

DA NORMA AO ORDENAMENTO: uma visita a Kelsen e Bobbio

Carlos Francisco Büttgenbender

A NORMA JURÍDICA

O estudo do direito, e mais especificamente dos fenômenos jurídicos, perpassa necessariamente pelo estudo das normas. Este estudo é fundamental na definição, e na diferenciação dos fenômenos jurídicos e dos não-jurídicos. Para definir o direito é necessário saber o que seja norma, e, especialmente, o que seja norma jurídica.

Kelsen, ao tentar determinar o conceito de norma, na segunda edição de sua obra *Teoria Pura do Direito*, inicia questionando “se a ciência jurídica é uma ciência da natureza ou uma ciência social, se o Direito é um fenômeno natural ou social”¹. Embora destaque que esta oposição não

¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 2.

possa ser tomada em termos absolutos, pois entende que a sociedade, mesmo quando entendida como a convivência entre os homens, integra a vida em geral, e a natureza, o que faz com que o Direito também se situe nesta.

Os atos de vontade subjetivos, oriundos da natureza, transformam-se, ou não, em atos objetivamente jurídicos na medida em que exista uma norma jurídica que preveja esta transformação. Segundo Kelsen

o que transforma esse fato (natural) num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade ... mas o sentido objetivo que está ligado a este ato, a significação que ele possui. ...significação jurídica recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma ... que lhe empresta a significação jurídica².

Temos assim, que jurídico é o ato que esteja previsto em uma norma jurídica como sendo um ato jurídico. A mesma regra pode ser tomada para definição do que seja norma jurídica. Segundo Kelsen a norma para ser jurídica deve ser prevista por uma norma jurídica. Diz ele que a norma “é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma”³.

A Ciência Jurídica deve preocupar-se com as normas que possuem caráter de normas jurídicas, e que sejam capazes, portanto, de conferir a determinados fatos o quilate de atos jurídicos. Assim, o que interessa ao jurista é o ato, ou a conduta prescrita pela norma jurídica, não sendo objeto do seu estudo o ato em si, ou, igualmente, a conduta humana em si. Estes, segundo Kelsen, pertencem ao objeto de estudo das ciências da natureza. Bobbio afirma que “para definir a norma jurídica bastará dizer que a norma jurídica é aquela que pertence a um ordenamento jurídico”⁴, com o que

² KELSEN, Hans. *Idem*, p. 4.

³ KELSEN, Hans. *Idem*, *ibidem*.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. p. 28.

transfere o estudo da juridicidade, ou não, das normas ao estudo do conjunto de normas, ao qual denomina ordenamento. Sendo este jurídico, serão jurídicas as normas que o integrarem. As normas que, segundo Bobbio, integram ordenamentos não jurídicos, não são normas jurídicas (por exemplo as leis da física, ou da química), e, portanto, não interessam ao estudo do jurista.

O sentido de norma contém, pois, um significado de como algo deve ser ou como deve acontecer. É, pois, uma prescrição de como se quer ou pretende que algo seja. Afirma Kelsen que

*o dever-ser – a norma – é o sentido de um querer, de um ato de vontade e – se uma norma constitui uma prescrição, um mandamento – é o sentido de um ato dirigido à conduta de outrem, de um ato, cujo sentido é que um outro (ou outros) deve (ou devem) conduzir-se de determinado modo.*⁵

Em outras palavras, é a prescrição de como, ou de que maneira o homem deve se conduzir em cada situação concreta, independente de saber se a conduta efetivamente ocorre da maneira prescrita. Esclarece Kelsen que *dever* não apresenta sentido apenas de obrigação, mas, mais amplamente, “uma norma pode não só comandar mas também permitir, e, especialmente, conferir competência ou poder de agir de certa maneira”⁶.

A norma jurídica é, segundo Kelsen, um *dever-ser* e o ato humano ao qual ela atribui significado é um *ser*, sendo que esse ato será conforme o Direito se coincidir, em seu conteúdo, com o conteúdo da norma. O conteúdo da norma pode ser um comandar, um permitir e um conferir competência, e eventual divergência entre o ato e o conteúdo da norma, implica na incidência de uma sanção.

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. p. 3.

⁶ KELSEN, Hans. Obra citada, p. 6.

A norma, pois, que interesse ao objeto de estudo do jurista, é, segundo Kelsen, aquela que prescreve um *dever-ser* (*sollen*), ou seja, prescreve como as coisas devem ser ou devem acontecer. Por outro lado, o modo como as coisas efetivamente são, ou como acontecem, pertence ao mundo do *ser*, que é representado pelo mundo dos fatos, não interessando ao estudo do Direito.

O *dever-ser* previsto por Kelsen deve ser garantido, no entender de Bobbio, por um elemento exterior à norma, que induza a que o *ser* seja efetivamente semelhante ao *dever-ser*. Afirma Bobbio que norma jurídica é “aquela norma cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada”⁷. No entender de ambos, as normas desvinculadas de sanção institucionalizada não se enquadram como jurídicas, podendo, no máximo, serem tidas como normas morais.

Segundo Kelsen, “a natureza consiste num complexo de fatos do ser e fenômenos reais; e um conhecimento dirigido a esse objeto somente pode afirmar que algo é, e não que algo deve ser”⁸. Com isto Kelsen distingue claramente o objeto de estudo do jurista, diferenciando-o do objeto das ciências naturais. Ao primeiro, cabe estudar como as coisas devem ser ou acontecer; ao outro, cabe verificar como são ou acontecem efetivamente.

Esta diferenciação entre o *dever-ser* e o *ser* será aprofundada mais adiante, quando especificamente será analisada a questão da vigência (validade) da norma jurídica, e a sua eficácia, esclarecendo que, no pensamento kelseniano, a validade da norma independe da realização do seu *dever-ser* no mundo do *ser*, e que este fenômeno diz respeito ao estudo da eficácia da norma jurídica.

⁷ BOBBIO, Norberto. Obra citada, p. 27.

⁸ KELSEN, Hans. Obra Citada, p. 7.

Kelsen ainda cuida de distinguir as normas jurídicas em normas individuais e gerais. A primeira possui como elemento material a conduta de uma única pessoa individualizada, enquanto a segunda, de modo abstrato, dirige-se à conduta de qualquer pessoa. Importante ressaltar que Kelsen destaca que a norma não se dirige a uma pessoa, mas sim a “uma certa conduta humana, à qual a norma se refere”⁹.

Uma vez descrita a norma, enquanto objeto de estudo, é preciso investigar o pensamento dos autores em estudo acerca da concepção de validade da norma, em especial o fundamento que lhe inspira esta condição.

O FUNDAMENTO DE VALIDADE DA NORMA

O estudo da norma, tida esta como a prescrição de um *dever-ser*, passa necessariamente pela busca da sustentabilidade desta, no sentido de saber se a mesma, além de existir, também é válida. É preciso saber se, e de que forma, a norma jurídica encontra sua validade.

Ao estudar a questão da validade da norma jurídica, Kelsen procurou afastar as alternativas postas pelo jusnaturalismo, rechaçando as fundamentações metafísicas que colocavam o fundamento de validade do direito na Religião (Deus) ou na Natureza. Igualmente procurou afastar-se da fundamentação fática, porque procurou fazer nítida distinção entre o mundo do *ser* (fatos) e o do *dever-ser* (direito).

Tendo afastado dos seus estudos o mundo dos fatos, Kelsen teve que afastar de si também os preceitos de investigação das ciências da natureza. Afirma ele que

⁹ KELSEN, Hans. *Idem*, p. 12.

*a norma não é um enunciado sobre a realidade e, portanto, não tem como ser “verdadeira” ou “falsa”. (...) Uma norma é válida ou não-válida. (...) O fundamento para a validade de uma norma não é, como o teste de veracidade de um enunciado do “ser”, a sua conformidade à realidade. Como já dissemos, uma norma não é válida por ser eficaz*¹⁰.

Inicia Kelsen seu estudo sobre o fundamento de validade da norma questionando qual seria o fundamento de validade (*Geltung*) da norma jurídica. Para tal constrói seu trabalho a partir da hierarquização das normas, onde qualquer norma, para integrar um sistema (ordenamento) jurídico, deve encontrar seu fundamento de validade em alguma norma hierarquicamente superior, a saber “a validade da norma inferior é fundamentada pela validade da norma superior pela circunstância de que a norma inferior foi produzida como prescreve a norma superior”¹¹.

E prossegue Kelsen afirmando que “o fundamento de validade de uma norma é sempre uma norma, não um fato. A procura do fundamento de validade de uma norma reporta-se, não à realidade, mas a outra norma da qual a primeira é derivável”¹².

Na estrutura hierarquizada, Kelsen parte da norma inferior individual para a norma superior, onde, de nível em nível, chega ao ápice do ordenamento positivo. A busca deste ápice, não pode perpetuar-se nem perder-se no interminável. Deve pois parar em alguma norma que se presuponha seja a mais elevada. O próprio termo Constituição, visto como cume do ordenamento positivo, é relativizado, porque no entender de Kelsen, qualquer norma superior possui, em relação à norma inferior, um caráter de constituição. Assim, cada norma constitui-se em fundamento de

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. p. 115.

¹¹ KELSEN, Hans. Obra citada, p. 330.

¹² KELSEN, Hans. Obra citada, p. 116.

validade das normas que lhe são inferiores, enquanto a Constituição, no seu sentido mais amplo, somente define a como e a quem compete estabelecer as normas inferiores, sendo pois berço de validade das normas inferiores.

A grande questão colocada por Kelsen, e que foi uma das razões do destaque de sua teoria, foi a limitação da busca da norma superior, que inspirava validade à norma máxima alcançada. Para ele foi preciso a instituição de uma norma para a qual não fosse mais possível a busca de norma superior que lhe inspirasse fundamento. Seria então “uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, (...) designada como norma fundamental (Grundnorm)”¹³. Esta norma seria “uma norma-fundamento, pois acerca da razão de sua validade, não mais pode ser indagada, pois não é uma norma estabelecida, mas uma norma pressuposta”¹⁴ cuja validade não poderia ser derivada de nenhuma outra norma superior.

A norma fundamental, a que Kelsen atribui o fundamento de validade de toda e qualquer norma jurídica, é hipotética e exterior ao ordenamento, sendo, portanto, a norma que confere validade à norma máxima positivada. Esta

*norma fundamental não é criada em um procedimento jurídico por um órgão criador de Direito. Ela não é – como é a norma jurídica positiva – válida por ser criada de certa maneira por um ato jurídico, mas é válida por ser pressuposta como válida*¹⁵.

Explica Kelsen que uma Constituição, vista esta como a norma máxima de um ordenamento positivo, é válida porque foi criada por um poder constituinte outorgado por uma Constituição anterior. Se, regredindo no

¹³ KELSEN, Hans. Obra citada, p. 217.

¹⁴ KELSEN, Hans. Obra citada, p. 328.

¹⁵ KELSEN, Hans. Idem, p. 121.

tempo, fosse possível chegar à primeira Constituição, veríamos que a função da *Grundnorm* seria “conferir poder criador de Direito ao ato do primeiro legislador e todos os outros atos baseados no primeiro ato”¹⁶.

Prossegue o mestre explicando seu conceito de norma fundamental esclarecendo que “a função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos”¹⁷.

Norberto Bobbio confessa aceitar a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico elaborada por Kelsen, e procura explicar o aspecto mais vulnerável desta teoria com a clareza que lhe é peculiar. Assim, afirma o professor italiano que

*aceitamos aqui a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen. (...) Seu núcleo é que as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e inferiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental*¹⁸.

Em verdade o acolhimento da tese da norma fundamental, externa e superior ao ordenamento positivado, vem servir de base a que seja admitido como válido o ordenamento jurídico operado pelo jurista, evitando que a todo momento seja questionada a validade do próprio ordenamento. Nas palavras de Bobbio, “a norma fundamental é o termo unificador das normas que compõe um ordenamento jurídico”¹⁹. Pressuposta a norma fun-

¹⁶ KELSEN, Hans. Idem, p. 120.

¹⁷ KELSEN, Hans. Obra citada, p. 226.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. Obra citada, p. 49.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. Idem, ibidem.

damental, e reconhecida sua condição de validante e unificadora do ordenamento positivado, toda e qualquer discussão posterior se dará sempre no interior deste ordenamento.

O CONJUNTO DAS NORMAS – UM ORDENAMENTO

Vimos no capítulo precedente uma rápida revisão da definição de norma trazida por Kelsen e Bobbio, onde encontramos como resposta ser ela um preceito de como *deve sera* conduta regulada, com clara exclusão do mundo fático do como *é*. Somamos ao estudo a busca da compreensão do fundamento de validade desta norma, onde fomos remetidos ao estudo da norma fundamental, tida como uma pressuposição de uma norma superior e externa ao ordenamento, e que irradia validade ao mesmo.

Pretendemos, na seqüência, rumar em direção ao estudo do conjunto formado pelas normas jurídicas, admitindo desde logo que o estudo isolado da norma, sem olvidar da sua importância, não se constitui em elemento suficiente para a adequada compreensão do Direito.

Ao elaborar a Teoria Pura, Kelsen já visualizou que o Direito não é representado apenas pela norma, embora tenha sido esta a principal matriz do seu estudo. Afirmou Kelsen que “todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa”²⁰.

Visualiza pois Kelsen que, em sua estrutura hierárquica e piramidal do direito, as normas que derivam de um mesmo vértice superior, a que define de norma fundamental, compõe um conjunto sistêmico e ordenado. Avança ao afirmar que “um enunciado de ‘dever-ser’ é uma norma válida apenas se pertencer a tal sistema válido de normas, se puder ser derivado de uma norma fundamental pressuposta como válida”.²¹

²⁰ KELSEN, Hans. Obra citada, p. 217.

²¹ KELSEN, Hans. Obra citada, p. 116.

Kelsen foi sem dúvida um marco histórico de suma importância no processo que deflagrou o estudo do Direito a partir não apenas da norma jurídica vista isoladamente, mas sim a partir do conjunto ou sistema de normas formado pela pirâmide colocada sob uma norma fundamental que lhe inspire validade.

Avançando nos estudos lançados por Hans Kelsen, encontramos em Norberto Bobbio ferrenho defensor da tese de inviabilidade do estudo do Direito a partir da norma isolada. Embora Kelsen tivesse se conscientizado dos problemas inerentes ao estudo do Direito a partir da norma, seu trabalho destaca-se, sem dúvida, pela atenção especial que dedicou a mesma. Descobriu que o Direito é constituído por um sistema de normas, mas centrou seus estudos na norma em si, e não no sistema por esta formado.

Inovando nos conceitos teóricos de Kelsen, o neo-positivismo alavancado por Bobbio passou a centrar os estudos no sistema formado pelas normas, sendo que, embora não se afastasse do estudo da norma, passou a ter esta como conteúdo de um objeto maior, qual fosse, o sistema, ou mais precisamente, o conjunto ordenado de normas jurídicas, denominado ordenamento jurídico.

Afirma Bobbio que

*os problemas gerais do Direito foram tradicionalmente mais estudados do ponto de vista da norma jurídica, considerada como um todo que se basta a si mesmo, do que do ponto de vista da norma jurídica considerada como parte de um todo mais vasto que a compreende*²².

Em seus trabalhos o autor italiano passa a defender que “o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras

²² BOBBIO, Norberto. Obra Citada, p. 20.

normas com as quais forma um sistema normativo”.²³ Fica claro pois o deslocamento do foco de atenção do jurista, que passa a ver como seu objeto de estudo não a norma em si, mas o conjunto formado por estas mesmas normas.

Podemos pois adotar as palavras de Barzotto, que em estudos feitos sobre as obras de Kelsen, Ross e Hart, concluiu que “o direito não é, contudo, uma norma, mas um sistema de normas. O caráter jurídico de uma norma dá-se por sua pertinência a um sistema de normas jurídicas conhecido como ‘ordenamento *jurídico*’”.²⁴

Retomando os ensinamentos deixados por Bobbio, destaca este, ao falar sobre a importância da Teoria do Ordenamento Jurídico, que

*antes do seu desenvolvimento faltava no pensamento jurídico o estudo do direito considerado não como norma singular ou como um acervo de normas singulares, mas como entidade unitária constituída pelo conjunto sistemático de todas as normas*²⁵.

Antes desta guinada no foco de estudo do pensamento jurídico diversos problemas haviam restado insolúveis, ou, senão, mal resolvidos. Dentre os diversos desafios enfrentados, apenas alguns restaram solucionados, enquanto outros careciam de maiores explicações.

Um ponto sobre o qual havia sido atribuída solução adequada, diz respeito à questão da validade na norma. Os estudos de Hans Kelsen, em especial os voltados à Norma Fundamental (*Grundnorm*), embora criticados por alguns juristas, emprestaram solidez ao fundamento de validade da norma jurídica. Se derivada da Norma Fundamental, era válida a norma.

²³ BOBBIO, Norberto. Idem, p. 21.

²⁴ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. p. 36.

²⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. p. 197.

Ocorre que diversos problemas restaram sem uma solução adequada. Em especial, destaca Bobbio, a questão da eficácia da norma, assim como a questão da sanção organizada, e ainda a questão do direito consuetudinário. O autor italiano leciona que “só em uma teoria do ordenamento (...) o fenômeno jurídico encontra sua adequada explicação”²⁶. Conclui ele dizendo que a posição destacada que atribui à Teoria do Ordenamento Jurídico

*conduz a uma transmutação da perspectiva no tratamento de alguns problemas da teoria geral do direito (...): enquanto, pela teoria tradicional, um ordenamento se compõe de normas jurídicas, na nova perspectiva normas jurídicas são aquelas que venham a fazer parte do ordenamento jurídico. Em outros termos, não existem ordenamentos jurídicos porque há normas jurídicas, mas existem normas jurídicas porque há ordenamentos jurídicos distintos dos ordenamentos não-jurídicos*²⁷.

Assim sendo, o estudo do Direito assume uma nova dimensão, onde o objeto é o ordenamento jurídico, sendo que as questões ligadas à norma jurídica são vistas e compreendidas no momento em que são inseridas neste mesmo ordenamento.

Algumas questões levantadas durante a fase em que o Direito era estudado à partir da norma, e não do ordenamento, merecem ser re-visitadas, agora sob a ótica de visão posta à partir do novo contexto, qual seja, do ordenamento jurídico. Questões como a distinção entre validade e eficácia da norma jurídica, com atenção igualmente para a validade e eficácia do próprio ordenamento jurídico, o que deve passar, necessariamente, pelo estudo da hierarquia, das antinomias e das lacunas da norma e do ordenamento.

²⁶ BOBBIO, Norberto. Obra citada, p. 28.

²⁷ BOBBIO, Norberto. Idem, p. 30-1.

BIBLIOGRAFIA

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo, RS: Unisinos, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Revisão técnica de Cláudio De Cicco. 5.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes.

