

A TEORIA GERAL DA NORMA: UM ESTUDO SOBRE AS VISÕES POSITIVISTAS DE KELSEN E BOBBIO

Gustavo TAVARES GUEDES¹

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. Ao final, sopesou-se e refletiu-se quanto a importância do dessas correntes positivista em consonância com a teoria normativa.

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

1. INTRODUÇÃO

A teoria normativa é base fundamental para a compreensão do direito, sendo introduzida logo de início que nos deparamos com o curso nas universidades, bem como pode ser tema central de trabalhos e pesquisas mais complexas.

Em primeiro momento, foram abordadas, de maneira básica, a diferença entre regras e princípios e, a importância de ter em mente essas divergências para

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

melhor manejo e entendimento do tema.

Em seguida, apresentou-se a teoria kelsiana da pureza do direito, buscando explicar a norma jurídica dentro do sistema. 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.

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

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 e Hans Kelsen. 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. Como nos ensina HART (2012, P. 1) nas primeiras palavras de sua obra:

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?”.

Sobre a questão suscitada, surge 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 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 alibi retórico.

Da observação feita acima, elucida-se, de início, a importância no estudo do tema.

Importante 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. É o que ensina 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, consideraremos a norma como gênero, se dividindo entre regras e princípio. Partindo-se daí 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.

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.

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.

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, prevêm 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 ínterim, 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.

Apesar de Kelsen nunca ter negado a casuística que envolve o direito e, revoluciona 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 exegetico, 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* (estudaremos o tema 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”.

Contudo, tal como Kelsen, o estudioso reconhece a existência de várias espécies normas, ao que afirma (BOBBIO, 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.

Neste diapasão, 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.

4.1 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. É o que explica BOBBIO (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.

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.

Cumprе 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. CONCLUSÃO

Vislumbradas, a clássica diferença entre “regras e princípios” e as mais gritantes características das Teorias Normativas propostas por Hans Kelsen e Norberto Bobbio, 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 “incompletas”, visando, unicamente a *forma* do Direito, contudo, os autores aqui abordados jamais negaram a existência doutro lado da norma jurídica, sendo essa lição ímpar para a melhor compreensão dos fenômenos existentes no direito hodiernamente.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 1 ed. São Paulo: RT, 2001.

HART, Hebert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 1. ed., 2 tir. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

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.