

Não se faça de Bobbio: a importância do ordenamento jurídico



Falei sobre Hans Kelsen na minha coluna anterior ([aqui](#)). Na coluna de

hoje, resgatarei — brevemente — Norberto Bobbio.

A existência de um ordenamento jurídico (sistema — [aqui](#)) é condição de possibilidade para discussão posterior sobre o papel da *Constituição*, das *lacunas*, das *antinomias* e das suas formas de resolução, dentre outras circunstâncias e características. Assim é que “uma definição satisfatória do Direito só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico”^[1]. Norberto Bobbio apresenta os pressupostos do ordenamento jurídico: *único*, *coerente* e *completo*, capaz de superar todas as antinomias e lacunas verificáveis, sem perder a *autonomia*.

Além de mediar as condutas, o ordenamento jurídico “regula também o modo pelo qual se devem produzir as regras. Costuma-se dizer que o ordenamento jurídico regula a própria produção normativa”^[2]. Dito de outra maneira, as normas de conduta produzidas pelo sistema encontram mecanismos próprios e decorrentes desse mesmo sistema, para alteração, modificação e extinção; o sistema é autorregulável no tocante à gênese, manutenção e convivência das próprias normas.

Dentre os atributos do ordenamento jurídico, aviva como pressuposto lógico a compleição *unitária*. Isso porque “não poderíamos falar de ordenamento jurídico se não o tivéssemos considerado algo de unitário”^[3]. Esse requisito de unidade encontra na *Norma Fundamental* de Hans Kelsen seu estatuto de validade. É que a unidade pressupõe um núcleo lógico irreduzível e, na concepção de Hans Kelsen, esta seria conferida pela *Norma Fundamental*, como já visto. Norberto Bobbio esclarece: “A Norma Fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem a Norma Fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento”^[4]. Esse postulado representa a base do ordenamento jurídico e, como tal, é pressuposta logicamente, sem que possa ser deduzida do próprio sistema.

Conquanto haja pretensão de totalidade, consubstanciada pelo escopo de prever todas as possibilidades do mundo da vida, esta completude resta prejudicada, no mundo de hoje, por diversos fatores. De fato, a



complexidade atual de outros sistemas, como econômico, político etc. — como fenômeno, não apresentam distinção do jurídica. Dessa maneira, fatores como a viragem linguística e filosófica da hermenêutica jurídica contemporânea e, também, a ausência de técnica legislativa, colaboram para que se dialogue com outras abordagens do campo jurídico. A necessidade de produção legislativa decorre diretamente da evolução social-econômica, com novas necessidades e fatores. Seria ingênuo deixar de tocar na concepção *Neoliberal*, na garupa de uma *globalização totalizante*[\[5\]](#).

Norberto Bobbio esclarece no tocante às normas: “Os juristas queixam-se que são muitas, mas assim mesmo criam-se sempre novas, e não se pode deixar de criá-las para satisfazer todas as necessidades da sempre mais variada e intrincada vida social”[\[6\]](#). A complexidade atual da sociedade, empurrada pela ciência e pelo caldo ideológico, exige diuturnamente novas concepções e interpretações sobre o cotidiano, abandonando-se as posições tão seguras do passado. Isso porque os avanços científicos não param, nem podem. Por mais que a ciência aplicada avance, a imaginação do cientista rompe barreiras, chega mais longe. A busca se renova, revigora-se, ressurgente. A ciência flui, e o ordenamento jurídico na visão tradicional capenga no seu encaixe, na ânsia — sempre vã — de abarcar *a priori* tudo por regras jurídicas, como se isso fosse instalar a paz perpétua. Vive-se, ainda, no plano do Direito, de tal maneira como se a sociedade contemporânea habitasse a ingenuidade escamoteada do modelo liberal — do mito — da autonomia da vontade, sem que nunca se consiga acompanhar legislativamente as evoluções científicas, nem as pressões do mercado[\[7\]](#).

Entretanto, apesar do equívoco corrente, a pretensão de completude do Direito não deve ser confundida com a completude de regras, mas do próprio Direito em si. Norberto Bobbio esclarece que, por completude, “entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso”[\[8\]](#). Todavia, remanesce a confusão no *sensu comum teórico dos juristas*[\[9\]](#) de que a lacuna de regras se equivale à de normas. Essa necessidade (de uma norma jurídica) advém do princípio de que os julgamentos devem se dar com base em normas validadas pelo ordenamento jurídico e o acolhimento do *non liquet* geraria uma patologia incompatível com os fins do próprio ordenamento[\[10\]](#). A lacuna de regras, pois, é plenamente possível e esperável.

Tendo em vista o pressuposto de *unidade* do ordenamento jurídico, segue-se a necessidade de sua *coerência* interna entre as normas de mesma hierarquia e as superiores, avivada pela possibilidade de resolução das *antinomias*, consciente, entretanto, dos problemas antes indicados (complexidade, multiplicidade de regras e ausência de técnica legislativa[\[11\]](#)). A existência de normas incompatíveis não se concilia com a ideia de *unidade* do ordenamento jurídico. Norberto Bobbio adverte que “o sistema equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas”[\[12\]](#).

Nessa busca de *coerência* interna, as normas são analisadas, em geral, pelo sistema binário que implica o reconhecimento da validade de uma e exclusão da outra, ou mesmo exclusão das duas. A coerência lógica se dá no âmbito das normas, e essas são as partes do sistema — as árvores da floresta, utilizando-se o arquétipo de Norberto Bobbio[\[13\]](#). Existe, todavia, como já se demonstrou, a possibilidade de uma coerência mais refinada, escalonável, plasmada pelo critério de *validade garantista*, segundo o qual a norma jurídica é sempre validada do ponto de vista interno do ordenamento jurídico[\[14\]](#).

No paradigma *paleopositivista* — para usar a expressão de Ferrajoli[\[15\]](#) —, as normas conjugam atributos de validade ou invalidade, sendo o conflito das proposições, resolvido pelo Poder Judiciário,



optando-se por uma das alternativas. Contudo, a *antinomia* somente poderá ser resolvida por ato do Poder Legislativo, dado que o Judiciário não pode, por si, salvante no controle concentrado, expungir a norma do ordenamento jurídico.

Em sendo considerado como sistema, não se pode aceitar a existência de antinomias. Segundo Norberto Bobbio, podemos verificar sua ocorrência quando: “1) entre uma norma que ordena fazer algo e uma norma que proíbe fazê-lo (contrariedade); 2) entre uma norma que ordena fazer e uma que permite não fazer (contraditoriedade); 3) entre uma norma que proíbe fazer e uma que permite fazer (contraditoriedade)”[16].

Antinomia para Norberto Bobbio, portanto, é “aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento”[17]. Essa conceituação, entretanto, necessita de um complemento proposto pelo próprio Norberto Bobbio, consistente na percepção de que as normas devem ser do mesmo ordenamento e com igual âmbito de validade[18].

Dentre os critérios para resolução das *antinomias*[19], manejam-se, ordinariamente, três fórmulas para extirpação dessa situação incoerente, reconhecendo Norberto Bobbio que “essas regras não servem para resolver todos os casos possíveis de antinomia”[20], dividindo-as entre as *solúveis* e as *insolúveis*. Os critérios preconizados servem para as primeiras e são: *cronológico*, *hierárquico* e da *especialidade*.

O *critério cronológico* é aquele decorrente do contexto temporal, segundo o qual a norma posterior prevalece sobre a anterior. O *hierárquico* encontra-se vinculado à concepção do sistema escalonado normativamente. A situada em grau superior têm preponderância em relação à situada em patamar inferior[21]. O terceiro critério é o de *especialidade*, mediante o qual, havendo normas incompatíveis entre si, uma geral e uma especial, esta prevalece, tendo em vista que a especialidade está inserida na discussão da Justiça buscada pelas normas específicas[22].

Norberto Bobbio resume e aponta o óbice: “O critério cronológico serve quando duas normas incompatíveis são sucessivas; o critério hierárquico serve quando duas normas incompatíveis estão em nível diverso; o critério de especialidade serve no choque de uma norma geral com uma norma especial. Mas pode ocorrer antinomia entre duas normas: 1) contemporâneas; 2) do mesmo nível; 3) ambas gerais”[23].

Na tentativa de dar uma resposta satisfatória, Norberto Bobbio procura um resgate pouco convincente de “velhos tratados”[24], concluindo que não existe um quarto critério absoluto, “no caso de um conflito no qual não se possa aplicar nenhum dos três critérios, a solução do conflito é confiada à liberdade do intérprete; poderíamos quase falar de um autêntico poder discricionário do intérprete. ... seja ele o juiz ou o jurista, tem à sua frente três possibilidades: 1) eliminar uma; 2) eliminar as duas; 3) conservar as duas”[25]. Em relação à terceira possibilidade, Norberto Bobbio destaca: “É talvez aquela à qual o intérprete recorre mais frequentemente. Mas como é possível conservar duas normas incompatíveis, se por definição duas normas incompatíveis não podem coexistir? É possível sob uma condição: demonstrar que não são incompatíveis, que a incompatibilidade é puramente aparente, que a pressuposta incompatibilidade deriva de uma interpretação ruim, unilateral, incompleta ou errada de uma das duas normas ou de ambas. Aquilo a que tende o intérprete comumente não é mais à eliminação das normas incompatíveis, mas, preferencialmente, à eliminação da incompatibilidade”[26]. Nessa ocorrência, a



resolução da *antinomia* seria hermenêutica, mediante o recurso que Norberto Bobbio denomina de *interpretação corretiva*^[27].

Assim é que vale a pena conhecer — brevemente — o pensamento de Norberto Bobbio. Deve ser lido como jurista do seu tempo, apurando-se o legado atual. Até a próxima.

- [1] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora UNB, 1999, p. 22; PASOLD, Cesar Luiz. *Ensaio sobre a ética de Norberto Bobbio*. Florianópolis: Conceito, 2008.
- [2] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 45.
- [3] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 48.
- [4] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 62.
- [5][5] Conferir: VIEIRA, Lizt. *Cidadania e Globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1997; BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial*. São Paulo: Malheiros, 1999; AVELÂS NUNES, Antônio José. *Os trabalhadores e a crise no capitalismo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- [6] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 37.
- [7] HORGAN, John. *O Fim da Ciência – Uma Discussão sobre os Limites do Conhecimento Científico*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 32.
- [8] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 115.
- [9] WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral do Direito, vol. I.*, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994, p. 14, fixa: “De uma maneira geral, a expressão ‘senso comum teórico’ designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas”.
- [10] Ronald Dworkin trabalha na perspectiva de uma resposta correta para cada caso, construindo a “tese da integridade do Direito”, segundo a qual, diante do que denomina casos difíceis, os juízes não elaboram uma lei inteiramente nova, mas a interpretariam, buscando descobrir quais os princípios morais que serviram de fundamento para esta e, depois, atualizando esses princípios, aplicam-nos ao caso sob julgamento. Utiliza o arquétipo do romancista (juiz) que é convidado para escrever um capítulo de um romance que já foi escrito por outros. Ele não possui liberdade ampla, mas deve continuar a trama com os personagens já presentes. Conferir: DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 175-266. Conferir a obra de Marcelo Cattoni, Lenio Luiz Streck, Adalberto Hommerding, André Karam Trindade e Rafael Tomaz de Oliveira, dentre outros.
- [11] As dificuldades decorrentes da utilização de termos vagos e ambíguos será analisada adiante. Além desses aspectos, apesar do Brasil contar com a Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998, alterada pela Lei Complementar 107, de 26 de abril de 2001, que fixam diretrizes para redação legislativa, buscando estipular critérios mínimos na redação das leis, por não trazerem qualquer sanção, são olímpicamente ignoradas pelo Poder Legislativo.
- [12] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 80.
- [13] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 20.
- [14] SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia*. Madrid: Trotta, 1999, p. 104, esclarece: “Atribuir esta posición preeminente al sistema conducirá al conflicto paradigmático en el interior de la teoría del derecho. Este conflicto se puede expresar sintéticamente de la siguiente manera: mientras que para la teoría tradicional – mecanicista, analítica y atomista -, un ordenamiento jurídico se compone de normas



jurídicas, de la misma forma que un puzzle se construye con piezas, un reloj con muelles y tornillos, y un puente con piedras; para la nueva perspectiva garantista que es compleja, sistémica, cuántica y holista, normas jurídicas son aquellas que forman parte de un ordenamiento jurídico, porque han sido validadas como tales por mecanismos internos al sistema. En otros términos: no hay ordenamiento jurídicos porque existan normas jurídicas distintas de las normas no jurídicas, sino que existen normas jurídicas porque existen ordenamientos jurídicos distintos de los ordenamientos no jurídicos”.

[15] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 2002, p. 29-680.

[16] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 85.

[17] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 86.

[18] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 87-89. Os âmbitos de validade seriam temporal, espacial, pessoal e material. Esclarece, ainda, que as antinomias podem ser, lançando mão de uma classificação de Ross: 1) total-total; 2) parcial-parcial; 3) total-parcial.

[19] DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas...* p. 15: “A antinomia representa o conflito entre duas normas, entre dois princípios, entre uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular. A antinomia é um fenômeno muito comum entre nós ante a incrível multiplicação de leis. É um problema que se situa ao nível da estrutura do sistema jurídico (criado pelo jurista), que, submetido ao princípio da não-contradição, deverá ser coerente. A coerência lógica do sistema é exigência fundamental, como já dissemos, do princípio da unidade do sistema jurídico”.

[20] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 92.

[21] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 93, sustenta: “A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo”.

[22] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 96.

[23] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 97.

[24] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 98.

[25] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 100.

[26] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 102.

[27] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento...* p. 103.

Date Created

26/11/2016