponto de vista da norma jurídica, isoladamente considerada; mas tivemos de ampliar o nosso horizonte para considerar o modo como uma determinada norma é tornada eficaz por uma organização complexa que determina a natureza e a importância das sanções, as pessoas que devem exercê-las e sua execução. Essa organização complexa é o produto de um ordenamento jurídico. Portanto, isso significa que uma definição satisfatória o direito só é possível se assumimos o ponto de vista do ordenamento jurídico.

21

Instado que as normas existem juntas e ordenadas, das relações entre si, podemos identificar alguns problemas, tais como as antinomias, ou seja, “o encontro de duas proposições incompatíveis entre si” (BOBBIO, 2010, p. 249). Nesta toada, nos é apresentado maneiras de identificar uma antinomia, ensina Bobbio (2010, p. 243-242):

Reiteramos, portanto, que, se definimos como normas incompatíveis aquelas que não podem ser ambas verdadeiras, verificam-se relações de incompatibilidade normativa nesses três casos:

1. entre uma norma que *comanda* fazer alguma coisa e uma norma que proíbe fazê-lo (*contrariedade*).
2. entre uma norma que *comanda* fazer e uma que *permite* não fazer (*contraditoriedade*).
3. entre uma norma que *proíbe* fazer e uma que *permite* fazer (*contraditoriedade*).

A esta questão, até então debatida e destrinchada nas salas do Direito, são propostas soluções que, quando aplicáveis, mostram que o conflito, em verdade, não existia, tratando-se

de “antinomias aparentes”. De outra maneira, quando os critérios para resolução desse conflito não o resolvem, estamos diante de “antinomias reais”. Explica Bobbio (2010, p. 250):

Chamamos de antinomias solúveis de *aparentes*; as insolúveis, de *reais*. Diremos, portanto, que as antinomias reais são aquelas em que o interprete é abandonado a si mesmo ou pela ausência de um critério por conflito ou por conflito entre os critérios dados.

Na tela das antinomias aparentes, há os critérios clássicos para resolução, Aduz Bobbio (2010, p. 250-253):

O critério cronológico, também chamado de *lex posterior*, é aquele com base no qual, de duas normas incompatíveis, prevalece aquela sucessiva.

[...]

O critério hierárquico, também chamado de *lex superior*, é aquele com base no qual, de duas normas incompatíveis, prevalece aquela hierarquicamente superior.

[...]

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*.

Sobremaneira, as antinomias reais são tratadas como algo que não pode existir dentro do ordenamento, devendo ser eliminadas pelos operadores e produtores do direito. Neste sentido, há a regra da coerência, como elucida Bobbio (2010, p. 266):

Todo o discurso feito neste capítulo pressupõe que a incompatibilidade entre duas normas é um mal a ser eliminado, e, portanto, pressupõe uma *regra da coerência*, que poderia ser formulada da seguinte maneira: “Em um ordenamento jurídico não *devem* existir antinomias”.

[...]

Uma regra que diz respeito às normas de ordenamento jurídico – como é o caso da proibição das antinomias – só pode ser destinada àqueles que se dedicam à produção e à aplicação das normas, sobretudo ao legislador, que é o produtor por excelência, e ao juiz, que é o aplicador por excelência.

Cumpramos ressaltar que o caminho até o momento percorrido se pautou pela *forma*, não se levando em conta os problemas do plano concreto das normas – aproximando-se a sociologia do direito. Ou seja, os fenômenos que as aplicações dessas proposições geram no seio da sociedade.

5 HART E O POSITIVISMO MODERADO

Hart começa sua teoria partindo de uma análise crítica de J. Austin. É o que ensina

Dworkin (2007, p. 31):

A versão do positivismo de H. L. A. Hart é mais complexa que a de Austin. Em primeiro lugar, ele reconhece, ao contrário de Austin, que as regras podem ser de tipos lógicos diferentes. (Hart distingue dois tipos de regras, que chama de “primárias” e “secundárias”.) Em segundo lugar, ele rejeita a teoria de Austin segundo a qual uma regra é uma espécie de ordem e a substitui por uma análise mais elaborada e geral do que são regras.

Neste sentido, o autor divide as regras entre primárias e secundárias. As regras primárias seriam aquelas destinadas à sociedade em geral, impondo deveres ou concedendo direitos a estes. De outra forma, as regras secundárias preveem métodos, estruturas e competências para a criação de novas regras.

Nas palavras de Hart (2012, p. 105):

As normas de um tipo, que pode ser considerado tipo básico ou primário, exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não. As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação. As normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados. As do primeiro tipo dizem respeito a atos que envolvem movimento físico ou mudanças físicas; as do segundo dispõem sobre operações que conduzem não apenas a movimentos ou mudanças físicas, mas também à criação ou modificação de deveres ou obrigações.

23

Continuando, o autor se depara com o problema da legitimidade, ou seja, qual a fonte de autoridade dessas regras? O que legitima a cobrança delas perante a sociedade?

Diante dessas questões, Hart (2012) propõe o que chama de “norma de reconhecimento”, explicando que:

Essa norma especifica as características que, se estiverem presentes numa determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que ela exerce. A existência dessa norma de reconhecimento pode assumir qualquer uma dentre uma imensa variedade de formas, simples ou complexas.

Complementa Dworkin (2007, p. 33):

Hart chama essa regra secundária fundamental de “regra de reconhecimento”. A regra de reconhecimento de uma determinada comunidade pode ser relativamente simples (“O que o rei decreta é lei”) ou pode ser muito complexa (a Constituição do Estados Unidos, com todas as suas dificuldades de interpretação, pode ser considerada como uma única regra de reconhecimento).

Portanto, a partir desta “regra de conhecimento”, pode-se dizer que Hart trouxe um pouco de conteúdo axiológico para dentro de sua teoria normativa, sendo essa a razão de ser situado como um “*positivista moderado*”. Explica Streck (2017, p. 162-163):

Herbert Hart, por sua vez, por conhecer o giro linguístico da filosofia no século XX, não irá colocar a validade do direito em um pressuposto lógico-transcendental, mas a colocará para o mundo concreto e social. O direito tem validade porque a comunidade política na qual ele governa o reconhece como tal. Por isso aparece o conceito de “regra de reconhecimento”.

[...]

Assim, é possível que argumentos morais venham a integrar o Direito de forma contingencial [...].

Neste sentido, Hart, ao centrar a validade do direito no respaldo da sociedade, integra, mesmo que pouco, a moral para dentro de sua teoria, admitindo que o direito não é capaz de cobrir todas as lacunas que a sociedade, em suas movimentações, possui.

Cumpra esclarecer, nas palavras Hart (1994, p. 121):

[...] a regra de reconhecimento é diferente das outras regras do sistema. A asserção de que existe só pode ser uma afirmação externa de facto. Porque enquanto uma regra subordinada de um sistema pode ser válida e, nesse sentido, existir, mesmo se for geralmente ignorada, a regra de reconhecimento apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o direito por referência a certos critérios. A sua existência é uma questão de facto

24

Assim, diante dessas lacunas, a decisão judicial às preencherá por meio de argumentos, por exemplo, político e morais e, são legítimos ao passo que a própria sociedade os reconhece – regra de reconhecimento.

6 LUHMANN E OS SISTEMAS SOCIAIS

Para melhor compreender Luhmann é preciso entender que o autor parte de um pressuposto, de que os sistemas sociais existem, são reais. Nas palavras de Lopes JR (2004, p. 2) “os sistemas sociais apresentam-se como sujeitos epistêmicos autônomos, pois possuem a capacidade de se autoproduzir, de se auto-observar e de se autodescrever, tornam-se autopoieticos”.

Neste sentido os sistemas sociais podem ser divididos em três grandes grupos: o econômico, o político e o jurídico.

Para a teoria luhminiana, o “sistema jurídico”, nas palavras de Campilongo apud Bittar (2005, p. 313):

[...] vê o sistema jurídico como, simultaneamente, aberto em termos cognitivos e fechado em termos operativos. Dito de modo singelo: o direito moderno mantém elevada interdependência com os demais sistemas (p. e., econômico, político, científico, etc), e é sensível às demais demandas que lhe são formuladas por esse ambiente (abertura cognitiva); entretanto, só consegue processá-la nos limites inerentes às estruturas, seleções e operações que diferenciam o direito dos demais sistemas (fechamento operativo).

Essa mesma lógica vale para os demais sistemas, sendo eles abertos cognitivamente e fechados aos demais sistemas em termos operativos. Essa abertura cognitiva entre os sistemas seria denominada pelo autor como “acoplamentos estruturais sistêmicos”, que só poderiam existir por meio da comunicação. É o que pondera Trindade (2008, p. 20):

Entretanto, há que perscrutar que os sistemas sociais são formas de relação baseadas na comunicação. “Sem comunicação não existiria sociedade, pois a comunicação é a única via possível para que possam ser constituídas seleções em comum, como mecanismos de redução da complexidade”. Qualquer forma de interpretação/acoplamento entre sistemas é baseada na comunicação.

25

Visto isso, resta cristalino que os sistemas podem conversar entre si, ou seja, há matérias jurídicas (normas) que influenciam nos sistemas econômico e político por meio dos acoplamentos.

Contudo, o problema se centra na medida em que um sistema invade a parte operativa (fechada aos demais) de outrem, deixando eles de serem autopoieticos e, passando a ocorrer o que Luhmann denominará de “corrupção sistêmica”. Em paralelo com os fenômenos pós-positivistas, pode-se dizer que um exemplo de corrupção sistêmica é o mal-uso da norma, corrompendo os demais sistemas sociais, dando ensejo em práticas como, o ativismo judicial, *pamprincipiologismo*, solipsismo, etc.

Neste diapasão, quando um sistema adjudica competências de outro, cria-se uma anomalia sistêmica, já que o judiciário, ao invés de julgar, legisla. O legislativo, ao invés de legislar, executa. E o executivo, ao invés de executar, também desempenha funções de outros sistemas.

Portanto, o sistema jurídico veste as roupas do sistema político, o que desencadeia uma severa consequência: o desvirtuamento do que representa a norma para o sistema jurídico.

7 CONCLUSÃO

Vislumbradas, a clássica diferença entre “regras e princípios” e as mais gritantes características das Teorias Normativas propostas por Hans Kelsen, Norberto Bobbio e Herbert Hart, conclui-se que é de suma importância o entendimento do Direito a partir de seu aspecto formal, típico das correntes Positivistas.

Entretanto, é preciso ponderação para não englobar todo o Direito em um critério unicamente lógico-linguístico, aceitando-se que, apesar da relevância da *forma* da norma jurídica, há também a *matéria*, lugar onde se localiza o grande desafio do direito contemporâneo.

Nesta dinâmica, pode-se conjecturar que as teorias normativas aqui estudadas são completas na medida em que os autores se propuseram a estudar a norma sobre seu aspecto unicamente a *formal* e, incompletas no campo material, sociológico e palpável.

Contudo, os autores aqui abordados jamais negaram a existência desse dilema na aplicação da norma, sendo essa lição ímpar para a melhor compreensão dos fenômenos existentes no direito hodiernamente.

Concluindo, para a procura das soluções imprescindíveis aos problemas do pós-positivismo, faz-se necessário um olhar dedutivo, atento e crítico aos que influenciaram a maneira de ser, pensar e sentir o Direito.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. **Niklas Luhmann**: do sistema social à teoria jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia política**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

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

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” de Presidente Prudente. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. Presidente Prudente, 2007.

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

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: RT, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017.

TRINDADE, André. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.