

FUNDAMENTOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POSITIVO: UM ESTUDO CRÍTICO E PRAGMÁTICO DA UNIDADE, COMPLETUDE E COERÊNCIA

FUNDAMENTALS OF LAW-POSITIVE: A CRITICAL STUDY AND PRAGMATIC OF THE UNITY, CONSISTENCY AND COMPLETENESS

Caroline Limberger Costa¹

RESUMO: O presente ensaio procura discorrer sobre o ordenamento jurídico em sua amplitude, focando primeiramente no estudo conceitual e pragmático de sua abrangência. Destarte, verificar-se-á três tipos de sistemas: o de caráter dedutivo-racional; o sistema calcado num procedimento indutivo e o sistema dotado de caráter negativo - exclui uma incompatibilidade. Igualmente, faz-se necessário discorrer sobre o caráter basilar do ordenamento jurídico, cujos pilares mostram-se essenciais para garantir a correta efetivação: a unidade, considerada uma concepção fundamental ao positivismo jurídico, mas não única deste sistema; a completude, considerada segundo Bobbio o “coração do coração” do positivismo jurídico; e a coerência, delimitando em sua concepção, o afastamento de normas antinômicas.

Palavras-chave: normativismo, ordenamento jurídico, positivismo.

ABSTRACT: This essay attempts to discuss the legal system in its scope, focusing primarily on the conceptual and pragmatic study of its scope. Thus, there would be three types of systems: the rational-deductive character, the system grounded on the procedure and the inductive system with the negative character - deletes a mismatch. Also, it is necessary to discuss the fundamental nature of the legal system, whose pillars are essential to ensure proper realization: the unit, considered a concept fundamental to legal positivism, but not only this system, the completeness, considered according to Bobbio the "heart of the heart" of legal positivism, and consistency, enclosing in its conception, the removal of rules diametrically opposed.

Keywords: normativism, legal system, positive law.

Considerações iniciais

Observar a composição do ordenamento jurídico mostra-se fundamental para obter um estudo mais concreto desta questão abrangente. Num primeiro momento buscar-se-á analisar a estrutura do ordenamento, observando os sistemas normativos e não normativos que calcam este complexo sistema. Num segundo momento analisar-se-á as estruturas basilares formadoras do ordenamento jurídico: unidade, coerência e completude e verificar-se-á o ordenamento jurídico como um sistema dinâmico, observando a validade como pressuposto para obter a unidade distinta neste somatório de normas.

A coerência retoma a ideia de sistema, verificando que o ordenamento jurídico não pode aceitar normas antinômicas. Igualmente, buscar-se-á entender a completude como norma apta a regular qualquer caso, sob pena de haver lacunas que interfiram no ordenamento, promovendo, neste sentido, um debate saudável a fim de discutir tais questões.

1 Ordenamento jurídico-positivo: uma análise conceitual

¹ Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Gama Filho. Graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Foi bolsista de iniciação científica PIBIC/CNPq. Email para contato: carolinecosta89@gmail.com.

Ao analisar a estrutura do ordenamento jurídico, deve-se ter em mente que se trata de um sistema. O termo sistema na concepção de Silva é:

Do grego *systema*, e trazendo o sentido de reunião, método, juntura, exprime o conjunto de regras e princípios sobre uma matéria, tendo relações entre si, formando um corpo de doutrinas e contribuindo para a realização de um fim. É o regime, a que se subordinam as coisas. Assim, todo conjunto de regras, que devem aplicar na ordenação de certos fatos, integrantes de certa matéria, constitui um sistema².

Tércio Ferraz Júnior³ ao referir-se a um ordenamento, observa que esse permite identificar uma norma válida, além de conjuntos normativos e não normativos, sendo, de igual forma, uma estrutura, um conjunto de regras que regulam certos elementos. Aduz ele no exemplo:

[...] uma sala de aula é um conjunto de elementos, as carteiras, a mesa do professor, o quadro-negro, o giz, o apagador, a porta etc.; todavia, esses elementos, todos juntos, não formam uma sala de aula, pois pode tratar-se de um depósito da escola; é a disposição deles, uns em relação aos outros, que nos permite identificar a sala de aula; essa disposição depende de regras de relacionamento; o conjunto dessas regras e das relações por elas estabelecidas é a estrutura. O conjunto dos elementos é apenas o repertório. Assim, quando dizemos que a sala de aula é um conjunto de relações (estrutura) e de elementos (repertório), nela pensamos como um sistema. O sistema é um complexo que se compõe de uma estrutura e um repertório. Nesse sentido, ordenamento é sistema⁴.

Bobbio⁵ ensina que existem três tipos de sistema. O primeiro sistema teria um caráter dedutivo-racional, sendo que as normas desse ordenamento derivariam de outras normas ou de princípios do Direito. Tal sistema era veementemente defendido pela escola racionalista, de caráter puramente jusnaturalista, a qual buscava, segundo Bobbio⁶, “desesperadamente” elaborar um sistema jurídico *geométrico more demonstratum*. Leibniz, como explica Viehweg⁷, procurou a arimetização do sistema, principalmente sob influência de Hegel e, segundo Bobbio⁸, de Euclides. Bobbio, citando Leibniz, faz saber:

De qualquer definição podem-se tirar conseqüências seguras, empregando as incontestáveis regras da lógica. Isso é precisamente o que se faz construindo as ciências necessárias e demonstrativas, que não dependem dos fatos mas unicamente da razão, como a lógica, a metafísica, a geometria, a ciência do movimento, a Ciência do Direito, as quais não são

² SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1306.

³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

⁴ *Idem*, p. 176.

⁵ BOBBIO, Norberto. **A teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1995.

⁶ *Idem*.

⁷ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

⁸ BOBBIO. *Op. Cit.*

de modo nenhum fundadas na experiência e nos fatos, mas servem para dar a razão dos fatos e regula-los por antecipação: isso valeria para o Direito ainda que não houvesse no mundo um só lei⁹.

Outro tipo de sistema encontra-se amparado em Savigny, o qual, como bem explica Dantas¹⁰, tem o significado de um ordenamento jurídico calcado num procedimento indutivo, partindo-se de normas consideradas individualmente para a obtenção de conceitos gerais. Segundo Bobbio¹¹ tal postura acabou por ser chamada de Jurisprudência Sistemática. Ainda, salienta o autor, que o uso do termo “sistema” não aduz um sentido dedutivo, mas um sentido empírico e natural. Em contraponto ao conceito de sistema anterior, delimita-se que não se utiliza mais o termo dedução, mas classificação¹².

A finalidade não é mais iniciar uma conceituação por base de pressupostos iniciais, mas de calcar-se nas experiências e em casos semelhantes para obter conceitos sempre mais gerais até encontrar conceitos generalíssimos que possibilitem uma unificação do material em questão. Pode-se utilizar como exemplo dessa sistemática, em nosso ordenamento, o art. 1.417 do Código Civil de 2002, o qual salienta que: “*Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador Direito real à aquisição do imóvel.*”. Uma vez classificados, através da indução, os Direitos reais, poderiam relacionar-se diretamente com os Direitos do promitente comprador.

O terceiro tipo de sistema, e o mais importante para nosso estudo, como verifica Bobbio¹³, é dotado de caráter negativo, ou seja, uma ordem que exclui uma incompatibilidade. Ensina o jurista italiano:

Aqui, “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. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade. Note-se, porém que dizer que as normas devam ser compatíveis não quer dizer que se encaixem umas nas outras, isto é, que constituam um sistema dedutivo perfeito. Nesse terceiro sentido de sistema, o sistema jurídico não é um sistema dedutivo, como no primeiro sentido: é um sistema num sentido menos incisivo, se se quiser, num sentido negativo, isto é, uma ordem que exclui a incompatibilidade das suas partes simples. Duas proposições como: “O quadro negro é negro” e “O café é amargo” são compatíveis, mas não se encaixam uma na outra. Portanto, não é exato falar, como se faz frequentemente, de coerência do ordenamento jurídico, no seu conjunto; pode-se falar de exigência de coerência somente entre suas partes simples. Num sistema dedutivo, se aparecer uma contradição, todo o sistema ruirá. Num sistema jurídico, a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade tem por consequência, em caso de incompatibilidade de

⁹ BOBBIO. *Op. Cit*, p. 77.

¹⁰ DANTAS, Aldemiro. **Lacunas do ordenamento jurídico**. 1. ed. São Paulo: Manole, 2005.

¹¹ BOBBIO. *Op. Cit*.

¹² *Idem*.

¹³ *Idem*.

duas normas, não mais a queda de todo o sistema, mas somente de uma das duas normas ou no máximo das duas¹⁴.

Bobbio¹⁵ observa que as normas podem ser compatíveis entre si, mas não se encaixam umas nas outras, por exemplo: “o quadro negro é negro” e o “café é amargo”, como supra descrito. Tais assertivas revelam total independência entre si, não havendo nenhum “encaixe” ou lógica numa análise individual, mas apresentam-se compatíveis entre si numa lógica geral.

Salienta-se, conforme Dantas¹⁶, que um sistema não é mera justaposição de normas, não é meramente um somatório de normas, mas uma unidade bem distinta dessa soma, tendo características e problematizações próprias que o compõem. Ainda, classifica os sistemas em aberto e fechado. O sistema jurídico concebido como aberto é necessariamente incompleto, permitindo-se alterações normativas, desde que não fira a sistematização do ordenamento, demonstrando que o Direito é uma realidade complexa, composta de normas, fatos e valores, no qual, não existe uma solução determinada para cada caso. Já o sistema que concebe o ordenamento jurídico como fechado, não vê nele qualquer tipo de lacuna, encontrando-se “amarrado” sob pena de que “a introdução de novas normas iria gerar um novo sistema, em face da alteração de suas regras estruturais”¹⁷.

Tanto Dantas¹⁸ como Bobbio¹⁹ reforçam a ideia de que os termos “Direito” e “ordenamento” são utilizados como sinônimos, exemplo típico é quando se fala em Direito Alemão. Segundo Dantas, não se estaria falando de uma única norma jurídica, mas um conjunto ordenado de normas que integram tal Direito. Em reação ao fragmentarismo do século XVIII e, como ensina o autor a “permanente ameaça à certeza e uma porta aberta para o arbítrio”, surgiu à teoria do ordenamento jurídico kelseniana²⁰. Ensina Bobbio:

A teoria do ordenamento jurídico encontra a sua mais coerente expressão no pensamento de Kelsen. Por isso podemos considerar este autor como o clímax do movimento juspositivista, depois do que começa sua decadência, isto é (sem metáfora), sua crise. Aliás, que a vocação fundamental (embora em tal hora inconsciente) e o ponto de chegada do positivismo jurídico devessem ser essa teoria se compreende perfeitamente se considerarmos sua origem; ela surge, entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, da exigência de dar unidade a um conjunto de normas jurídicas fragmentárias, que constituíam um risco permanente de incerteza e de arbítrio²¹.

Bobbio²² observa que o estudo do ordenamento jurídico deve ser sistemático e orgânico. A norma jurídica deve ser estudada dentro do ordenamento jurídico, pois, no entender de Bobbio, a norma jurídica só seria respeitada em decorrência de uma “assegurada” sanção, sendo essa, proporcionada pelo ordenamento jurídico. Para Dantas²³, sob esse

¹⁴ BOBBIO. *Op. Cit.*, p. 80.

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ DANTAS. *Op. Cit.*

¹⁷ *Idem.*, p. 04.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ BOBBIO. *Op. Cit.*

²⁰ DANTAS. *Op. Cit.*, p. 06.

²¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 198.

²² BOBBIO. **A teoria do ordenamento jurídico**.

²³ DANTAS. *Op. Cit.*

enfoque, a norma jurídica passa a ser jurídica em decorrência de pertencer a um ordenamento. E tal ordenamento recebe o adjetivo jurídico, não por ser composto de normas jurídicas, mas por ser um sistema, no qual abarca normas que são juridicizadas em decorrência de pertencerem a um ordenamento jurídico.

A teoria do ordenamento jurídico sustenta-se sob três pilares: a unidade, a coerência e a completude. São estas três características que permitem ver o ordenamento jurídico como entidade nova, não meramente o conjunto de normas singulares que o formam.

1 A unidade do ordenamento jurídico

A unidade do ordenamento, para Bobbio²⁴, seria a primeira característica do ordenamento jurídico. Cabe ressaltar que a ideia de unidade não é concepção única e exclusiva do positivismo jurídico, sendo encontrada na doutrina jusnaturalista, que fora, por sinal, a propulsora da ideia de codificação. Só que mesmo havendo tal concepção jusnaturalista, não excluí que a teoria do ordenamento jurídico seja própria do juspositivismo. Bobbio²⁵ salienta que existem vários modos de conceber o Direito e o entendimento do jusnaturalismo é extremamente diferente da concepção do juspositivismo. Para o jusnaturalismo, o ordenamento é visto sob uma unidade substancial e material, enquanto para o juspositivismo, é visto como uma unidade formal, relativa exclusivamente ao modo de como as normas são postas.

Para o jusnaturalistas o Direito constitui um sistema unitário em decorrência da faculdade das normas serem deduzidas por um procedimento lógico, uma da outra, até chegar a uma norma geral, que seria a base de todo o sistema, baseada, segundo Bobbio²⁶, em um postulado moral autoevidente. Elucida-nos:

Dada, por exemplo, a norma que proíbe o furto, se eu pergunto a um jusnaturalista por que não devo furtar, ele me responde demonstrando que tal norma está implícita naquela mais geral *neminem laedere*; e se eu insisto em indagar por que devo *neminem laedere*, ele me responderá demonstrando-me que tal preceito deriva, diretamente ou através de uma outra norma, de um postulado auto-evidente²⁷.

Kelsen²⁸ coloca-se contrário ao postulado moral auto-evidente, salientando que uma norma é imediatamente evidente quando dada pela razão, com a razão. E, ainda, um conceito de norma imediatamente evidente pressupõe um conceito de uma razão prática, ou seja, uma razão legisladora. Sendo assim, fere-se a função da razão, que não deve querer, mas apenas conhecer. O estabelecimento de normas, segundo Kelsen²⁹, seria simplesmente um ato de vontade.

Para os juspositivistas, ao contrário do jusnaturalismo, o Direito constitui uma unidade em um outro sentido. Para eles, a unidade do ordenamento não se baseia numa dedução lógica de normas uma das outras, porque todas elas são postas (direta ou indiretamente, isto é, mediante delegação a autoridades subordinadas) pela mesma autoridade, baseando-se sempre em uma norma originária que faz com que todas as outras tenham legitimidade em decorrência de terem sido produzidas pelo poder legitimado para tanto. O exemplo supra descrito, elucida Bobbio, sob a égide juspositiva:

²⁴ BOBBIO. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito.**

²⁵ *Idem.* **O futuro da democracia.** Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

²⁶ *Idem.* **A teoria da norma jurídica.**

²⁷ *Idem.* **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito,** p. 200.

²⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²⁹ *Idem.*

Assim, se pergunto a um juspositivista por que não devo roubar, ele me responde que não devo porque assim estabeleceu o juiz ou o costume ou o legislador (segundo se trate de um ordenamento judiciário, consuetudinário ou legislativo); e se insisto e pergunto por que devo obedecer ao que estabelece o juiz ou o costume, etc., ele me responderá que devo porque assim estabeleceu o poder supremo³⁰.

Para Kelsen³¹ existem dois tipos diferentes de ordenamentos normativos: um ordenamento considerado estático (Direito concebido com caráter jusnatural e moral) e um ordenamento dinâmico (Direito concebido de derivações positivas). O ordenamento estático, segundo Kelsen³², se perfaz pela dedução lógico-racional de uma norma tida como imediatamente evidente aos moldes supradescritos. Tal norma provém de uma vontade divina ou qualquer outra vontade supra-humana, ou, ainda, pelo costume, que é considerado por si só evidente (natural). Mas Kelsen aduz que a produção de uma norma que se baseie de forma auto-evidente, encontra-se, mesmo que em última análise, ligada sempre a uma norma pressuposta, uma norma que permite a uma autoridade emanar comandos para que se possa viver em harmonia³³. Tal norma não poderia fornecer o conteúdo das normas, mas apenas o fundamento último de validade das mesmas. Adentra-se então no sistema dinâmico proposto por Kelsen. Ensina ele:

O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental³⁴.

Ainda, como aduz Ferraz Júnior³⁵, ao se referir ao sistema dinâmico, que “as normas são promulgadas, subsistem no tempo, atuam, são substituídas por outras ou perdem sua atualidade em decorrência de alterações nas situações normadas”. Evidencia-se que as normas de um ordenamento jurídico não são produzidas por apenas um órgão, mas por vários, gerando, assim, conforme Dantas³⁶, uma multiplicidade de fontes.

Tal multiplicidade enseja-se pela complexidade e diversidade social, sendo inviável a qualquer poder superior legislar e normatizar sobre todos os assuntos de forma ágil e eficaz. Em decorrência disso, como bem preleciona Dantas, o poder supremo obriga-se a se valer de outras fontes produtoras de normas. Muitas vezes acaba por recepcionar normas pré-existentes ao atual ordenamento, sob pena de conflitos sociais e, ainda, acaba por delegar a órgãos inferiores sua elaboração. Exemplo do primeiro caso se dá numa hipotética revolução. Sempre que os antigos sistemas são derrubados, muitas normas acabam por serem recepcionadas pelo novo ordenamento instaurado, sob pena de fomentar a desordem e a quebra de tal ordenamento. Aduz Dantas:

³⁰ BOBBIO. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito**, p.200.

³¹ KELSEN. *Op. Cit.*

³² *Idem.*

³³ *Idem.*

³⁴ *Idem*, p. 219.

³⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.174.

³⁶ DANTAS. *Op. Cit.*

Isso ocorre mesmo nos casos em que a ruptura é bastante radicalizada, como ocorreu na Rússia do começo do século XX, onde a validade de diversas normas oriundas do tempo do czar foi mantida. A diversidade dos fatos, aliada à multiplicidade de normas já existentes (normas de cunho moral, religioso, social, etc.), faz que não se possa desconsiderá-las, por ser impossível materialmente que se faça em um único momento a total substituição de tais normas por outras³⁷.

Enfocando a segunda possibilidade, tem-se como exemplo clássico de tal delegação, a norma feita pelo poder legislativo que carece de regulamentação. Sendo assim, o poder legislativo abre mão de certa competência para permitir a regulamentação da lei ao caso concreto, por exemplo, ao Executivo. De igual sorte, poderia delegar ao Judiciário o poder de “dar a lei” ao caso concreto se assim desejasse. Em nosso ordenamento pátrio, o poder de legislar encontra-se positivado na própria Constituição Federal, nos arts. 59 a 69, dando os pilares de como se devem pautar as normas que adentram no ordenamento jurídico.

Vistas estas duas possibilidades, cabe ressaltar que, pela visão kelseniana, o fundamento de validade de uma norma, encontra-se em outra imediatamente superior a esta. Ou seja, cria-se uma estrutura piramidal, conhecida como pirâmide kelseniana, na qual normas de maior hierarquia delimitam limites a normas inferiores. Nos dizeres de Kelsen pode-se salientar:

Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (GRUNDNORM)³⁸.

Como dispõe sabiamente o mestre alemão, a hierarquia normativa de caráter piramidal, encontra uma forma de elucidação pela possibilidade da invalidação de uma norma inferior que não se encaixe nos limites dispostos numa norma superior. Pode-se elucidar a pirâmide Kelseniana pelo exemplo trazido por Dantas:

Um empregado trabalha como frentista em um posto de gasolina, no abastecimento dos veículos com líquidos inflamáveis (gasolina, álcool ou diesel). O empregador, todos os meses, paga esse empregado 30% sobre o valor do salário-base, a título de adicional de periculosidade. A prestação do trabalho pelo empregado e o pagamento efetuado pelo empregador decorrem do contrato de trabalho celebrado entre ambos. Por outro lado, impõe-se a esse contrato a observância da Portaria n. 3.214, de 08.06.1978, emitida pelo Ministério do Trabalho, que em seu corpo traz a Norma Regulamentadora (NR) n. 16, cujo anexo 2, item 3, alínea “q”, dispõe que, na atividade de abastecimento de inflamáveis, é considerado área de risco

³⁷ DANTAS. *Op. Cit.*, p.10.

³⁸ KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 217.

um “circulo com raio de 7,5 metros e centro na bomba de abastecimento da viatura”. Por sua vez, a referida Portaria segue os ditames do Decreto-Lei n. 5.452/43 (Consolidação das Leis do Trabalho), cujo artigo 193 trata das atividades ou operações perigosas e de sua remuneração diferenciada. Essa lei (CLT), por sua vez, continuando em nosso périplo ascendente, busca seu fundamento na Constituição Federal da República, tanto no aspecto de atender ao procedimento legislativo previsto para sua elaboração quanto à competência privativa da União Federal para legislar sobre o Direito do Trabalho (art. 22,I), assim como, ainda, quanto à determinação para as atividades que a lei considera como perigosas (art. 7º, XXIII)³⁹.

Como disposto anteriormente, para resguardar a unidade de um ordenamento jurídico, Kelsen traz à tona a necessidade de uma norma fundamental, norma esta, pressuposta e não positivada. No entender de Kelsen⁴⁰, é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa, dando o fundamento de validade comum a todas. Para Barzotto⁴¹, parafraseando Kelsen: “pressupõe-se que a primeira constituição seja uma norma jurídica de caráter obrigatório (*binding legal norm*), e a formulação da pressuposição é a norma fundamental dessa ordem jurídica”. Ainda, realça a necessidade da norma fundamental quando a enfoca no ordenamento jurídico:

O ordenamento jurídico é um sistema dinâmico. A validade de uma norma no seu interior deriva do fato de ter sido produzida de modo previsto em uma outra norma. A norma fundamental, em um sistema dinâmico, não pode ser senão uma norma que estabelece um procedimento produtor de normas: “A norma fundamental de um ordenamento jurídico positivo não é senão a regra básica de acordo com a qual as várias normas do ordenamento são criadas.” Ela é assim, o ponto de partida de um processo de criação normativa. Institui um fato produtor de normas, sem estabelecer materialmente qual deve ser o conteúdo das normas do ordenamento⁴².

Pelo exposto, nota-se que a norma fundamental em Kelsen tem dupla funcionalidade. Ensina Barzoto⁴³ que ora é de ordem epistemológica, quando se torna condição lógico-transcendental de possibilidade do conhecimento jurídico, ora, ontológica, a qual é condição necessária para fundar a validade um ordenamento jurídico.

Ressalta-se, ainda que, segundo Ferraz Junior⁴⁴, Bobbio teria uma visão diferenciada de norma fundamental. Para Bobbio, a norma não seria pressuposta, mas seria posta. Neste diapasão, dispõe Ferraz Junior:

Bobbio (1960:51) nos dá ainda outra explicação. Observando que Kelsen, com sua norma fundamental pressuposta, está buscando o impossível (uma validade não relacional), propõe ele que a norma última identifique-se com um ato de poder. A norma fundamental é a que é posta por poder fundante da ordem jurídica e sua característica é a efetividade: ou

³⁹ DANTAS. *Op. Cit.*, p.13.

⁴⁰ KELSEN. *Op. Cit.*

⁴¹ BARZOTTO, Luís Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo; uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Unisinos, 2004, p.41.

⁴² *Idem*, p.42.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ FERRAZ JÚNIOR. *Op. Cit.*

o poder se impõe, ou não é poder fundante e não teremos norma fundamental. Desse ponto de vista, justifica Bobbio que, se qualquer norma é posta, nem toda norma é válida. Se um juiz estabelece uma norma, uma sentença, fora de sua competência, houve posituação, mas a norma não é válida. Quando subimos na hierarquia, porém, a distância entre a positividade e a validade vai estreitando-se até chegarmos àquele primeiro ato do poder, por exemplo, o poder constituinte, que, ao positivizar a norma, já a estabelece como válida: não há mais distância entre uma coisa e outra⁴⁵.

2 A completude do ordenamento jurídico

A completude é a mais importante característica do ordenamento jurídico, como bem preleciona Bobbio⁴⁶, é considerada “o coração do coração” do positivismo jurídico. “Por ‘completude’ entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso”⁴⁷. Ainda, ensina que tal característica está estritamente ligada à certeza do Direito, pois, em um ordenamento juspositivo, não haveria condutas sem normas que as regulassem, sob pena de existência de “lacunas” no próprio ordenamento. Conceituando tecnicamente a característica da completude, Bobbio preleciona:

Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema. Para dar uma definição mais técnica de completude, podemos dizer que um ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes nem uma certa norma nem a norma contraditória. Especificando melhor, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite. De fato, se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma que foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna⁴⁸.

Bobbio aduz que na falta de normas para certas condutas, haveria falhas em dois outros princípios do positivismo jurídico e requisitos do ordenamento, existentes principalmente nos ordenamentos provenientes do direito continental europeu, quais sejam: o de que o juiz não pode criar uma norma e de que o juiz jamais deve se esquivar de julgar uma controvérsia⁴⁹.

Ensina Bobbio⁵⁰ que existindo a falta de um desses dois requisitos do ordenamento jurídico, haveria um ordenamento incompleto. Como exemplo da possibilidade de criação normativa por parte do Juiz, preleciona o autor⁵¹, que tal postura se desdenha do dogma positivo, abrindo margem para o próprio juiz normatizar e dar a solução ao caso concreto, baseando-se em condições intrínsecas própria, deixando de lado a produção normativa naquele caso concreto. Já no segundo caso, pelo princípio do “*non liquet*”, o juiz jamais deve deixar de apreciar um determinado caso, vindo, caso descumpra tal postura, a não exercer a

⁴⁵ FERRAZ JÚNIOR. *Op. Cit.*, p.189.

⁴⁶ BOBBIO. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito.**

⁴⁷ *Idem.* **A teoria do ordenamento jurídico**, p. 115.

⁴⁸ *Idem, Ibidem.*

⁴⁹ *Idem.* **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito.**

⁵⁰ *Idem.* **O futuro da democracia.** Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

⁵¹ *Idem.* **A teoria da norma jurídica.** São Paulo: EDIPRO, 2001.

função que lhe fora incumbida. Ao passo que o Estado puxou a si a jurisdição, sob hipótese alguma o juiz pode recusar-se a exercê-la.

Quando se afirma que o ordenamento jurídico não possui lacunas, ou seja, que nele existem todas as regras necessárias para resolução de qualquer caso, consoante leciona Bobbio⁵², existem duas teorias diversas que salientam tal feito: a teoria do espaço jurídico vazio e a teoria da norma geral exclusiva.

A teoria do espaço jurídico vazio, segundo Bobbio⁵³, tem seu maior representante em Karl Bergbohm, no livro *Jurizprudenz und rechtsphilosophie*, em 1892, na Alemanha, e, em Santi Romano, no ensaio *Observações sobre a completude do ordenamento estatal*, em 1925, na Itália. O pensamento de Bergbohm se baseia na ideia de que uma norma jurídica seria uma limitação a conduta humana, sendo o homem livre na medida em que não faz parte sua conduta de qualquer positividade normativa. Conforme aumentem ou diminuam as normas jurídicas, podem nossas liberdades aumentarem ou diminuir, mas nunca haverá uma conduta livre e regulada. Traduzindo tal postura para o Direito, pode-se considerar duas assertivas, o que é juridicamente relevante e o que é juridicamente irrelevante. Da mesma forma que Bergbohm salienta tais posturas, nosso jurista pátrio, Pontes de Miranda, desdenhou da mesma forma tais posturas, ou seja, quando incide uma norma jurídica sobre um fato, torna-se tal fato juridicamente relevante e, assim, regulado pelo Direito; e quando não incide norma jurídica sobre determinado fato, este fato se torna juridicamente irrelevante, sendo uma liberalidade dada pelo sistema positivo⁵⁴.

Santi Romano, consoante ensina Bobbio⁵⁵, chama aquilo que Bergbohm chama de juridicamente irrelevante, como aquilo que situa-se na esfera extrajurídica, o que não é lícito nem ilícito. Tal postura parece contraditória, mas, como o próprio Bobbio preleciona:

Tal fórmula é, porém, aceitável se for compreendida no sentido de que os atos não regulados pelas normas jurídicas não pertencem à esfera das ações das quais se pode predicar que são lícitas ou ilícitas. Para dar um exemplo, até o branco e o não-branco são duas categorias contraditórias, em relação às quais não é possível dizer de uma coisa colorida que não é nem branca, nem não-branca, embora eu possa dizer de um triângulo que ele não é nem branco, nem não-branco, querendo com isto dizer que o triângulo não pertence à categoria das coisas coloridas. Do mesmo modo posso dizer dos atos não regulados pelo Direito que não são nem lícitos, nem ilícitos para indicar que pertencem à esfera do juridicamente irrelevante, isto é, à esfera das ações não-suscetíveis de receber uma qualificação jurídica⁵⁶.

Com relação a teoria da norma geral exclusiva, Bobbio⁵⁷, dispõe que os maiores expoentes dessa são Zitelmann e Donati. Descreve que tal teoria prega a não existência de lacunas e de fatos juridicamente irrelevantes no ordenamento jurídico. Tal teoria descreve que uma norma jurídica particular é sempre acompanhada de uma norma jurídica implicitamente contida nela, a qual excluiria da regulamentação da norma particular os atos previstos por esta última e os submeteria a uma regulamentação jurídica antitética. Pode-se usar o exemplo de

⁵² BOBBIO. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

⁵³ *Idem*. **A teoria do ordenamento jurídico**.

⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado** – Tomo 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

⁵⁵ BOBBIO. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito**.

⁵⁶ *Idem*, p. 209.

⁵⁷ *Idem*, *Op. Cit.*

Bobbio⁵⁸, o qual salienta que uma norma jurídica determina que é proibido importar cigarros. Consoante tal teoria, a proibição de importar alguma coisa, refere-se unicamente à cigarros, sendo autorizada a importação de qualquer outro produto. Tal norma geral exclusiva seria como uma sombra que permitiria tudo que aquela norma particular não proibisse. Conclui Bobbio:

O ordenamento jurídico resulta do conjunto de todas as normas particulares e de todas as normas gerais exclusivas; estas últimas podem ser expressas numa única norma que diz: “É permitido tudo que não é proibido nem comandado”. Tal norma é dita norma de clausura, visto que assegura a completude do ordenamento, garantindo a atribuição de uma qualificação jurídica a todos os fatos não previstos pela outras normas⁵⁹.

3 A coerência do ordenamento jurídico

Além de um ordenamento jurídico apresentar unidade e completude, deve também apresentar coerência entre sua predileção normativa. Bobbio⁶⁰ ao tratar da coerência, retorna a conceituação de sistema, delimita que em sua concepção, sob hipótese alguma um ordenamento pode aceitar normas antinômicas, resultando assim, sua coerência.

Dantas⁶¹ ressalta que há coerência em um ordenamento jurídico positivo quando entre as normas que o compõe, não ocorram hipóteses de duas delas possuírem validade e serem contraditórias. Deve-se ter em mente aquela conceituação positiva da estrutura piramidal ao tratar do tema da validade aqui, sendo uma norma hierarquicamente superior delimitadora dos limites materiais e formais de uma norma inferior.

Com relação a uma contradição entre norma inferior e superior, não há de falar em antinomia, pois, por si só, uma norma inferior que contradiga uma norma superior perde-se validade e eficácia frente a norma superior. Agora, duas normas inferiores, derivadas da mesma norma superior, podem conflitar entre si, prejudicando a coerência do sistema. Ao tratar do artigo 7º, em seu inciso I, da Carta Política de 1988, o qual preleciona que são Direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem sua melhoria de sua condição social: “I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros Direito”. Destarte vislumbra-se um exemplo trazido por Dantas⁶²:

Lei “A”: é arbitrária ou sem justa causa a dispensa que não se funde em um dos motivos elencados no artigo 482 da CLT ou em razões financeiras ou econômicas. O empregado, nesse caso, receberá indenização equivalente a 40% do total de depósitos do FGTS feitos ou devidos durante o período de duração do pacto laboral. Lei “B”: é arbitrária ou sem justa causa a dispensa que não se funde exclusivamente em um dos motivos listados no artigo 482 da CLT. O empregado, neste caso, receberá uma indenização equivalente a um mês de sua remuneração por cada ano trabalhado, computando-se a fração anual à base de um duodécimo da remuneração para cada mês trabalhado e considerando-se como um mês a fração mensal superior a 14 dias.

⁵⁸ BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*.

⁵⁹ *Idem*, p. 209.

⁶⁰ *Idem*. *A teoria do ordenamento jurídico*.

⁶¹ DANTAS. *Op. Cit.*

⁶² *Idem*, p.19.

Neste exemplo trazido por Dantas, evidenciou-se que duas normas, formalmente válidas, de acordo com uma norma hierarquicamente superior, trazem situações distintas em seu substrato. Sendo assim, uma das duas normas não poderia vigorar no ordenamento jurídico sob pena de não haver mais certeza do Direito.

Gasperin⁶³ faz importante ressalva de tal postura kelseniana sobre a questão. Observa o autor que se devem fazer as devidas ressalvas com relação ao pensamento kelseniano na presente estrutura. Para Kelsen, como já exposto anteriormente, a visão de ordenamento se baseia numa sistemática dinâmica, não interessando a consecução ordenada das normas. Para Kelsen⁶⁴, basta que as normas sejam formalmente válidas, postas pelo poder competente. Ensina Gasperin:

Para Kelsen, a existência de duas normas cujo conteúdo seja contraditório não torna ilegítimo o sistema nem invalida as normas contraditórias. Bobbio não admite esse ponto de vista porque considera que viola a idéia de sistema como totalidade ordenada: como considerar um sistema permeado de normas opostas como uma "totalidade ordenada"?⁶⁵

Ainda, ressalva-se que a coerência, consoante Bobbio⁶⁶, não é meramente do ordenamento jurídico como um todo, mas sim de todas as normas que o integram, sempre se fazendo comparações umas as outras. Sendo assim, não poderá haver normas contraditórias entre si num ordenamento jurídico, mesmo sendo possível, materialmente, produzi-las. Havendo normas juridicamente relevantes e válidas, mas incoerentes, adentrar-se-á no que se chama de anomalias ou antinomias do ordenamento jurídico, tema de um próximo artigo.

Considerações finais

O presente ensaio procurou, despretensiosamente, analisar as problemáticas normativas derivadas da evolução do Direito na sociedade. Buscou-se realizar um estudo solidificado sobre a composição estrutural do ordenamento jurídico, focando nos sistemas normativos e não normativos. O normativismo, cunhado por Kelsen, entendia o Direito como ordenamento de normas, piramidal, completo, coerente e uno. Surgiu a teoria do ordenamento jurídico fechado. Infelizmente este normativismo de cunho kelseniano fora base do nosso sistema jurídico, impossibilitando, assim, uma real análise social para criação normativa.

Sendo o ordenamento jurídico capaz de produzir suas próprias normas e validá-las em decorrência de uma norma pressuposta, a princípio não poderia haver antinomias neste ordenamento. Porém, o que se verifica é justamente o oposto. Talvez se o legislador tivesse maior conhecimento jurídico, normativo e sociológico, não se recairia num aglomerado de normas, incapacitando a sociedade e o aplicador do Direito pleitearem eficazmente o que preceitua a norma. O ordenamento jurídico na atualidade teve que ir aos poucos acatando a ideia de que a completude não passara mais de uma utopia, haja vista as influências sociais e econômicas que começaram a atuar diretamente nas transformações do direito na contemporaneidade, causando antinomias e lacunas no sistema jurídico, o qual, não consegue mais acompanhar de forma adequada a complexidade social que se vislumbra.

A dogmática jurídica já não se torna mais suficiente para regular de forma ampla as conjunturas ampliativas que decorrem das relações jurídicas, não servindo mais como

⁶³ GASPERIN, Antonio Augusto Tams. Síntese comentada à teoria do ordenamento jurídico de Norberto Bobbio. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 737, 12 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6953>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

⁶⁴ KELSEN. *Op. Cit.*

⁶⁵ GASPERIN. *Op. Cit.*

⁶⁶ BOBBIO. **A teoria do ordenamento jurídico.**

parâmetro seguro de regulação social, razão essa da existência do Direito. Dessa forma, se torna imperiosa uma visão crítica e ampliada da relação existencial hoje entre o ordenamento jurídico calcado na visão normativista e a incapacidade do legislador em acompanhar de forma afirmativa e segura as anuancias sociais que decorrem do grupo social.

Referências

BARZOTTO, Luís Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo; uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1995.

_____. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

_____. **A teoria da norma jurídica**. São Paulo: EDIPRO, 2001.

DANTAS, Aldemiro. **Lacunas do ordenamento jurídico**. 1. ed. São Paulo: Manole, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GASPERIN, Antonio Augusto Tams. Síntese comentada à teoria do ordenamento jurídico de Norberto Bobbio. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 737, 12 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6953>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – Tomo 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. De Tércio Sampaio Ferraz Júnior Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

Recebido em: 28 de abril de 2012

Aceito em: 04 de março de 2013