

O POSITIVISMO JURÍDICO EM KELSEN E BOBBIO NO CONTEXTO DO JULGAMENTO DA ADPF 130

Filipo Bruno Silva Amorim

Procurador Federal

Vice-diretor da Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SUMÁRIO: Introdução; 1 Teoria pura do direito (Hans Kelsen); 1.1 Noções introdutórias; 1.2 Dinâmica jurídica; 1.2.1 O fundamento de validade de uma ordem normativa: a norma fundamental; 1.2.2 A estrutura escalonada da ordem jurídica; 1.2.3 Criação do direito, aplicação do direito e observância do direito; 1.2.4 Da jurisprudência; 1.2.5 Da lei “inconstitucional”; 1.3 A interpretação; 2 Teoria geral do direito (Norberto Bobbio); 2.1 Teoria da norma jurídica;

2.2 Teoria da norma jurídica; 2.2.1 A unidade do ordenamento jurídico; 2.2.2 O ordenamento como sistema; 2.2.3 Da completude do ordenamento jurídico; 3 Da não recepção da lei de imprensa pela nova Ordem Constitucional de 1988; 3.1 Cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF; 3.2 Regime constitucional da liberdade de imprensa; 3.3 Mecanismo constitucional de calibração de princípios e a relação entre a liberdade de imprensa e a democracia; 3.4 O núcleo duro da liberdade de imprensa e a interdição parcial do poder de legislar e a autorregulação social da atividade jornalística; 3.5 Não recepção em bloco da lei 5.250/67 pela CF/88; Conclusão; Referências

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por escopo estudar as obras *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen e *Teoria Geral do Direito*, de Norberto Bobbio, procurando conferir ao leitor uma perspectiva global da visão de ambos os autores acerca do positivismo jurídico.

A inexistência de uma única resposta previamente certa, o ordenamento jurídico escalonado e a norma posta como objeto de estudo da ciência do direito são algumas das características dessa escola jurídica que tem nesses autores dois dos seus maiores expoentes.

Pretende-se, ainda, estudar o voto proferido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 130, que decidiu acerca da não recepção em bloco da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa) e tentar encontrar pontos de intersecção entre o referido voto e a doutrina de Kelsen e Bobbio.

Deste modo, o trabalho está dividido em basicamente três capítulos: o primeiro, destinado à Teoria Pura do Direito, especialmente no que toca à teoria da dinâmica jurídica, pedra de toque da teoria kelseniana; o segundo, destinado à Teoria Geral do Direito, de Bobbio, livro composto da junção de duas outras obras do mesmo autor, a Teoria da Norma Jurídica e a Teoria do Ordenamento Jurídico; o terceiro, tratando do voto proferido pelo Ministro relator na ADPF 130.

Por fim, será exposta uma breve conclusão, a fim de deixar consignada a impressão sobre o estudo.

1 TEORIA PURA DO DIREITO (HANS KELSEN)

1.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Neste capítulo será tratado o pensamento Kelseniano exposto na obra *Teoria pura do direito*. Não é, contudo, objetivo deste trabalho esgotar toda a discussão travada no livro, nem tratar de todas as especificidades abordadas pelo autor. Absolutamente. O que se pretende é proporcionar uma visão geral dos principais aspectos que envolvem a teoria pura do direito de modo a aproximar o leitor, ainda que tão somente com uma visão *a priori*, dos conceitos chave desenvolvidos por Kelsen.

Neste sentido, é de se dizer que o primeiro passo do autor na empreitada a que se propôs – desenvolver uma teoria “pura” do direito –, foi o de conceituar a própria “pureza”, e assim dispôs:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (p. 01)

Pela leitura do trecho acima transcrito, vê-se claramente a proposta de Kelsen: sua teoria é uma teoria voltada ao direito positivo e voltada exclusivamente ao conhecimento do seu próprio objeto. Ou seja, a pureza da teoria está no fato de que ela tem por escopo a garantia do conhecimento dirigido apenas ao direito, excluindo tudo o que não pertença ao seu objeto, tudo o que lhe seja estranho.

Assim, como próximo passo deve-se limitar o objeto de estudo da tese Kelseniana. Por óbvio que pronto se percebe ser o “direito” o seu objeto de estudo; mas o “direito” visto sob que ótica? Com efeito, o “direito” estuda fatos externos, fatos sociais, condutas humanas, isto é inegável. Mas todos os fatos externos, sociais ou condutas humanas são objeto de estudo do direito? O que transforma ditos conceitos em atos ou fatos jurídicos (condutas lícitas ou ilícitas)? Nas palavras de Kelsen tem-se que:

O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. [...] isto quer dizer, em suma, que o conteúdo de um acontecer fático coincide com o conteúdo de uma norma que consideramos válida. (p. 04-05).

Deste modo, tem-se que o objeto de estudo de Kelsen é nada mais nada menos que a “norma jurídica”. Para ele o direito seria “uma ordem normativa da conduta humana, um sistema de normas que regulam o comportamento humano” (p. 05)¹

Ora, se o objetivo é regular condutas humanas na medida em que tal conduta é posta em relação com outras pessoas (mediata ou imediatamente), tem-se, por consequência uma *ordem social*, cuja função consiste basicamente em “obter uma determinada conduta por parte daquele que a esta ordem está subordinado, fazer com que essa pessoal omita determinadas ações consideradas como socialmente [...]”

1 Noutro trecho da obra essa posição se torna mais clara ainda: “Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas. A ciência jurídica procura apreender o seu objeto ‘juridicamente’, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica.” (p. 79)

prejudiciais, e, pelo contrário, realize determinadas ações consideradas socialmente úteis.” (p. 26)

Nessa linha de raciocínio, Kelsen nos fala que uma ordem social (como é o caso da ordem jurídica) pode prescrever uma determinada conduta como socialmente desejável ligando à conduta oposta uma desvantagem (privação de um algum bem como p. ex. o patrimônio, a liberdade e até mesmo a vida). Assim, nesses casos, só se poderia ter uma conduta como prescrita (juridicamente falando) na medida em que a conduta oposta é *pressuposto de uma sanção* (p. 26)².

Aqui, interessante notar a diferenciação normalmente posta entre “direito” e “moral”. Ambas são *ordens sociais* já que regulam condutas humanas prescrevendo comportamentos devidos e indevidos. Todavia, a diferença básica apontada por Kelsen entre as duas ordens sociais

2 Em outra passagem o autor afirma expressamente: “A sanção é consequência do ilícito; o ilícito (ou delito) é um pressuposto da sanção.” (p. 43) O que nos leva a concluir que o ilícito, por não ser o conteúdo da norma jurídica estaria fora do direito, embora fosse objeto de estudo da ciência do direito, já que se consubstancia na conduta humana contrária à norma e, portanto, pressuposto da sanção que também é norma.

Todavia, em outro momento da obra, Kelsen reserva um tópico inteiro para tratar do tema “O ilícito (delito) não é negação, mas pressuposto do Direito”, contrariando a conclusão que antes expusemos. Assim aduz em um de seus trechos mais contundentes: “Se uma ordem normativa prescreve uma determinada conduta apenas pelo fato de ligar uma sanção à conduta oposta, o essencial da situação de fato é perfeitamente descrito através de um juízo hipotético que afirme que, se existe uma determinada conduta, deve ser efetivado um determinado ato de coação. Nesta proposição, o ilícito aparece como um pressuposto (condição) e não como uma negação do Direito; e, então, mostra-se que o ilícito não é um fato que esteja fora do Direito e contra o Direito, mas é um fato que está dentro do Direito e é por este determinado, que o Direito, pela sua própria natureza, se refere precisa e particularmente a ele. Como tudo o mais, também o ilícito (não-Direito) juridicamente apenas pode ser concebido como Direito. Quando se fala de conduta ‘contrária’-ao-Direito, o elemento condicionante é o ato de coação; quando se fala de conduta ‘conforme’-ao-Direito, significa-se a conduta oposta, a conduta que evita o ato de coação.” (p. 127)

Embora tachado de ingênuo e pré-científico pelo próprio Kelsen (p. 127), ousou por em dúvida a argumentação acima exposta, buscando uma linha de raciocínio baseada nos próprios conceitos que o jus-filósofo declina em sua obra, senão vejamos: segundo o autor o “direito positivo” coincide com a “norma jurídica”. A ciência do direito tem por objeto de estudo referidas normas jurídicas (seus pressupostos e consequências). A conduta humana só será objeto de estudo da ciência jurídica quando determinada pela norma como sendo pressuposto ou consequência dessa mesma norma. O ilícito, por sua vez, é a conduta humana contrária à previsão normativa e pressuposto da aplicação da sanção prevista. Com base nessas premissas não vemos como inserir dentro do “direito” o conceito de “ilícito”. Num resumo bastante elementar, entendendo-se o “direito” como sendo a “norma”, ele regula as condutas humanas devidas e prevê “sanções” para as condutas contrárias. Neste sentido, o “ilícito” embora seja objeto da ciência jurídica, pois é uma conduta humana e, portanto, pressuposto da aplicação de uma “sanção”, não poderia integrar o “direito”, já que o “ilícito” não se consubstancia na “norma”. *Data vênia*, reputamos coerente e lógico esse raciocínio, embora seja considerado ingênuo e não científico por Kelsen. Fica o registro.

reside no fato de que na primeira, ordem social jurídica, há previsão de sanções para condutas opostas às prescritas normativamente, já na ordem normativa moral não há a figura da sanção:

Uma distinção entre o Direito e a Moral não pode entrar-se *naquilo* que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no *como* elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana. O Direito só ode ser distinguido essencialmente da Moral quanto [...] se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme as normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, por tanto, o emprego da força física. (p. 71)³

Ultrapassada essa discussão, importante comentar-se, ainda que brevemente, acerca da teoria jurídica estática e da teoria jurídica dinâmica, para, em seguida, se adentrar ao cerne da teoria Kelseniana.

Kelsen divide basicamente o estudo da teoria jurídica sob duas óticas: 1) uma dirigida às normas jurídicas produzidas, a aplicar ou a observar por atos de conduta humana; 2) e outra dirigida aos atos de produção, aplicação ou observância determinados por normas jurídicas.

3 Interessante notar que Kelsen, em passagem anterior a que acima foi transcrita, registra o fato que as aprovações ou desaprovações sociais da ordem social moral podem ser vistas como sanções e até como sanções mais eficazes do que as previstas pela ordem social jurídica, de modo que entende ser duvidosa a possibilidade de que a ordem moral seja efetivamente não sancionadora. Expõe, outrossim, que na ordem social moral há sim a previsão de sanções, mas de diferente espécie: “Para avaliar a possibilidade de uma ordem moral desprovida de sanções, tem de ter-se em conta que, quando uma ordem moral prescreve uma determinada conduta, prescreve ao mesmo tempo que a conduta de uma pessoa conforme à conduta prescrita seja aprovada pelas outras pessoas, mas que a conduta posta seja desaprovada. Quem desaprova a conduta prescrita, ou aprova a conduta oposta, comporta-se imoralmente e deve ser, ele próprio, moralmente reprovado. Ora, também a aprovação ou a desaprovação por parte dos nossos semelhantes são recebidas como recompensa e castigo e podem, por isso, ser interpretadas como sanções. Por vezes, constituem sanções mais eficazes do que outras formas de recompensa e de castigo, pois satisfazem ou ferem o desejo de valimento (importância do homem), um dos mais importantes componentes do instituto de conservação. [...] É por isso duvidoso que seja sequer possível uma distinção entre ordens sociais sancionadas e ordens sociais não sancionadas. A única distinção de ordens sociais a ter em conta não reside em que umas estatuem sanções e outras não, mas nas diferentes espécies de sanções que estatuem.” (p. 29-30)

No primeiro caso, diz estar-se diante de uma teoria estática e no segundo de uma teoria dinâmica do direito.

A teoria estática, neste sentido, tem por escopo o estudo do direito com um sistema de normas em vigor, já a teoria dinâmica objetiva o estudo da produção e da aplicação do direito, o direito em movimento. Interessante registrar que a dinâmica jurídica é regulada pelo próprio direito, ou seja, o direito regula a sua criação e aplicação. Sob este ponto de vista, a dinâmica, tal qual a estática, também estuda normas jurídicas em vigor (normas Constitucionais do processo legislativo, por exemplo), mas tão somente aquelas que regulam a produção e aplicação do direito.

Sem desmerecer a parte do estudo que trata da estática jurídica, roga-se escusas para apontar o foco do trabalho à dinâmica jurídica: pedra de toque e ponto mais difundido da obra Kelseniana.

1.2 DINÂMICA JURÍDICA

1.2.1 O FUNDAMENTO DE VALIDADE DE UMA ORDEM NORMATIVA: A NORMA FUNDAMENTAL

Neste momento da Teoria Pura do Direito, Kelsen inicia seu arrazoado fazendo dois questionamentos básicos que irão nortear toda a dinâmica jurídica: afirmando que o direito constitui-se em uma ordem normativa, pergunta o que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade normas e por que uma determinada norma pertence a uma determinada ordem jurídica? E pergunta mais: o que constitui o fundamento de validade de uma norma?

Ao tentar responder essas perguntas, afirma que o fundamento de validade de uma norma não pode ser a verificação de um fato da ordem do “ser”, pois o fato de algo “ser” não quer dizer quer algo “deve ser”, e o fato de algo “dever ser” não quer dizer que algo “é”, desse modo o fundamento de validade de uma norma só pode ser outra norma que lhe é superior.

Neste sentido, necessário se faz transcrever trecho do livro em que o autor afirma:

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*). Já para ela tivemos de remeter a outro propósito.

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa. (p. 217)

Essa norma fundamental não possui um conteúdo do qual logicamente se deduz o restante das normas que integram um sistema normativo. Ela, a norma fundamental pressuposta, se caracteriza por ser a “instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou [...] uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental” (p. 219)⁴.

Nesta linha de raciocínio, para determinar a vigência de uma norma individual, deve-se regredir na busca da norma superior que lhe conferiu essa validade. Assim, uma sentença, p. ex., que institui uma pena a ser cumprida por um indivíduo retira sua validade da lei geral que prescreveu a norma infringida. Essa lei retirou sua validade da norma Constitucional (chamemos exclusivamente de Constituição) que prevê o processo de produção legislativa. E qual a norma que determina a validade da Constituição? No caso, seria uma Constituição anterior que eventualmente previsse uma reforma Constitucional posterior. Mas essa regressão histórica fatalmente chegaria a uma

⁴ “Por outras palavras: se a norma fundamental não pode ser uma norma querida, mas a sua afirmação na premissa maior de um silogismo é logicamente indispensável para a fundamental da validade objetiva das normas, ela apenas pode ser uma norma pensada.” (p. 227)

determinada Constituição que não retiraria seu conteúdo de validade de uma anterior: ou pelo fato de ser a primeira, a mais antiga e remota, ou pelo fato de ser fruto de um rompimento com a ordem Constitucional⁵ anterior (revolução). Nesse caso, seu fundamento de validade não poderia mais ser uma norma posta, mas tão somente uma norma pressuposta, a norma fundamental.

Neste sentido, é de se dizer que uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela.(p. 246).

Isto, em outras palavras constitui a *estrutura escalonada da ordem jurídica*.

1.2.2 A ESTRUTURA ESCALONADA DA ORDEM JURÍDICA

a) A Constituição

Como dito, a ordem jurídica não é um sistema de normas ordenadas no mesmo plano, mas uma construção escalonada/hierarquizada e a unidade é produto justamente dessa conexão de dependência resultante do fato de a validade de uma norma se apoiar sobre outra norma que lhe é hierarquicamente superior e assim sucessivamente, até chegarmos à norma fundamental pressuposta.

Numa ordem Estatal, a Constituição representa o escalão de direito positivo mais elevado, podendo ser produzida pela via consuetudinária ou através de um ato legislativo (condensada num texto – Constituição escrita).

A Constituição, além de regular a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo de futuras leis, prescrevendo ou excluindo determinados conteúdos. No primeiro caso, geralmente apenas existe uma promessa de leis a fixar e não qualquer obrigação de estabelecer tais leis (normas programáticas). As normas fundamentais e as *cláusulas pétreas*, por sua vez, representam determinação de segunda ordem, pois sua previsão impede a produção de normas infraconstitucionais cujo conteúdo afronte suas prescrições.

5 Em ambos os casos estaríamos diante da chamada “Constituição histórica”.

b) *Legislação e costume*

Na hierarquia proposta por Kelsen, o escalão normativo imediatamente seguinte ao da Constituição é constituído pelas normas gerais criadas pela legislação ou pelo costume.

Kelsen afirma que as normas jurídicas gerais criadas pela via legislativas são normas conscientemente postas. Os atos que constituem o fato legislação são atos produtores de normas, são atos instituidores de normas; quer dizer: o seu sentido subjetivo é um dever-ser. Através da Constituição, este sentido subjetivo é alçado a uma significação objetiva, o fato legislativo é instituído como fato produtor de Direito.

Relativamente aos costumes, sustenta que a Constituição também pode instituir como fato produtor de direito um determinado fato consuetudinário. Este fato é caracterizado pela circunstância de os indivíduos se conduzirem por forma sempre idêntica sob certas e determinadas circunstâncias por tempo suficientemente longo, de forma a surgir o costume, a vontade coletiva de assim se conduzir. Então, o sentido subjetivo do fato que constitui o costume é um dever-ser: o sentido de que nos devemos conduzir de acordo com o costume. Porém, o sentido subjetivo do fato consuetudinário só pode ser pensado como norma jurídica objetivamente válida se este fato assim qualificado é inserido na Constituição como fato produtor de normas jurídicas.

Nesse contexto tem-se que tanto o direito legislado quanto o direito consuetudinário revogam-se mutuamente, segundo o princípio da *lex posterior*. Todavia, enquanto uma lei constitucional em sentido formal não pode ser revogada ou alterada por uma lei simples, mas somente através de uma outra lei constitucional, o direito consuetudinário tem também eficácia derogatória relativamente a uma lei constitucional formal, bem como em face de uma lei constitucional que expressamente exclua a aplicação de direito consuetudinário. É a chamada força corrosiva do costume. Tal força corrosiva, contudo, só é verificável em uma Constituição que perdura no tempo, eis que para a fixação de um determinado costume numa sociedade leva-se tempo considerável e mais tempo leva ainda para que esse determinado costume seja reconhecido como válido pelo direito.

Por fim, neste particular, pode-se afirmar que uma distinção politicamente relevante entre direito legislado e direito consuetudinário

consiste no fato de aquele ser produzido através de um processo relativamente centralizado (por um órgão especial criado especificamente para esse fim) e este através de um processo relativamente descentralizado (através de uma determinada conduta dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica).

c) *Lei e decreto*

Num último seguimento da sua pirâmide, Kelsen aduz acerca das chamadas normas gerais. Estas são subdivididas, na conformação positiva das ordens jurídicas estatais, em dois ou mais escalões, os quais podem-se destacar a lei e o decreto, cuja distinção é de particular importância onde a Constituição atribua fundamentalmente a produção das normas jurídicas gerais a um parlamento eleito pelo povo, permitindo, porém, a elaboração mais pormenorizada das leis por meio de normas gerais que são editadas por certos órgãos da administração, ou onde, para certos casos excepcionais, dê ao governo competência para, no lugar do parlamento, editar todas as normas gerais necessárias ou apenas certas normas gerais. As normas gerais que provêm não do parlamento, mas de uma autoridade administrativa, são designadas como decretos, que podem ser decretos regulamentares ou decretos-lei.

Particularmente no caso brasileiro, seguindo o modelo italiano, sabe-se da existência de outra categoria legislativa oriunda do Poder Executivo que superou de forma incontestável os decretos regulamentares ou decretos-lei, as Medidas Provisórias, previstas no texto Constitucional no seu artigo 62.

1.2.3 CRIAÇÃO DO DIREITO, APLICAÇÃO DO DIREITO E OBSERVÂNCIA DO DIREITO

Um ponto de suma importância no pensamento Kelseniano, especialmente no que toca à teoria da dinâmica jurídica, e o entendimento de que todo ato jurídico é simultaneamente *aplicação* de uma norma superior e *produção/criação*, regulada por esta mesma norma, de uma norma inferior. De modo a confirmar essa afirmativa deve-se ter em mente uma ordem jurídica Estatal. Nesse caso, a norma fundamental determina a criação da Constituição; que por sua vez é aplicação da norma fundamental. Por meio da aplicação da Constituição tem-se a criação das normas jurídicas gerais (legislação e costume), cuja aplicação cria normas individuais através das decisões judiciais e das resoluções administrativas. “A aplicação do direito é, por conseguinte, criação de

uma norma inferior com base numa norma superior ou execução do ato coercivo estatuído por uma norma.” (p. 261)

As únicas exceções a essa regra são os dois extremos da cadeia jurídico-positiva: 1) o caso da norma fundamental que é pressuposta, portanto não há outra norma superior de onde provenha sua criação; 2) e a sanção que é tão somente aplicação da norma jurídica individual, não sendo fonte criadora do direito.

Sobre o tema, por derradeiro, é de se destacar que a criação e aplicação do direito distinguem-se da observância do direito:

Observância é a conduta a que corresponde, como conduta oposta, aquela a que é ligado o ato coercitivo da sanção. É antes de tudo a conduta que evita a sanção, o cumprimento do dever jurídico constituído através da sanção. Criação do direito, aplicação do direito e observância do direito são funções jurídicas no sentido mais amplo. Também o uso de uma permissão positiva pode ser designando como observância do Direito. Porém, só a criação e aplicação do direito são designadas como funções jurídicas num sentido estrito específico. (p. 263)

Deste modo, pode-se dizer que o cerne da dinâmica jurídica Kelseniana envolve-se primordialmente com os fenômenos da aplicação e criação do direito.

1.2.4 DA JURISPRUDÊNCIA

Segundo Kelsen, uma decisão judicial não tem um simples caráter declaratório; significa dizer que o juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de existente, e mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo, já que cria o direito individual: eis a sua crucial relevância.

Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do direito, o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estágio intermediário de um processo que começa com a elaboração da Constituição e segue através da legislação e do costume, até a decisão judicial, passando desta para a execução da sanção. Este processo, no qual o direito como que se recria em cada momento, partindo do geral para o individual é um processo de individualização ou concretização sempre crescente.

A decisão judicial está via de regra posta sempre entre duas posições opostas: a do autor que tem uma pretensão em face do réu e a deste réu que visa infirmar a pretensão do autor. O órgão judicial, por sua vez, deve buscar na análise entre os fatos apresentados e as normas gerais vigentes no ordenamento uma subsunção, para que seja criada a norma individual a ser aplicada ao caso concreto. Todavia, quando não há essa norma geral, a demanda é julgada improcedente e muitas vezes interesses tidos por legítimos deixam de ser alcançados, pois a ordem jurídica não chegou a aquele determinado fato com digno de proteção jurídica.

Há outros casos, porém em que a ordem jurídica permite ao órgão julgador, mesmo ante a inexistência de referida norma geral, o julgamento equitativo da demanda. Neste caso, no exercício constitutivo da norma individual, mesmo na inexistência da norma geral, o tribunal pode ser utilizar da norma geral que o permite criar o direito material *ex novo*. Seriam esses os casos das lacunas do direito?

Com efeito, a existência de uma lacuna só se verifica se a ausência de uma tal norma jurídica é considerada pelo órgão aplicador do Direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica e, por isso, a aplicação do direito vigente é afastada por esta razão político-jurídica, por ser considerada como não equitativa ou desacertada.

Ao tratar do tema, Kelsen oferece um exemplo bastante didático para escudar a afirmação antes declinada:

O fato de a ordem jurídica não conter qualquer norma que estabeleça uma pena para o furto de energia elétrica pode ser considerado tão iníquo ou desacertado como o fato de uma ordem jurídica conter uma norma que é de aplicar tanto ao roubo acompanhado de homicídio como à hipótese de um filho matar o pai que sofre de doença incurável, a pedido deste. Lacuna no sentido da inaplicabilidade lógica do direito vigente tampouco existe num caso como no outro; e é pelo menos inconsequente ver num dos casos, e não no outro, uma lacuna. A isto acresce que o juízo segundo o qual a ausência de uma norma jurídica de determinado conteúdo vai contra a equidade ou é desacertada representa um juízo de valor altamente relativo que de forma alguma exclui um juízo de valor posto. (p. 274)

Entretanto, a teoria das lacunas, isto é, a suposição de que existem hipóteses em que o direito vigente não pode ser aplicado porque não

contém uma norma geral aplicável ao caso, desempenha na técnica da moderna legislação um papel importante⁶.

1.2.5 DA LEI “INCONSTITUCIONAL”

Outro ponto acerca da dinâmica jurídica que merece destaque é o estudo acerca do conceito de inconstitucionalidade proposto por Kelsen. Diz o autor que a afirmação de que uma lei válida é “contrária à Constituição” é uma *contradictio inadjecto*, pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição⁷. Significa dizer que de uma lei inválida não se pode afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica.

Portanto, o significado da expressão “inconstitucionalidade de uma lei” apenas pode ser o de que a lei em questão pode ser revogada não só por uma outra lei (*lex posterior derogat priori*), mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição (controle de constitucionalidade). Todavia afirma: “Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional.” (p. 300)

Kelsen também propõe uma diferenciação entre dois casos de controle de constitucionalidade: no primeiro, prevê a hipótese de todos os tribunais de um determinado Estado serem competentes para controlar a constitucionalidade da lei a ser aplicada, no segundo, prevê a hipótese de apenas um tribunal deter essa competência. Vejamos as distinções desses dois modelos (controle difuso e controle concentrado):

Se todo tribunal é competente para controlar a constitucionalidade da lei a um caso concreto, em regra ele apenas tem a faculdade de, quando considere a lei como “inconstitucional”, rejeitar a sua aplicação ao caso concreto, quer dizer, anular a sua validade somente em relação ao

6 “O legislador pode ser levado a utilizar essa ficção pela idéia de que a aplicação da norma geral por ele estabelecida possa conduzir a um resultado insatisfatório em certas circunstâncias por ele não previstas nem previsíveis e de que, por isso, é aconselhável conferir poder ao tribunal, para em tais casos, em vez das normas gerais que predeterminam o conteúdo da sua decisão, fixar o próprio tribunal uma norma jurídica individual, por ele criada, adaptada às circunstâncias pelo legislador não previstas.” (p. 275)

7 “De uma lei inválida não se pode afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica.” (p. 300)

caso concreto. A lei, porém, permanece em vigor para todos os outros casos a que se referia e deve ser aplicada a esses casos pelos tribunais, na medida em que estes não afastem também a sua aplicação num caso concreto. Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como “inconstitucional” não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do direito. Uma tal lei pode permanecer em vigor e ser aplicada durante muitos anos antes que seja anulada pelo tribunal competente como “inconstitucional”. Isto significa, porém, que os preceitos constitucionais relativos à anulação das leis que não correspondam às determinações da Constituição que diretamente regulam a legislação têm o sentido de que também essas leis devem valer na medida e pelo tempo em que não forem anuladas pela forma constitucionalmente prevista. As chamadas leis “inconstitucionais” são leis conformes à Constituição que, todavia, são anuláveis por um processo especial. Também nestes casos as determinações constitucionais que regulam a legislação têm a natureza alternativa acima caracterizada, pelo que o órgão legislativo detém a possibilidade de opção entre duas vias: a determinada diretamente pela Constituição e a que há de ser determinada pelo próprio órgão legislativo. A diferença, contudo, reside em que as leis criadas pela segunda via, sendo embora válidas, são anuláveis por um processo especial. (p. 303-304)

Em face dessas observações, Kelsen é um dos primeiros estudiosos acerca do controle de constitucionalidade, seja ele de viés difuso ou concentrado (Norte Americano ou Austríaco, respectivamente), sendo, deste modo, considerado um dos seus teóricos fundadores.

1.3 A INTERPRETAÇÃO

No último capítulo de sua obra, Kelsen trata da “interpretação”, tema de fundamental importância para o entendimento da norma jurídica e, por consequência, para o entendimento da teoria pura do Direito, especialmente a dinâmica jurídica.

Inicialmente, aduz ser a interpretação uma “operação mental” (p. 387) necessária ao processo de aplicação do direito, especialmente no que toca à sua progressão de um escalão superior para um inferior.

Tratando do tema à luz dos órgãos aplicadores do direito, distingue espécies de “indeterminação” na aplicação do direito, a saber:

1. Relativa indeterminação do ato de aplicação do direito;
2. Indeterminação intencional do ato de aplicação do direito; e
3. Indeterminação não-intencional do ato de aplicação do direito.

O primeiro caso diz respeito à indeterminação própria de um ordenamento escalonado, onde a aplicação da norma do escalão superior implica na produção da norma do escalão inferior. Afirma o autor que a norma do escalão superior deixa sempre uma margem de livre apreciação em relação ao ato de produção normativa, tendo, nesse sentido o caráter de uma “moldura” (p. 388) a ser preenchida por esse ato.

Exemplifica o caso da seguinte forma:

Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever. (p. 388)

O segundo caso se reporta a indeterminação intencional da própria norma. Exemplifica o autor dizendo que uma norma penal pode cominar pena de prisão ou de multa para o mesmo delito. A decisão acerca dessa indeterminação intencional será tomada pelo magistrado ao analisar o processo.

Por fim, o terceiro caso de indeterminação ou é consequência da pluralidade de significações de uma palavra ou de uma seqüência de palavras – afirma Kelsen: “o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis” (p. 389) – ou é consequência do fato de duas normas (de vigência simultânea) se contradizerem total ou parcialmente.

Em importante passagem é dito que o direito a aplicar é como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação. Em razão de toda essa gama de indeterminação, “O Direito a aplicar forma uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que

é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.” (p. 390)

As possibilidades de aplicação do direito estão dentro da moldura, o que não significa que o aplicador não possa fixar uma norma fora dessa moldura. Há essa possibilidade, todavia tal norma não estará conforme o direito.

Depreende-se do texto que Kelsen resiste à idéia de que seria possível por meio da interpretação extrair-se uma única solução correta e justa. Para ele, como dito, há uma série de possibilidades para o preenchimento da moldura, e todas essas normas seriam normas igualmente possíveis, sendo inexistente qualquer critério com base no qual uma das possibilidades pudesse ser preferida à outra⁸.

Ao tratar da interpretação jurídico-científica, sustenta a tese de esta última deve evitar a ficção de que um a norma jurídica somente permite uma única interpretação (a correta/justa) e arremata, *verbis*:

Não se pretende negar que esta ficção da univocidade das normas jurídicas, vista de uma certa posição política, pode ter grandes vantagens. Mas nenhuma vantagem política pode justificar que se faça uso desta ficção numa exposição científica do Direito positivo, proclamando como única correta, de um ponto de vista científico objetivo, uma interpretação que, de um ponto de vista político subjetivo, é mais desejável do que uma outra, igualmente possível do ponto de vista lógico. Neste caso, com efeito, apresenta-se falsamente como uma verdade científica aquilo que é tão-somente um juízo de valor político. (p. 396)

Em resumo, o texto normativo descreve uma moldura dentro da qual, por meio da interpretação, podem-se extrair diversas normas. Quaisquer normas validamente contidas dentro da moldura são cientificamente normas

8 “Todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto.” (p. 392)

[...]

“A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.” (p. 393)

jurídicas. A norma escolhida e imposta ao caso concreto é, portanto, tão científica quanto qualquer outra, a única diferença é que mais conveniente sob um juízo de valor político social. Todavia repita-se: muito embora seja a norma posta, não significa que do texto normativo seja unívoco, sob pena de reduzirmos à ciência jurídica a juízos de conveniência política.

2 TEORIA GERAL DO DIREITO (NORBERTO BOBBIO)

A Teoria geral do direito de Bobbio é a junção de duas outras obras publicadas em separado, a Teoria da norma jurídica e a Teoria do ordenamento jurídico. Nesta parte da monografia se estudará, ainda que brevemente, os principais conceitos veiculados pelo autor, tanto no que se refere à norma quanto ao ordenamento jurídicos.

2.1 TEORIA DA NORMA JURÍDICA

O estudo proposto por Bobbio parte da premissa de que “*a experiência jurídica é uma experiência normativa*” (p. 3), mas não só a experiência jurídica como também a própria vida está repleta de “placas indicativas” (p. 4) que prescrevem comportamentos (comandos), ora permissivos, ora proibitivos. Muitas dessas “placas” veiculam regras de direito, que ordinariamente é a parte mais notável dessa experiência normativa.

De modo singelo, pode-se concluir, portanto, que o elemento característico da experiência jurídica é o fenômeno da normatização.

Há, todavia, quem critique essa conclusão. Há autores que caracterizam o direito menos como norma e mais como INSTITUIÇÃO⁹. Outros, ainda, identificam o direito com sendo as próprias RELACÕES INTERSUBJETIVAS¹⁰. Esta última também é combatida pela teoria

9 “A teoria do direito como instituição foi elaborada, ao menos na Itália [...], por Santi Romano num livro muito importante: *L'ordinamento giuridico* [...]. O alvo polêmico de Romano é exatamente a teoria normativa do direito. Desde as primeiras páginas ele lamenta a insuficiência e a equivocidade da teoria normativa tal como é acolhida pela maior parte dos juristas; e contrapõe à concepção do direito como norma a concepção do direito como instituição.” (p.08)

10 “[...] Immanuel Kant, expõe na sua *Doutrina do direito* (1797) uma clara teoria do direito como relação jurídica. Depois de dar sua célebre definição de direito como ‘o conjunto das condições, por meio das quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o arbítrio de um outro, segunda uma lei universal da liberdade’ (*Metafísica dei costumi*, trad. It. Ed. Utet, 1956, p. 407), Kant dedica-se à pesquisa dos elementos constitutivos do conceito do direito. E ele descreve o primeiro desses requisitos da seguinte maneira: ‘O conceito do direito, enquanto ele se refere a uma obrigação correspondente [...], diz respeito em primeiro lugar apenas à relação externa, e precisamente prática, de uma pessoa para com uma outra,

do direito como instituição, cujo trecho crítico abaixo transcrito, nos permite conhecer os pontos de vista tanto de uma como da outra, *verbis*:

Segundo os defensores da instituição (sobretudo os franceses), uma pura e simples relação entre dois sujeitos não pode constituir direito; para que surja o direito, é necessário que essa relação esteja inserida numa série mais ampla e complexa de relações constituintes, isto é, a instituição. Duas pessoas isoladas que se encontram apenas para estabelecer entre elas a regulamentação de certos interesses mútuos não constituem ainda direito; o direito só nascerá quando essa regulamentação se tornar de certo modo estável e der origem a uma organização permanente da atividade dos dois indivíduos.

Os institucionalistas em geral refutam a doutrina da relação, por considerá-la inspirada por uma concepção individualista do direito, por aquela concepção predominante no jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, segundo a qual o direito é o produto da vontade de cada indivíduo, considerado como uma mônada separada das outras mônadas, e que, de fato, elevava à suprema categoria jurídica o acordo de duas ou mais vontades individuais, ou seja, o contrato, de modo que faça surgir a sociedade por excelência, o Estado, mediante aquele acordo de vontades de cada indivíduo, que se chamou contrato social. Ao contrário, a doutrina da instituição inspira-se nas correntes sociológicas mais modernas, que tacharam de utopismo e de racionalismo abstrato o individualismo jusnaturalista e afirmam a realidade do grupo social como realidade distinta daquela dos indivíduos que a compõem. Partindo, então, desse pressuposto, consideram o direito como um produto não do indivíduo ou dos indivíduos, mas da sociedade no seu todo.” (p. 17)

Analisando criticamente essas teorias, Bobbio nem a teoria da instituição nem a da relação intersubjetiva excluem a teoria normativa,

uma vez que as ações delas podem (imediate ou mediamente) ter, como fato, influência umas sobre as outras’ (*op. cit.*, p. 406). Quanto ao segundo requisito uma relação jurídica, deve ser uma relação entre dois arbítrios, e não entre o arbítrio de um e o simples desejo do outro. O que importa sobretudo para Kant, ao colocar o direito como relação entre dois sujeitos, é repelir a tese de que o direito possa também consistir numa relação entre um sujeito e uma coisa. Para Kant há quatro tipos possíveis de relação de um sujeito com outros sujeitos: 1) a relação de um sujeito que tem direitos e deveres com um sujeito que tem apenas direitos e não deveres (Deus); 2) a relação de um sujeito que tem direitos e deveres com um sujeito que tem apenas deveres e não direitos (o escravo); 3) a relação de um sujeito que tem direitos e deveres com um sujeito que não tem nem direitos nem deveres (o animal, as coisas inanimadas); 4) a relação de um sujeito que tem direitos e deveres com um sujeito que tem direitos e deveres (o homem). Dessas quatro relações, só a última é uma relação jurídica.” (p. 18)

mas, ao contrário, incluem-na. Segundo afirma, a teoria normativa é pressuposto de validade para as outras duas teorias. Interessante passagem resume bem a idéia que o autor pretende externar:

Pode-se acrescentar ainda a seguinte consideração: as três teorias não se excluem reciprocamente e, portanto, é estéril toda batalha doutrinária para fazer triunfar uma ou outra. Eu diria até que essas três teorias se integram utilmente uma com a outra. Cada uma delas evidencia um aspecto da multiforme experiência jurídica: a teoria da relação, o aspecto da *intersubjetividade*; a teoria da instituição, o aspecto da *organização social*; a teoria normativa, o aspecto da *regularidade*. Com efeito, a experiência jurídica nos coloca diante de um mundo de *relações* entre sujeitos humanos *organizados* de maneira estável em sociedade mediante o uso de *regras* de conduta. De resto, dos três aspectos complementares, o fundamental continua a ser o aspecto normativo. A intersubjetividade e a organização são condições *necessárias* para a formação de uma ordem jurídica; o aspecto normativo é a condição *necessária e suficiente*. (p. 24)

Norberto Bobbio, em seguida, trata dos critérios de valoração da norma. Afirma serem três as ordens/critérios de valoração, *independentes*¹¹, aos quais deve ser submetida a norma, a fim de se dotar de fundamentos sólidos a teoria da norma jurídica: justiça, validade e eficácia.

Quanto à *justiça*, é de se dizer que a norma deve corresponder aos valores últimos que inspiram o ordenamento jurídico daquele Estado. Partindo-se do pressuposto de que existem ditos valores últimos (supremos), perquirir a justiça ínsita em uma determinada norma, corresponde a se questionar se ela é apta ou inapta a realizar ditos valores. “Mas também no caso de quem não crê em valores absolutos, o problema da justiça ou não de uma norma tem um sentido; equivale a se perguntar se aquela norma está apta ou não a realizar os valores históricos que inspiram aquele ordenamento jurídico concreto e historicamente determinado.” (p. 26)

Em suma, colocar o problema da justiça da norma é tentar verificar a correspondência existente entre o “real” e o “ideal”. Assim, o problema da justiça é um problema *deontológico* do direito.

11 *Independente* porque, segundo Bobbio, uma norma pode ser justa sem ser válida, válida sem ser justa, válida sem ser eficaz, eficaz sem ser válida, justa sem ser eficaz e eficaz sem ser justa (p. 28-31)

No que toca à *validade* de uma norma, passa-se por um juízo de fato e não de valor, como ocorre na justiça. Assim, a validade para o direito, em breves palavras, equivale à *existência* ou não de uma norma enquanto regra jurídica.

De modo a concluir pela validade ou não de determinada norma, deve-se realizar três operações:

- 1) Verificar se a autoridade que a emanou *tinha o poder legítimo de emanar normas jurídicas*, ou seja, normas obrigatórias naquele determinado ordenamento jurídico [...];
- 2) verificar se não foi *abrogada*, tendo em vista que uma norma pode *ter sido* válida, no sentido de que foi emanada por um poder autorizado para tanto, mas não significa *que ainda seja válida*, o que ocorrer quando uma outra norma sucessiva no tempo a ab-rogou expressamente ou regulou a mesma matéria;
- 3) verificar se não é *incompatível* com outras normas do sistema [...], sobretudo com uma norma hierarquicamente superior [...] ou com uma norma sucessiva, a partir do momento em que em todo ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas [...]. Trata-se, caso se queira adotar uma terminologia familiar entre os filósofos do direito, do problema *ontológico* do direito. (p. 26-27)

A *eficácia*, por sua vez, diz respeito ao problema de saber se a norma é ou não observada pelas pessoas a quem é destinada e, caso violada, se é imposta com meios coercitivos pelo ordenamento jurídico que a estabeleceu. Trata-se de um problema *fenomenológico* do direito.

Como dito anteriormente, as normas jurídicas veiculam comandos, portanto é-nos autorizado concluir ser a linguagem jurídico-normativa *prescritiva*. Referido tema é objeto de estudo da chamada *Teoria da Imperatividade do Direito*.

Acerca da imperatividade, há quem sustente ser a norma jurídica totalmente imperativa, outros sustentam ser parcialmente imperativa, bem como os que negam o caráter imperativo às proposições que compõem o ordenamento jurídico. Excluindo, contudo, do objeto da análise o ponto de vista negativo da imperatividade, tem-se que esse imperativo pode ser positivo ou negativo (comandos de fazer ou não fazer). Daí, concluir-se que o direito é composto de normas tanto positivas quanto negativas.

A título meramente ilustrativo registre-se que houve quem sustentasse¹² que o direito só seria composto de imperativos negativos e que os imperativos positivos eram próprios das normas morais, tentando, desta forma, estabelecer uma diferenciação entre as normas jurídicas e as normas morais por meio do tipo de imperatividade que elas veiculavam. “Em resumo, pode-se dizer que a partir dessa doutrina deveríamos concluir que a moralidade consiste no preceito de fazer o bem, e o direito naquele de abster-se de fazer o mal.” (p. 90)¹³

Todavia, análises eminentemente formais sobre o direito, como é o caso da imperatividade de suas proposições normativas, não são capazes de distinguir as normas jurídicas de outras ordens de normas. Afirma o autor:

Tentativas de solução puramente formal do caráter distintivo do direito são aquelas, que já examinamos e consideramos inaceitáveis, voltadas a compreender, por exemplo, o elemento característico das normas jurídicas no fato de elas serem constituídas de imperativos negativos (enquanto a moral seria constituída de imperativos positivos), ou no fato de serem constituídas de normas técnicas (enquanto a moral seria constituída de normas éticas), ou, ainda, no fato de serem constituídas de normas heterônomas, de imperativos impessoais, e assim por diante (enquanto a moral é constituída de normas autônomas, de comandos pessoais etc.); em suma, todas aquelas doutrinas que procuram uma resposta para a pergunta: “O que é o direito?” na *forma* do imperativo jurídico, como se o elemento diferencial das normas jurídicas consistisse em serem *formalmente* diversas das outras normas. [...]

O mundo jurídico pareceu-nos até agora muito mais articulado e complexo do que revelaram as várias tentativas de redução a esta ou àquela fórmula; e, de outro lado, o mundo do normativo é tão extenso, como vimos desde as primeiras páginas, que não existe nenhum tipo de prescrição observável num ordenamento normativo jurídico que não possa ser encontrada em qualquer outro sistema normativo. Consideramos, portanto, que a tentativa de dar uma resposta ao problema da definição do direito definindo uma espécie

12 O jusnaturalista Christianus Thomasius.

13 É de se frisar que Bobbio rejeita essa distinção de forma veemente, taxando de “inaceitável” a teoria proposta por Thomasius. (p. 90)

de prescrição é realmente uma tentativa fadada ao insucesso. (p. 125-126)¹⁴

Pondo de lado os critérios eminentemente formais, como os acima apontados, e buscando definir o direito, Bobbio elenca outros fundamentos para alicerçar tal intento:

1. *Critério do conteúdo*: Afirma que a característica básica da norma jurídica é sempre regular relações intersubjetivas. Também atribui à norma jurídica um caráter bilateral (institui ao mesmo tempo um dever para um sujeito e um direito para outro), o que a diferenciaria da norma moral que seria unilateral.

14 Distingamos em breves linhas os conceitos mencionados na citação acima: 1) direito como norma técnica e moral como norma ética: distinção proposta por Adolfo Ravá. Significa que a norma jurídica não é do tipo "Você deve X", mas do tipo "Se você quer Y, deve X". Isto quer dizer que a norma jurídica não é um fim em si mesma, ela busca uma finalidade. Ela é *boa* para buscar um fim desejado, ao contrário da norma ética que traz um *fim* em si mesma. Tal norma conduz a uma imperatividade categórica, ou seja uma imposição/obrigação, já que a norma ética (moral) é boa em si mesma. Quanto à norma jurídica Ravá sustenta que "o ordenamento jurídico no seu todo é um instrumento para atingir um certo objetivo 9ª paz social). Esse modo de considerar o direito é semelhante ao apresentado por Kelsen quando ele define o direito como um *técnica da organização social*. Se o direito no seu todo é uma técnica, pode-se muito bem dizer que as normas que o compõem são normas técnicas, ou seja, normas que estabelecem ações que não são boas em si mesmas, mas são boas para alcançar aquele determinado fim a que todo o direito está destinado." (p. 98-97)

2) O direito como sendo constituído por normas heterônomas e a moral como sendo constituída por normas autônomas: "A distinção entre imperativos autônomos e heterônomos é importante para o estudo do direito, pois constituiu um dos muitos critérios com que se pretendeu distinguir a moral do direito. Na esteira de Kant, afirmou-se que amoral se resolve sempre em imperativos autônomos e o direito em imperativos heterônomos, uma vez que o legislador moral é interno e o legislador jurídico é externo. Em outras palavras, essa distinção pretende sugerir que, quando nos comportamos moralmente, obedecemos apenas a nós mesmos; em contrapartida, quando agimos juridicamente, obedecemos a leis que nos são impostas por outros." (p. 70)

3) O direito como sendo constituído por imperativos impessoais e a moral como sendo constituída por comandos pessoais: "Essa tese foi defendida pelo jurista sueco Karl Olivecrona [...]. Olivecrona parte de uma definição restrita de 'comando', afirmando que 'um comando pressupõe uma pessoa que comanda e uma outra a quem o comando é endereçado'. Ora, na lei, segundo ele, falta a pessoa daquele que comanda [...]. Observe-se como é emanada uma lei em um Estado constitucional: primeiro uma comissão elabora um projeto, depois o ministro o submete ao Parlamento e, por fim, o Parlamento o aprova com a maioria simples. Qual entre todas essas pessoas pode-se dizer que expressou um comando? A teoria de Olivecrona se propõe como uma teoria realista do direito, ou seja, como uma teoria que visa livrar o terreno de todas as tradicionais ficções que impediram que os fenômenos jurídicos fossem considerados na sua efetividade: e uma dessas ficções seria a identificação da lei com o comando, que deu lugar à teoria imperativista do direito. [...] Estabelecendo a distinção de comando como imperativo que implica uma relação pessoal, os imperativos que não devem ser confundidos com os comandos são aqueles que 'funcionam *independentemente* de uma pessoa que comande'" (p. 91-92)

Essa doutrina nasce de uma constatação de que não se pode deixar de conhecer o fundamento empírico: vale dizer, que o direito é um regulamento das ações sociais dos homens, ou ações do homem que vive em sociedade com os seus semelhantes. Isso explica o grande êxito dessa doutrina. Pode-se objetar que critério semelhante talvez sirva para distinguir o direito da moral, mas não é igualmente útil para distinguir o direito das chamadas normas sociais, que visam, como aquelas jurídicas, a regular as relações sociais dos indivíduos e, portanto, também elas têm por conteúdo relações intersubjetivas. (p. 127)

2. *Crítério da finalidade*: Afirma que o direito regula relações intersubjetivas específicas em razão do fim que o ordenamento jurídico propõe em relação a qualquer outro ordenamento normativo, qual seja, o da *conservação da sociedade*. “Em toda sociedade vêm se distinguindo, no conjunto das regras de conduta, aquelas sem as quais a sociedade não poderia subsistir e aquelas que podem modificar-se ou desaparecer sem que determinada estrutura social deixe de existir. As regras a que se atribui a qualificação de jurídicas são as primeiras.” (p. 128). A maior objeção que essa teoria enfrenta é o fato de que a depender da sociedade, as normas tidas por essenciais variam, significa dizer: normas essenciais para determinado Estado podem não ser para um outro e vice versa.
3. *Crítério do sujeito que põe a norma (Teoria Positivista)*: Esse critério aduz que a norma jurídica será aquela posta por quem detém o Poder Soberano, independentemente da forma que assume, do conteúdo que veicula e da finalidade que almeja. “Essa resposta, claramente, é a proveniente do mais puro positivismo jurídico, segundo o qual o soberano não cria as normas essenciais para a conservação da sociedade, mas as normas estabelecidas pelo soberano tornam-se essenciais simplesmente porque são feitas valer também recorrendo à força” (p. 129)
4. *Crítério dos valores (Teoria Jusnaturalista)*: Sustenta, no extremo oposto ao critério positivista, que a essência da direito está nos valores ou ideais em que o legislador se inspira ao elaborar a norma jurídica. Não se nega o fato de o direito ser posto por quem detém o Poder Soberano, seja um monarca, seja um Parlamento, mas “será necessário distinguir as decisões segundo os idéias em que se inspiram; logo, nem todas as regras serão jurídicas, mas apenas aquelas inspiradas em certos valores. Em geral, dá-se ao

supremo valor em que o direito se inspira o nome de *justiça*.” (p. 130)¹⁵

5. *Crítério da natureza da obrigação*: Referido critério propõe, tradicionalmente, duas soluções para o problema da definição do direito por meio da norma jurídica: 1^a) a norma jurídica é aquela que se obedece tão somente pelas vantagens que dela podem advir (adesão/obediência exterior), ao passo que a norma moral deve ser obedecida por si mesma (adesão/obediência interior); 2^a) só se pode dizer estar-se diante de uma norma jurídica quando aquele a quem ela é dirigida está convencido da sua obrigatoriedade, ao passo que as normas não-jurídicas, “caracterizam-se por um menor sentido de dependência do sujeito passivo diante delas, por uma obrigação não-incondicionada, mas condicionada à livre escolha do fim. (p. 131)

Bobbio afirma que esses critérios não se excluem mutuamente, ao contrário se complementam. Todavia, afirma haver outro critério, sem o qual o panorama acerca da compreensão do direito a partir da norma jurídica estaria incompleto, trata-se do *critério da resposta à violação*, ou seja, a *sanção*¹⁶.

Nas palavras de Bobbio, uma norma prescreve o que *deve ser*. Todavia, nem sempre o que *deve ser* corresponde àquilo que efetivamente é. Se a ação praticada não corresponde à ação prescrita, diz-se que a norma foi violada, ou seja, praticou-se um ilícito.

Diz-se que a possibilidade de transgressão distingue uma norma de uma lei científica. O mesmo conceito pode ser expresso com outras

15 “O defeito da doutrina jusnaturalista é que as opiniões sobre o que se deve entender por ‘justiça’ são muito discordantes. Por ‘justiça’ entende-se, em geral, ‘igualdade’. Podemos dizer, então, que normas jurídicas são aquelas que tornam possível o estabelecimento de relações de igualdade entre os consociados? Mas ‘igualdade’ não é um termo um pouco vago? Igualdade *em relação* a quê? Na história do pensamento jurídico se conhecem ao menos quatro respostas para esta última pergunta: igualdade segundo o mérito, segundo a necessidade, segundo o trabalho, segundo a classe. Qual desses critérios é *justo*, ou seja, aquele que permite dizer se uma norma é jurídica para quem afirma que uma norma, para ser jurídica, também deve ser justa?” (p. 130)

16 Frise-se que o autor, em outra passagem do livro, fala da existência de normas jurídicas sem sanção, assim, se a sanção é uma característica essencial das normas jurídicas, poder-se-ia pensar que normas sem sanção não seriam jurídicas. Mas não é isso que Bobbio defende, noutra linha ele afirma que “quando falamos de um sanção organizada como elemento constitutivo do direito, referimo-nos não às normas singulares, mas ao *ordenamento normativo considerado no seu todo*, razão pela qual dizer que a sanção organizada distingue o ordenamento jurídico de qualquer outro tipo de ordenamento não implica que *todas* as normas desse sistema sejam sancionadas, mas apenas que *a maior parte* o seja.” (p. 147)

palavras, dizendo-se que a lei científica não permite exceções. Tanto a norma quanto a lei científica estabelecem uma relação entre uma condição e uma consequência. Se no segundo caso a consequência não se verifica, a lei científica deixa de ser verdadeira. Se, ao contrário, não se verifica no primeiro caso, a norma continua a ser válida. Uma lei científica não observada deixa de ser uma lei científica; uma norma ineficaz continua a ser uma norma válida do sistema. Essa diferença nos põe diante dos olhos um critério de distinção entre sistema científico e sistema normativo, que diz respeito à matéria desta seção. Em um sistema científico, caso os fatos contradigam uma lei, devemos nos orientar em direção à modificação da lei; em um sistema normativo, caso a ação que deveria ocorrer não corra, devemos nos orientar, ao contrário, a modificar a ação e a salvar a norma. No primeiro caso, o contraste é sanado agindo-se sobre a lei e, portanto, sobre o sistema; no segundo caso, agindo-se sobre a ação não-conforme e, portanto, procurando fazer de modo com que a ação não ocorra ou ao menos neutralizar suas consequências. A ação realizada sobre a conduta não-conforme para anulá-la ou ao menos para eliminar suas consequências danosas é exatamente aquilo que se chama de *sanção*. A sanção pode ser definida, a partir desse ponto de vista, como o expediente com que se busca, em um sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias; é, portanto, uma consequência do fato de que em um sistema normativo, diferentemente do que ocorre em um sistema científico, os princípios dominam os fatos, e não o contrário. Essa diferença, de resto, nos reconduz àquilo que tivemos ocasião de mencionar outras vezes, ou seja, que sistema científico e sistema normativo se diferenciam pelo critério diferente com base no qual se estabelece a pertinência das proposições ao sistema, valendo no primeiro caso o critério da verificação empírica e, no segundo, o princípio da autoridade. (p. 132-133)

Todavia, a sanção pode existir em qualquer sistema normativo, seja ele moral, social ou jurídico. Para que ela efetivamente caracterize o direito deve-se distingui-la das demais espécies de sanção.

No caso, afirma-se que sanção jurídica é *externa*, assim sendo, distingue-se da sanção moral que é interna ou interior (sentimento de culpa, estado de desconforto, de perturbação, angústia traduzida no sentimento de remorso ou arrependimento), bem como que é *institucionalizada*. Nesse segundo ponto, a sanção jurídica se distingue da sanção social, que muito embora também seja externa é *não institucionalizada*, já que, principalmente, desprovida da proporcionalidade que deve predominar entre a violação e

a resposta. Mas o que significa se externa e institucionalizada? É externa, pois consiste na resposta de um grupo, resposta social à ação praticada, e é institucionalizada pois: 1) para toda violação de uma regra primária é estabelecida uma sanção; 2) toda sanção estabelecida o é dentro de um certo limite; e 3) são estabelecidas as pessoas encarregadas de obter sua execução. Frise-se que esses três requisitos da institucionalização da sanção estão sempre presentes.

2.2 TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Na segunda parte do seu livro, Bobbio inicia informando ao leitor que este curso (Teoria do ordenamento jurídico) é uma continuação do anterior (Teoria da norma jurídica) e que, juntos, formam a Teoria do direito completo, especialmente no seu aspecto formal.

Aduz que a necessidade de se estudar o ordenamento jurídico advém do fato de que a norma jurídica nunca está sozinha, mas sempre em um contexto de normas que se inter-relacionam, e formam o que se costuma chamar de ordenamento.

Nesse contexto Bobbio¹⁷ preleciona que “a teoria da instituição teve o grande mérito [...] de ressaltar que só se pode falar de direito quando existe um conjunto de normas formadoras de um ordenamento e que, portanto, o direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas; em suma, que uma norma jurídica nunca está sozinha, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo.” (p. 175)

Retomando o conceito de direito declinado na Teoria da norma jurídica, lembra que a norma foi determinada por meio da sanção e a sanção jurídica em face das suas duas características definidoras, a exterioridade e a institucionalização, daí surgindo a definição da norma jurídica como sendo aquela norma “cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada.” (p. 181) Tomando por base essa definição, Bobbio afirma que ela é comprovação de que em um determinado ponto no estudo do direito o teórico se vê obrigado a deixar de lado a norma singularmente visualizada para analisar o ordenamento.

Se sanção jurídica é apenas a institucionalizada, é sinal de que, para haver direito, é preciso haver, em maior ou menor medida, uma organização, ou seja, um sistema normativo completo. Definir o direito por meio da

17 Esta citação é uma referência que faz o autor à teoria da instituição tratada por ele na primeira parte desta obra, Teoria da norma jurídica.

noção de sanção organizada significa procurar o caráter distintivo do direito não em um elemento da norma, mas em um conjunto orgânico de normas. Em outras palavras, poderíamos dizer que a pesquisa por nós realizada na *Teoria da norma jurídica* é uma confirmação do caminho obrigatório que o teórico geral do direito realiza da parte ao todo, ou seja, do fato de que, mesmo partindo da norma, chega-se, se se pretende entender o fenômeno do direito, ao ordenamento.

Para maior clareza, podemos também exprimir-nos do seguinte modo: *o que costumamos chamar de direito é um caráter de certos ordenamentos normativos mais que de certas normas*. Se aceitamos essa tese, o problema da definição do direito torna-se um problema de definição de um ordenamento normativo e da conseqüente distinção entre esse tipo de ordenamento normativo e um outro, não um problema de definição de um tipo de normas. (p. 181)

Em resumo, o entendimento que Bobbio externa na Teoria do ordenamento jurídico é o de que o termo *direito* indica um tipo de sistema normativo (ordenamento jurídico) e não um tipo de norma.

Assim, forçoso concluir que um ordenamento jurídico é composto por várias normas. Se é composto por várias normas, deve enfrentar dificuldades concernentes às relações entre essas diversas normas entre si. Nesse passo, o autor relaciona os principais problemas existentes em um ordenamento, a saber¹⁸:

1. O problema da unidade do ordenamento: principal discussão – HIERARQUIA DAS NORMAS.
2. O problema de se saber se o ordenamento constitui de fato um sistema: principal discussão – ANTINOMIAS JURÍDICAS.
3. O problema da completude do ordenamento: principal discussão – LACUNAS DO DIREITO.

Se verificará, a partir de agora, os principais pontos elencados por Bobbio em cada uma dessas discussões.

18 Bobbio elenca um quarto problema que seria o da relação entre os diversos ordenamentos entre si, todavia, este não será analisado no presente trabalho.

2.2.1 A UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Bobbio, com toda a autoridade que lhe é peculiar, afirma de modo definitivo que não se poderia falar em ordenamento jurídico se não se considerasse esse mesmo ordenamento como um todo unitário. Mas como se falar em unidade se há uma complexidade de normas postas no ordenamento regulando as mais diversas matérias, nos mais diversos níveis? Enxergando-se assim, o ordenamento não seria um ordenamento (pressupõe ordem, organização) mas um emaranhado de normas.

Para explicar a unidade do ordenamento, Bobbio se utiliza da teoria Kelseniana e expõe que as normas de um ordenamento não estão todas postas no mesmo plano. Significa dizer: há hierarquia entre as normas, existindo normas superiores e normas inferiores, que são derivadas, por sua vez, das superiores.

Partindo-se das normas inferiores e passando pelas normas superiores, chega-se, ao fim, a uma norma suprema, que independe de qualquer outra norma e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento: a norma fundamental.¹⁹

É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas; ou seja, faz das normas esparsas e de proveniência variada um conjunto unitário, que se pode chamar a justo título de “ordenamento”. A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Se uma norma fundamental, as normas de falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito em um ordenamento complexo, esse ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com percursos mais ou menos tortuosos, todas as fontes do direito podem remontar a uma única norma. (p. 199-200)

Fazendo-se um retrocesso da norma mais simples a mais complexa, vê-se que da norma individual aplicada ao caso concreto pelo magistrado deriva da obrigação do magistrado de julgar as demandas que lhe são impostas, esta obrigação por sua vez tem fundamento na legislação que determinar caber ao Poder Judiciário dirimir os conflitos que lhes postos, essa legislação, no mesmo turno, deriva da Constituição que lhe confere a validade própria para que possa ser considerada uma norma

¹⁹ Ver capítulo 1, item 2.1 desta monografia.

jurídica. Nessa escala de regresso chega-se ao poder constituinte como o poder último. Acima dele, de modo que esse retrocesso não seja eterno, *pressupõe-se*²⁰ tão somente a existência da norma fundamental, a qual, nas palavras do autor, teria o seguinte conteúdo: “O poder constituinte é autorizado a emanar normas obrigatórias para toda a coletividade” ou: “A coletividade é obrigada a obedecer às normas emanadas do poder constituinte.” (p. 208)

2.2.2 O ORDENAMENTO COMO SISTEMA

Agora que vimos que o ordenamento jurídico é uno, já que na sua base há uma norma fundamental que lhe dá sustentabilidade, resta saber se essa unidade é sistemática.

Entendemos por “sistema” uma *totalidade ordenada*, ou seja, um conjunto de organismos, entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é preciso que os organismos constitutivos não estejam apenas em relação com o todo, mas estejam também em relação de compatibilidade entre si. Pois bem, quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, perguntamo-nos se as normas que o compõem estão em relação de compatibilidade entre si e em que condições é possível essa relação. (p. 219)

Kelsen distingue dois tipos de sistema, o estático e o dinâmico, e Bobbio assim os explica:

20 “A essa altura alguém pode perguntar: ‘E a norma fundamental, em que se funda?’ Grande parte da hostilidade em se admitir a norma fundamental deriva da objeção que é formulada com essa pergunta. Dissemos várias vezes que a norma fundamental é um pressuposto do ordenamento: ela cumpre, num sistema normativo, a mesma função a que estão destinados os postulados num sistema científico. Os postulados são aquelas proposições primitivas de que se deduzem as outras, mas que por sua vez não são dedutíveis. Os postulados são postos ou por convenção ou por sua suposta evidência. Pode-se dizer o mesmo da norma fundamental: ela é uma convenção ou, se se preferir, um proposição evidente que é posta no vértice do sistema, para que todas as outras normas possam reconduzir-se a ela. À pergunta ‘em que ela se funda’, deve-se responder que ela não tem nenhum fundamento, pois, se o tivesse, deixaria de a norma fundamental, mas existiria uma outra norma superior da qual ela depende. Sejam como for, permaneceria sempre em aberto o problema do fundamento dessa nova norma: e esse problema só poderia ser resolvido remontando-se mais uma vez a outra norma ou aceitando-se a nova norma como postulado. Todo sistema tem um início. Questionar-se sobre o que existia antes desse início é um problema mal colocado. A única resposta que se pode dar aos que queiram saber qual é o fundamento do fundamento é que, para sabê-lo, é preciso sair do sistema. Sendo assim, no que diz respeito ao fundamento da norma fundamental, pode-se dizer que, se esse é um problema, não é mais um problema jurídico, mas um problema cuja solução deve ser buscada fora do sistema jurídico, ou seja, fora daquele sistema em que é postulada a norma fundamental.” (p. 211-212)

Sistema estático é aquele em que as normas estão ligadas umas às outras, como as proposições em um sistema dedutivo, ou seja, pelo fato de que se deduzem umas das outras partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que têm a mesma função dos postulados ou axiomas em um sistema científico. [...] Com outras palavras, pode-se dizer que num sistema desse tipo as normas estão ligadas entre si em relação ao seu *conteúdo*.

Sistema dinâmico, por sua vez, é aquele em que as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, ou seja, não através do seu conteúdo, mas da *autoridade* que as estabeleceu: uma autoridade inferior deriva de uma autoridade superior, até se chegar à autoridade suprema, que não tem nenhuma outra autoridade acima de si. Pode-se dizer, em outras palavras, que a ligação entre as várias normas, nesse tipo normativo, não é material, mas *formal*. (p. 220)²¹

Bobbio, noutro turno, destaca três diferentes significados para a expressão sistema, o primeiro é aquele que diz que todas as normas de um sistema derivam de alguns princípios gerais (se aproxima muito do significado de sistema dedutivo). Tal concepção de sistema é própria do pensamento jusnaturalista moderno (escola racionalista).

O segundo significado do termo sistema tem origem na pandectística alemã e é própria da moderna ciência do direito. E o que significa sistema nessa concepção?

Nesse caso, o termo “sistema” é usado [...] para indicar um ordenamento da matéria, realizado com procedimento indutivo, ou seja, partindo do conteúdo das normas singulares com o objetivo de elaborar conceitos cada vez mais gerais, e classificações ou divisões de toda a matéria: a conseqüência dessas operações será o ordenamento do material jurídico, do mesmo modo que as laboriosas classificações do zoólogo dão um ordenamento ao reino animal. Na expressão “jurisprudência sistemática” usa-se a palavra “sistema” não no sentido das ciências dedutivas, mas no das ciências empíricas ou naturais, ou seja, como

21 “Feita essa distinção, Kelsen sustenta que os ordenamentos jurídicos são sistemas do segundo tipo, ou seja, são sistemas dinâmicos, Sistemas estáticos seriam, por sua vez, os ordenamentos morais. Surge aqui um outro critério para a distinção entre direito e moral. O ordenamento jurídico é um ordenamento em que a pertinência das normas é julgada com base num critério meramente formal, ou seja, independentemente do conteúdo; o ordenamento moral é aquele em que o critério de pertinência das normas ao sistema é fundado naquilo que a normas prescrevem (não na autoridade da qual derivam).” (p. 221)

ordenamento primitivo, do mesmo modo com que se fala de uma zoologia sistemática. O procedimento típico dessa forma de sistema não é a dedução, mas a classificação. Seu objetivo não é desenvolver de forma analítica, mediante regras preestabelecidas, alguns postulados iniciais, mas reunir os dados fornecidos pela experiência com base nas semelhanças para formular conceitos cada vez mais gerais até chegar àqueles conceitos generalíssimos que permitam unificar todo o material fornecido. (p. 226)

O terceiro significado de sistema jurídico é aquele que sustenta que não podem coexistir normas incompatíveis. “Nesse caso, ‘sistema’ equivale a validade do princípio que exclui a *incompatibilidade* das normas.” (p. 227) Frise-se, contudo, que a compatibilidade das normas não significa que tenham implicação uma na outra, ou que constituam um sistema normativo dedutivo, como no primeiro significado de sistema, antes explicado.

Portanto, não é correto falar, como freqüentemente acontece, de *coerência* do ordenamento jurídico no seu todo: pode-se falar de exigência de coerência somente entre as partes singularmente consideradas desse ordenamento. Num sistema dedutivo, caso haja um contradição, todo o sistema desmorona. Num sistema jurídico, a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade tem por consequência, em caso de incompatibilidade de duas normas, não o colapso de todo o sistema, mas apenas de uma das duas normas ou, no máximo, de ambas.

De resto, se o sistema jurídico, confrontado com um sistema dedutivo, é algo menor, confrontado com o sistema dinâmico, de que falamos na seção anterior, é algo maior: de fato, se admitirmos o princípio de compatibilidade, para considerar a pertinência de uma norma ao sistema, não bastará mais mostrar sua derivação de uma das fontes autorizadas, mas será necessário também mostrar que ela não é incompatível com outras normas. Nesse sentido, nem todas as normas produzidas pelas fontes autorizadas seriam normas válidas, mas apenas aquelas que fossem compatíveis, com as outras. Trata-se de ver, de resto, se esse princípio que exclui a incompatibilidade existe e qual é a sua função. (p. 227-228)

Seguindo a esteira do terceiro significado do termo sistema jurídico, temos que o direito não tolera as antinomias, ou seja, a coexistência de normas contrárias ou contraditórias entre si. Tais antinomias hão de ser eliminadas pelo intérprete já que constituem um

defeito no ordenamento. Nesse sentido, há três regras fundamentais para a superação de antinomias: a) o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*); b) o critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*); e c) o critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*).

O primeiro critério privilegia as normas mais recentes em detrimento das anteriores. A vontade legislativa sucessiva ab-roga a que lhe precede. No segundo critério, privilegia-se a hierarquia normativa, ou seja, se houver alguma incompatibilidade entre uma norma de um escalão inferior e uma do escalão superior, esta última prevalecerá. Trata-se de um critério por demais lógico, já que a norma inferior retira a sua validade da norma que lhe é superior (sistema dinâmico de Kelsen). Já no terceiro e último critério prepondera a especialidade normativa em face da generalidade. Esta última visa um ideal de justiça, entendida como igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria. “A passagem da regra geral para a regra específica corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação.” (p. 241)

As soluções possíveis para o intérprete, tendo em vista os critérios fundamentais acima postos, são eliminar²² uma das normas, eliminar ambas as normas, não eliminar nenhuma das normas.

O primeiro caso é o mais simples: verifica-se a antinomia, aplica-se o critério pertinente (cronológico, hierárquico ou o da especialidade) e aplica-se a norma que superar a outra no critério próprio para o caso concreto. O segundo já é um pouco mais difícil de visualizar e não ocorre simplesmente diante de uma contradição, mas, sim, diante de uma verdadeira *contrariedade* entre as normas. Por exemplo, uma norma que preveja uma obrigação e uma norma que preveja uma proibição, ambas de mesma hierarquia, cronologicamente contemporâneas e sem discrepar quanto ao critério da especialidade, ou seja, gerais uma em relação a outra. Trata-se de hipótese de eliminação recíproca ou de dupla ab-rogação. A terceira solução (conservação de ambas as normas incompatíveis), segundo Bobbio, talvez seja a que o intérprete recorra com maior frequência. Tenta-se eliminar a incompatibilidade, por meio de uma interpretação corretiva, ou como o Supremo Tribunal Federal (no caso brasileiro) convencionou chamar de interpretação conforme, nos casos de antinomias entre normas infraconstitucionais e a própria Constituição. No caso, não haverá a ab-rogação da norma, mas a ab-rogação do sentido

22 Por “eliminar” entenda-se: afastar sua aplicação ao caso concreto.

que gera a incompatibilidade. “É estrito dever do intérprete, antes de chegar à interpretação ab-rogante (à qual, num primeiro momento, estaria inclinado), tentar todas as vias, para que a norma jurídica tenha um sentido. Existe um direito à existência, que não pode ser absolutamente negado à norma, a partir do momento em que ela veio à luz.”²³ (p. 249)

Por fim, ainda quanto às antinomias, não se pode olvidar que há a possibilidade de haver conflito entre os próprios critérios fundamentais para solução das incompatibilidades normativas. São três as possibilidades:

1. Conflito entre o critério hierárquico e o critério cronológico: prevalece o critério hierárquico, caso contrário estar-se-ia admitindo que o legislador ordinário alterasse a Constituição ao seu bel prazer, o que retiraria em último grau o próprio sentido do texto constitucional.
2. Conflito entre o critério de especialidade e o critério cronológico: mais uma vez o critério cronológico cede espaço, ou seja, a lei geral posterior não derroga a lei especial anterior. Todavia, Bobbio frisa que essa regra não é tão forte (peremptória) quanto a primeira, digamos que a vitória da norma especial é mais difícil do que a da norma hierarquicamente superior, mas cronologicamente anterior.
3. Conflito entre o critério hierárquico e o critério da especialidade: neste caso não há uma regra segura para afirmar qual das duas normas prevalecerá. Sobre o tema, diz o autor:

Qual dos dois critérios deve ser aplicado? Uma resposta segura é impossível. Não existe uma regra geral consolidada. A solução dependerá também nesse caso, como no caso da ausência dos critérios, do intérprete, que irá aplicar ora um ora outro critério segundo as circunstâncias. A gravidade do conflito deriva do fato de que estão em jogo dois valores fundamentais de todo ordenamento jurídico, aquele do respeito à ordem, que exige o respeito à hierarquia e, portanto, ao critério da superioridade, e aquele da justiça, que requer a adaptação gradual do direito às necessidades sociais e, portanto o respeito ao critério da especialidade. Teoricamente, deveria prevalecer o critério hierárquico: caso se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial possa derrogar os princípios constitucionais,

²³ Passagem extraída da Teoria geral do direito, quando Bobbio cita F. MESSINEO, *Variazioni sul concetto dirinunzia Allá prescrizione*.

que são normas generalíssimas, os princípios fundamentais de um ordenamento jurídico estariam destinados a ser rapidamente esvaziados de todo conteúdo. Mas, na prática, a exigência de adaptar os princípios gerais de uma constituição às situações sempre novas leva muitas vezes a fazer com que triunfe a lei especial, ainda que ordinária, sobre a lei constitucional [...]. (p. 253)²⁴

Vê-se, portanto, que nesta última hipótese o caso concreto ditará qual das normas deverá prevalecer, podendo ser, em determinadas ocasiões, o critério da hierarquia, quando a norma criada, embora especial, afronte de modo peremptório o texto Constitucional, as cláusulas pétreas por exemplo, ou, em outras ocasiões, o critério da especialidade. Neste último caso, a norma inferior não excluirá do ordenamento a norma hierarquicamente superior, mas amoldará a interpretação que dela se extrai para conferir à norma especial inferior validade/constitucionalidade.

2.2.3 A COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Completude significa a propriedade que os ordenamentos jurídicos detêm de conter uma norma para cada regular cada caso. Considerando que a ausência de uma norma é considerada uma “lacuna”, pode-se dizer que a completude é a ausência de lacunas no ordenamento jurídico. Bobbio nos dá uma definição mais técnica da completude afirmando que: “um ordenamento é completo quando nunca se verifica o caso de que nele não se possam demonstrar a pertinência *nem* de uma determinada norma *nem* da norma contraditória. Se quisermos especificar, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um determinado comportamento nem a norma que o permite.” (p. 259)

A partir dessa definição técnica de completude, compreende-se melhor qual é o nexos entre o problema da completude e o da coerência, examinado no capítulo anterior. De fato, podemos definir a coerência como aquela propriedade pela qual nunca se verifica o caso de que se possa demonstrar a pertinência ao sistema *e* de uma determinada norma *e* da norma contraditória. Como vimos, estamos diante de uma antinomia quando percebemos que pertencem ao mesmo tempo ao sistema tanto a norma que proíbe um determinado comportamento quanto aquela que o permite. Sendo assim, o nexos entre coerência e completude está no seguinte: a coerência significa

24 Registre-se que este comentário leva em conta a experiência Italiana e não pode ser generalizada.

exclusão de toda situação em que pertençam ao sistema ambas as normas que se contradizem; a completude significa exclusão de toda situação em que não pertençam ao sistema nenhuma das duas normas que se contradizem. Diremos que é “incoerente” um sistema em que existem tanto a norma que proíbe um determinado comportamento quanto aquela que o permite; “incompleto”, um sistema em que não existem nem a norma que proíbe um determinado comportamento nem aquela que o permite. (p. 260)

Bobbio afirma que diferentemente do dogma da coerência, que visa a exclusão das antinomias do sistema jurídico²⁵, a completude é uma condição necessária ao bom funcionamento do sistema jurídico. Essa afirmação se sobreleva de conteúdo nos ordenamentos que prevêm a obrigação do magistrado em decidir todas as controvérsias que lhe são apresentadas com bases nas normas pertencentes ao sistema²⁶.

Neste particular, importante citar trecho da obra Teoria pura do direito, de Kelsen, no ponto em que o referido autor trata das lacunas. Embora não se tenha tratado do tema de modo específico no Capítulo 1 desta monografia, roga-se *venia* para fazê-lo nesta oportunidade:

O que importa na apreciação da teoria das lacunas é determinar as circunstâncias nas quais, segundo esta teoria, se apresenta uma “lacuna” no Direito. Segundo esta teoria, o Direito vigente não é aplicável num caso concreto quando nenhuma norma jurídica geral se refere a este caso. Por isso, o tribunal que tem de decidir o caso precisa colmatar esta lacuna pela criação de uma correspondente norma jurídica. O essencial desta argumentação reside em que a aplicação do Direito vigente, como conclusão do geral para o particular, não é possível neste caso, pois falta a premissa necessária, a norma geral.

25 Visa a exclusão das antinomias, mas a existência de antinomias não faz ruir o sistema. O ordenamento jurídico consegue conviver com normas a priori incompatíveis sem se extinguir. Como dito, há técnicas interpretativas que visam preservar normas contraditórias sob uma determinada ótica, mas coerentes sobre outro ponto de vista. Um exemplo claro disso é a técnica da interpretação conforme a Constituição.

26 Esse é exatamente o caso do Brasil, que no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e nos artigos 126 e 127 do Código de Processo Civil dispõem:

“Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

“Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

“Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”

Esta teoria é errônea, pois funda-se na ignorância do fato de que, quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta. A aplicação da ordem jurídica vigente não é, no caso em que a teoria tradicional admite a existência de uma lacuna, logicamente impossível. Na verdade, não é possível, neste caso, a aplicação de uma norma jurídica singular. Mas é possível a aplicação da ordem jurídica – e isso também é aplicação do Direito. A aplicação do Direito não está logicamente excluída. E, efetivamente, não se costuma de forma alguma presumir a existência de uma “lacuna” em todos os casos nos quais o dever do demandado ou acusado afirmado pelo demandante ou acusador não é estipulado por qualquer norma do Direito vigente. Vistas as coisas mais de perto, verifica-se que a existência de uma “lacuna” só é presumida quando a ausência de uma tal norma jurídica é considerada pelo órgão aplicador do Direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica e, por isso, a aplicação – logicamente possível – do Direito vigente é afastada por esta razão político-jurídica, por ser considerada pelo órgão aplicador do Direito como não equitativa ou desacertada. (p. 273-274)

O dogma da completude do ordenamento também foi bastante criticado pela *escola do direito livre*, que tem como um dos seus principais representantes Eugen Ehrlich²⁷, fruto da “revolta contra o monopólio estatista do direito” (p. 266). Um dos principais pontos do combate travado traduz-se na seguinte frase: “Se se quer atingir o fetichismo legislativo dos juristas, é preciso antes de tudo desfazer a crença de que o direito estatal seja completo” (p. 266).

Diferentemente de Kelsen, para quem não há lacunas no direito (sob uma ótica eminentemente jurídica, pois sob uma perspectiva política e social pode sim haver tais lacunas), os defensores da escola do direito livre defendiam que o direito estava repleto de lacunas que deveriam ser preenchidas principalmente pelo poder criativo do juiz: a jurisprudência criativa, o juiz como legislador positivo... Esse tema ainda hoje provoca acaloradas discussões.

De arremate, é de se finalizar dizendo para a escola do direito livre o dogma da completude do ordenamento significava uma “inútil e perigosa resistência à adequação do direito às exigências sociais.” (p. 270)

27 Jurista alemão que escreveu um livro dedicado ao estudo e à crítica da mentalidade tradicional do direito: *A lógica dos juristas* (Die juristische Logik, Tübingen, 1925)

Observe-se, noutra vertente, que o que restou consignado na nota de rodapé nº 26, sob o nosso particular ponto de vista, não significa que o direito brasileiro tenha a pretensão de ser completo, absolutamente. Não existindo uma norma específica sob determinado tema posto ao exame do judiciário, este, pelo fato de não poder eximir-se de decidir alegando a inexistência de uma norma, deverá integrar o direito tendo em vista o sistema jurídico em que está inserido. Para isso se presta a técnica integrativa da analogia, bem como para nortear os passos do aplicador da norma está prevista a utilização dos costumes e dos princípios gerais de direito.

Vista essa afirmação sob uma ótica eminentemente positivista, pode-se concluir que ciente da impossibilidade legislativa de se abarcar todas as condutas sociais que precisam ou precisarão ser disciplinadas, o direito confere ao magistrado uma válvula de escape de modo a fechar coerentemente o sistema. Isto pode ser visto como uma tentativa de conferir ao sistema jurídico a completez que se deseja. Por outro lado, essa válvula de escape não rechaça peremptoriamente o anseio da escola do direito livre, já que permite ao juiz da causa “criar” direito novo utilizando-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito (e até mesmo da equidade, nos casos previstos em lei²⁸).

3 DA NÃO RECEPÇÃO DA LEI DE IMPRENSA PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988²⁹

3.1 CABIMENTO DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF

De início cumpre registrar que a Lei 5.250 (Lei de Imprensa) data 09 de fevereiro de 1967, portanto instituída sob a égide da Constituição de 1946, mas já sob a batuta do Regime Militar de 1964³⁰. Deste modo, o remédio Constitucional apto a verificar sua recepção pela nova ordem constitucional instituída pela Constituição de 1988 é a ADPF que, a teor do inciso I do art. 1º da Lei 9.882/99 é a ação

28 No Brasil pode-se citar como exemplo clássico a Lei nº 9.099/95, que em seu artigo 6º dispõe: “O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.”

29 Análise do voto do Ministro Carlos Brito na ADPF 130 – questionava a não recepção da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa) pela CF/88.

30 A Constituição de 1967 muito embora seja datada de 24 de janeiro de 1967, só entrou em vigor em 15 de março de 1967, a teor do que dispunha o seu art. 189, posteriormente, assim, à Lei de Imprensa.

adequada a ser proposta quando houver controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Ademais, consoante a dicção do art. 4º, §1º do mesmo diploma legal, possui caráter subsidiário em relação às demais ações constitucionais de caráter objetivos (Ação Direita de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão), já que nenhuma delas é apta a analisar a constitucionalidade de diplomas legais pré-constitucionais, confirmando-se, assim, seu correto manejo no caso vertente: “Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.”

3.2 REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA

O Capítulo V do Título VIII da CF/88 foi inteiramente destinado à imprensa, tendo sido tabulado com a seguinte designação: “Da Comunicação Social”. O que significa que:

[...] a modalidade de comunicação que a imprensa exprime não se dirige a essa ou aquela determinada pessoa, nem mesmo a esse ou aquele particularizado grupo, *mas ao público em geral. Ao maior número possível de pessoas humanas.* Com o que a imprensa passa a se revestir da característica central de *instância de comunicação de massa*, de sorte a poder influenciar cada pessoa de *per se* e até mesmo formar o que se convencionou chamar *de opinião pública*. (p. 11-12 do voto)

É função da imprensa, portanto, controlar e revelar as coisas que dizem respeito à vida do Estado e da própria sociedade, como uma alternativa à explicação/versão oficial/Estatal dos fatos, visando gerar um espaço do pensamento crítico no meio social³¹. Nesta linha de raciocínio declina o relator:

31 “O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente tentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e ‘real alternativa à versão oficial dos fatos’ (Deputado Federal Miro Teixeira).” (p. 07 de ementa)

24. Pois, bem, assim binariamente concebida e praticada entre nós é que a imprensa possibilita, por modo crítico incomparável, *a revelação e o controle de praticamente todas as coisas respeitantes à vida do Estado e da sociedade*. Coisas que, por força dessa invencível parceria com o tempo, a ciência e a tecnologia, se projetam em patamar verdadeiramente global. Com o mérito adicional de se constituir, ela, imprensa, num necessário contraponto à leitura oficial dos fatos e suas circunstâncias, eventos, condutas e tudo o mais que lhes sirva de real motivação. Quero dizer: *a imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade*, conforme realçado pelo jurista, deputado federal e jornalista Miro Teixeira, um dos subscritores da presente ADPF. O que já significa visualizar a imprensa como *garantindo espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência*. Pensamento crítico ou racionalmente exposto, com toda sua potencialidade emancipatória de mentes e espíritos. Não aquele pensamento sectariamente urdido, ou então superficialmente engendrado, quando não *maquinadamente* elaborado para distorcer fatos e biografias. Sendo de toda relevância anotar que, *a título de reforço à manutenção dessa verdadeira relação de inerência entre o pensamento crítico e a imprensa livre*, a própria Constituição impõe aos órgãos e empresas de comunicação social a seguinte interdição: “Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio” (§5º do art. 220). Norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, *o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários* [...]. (p. 16-17 do corpo do voto)

Neste sentido, entende o Ministro relator que as normas veiculadas nesse capítulo externalizam a mais pura e ampla LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA ou LIBERDADE DE IMPRENSA, as quais afastam qualquer ordem de censura prévia.

Tal entendimento, como não poderia deixar de ser, é extraído da dicção do art. 220, Constituição de 1988, que assim assevera: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo *não sofrerão qualquer restrição*, observado o disposto nesta Constituição”. (grifo nosso)

Observa-se pela normatização inerente ao texto constitucional que não haverá qualquer restrição, seja prévia ou posterior, à manifestação do pensamento, da criação, expressão e informação. Diz mais, essa liberdade pode ser exercida sob qualquer forma ou veículo.

Todavia, a própria Constituição põe um freio a essa plena e irrestrita liberdade. Tal está consignado na parte final do referido dispositivo sob a oração “observado o disposto nesta Constituição”.

É de se frisar, contudo, que essa expressão, “observado o disposto nesta Constituição”, traduz tão somente a incidência de dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, como conseqüência ou responsabilização do uso pleno da liberdade de informação jornalística. Diz-se “outros bens de personalidade”, pois o Ministro Carlos Ayres Britto qualifica a livre manifestação do pensamento e o direito à informação e à expressão artística, científica, intelectual e comunicacional como uma manifestação direta da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e, portanto, como bens da personalidade, os quais são qualificados como “sobredireitos”.

Por fim, deve-se registrar que o Ministro relator traz à baila discussão muito atual e de relevante interesse social: a utilização da INTERNET como veículo jornalístico. Crê-se que há uma certa contraditoriedade entre o que restou consignado no corpo do voto do Ministro Carlos Britto e o que consta da ementa do julgado, razão pela qual transcrever-se-á, na parte em que interessa, trechos de ambos:

Do corpo do voto

23. Numa frase, estamos a lidar com atividades e meios ou empresas de comunicação social que, no seu conjunto, encerram o estratégico setor da imprensa livre em nosso País. Ficando de fora do conceito de imprensa, contudo, por absoluta falta de previsão constitucional, a chamada “Rede Mundial de Computadores – INTERNET”. Artefato ou empreitada tecnológica de grandes e sedutoras possibilidade informativas e de relações interpessoais, sem dúvida, dentre elas a interação *em tempo real* dos seus usuários; ou seja, emissoras e destinatários da comunicação *internetizada* a dispor da possibilidade de inverter as suas posições a todo instante. O fisicamente presencial a cada vez mais ceder espaço ao *telepresencial* (viagem que vai do concreto ao virtual), porém, ainda assim, constitutivo de relações sem a menor referência constitucional. *O que se explica em função da data de*

promulgação da Carta Política brasileira (5 de outubro de 1988), quando os computadores ainda não operavam sob o tão refinado quanto espantoso sistema eletrônico-digital de intercomunicação que veio, com o tempo, a se chamar de “rede”. (grifos nossos) (p. 15-16 do voto)

Da ementa

Silenciando a Constituição quanto ao regime da *internet* (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de idéias e opiniões, debates, notícias *e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação.* (grifos nossos) (p. 04 da ementa)

Extrai-se da leitura do corpo do voto que a *internet*, embora seja um espaço veiculador de idéias, informações e notícias, inclusive em tempo real, não seria uma expressão da atividade jornalística, imprensa, portanto, ante o silêncio da Constituição, muito embora consigne o fato de que tal expressa previsão não era possível, em razão da data de promulgação da Carta Política brasileira.

Já o texto da ementa transmite outra sensação aos que a lêem, pois assevera que, ainda que silenciando a Constituição quanto à *internet*, não se lhe pode recusar a qualificação de território livre de veiculação de idéias, opiniões, debates e notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação. Ou seja, a *internet* poderia, sim, ser considerada como parte do conceito de imprensa.

Somos da opinião de que a ementa do acórdão traduz mais claramente a idéia que se tentou externar no corpo do voto e que, de certo modo, ficou incompleta ou confusa. Afirma-se isto pelo próprio raciocínio que o relator vem traçando durante todo o seu arrazoado, bem como por uma razão bastante simples que restou, inclusive, expressa no voto ora analisado, o fato de que a rede mundial de computadores só veio a ganhar força posteriormente à promulgação da Constituição de 1988, razão pela qual impossível ao Constituinte originário prever expressamente no texto constitucional a *internet* como veículo jornalístico. Entretanto, prudentemente, esse mesmo Constituinte não engessou o texto constitucional, já que o art. 220, *caput*³², acima transcrito contém a expressão “qualquer veículo”, que permite ao intérprete colmatar o texto

32 “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, *sob qualquer* forma, processo ou *veículo* não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

constitucional às alterações tecnológicas e sociais futuras, preservando, deste modo, a integridade da idéia veiculada pela norma.

Por óbvio não se vai tachar de imprensa ou informação jornalística todas as informações livremente postadas na internet (sítios de relacionamento, *blogs* particulares, *e-mails* etc.), contudo, não se pode fechar os olhos à aberta utilização da internet por empresas jornalísticas com notoriedade no mercado da comunicação e informação, bem como outras que se especializaram nessa nova modalidade jornalística, virtual.

3.3 MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS E A RELAÇÃO ENTRE A LIBERDADE DE IMPRENSA E A DEMOCRACIA

Ao se ter contato com a norma inserta no art. 220 da Constituição acima transcrito, percebe-se de logo a força e a preempriedade de suas prescrições. Dispõe a norma acerca da impossibilidade restrição aos direitos da personalidade subsumidos na manifestação do pensamento, na criação, expressão e informação, externados sob qualquer forma, processo ou veículo. Só depois de fixados os amplos direitos é que o dispositivo informa acerca das possibilidades de temperamentos a essa plena liberdade com a oração: “observado o disposto nesta Constituição”.

E onde estariam as limitações constitucionais ao direito de imprensa? Justamente no §1º do próprio art. 220:

Art. 220 *omissis*

§1º. Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Referido dispositivo em sua primeira parte corrobora com a regra do *caput* e reafirma a liberdade de imprensa adjetivando-a de *plena* e dizendo que nenhuma lei conterà dispositivo que possa embaraçá-la, para ao final consignar os temperamentos constitucionais: “observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”.

O art. 5º da CF/88, por sua vez, traz o rol dos direitos fundamentais do nosso ordenamento, dentre os quais alguns que não poderiam ser violados nem mesmo pela plena liberdade de informação jornalística, abaixo listados:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Sob essa perspectiva o relator assevera:

Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional “*observado o disposto nesta Constituição*” (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da “*plena liberdade de informação jornalística*” (§1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). (p. 04 da ementa)

E prossegue o relator:

Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos *sobredireitos* de personalidade em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que

se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisação à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das idéias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando *a posteriori*, inflitem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa. (p. 04 da ementa)

Vê-se, portanto, que a chamada calibração de princípios, oriunda de um conflito aparente de normas constitucionais, se dá garantindo-se em primeiro lugar a plena liberdade de imprensa. Caso haja violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas serão aplicados mecanismos de repressão contra essas más práticas, tal qual consignado, especialmente, nos incisos V e X do art. 5º acima transcrito³³.

Noutra esteira, não se pode olvidar da íntima relação existente entre a liberdade³⁴ de imprensa e a democracia: *liberdade de imprensa como corolário dos ideais democráticos*.

33 “55. Outra não podia ser a escolha da nossa Lei Maior, em termos operacionais, pois sem essa absoluta primazia do que temos chamado de *sobredireitos* fundamentais *sobejariam falsas desculpas, sofismas, alegações meramente retóricas para, a todo instante, crucificá-los no madeiro da mais virulenta reação por parte dos espíritos renitentemente autoritários, antiéticos, ou obscurantistas, quando não concomitantemente autoritários, antiéticos e obscurantistas*. Inimigos figadais, por consequência, da democracia e da imprensa livre. Do que aflora a nítida compreensão de que os bens jurídicos em confronto são daqueles que, em parte, se caracterizam por uma recíproca excludência no tempo. A opção que se apresentou ao Poder Constituinte de 1987/1988 foi do tipo radical, no sentido de que não era possível, no tema, *servir ao mesmo tempo a dois senhores*. Donde a precedência que se conferiu ao pensamento e à expressão, resolvendo-se tudo o mais em direito de resposta, ações de indenização e desencadeamento da chamada *persecutio criminis*, quando for o caso.” (p. 46-47 do corpo do voto)

34 “27. Mas a decisiva questão é comprovar que o nosso Magno Texto Federal levou o tema da liberdade de imprensa na devida conta. *Deu a ela, roupagem formal na medida exata da respectiva substância*. Pois é definitiva lição da História que, em matéria de imprensa, não há espaço para o meio-termo ou a contemporização. *Ou ela é inteiramente livre, ou dela já não se pode cogitar senão como jogo de aparência jurídica*. É a trajetória humana, é a vida, são os fatos, o pensamento e as obras dos mais acreditados

Segundo palavras do Ministro relator, “A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloqüente atestado de evolução político-cultural de todo um povo.” (p. 06 da ementa)

Neste sentido a Imprensa passa manter com a democracia uma relação de *retroalimentação*, pois é a possibilidade de expressão de idéias, pensamentos e informação de modo livre e desvinculado que concretiza os ideais democráticos em uma sociedade plural. Desse modo quando mais livre e pleno for o exercício da atividade jornalística, mais enraizado estará o sentimento democrático de um povo, de um Estado. Do mesmo modo, quanto mais enraizado estiver o sentimento democrático de um povo, de um estado, mais e livre e pleno será o exercício da atividade jornalística.

Essa natural complementaridade entre os ideais democráticos e a liberdade de imprensa também é reflexo do pluralismo que a nossa Constituição prestigia (preâmbulo e art. 1º, V). Pluralismo esse que não pode permitir seja a imprensa expressão de oligopólios ou monopólios, sob pena de não ser democrática.

Neste sentido, como já mencionado no item 3.2, preceitua o art. 220, § 5º³⁵, que “Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objetos de monopólio ou oligopólio.”

Conclui-se, destarte, que de fato neste campo há um sistema de princípios e normas constitucionais que convergem para uma complementação mútua. Neste sentido, a sustentação deste sistema depende primordialmente da harmonia/equilíbrio constante do tripé: liberdade de imprensa, ideais democráticos e pluralismo.

formadores de opinião que retratam sob todas as cores, luzes e contornos que imprensa apenas *meio livre* é um tão arremedo de imprensa como a própria meia verdade das coisas o é para a explicação cabal dos fenômenos, seres, condutas, idéias. Sobretudo idéias, cuja livre circulação no mundo é tão necessária quanto o desembaraçado fluir do sangue pelas nossas veias e o desobstruído percurso do ar pelos nossos pulmões e vias aéreas. O que tem levado interlocutores sociais de peso – diga-se de passagem – a se posicionar contra a exigência de diploma de nível superior para quem se disponha a escrever e falar com habitualidade pelos órgãos de imprensa.

28. Se é assim, não há opção diferente daquela que seguramente fez o nosso Magno Texto Republicano: consagrar plenitude de uma liberdade tão intrinsecamente luminosa que sempre compensa, de muito, de sobejo, inumeravelmente, *as quedas de voltagem* que lhe infligem profissionais e organizações aferrados a práticas de um tempo que estrebucha, porque já deu o que tinha de dar de voluntarismo, chantagem, birra, perseguição. *Esparsas nuvens escuras a se esgueirar, intrusas, por um céu que somente se compraz em hospedar o sol a pino*. Exceção feita, já o vimos, a eventuais períodos de estado de sítio, mas ainda assim ‘na forma da lei’. Não da vontade caprichosa ou arbitrária dos órgãos e autoridades situados na cúpula do Poder Executivo, ou mesmo do Poder Judiciário.” (p. 20-21 do corpo do voto)

35 Ver Capítulo 3, item 3.2, citação p. 39.

3.4 O NÚCLEO DURO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E A INTERDIÇÃO PARCIAL DO PODER DE LEGISLAR E A AUTORREGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE JORNALÍSTICA

Com a expressão NÚCLEO DURO (extraída do item 8º da ementa) o relator quis externar o ponto intangível, a pedra de toque, de toda a discussão que se travou no julgamento da ADPF 130: a atividade jornalista, de imprensa, além de LIVRE é PLENA. Significa dizer que tal atividade é imune a qualquer espécie de censura prévia. A *plena liberdade*, portanto, é da *essência* mesma do jornalismo. Tal tema já foi tratado nos tópicos anteriores, todavia, sem tal qualificação (núcleo duro), de sorte que já se tem a noção de que em primeiro lugar vem o exercício plenamente livre dos veículos de imprensa, para só então, verificado algum tipo de excesso, serem aplicadas as reprimendas constitucionalmente previstas.

Há, contudo, uma exceção à intangibilidade da liberdade plena, contudo tal hipótese encontra-se prevista constitucionalmente e, portanto, caminha lado a lado com o art. 220 do texto da nossa Lei Fundamental, que na sua parte final consigna a fórmula de resguardo normativo: “*observado o disposto nesta Constituição*”. Assim, a atividade de imprensa é plena e livre, observado o disposto nesta Constituição que poderá prever, em face de situações que ameacem a manutenção do Estado Democrático de Direito, exceções a essa regra.

Esse é justamente o caso do art. 139 do texto constitucional que prevê o Estado de Sítio, *verbis*:

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no artigo 137, I³⁶, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

- I – obrigação de permanência em localidade determinada;
- II – detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;

36 “Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I – cominação grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa.”

III – restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;

IV – suspensão da liberdade de reunião;

V – busca e apreensão em domicílio;

VI – intervenção nas empresas de serviços públicos;

VII – requisição de bens.

Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa. (grifos nossos)

Excluindo-se unicamente as exceções previstas na própria CF/88 (Estado de sítio – art. 139, III, acima mencionado, que necessita de lei que o regulamente), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias *reflexamente* de imprensa, respeitado sempre o seu núcleo duro, significa dizer: quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Assim, as matérias reflexamente de imprensa que podem ser conformadas legislativamente são as indicadas na própria Constituição, por força do § 1º do art. 220, a saber³⁷:

direito de resposta e indenização, proporcionais ao agravo; proteção ao sigilo da fonte ('quando necessário ao exercício profissional'); responsabilidade por calúnia, injúria e difamação; diversões e espetáculos públicos; estabelecimento dos 'meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente' (inciso II do §3º do art. 220 da CF); independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º); participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§4º do art. 222 da CF); composição e funcionamento do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da Constituição).³⁸

37 Conforme enumerado pelo relator nas páginas 08 e 09 da ementa.

38 "Regulações estatais que, sobretudo incidindo no plano das conseqüências ou responsabilizações, repercutem sobre as causas de ofensas pessoais para inibir o cometimento dos abusos de imprensa.

Ademais, não há que se falar em censura prévia, pois, como afirma o relator, devemos nos lembrar que a maturidade democrática de um povo tende, com o passar do tempo, a selecionar a imprensa séria, responsável, e a afastar os tablóides sensacionalistas, ofensivos e irresponsáveis.

29. O que se tem como expressão da realidade, portanto, é, de uma banda, um corpo social progressivamente esclarecido por uma imprensa livre e, ela mesma, plural [...]. Corpo social também progressivamente robustecido nos seus padrões de exigência enquanto destinatário e conseqüentemente parte das relações de imprensa. De outra banda, uma imprensa que faz de sua liberdade de atuação um necessário compromisso com a responsabilidade quanto à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público. *Do que decorrer a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade*, até porque, sob o prisma do conjunto da sociedade, quanto mais se afirma a igualdade como característica central de um povo, *mais a liberdade ganha o tônus de responsabilidade*. É que os iguais dispõem de reais condições de reagir altivamente às injustiças, desafios e provocações do cotidiano, de modo a refrear os excessos ou abusos, partam de onde partirem, venham de quem vierem. Donde o “Jornal da ABI” (Associação Brasileira de Imprensa), comentar que até mesmo os escandalosos tablóides ingleses, premidos pela perda de leitores, não raras vezes mudam sua linha sensacionalista de orientação; “Porque do regime da plena liberdade surge a responsabilidade, e o cidadão passa a não comprar porcaria” [...].

30. Este o ponto nuclear da questão, à face de um alógica especificamente referida à interação da imprensa livre com um público-alvo cada vez mais em condições de se posicionar à moda de *filtro* ou *peneira* do que lhe chega como informação ou como conhecimento pronto e acabado. *Lógica encampada pela nossa Constituição de 1988*, e prescientemente captada pelo inglês William Pitt (1759/1806), para quem “à imprensa deve tocar o encargo de se corrigir a si própria”; pelo norte-americano Thomas Jefferson (1743/1826), autor da afirmação de que, se lhe fosse dado escolher

Peculiar fórmula constitucional de proteção de interesses privados em face de eventuais descomedimentos da imprensa (justa preocupação do Ministro Gilmar Mendes), mas sem prejuízo da ordem de precedência a esta conferida, segundo a lógica elementar de que não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso. Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, ‘a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público.’ (p. 09 da ementa)

entre um governo sem jornais e jornais sem um governo, não hesitaria em optar por esta última fórmula, e pelo francês Alexis de Tocqueville (1805/1859), ao sentenciar que, numa democracia, o modo mais eficaz de se combater os excessos de liberdade é com mais liberdade ainda. A imprensa, então, cabalmente imunizada contra o veneno da censura prévia, como lúcida e corajosamente pregou o poeta John Milton, em 1644, no seu famoso discurso “A Aeropagítica” [...]. A imprensa livre a viabilizar, assim, o ideal daqueles que, à semelhança de Gluksman, vêem a liberdade como um rio impetuoso cujo único anseio é não ter margens. Não ter margens fixas – penso que seria melhor dizer –, *pois a autorregulação da imprensa nunca deixa de ser um permanente ajuste de limites em sintonia com o sentir-pensar de uma sociedade civil de que ela, imprensa, é simultaneamente porta-voz e caixa de ressonância*. Não só porta-voz, não só caixa de ressonância, mas as duas coisas ao mesmo tempo. (p. 21-23 do corpo do voto)

A autorregulação, pois, é fruto de uma evolução natural e de uma adaptação constante entre o exercício da atividade jornalística e a capacidade crítica do seu destinatário, conformada pela lei de mercado que é regulada pela oferta e pela procura: oferta de informações sérias e fidedignas e procura de uma alternativa (opção) imparcial e confiável acerca da “versão” oficial das informações.

3.5 NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI 5.250/67 PELA CF/88

Por derradeiro, após um longo arrazoado, que se tentou condensar nas seções pretéritas, o Ministro relator chega à conclusão de que a Lei 5.250/67 não foi recepcionada, em nenhum ponto, pela nova ordem constitucional instituída em 1988.

Primeiramente, desenvolve um raciocínio de adequação das normas constitucionais acerca do tema a necessidade/possibilidade de uma regulamentação posterior (por meio de lei) exauriente, ou com feição estatutária. Diz o relator:

58. Fácil demonstrar o acerto deste novo juízo. Primeiramente, sintá-se que as comentadas referências constitucionais à lei (e, por implicitude, à função executiva do Estado) é para interditá-la quanto àquilo que verdadeiramente interessa: *dispor sobre as coordenadas de tempo e de conteúdo das liberdades de pensamento e de expressão em seu mais abrangente sentido* (“liberdade de

*informação jornalística” ou matéria essencialmente de imprensa, vimos dizendo). É afirmar: para a nossa Constituição, o concreto uso de tais liberdades implica *um quando, um quê e um para quê* antecipadamente excluídos da mediação do Estado, a partir da própria função legislativa. Confira-se, ainda uma vez, a própria voz da nossa Magna Carta Federal:*

I – Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (ou seja, observado *apenas* o que se contiver na própria Constituição. Não o que for acrescentado por modo legislativo, ou executivo);

§1º. Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV;” (de novo, observado *tão-somente* o disposto nos dispositivos constitucionais de logo citados);

§2º. É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (disposição também proibitiva de atuação mediadora do Estado, e que, em verdade, incorre numa redundância somente explicável pelo deliberado intento da Constituição em se fazer expletiva, minudente, casuística, para que nenhuma dúvida interpretativa restasse quanto à pré-exclusão estatal nos encarecidos ‘quando’, ‘como’ e ‘quê’ da liberdade de imprensa, com a única ressalva, vimos dizendo, do direito de resposta). (p. 51-52 do corpo do voto)

Após a explicitação dos dispositivos constitucionais, declina que sua leitura o convence de que a *mens legis* visa frear a atuação do Estado Legislador na matéria “imprensa”, já que a Constituição a todo momento visa dar à imprensa um ar de liberdade e plenitude incompatível com normatizações infraconstitucionais posteriores ou anteriores (como é o caso da Lei 5.250/67) que tenham por objetivo regular a atividade jornalística, por um motivo muito singelo, não poderá ela (a lei) tratar de essencial ou axial (nas palavras do relator) acerca da temática “imprensa”.

Afirma, ao se reportar aos dispositivos constitucionais que tratam da liberdade de imprensa, que estaríamos diante de *normas*

constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata (classificação de José Afonso da Silva) ou de *normas constitucionais de pronta aplicação* (classificação de Celso Ribeiro Bastos), “*porém, mais que isto, cuida-se de ‘normas irregulamentáveis’*. E normas irregulamentáveis porque, no caso, têm na própria interdição da interferência do Estado o seu modo cabal e ininterrupto de incidir.” (p. 54 do corpo do voto)

Em segundo lugar, e corroborando o entendimento acerca da impossibilidade de existência de uma lei com viés orgânico a regulamentar a atividade da jornalística, afirma haver óbice lógico a confecção legislativa com compleição estatutária sobre o tema IMPRENSA. Nesse sentido, aduz que a Constituição de 1988 quando assim o quis, declinou expressamente a necessidade de regulação legislativa dos temas que tratou, como são exemplos claros a previsão das leis orgânicas de cada Município brasileiro (art. 29 da CF/8) e os Estatutos da Magistratura (art. 93 da CF/88) e do Ministério Público (art. 128, §5º da CF/88).

Assim, conclui o relator neste ponto, não há como existir de forma prévia qualquer interdição Estatal sobre o modo do exercício da liberdade de imprensa, eis que o conteúdo próprio ou substrato da referida liberdade é justamente a inexistência da referida interferência Estatal.

Em seqüência, o Ministro Carlos Ayres Britto declara, *verbis*:

64. É o quanto me basta para chegar a duas outras centradas conclusões deste voto: a) *não há espaço constitucional para movimentação interferente do Estado em qualquer das matérias essencialmente de imprensa*; b) a Lei Federal nº 5.250/67, sobre disciplinar matérias essencialmente de imprensa, misturada ou englobadamente com matérias circundantes ou periféricas e até sancionatórias (de *enfiação*, portanto), *o faz sob estruturação formal estatutária*. Dois procederes absolutamente inconciliáveis com a superveniente Constituição de 1988, notadamente pelo seu art. 20 e §§1º, 2º e 6º dele próprio, *a acarretar o kelseniano juízo da não-recepção do Direito velho, todo ele, pela ordem constitucional nova*. Circunstância que viabiliza o emprego da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental como fórmula processual subsidiária da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN, nos termos das regras que se lê no §1º do art. 102 da CF e no §1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99 – Lei da ADPF. Fórmula instauradora de um substitutivo controle abstrato de constitucionalidade que se revela tanto mais necessário

quanto envolto em concreta (agora sim) ambiência jurisdicional timbrada por decisões conflitantes.

65. Sob esse prisma, não vale a contradita de ser a vigente Lei de Imprensa um diploma normativo contemporâneo da Carta de 1967, o que lhe propiciaria escapar, por dois aspectos, ao exame de compatibilidade com a ordem constitucional que lhe sobreveio (a de 1988): a) primeiro aspecto, atinente ao órgão estatal de que a lei agora sindicada proveio; b) segundo aspecto, alusivo à forma estatutária como a Lei nº 5.250/67 dispôs sobre as coisas. E não vale a contradita *porque subsiste uma incompatibilidade material que é tão em bloco quanto insuperável*. (p. 56-57 do corpo do voto)

Não há, no entender do relator, possibilidade de conciliação material entre o texto da CF/88 com o texto da Lei 5.250/67 por dois motivos básicos:

- a) para cada regra afirmativa da liberdade de imprensa existente na lei há um sem número de exceções que praticamente tudo desfaz³⁹;

39 “Por ilustração, se o art. 1º da Lei de Imprensa, cabeça, assenta que ‘É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer’, passa a dizer já no §1º desse mesmo artigo que ‘Não será tolerada a propaganda [...] de processos de subversão da ordem política e social [...]’, e, na mesma toada de prepotência e camuflagem discursiva, acrescenta no parágrafo subsequente que ‘O disposto neste artigo não se aplica a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem na vigência do estado de sítio, quando o Governo poderá exercer a censura sobre os jornais ou periódicos e empresas de radiodifusão e agências noticiosas nas matérias atinentes aos motivos que o determinaram, como também em relação aos executores daquela medida’ (sem ao menos dizer ‘nos termos’ ou ‘na forma da lei’). Por igual, se, no *caput* do seu art. 2º, estabelece que ‘É livre a publicação e circulação, no território nacional, de livros e jornais e outros periódicos [...]’, aí mesmo já principia a fragilizar o seu enunciado com um tipo de exceção que põe tudo abaixo: ‘salvo clandestinos ou quando atentem contra a moral e os bons costumes’. Sobremais, impõe aos jornais e periódicos um regime tal de obrigações de registro e controle estatais que passa a corresponder ao mais rigoroso enquadramento com a ideologia de Estado então vigente (arts. 8º a 11). Já pelo seu art. 61, sujeita a apreensão os impressos que ‘contiverem propaganda de guerra ou de preconceitos de raça ou de classe, bem como os que promoverem incitamento à subversão da ordem política e social’ (inciso I), ou, então, ‘ofenderem a moral pública e os bons costumes’ (inciso II). Apreensão que, de início é regrada como da competência do Poder Judiciário, a pedido do Ministério Público (§1º do mesmo art. 61), porém já na cabeça do art. de nº 63 é transferida para o ministro da Justiça e Negócios Interiores, nas situações de urgência. E assim de ressalva em ressalva, de exceção em exceção, de aparentes avanços e efetivos recuos, a Lei nº 5.250/67 é um todo *pro-indiviso* que encerra modelo autoritário de imprensa em nada ajustado ao art. 220 da CF, mais os §§1º, 2º e 6º desse mesmo artigo, consagradores do clima de democracia plena que a nação passou a respirar com a promulgação da Magna Carta de 1988.” (p. 59-60 do corpo do voto)

- b) “quanto ao seu *spiritus rectus* ou fio condutor do propósito último de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder. Projeto de poder que, só para ficar no seu viés político-ideológico, imprimia forte contratura em todo o pensamento crítico e remetia às *calendas gregas* a devolução do governo ao poder civil.” (p. 58 do corpo do voto)

Afastando toda sorte de dúvidas que porventura ainda pudessem existir quanto ao seu entendimento acerca da impossibilidade de salvaguarda de qualquer dispositivo veiculado pela Lei 5.250/67, o Ministro relator declara serem imprestáveis quaisquer tentativas de conciliação hermenêutica da referida lei com o texto constitucional, seja pela *simples retirada* de dispositivos não recepcionados, seja pela *utilização da refinada técnica da interpretação conforme a Constituição*. É que esta última não pode “artificializar ou forçar a *descontaminação* da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria.” (p. 10 da ementa) E continua, “Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo *pro indiviso*”. (p. 11 da ementa)

Desde modo, e a título de conclusão, no entender do relator, na falta (ou na impossibilidade de se ter) de uma lei “orgânica” ou “estatuto” da liberdade de expressão, aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Penal, o de Processo Civil e o de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, noutro turno, é norma constitucional de eficácia plena e, portanto, não necessita de regulamentação, bastando o disposto no art. 5º, V da Constituição de 1988, com densidade normativa suficiente para sua efetiva aplicabilidade.

CONCLUSÃO

Após analisar as obras *Teoria Pura do Direito* e *Teoria Geral do Direito*, de Hans Kelsen e Norberto Bobbio, respectivamente, vê-se que o positivismo jurídico é uma tendência muito forte e presente no dia-a-dia das querelas jurídicas.

A teoria da dinâmica jurídica, que mostra um ordenamento em escala, onde a aplicação da norma superior cria a norma inferior, é de uso corrente pelo nosso judiciário. Dela decorre uma das técnicas para resolução de antinomias normativas, pois impõe o critério da hierarquia como parâmetro para o ajustamento do sistema, eis que, por ser sistema, não pode haver contradições entre as normas que compõem um mesmo ordenamento jurídico.

Ademais, é de Kelsen que se extrai a teoria da recepção da norma pela Constituição que lhe é posterior, eis que seria impossível ao legislador a cada alteração constitucional reorganizar ou mesmo reconstruir todo o sistema normativo elaborando novamente todas as leis necessárias ao funcionamento da máquina estatal e da sociedade como um todo.

É nesse sentido que Kelsen sustenta que as normas criadas pela Constituição anterior não mais retiram dela sua legitimidade, sua validade, mas da nova Constituição. É como se houvesse um “renascimento” da norma com a nova ordem constitucional. Mas esse nascimento só ocorre se houver compatibilidade entre a norma anteriormente existente e a nova Constituição. Daí é que se diz que a nova Constituição recepcionou determinada lei, e quando o faz pode inclusive alterar sua natureza jurídica formal⁴⁰, desde que seu conteúdo se subsuma aos novéis ditames constitucionais.

Foi justamente esse exercício hermenêutico que o Ministro Carlos Ayres Britto executou no voto declinado no julgamento da ADPF 130: buscou-se verificar se a Lei 5.250/67, concebida sob os grilhões da *ditadura*, trazia em seu conteúdo normas que se adequassem à Lei Fundamental de 1988 que redemocratizou o país e, por consequência, a ordem jurídica.

A fim de se evitar as famigeradas antinomias normativas explicitadas por Bobbio, deve-se buscar uma harmonização entre o sentido das normas, sob pena de se expurgar do sistema aquelas normas que não se conformem com aquela que lhes dá validade, a Constituição.

40 Exemplo clássico disto é o Código Tributário Nacional - CTN, que foi criado como lei ordinária e recepcionado pela Constituição de 1988 como lei complementar. Alguns tributaristas dizem que apenas parte do CTN tem natureza jurídica de lei complementar, e outros dizem que todo o CTN seria uma lei complementar. Essa discussão não vem ao caso neste momento, tal exemplo só nos serve para demonstrar a afirmação feita anteriormente.

Nesse sentido, muito se tenta preservar a norma aparentemente contraditória conferindo-lhe uma interpretação que se amolde à Constituição. Como dito no item 1.3, o direito a aplicar é como uma moldura que comporta diversas interpretações possíveis e esse é justamente o esforço do aplicador da norma, escolher dentre as diversas possibilidades lógicas de interpretação aquela que, em sua opinião, melhor se conforme com os ditames constitucionais.

Todavia, na lição do Ministro Carlos Ayres Britto externada no item 3.5, não se pode artificializar ou forçar a descontaminação de um determinado diploma legal interpretado, sob pena de indevido incursionamento do intérprete na atividade legislativa positiva. E arremata o relator: “Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo *pro indiviso*”. (p. 11 da ementa)

Assim, há situações em que não se pode aplicar a técnica da interpretação conforme, na tentativa de salvaguardar o texto normativo. Nesses casos, deve-se sim alijar referida norma do ordenamento de modo a preservar sua higidez, pois a antinomia restou insuperável.

Foi justamente esse o fim da Lei 5.250/67 no entendimento do Ministro relator, acompanhado pela maioria dos demais Ministros do Supremo Tribunal Federal, o que resultou na não recepção em bloco da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988, entendimento esse que se conforma com as lições da escola positivista, que tem em Kelsen e Bobbio, dois dos seus maiores expoentes.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 321 p.

BRASIL. Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 130. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 427 p.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800
70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 4.000 exemplares