ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

# O PROBLEMA DA COERÊNCIA DO SISTEMA DE DIREITO POSITIVO NA VISÃO DE HANS KELSEN E LOURIVAL VILANOVA

# THE PROBLEM OF THE COHERENCE OF THE POSITIVE LAW SYSTEM IN THE VIEW OF HANS KELSEN AND LOURIVAL VILANOVA

**Rafael Diogo D. Lemos***

**RESUMO:** O presente trabalho aborda a coerência no sistema de Direito positivo, sob a visão de Hans Kelsen e Lourival Vilanova. Será estudado o conceito de antinomia, bem como os critérios de sua resolução. Indagar-se-á acerca da necessidade da coerência do ordenamento jurídico, enquanto elemento de justiça do Direito, bem como a possibilidade lógica da existência de contradições no ordenamento jurídico sem invalidá-lo. Ao final, contrapondo as ideias de Kelsen e Vilanova a outros autores, em especial García Máynez, serão apresentados os resultados e conclusões obtidos com esta pesquisa.
**Palavras-chave:** Coerência. Antinomia. Direito positivo. Estruturas lógicas. Hans Kelsen. Lourival Vilanova.

**ABSTRACT:** This paperwork is about the consistency of the positive Law system according to Hans Kelsen and Lourival Vilanova. It will study the concept of antinomy and the main criteria of its resolution. It will question about the need of the internal consistency of the Law system as an element of justice as well as the logic possibility of the existence of contradictions in the Law system without invalidating it. At the end, by contrasting Lourival's and Kelsen's ideas with other scientists' ideas, especially García Maynez, the results and the conclusions of this paperwork will be presented.
**Keywords:** Consistency. Antinomy. Positive Law. Logic structures. Hans Kelsen. Lourival Vilanova.

* Mestrando em Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Advogado. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

## 1 INTRODUÇÃO

Muito se indaga acerca da necessidade de um sistema de Direito positivo ser coerente, não possuindo normas que prescrevam condutas contraditórias. Um dos pontos nodais do tema tem a ver com a certeza e a segurança do Direito que ruiriam caso inexistisse coerência interna do sistema.

Uma análise empírica dos sistemas de Direito positivo costuma constatar a existência de diversas normas em conflito, bem como a existência de normas que solucionem este conflito. Normas como as previstas no art. 2º, §§1º e 2º da Lei de Introdução ao Código Civil são comuns em vários ordenamentos jurídicos, dando a impressão de que seja indispensável sua presença, consistindo em um elemento geral do Direito, tal qual a hipótese, direito subjetivo, etc.

Este trabalho prestar-se-á a analisar as posições esposadas por Hans Kelsen e Lourival Vilanova acerca do tema, e, ao final, em um diálogo destes autores com seus críticos, tentaremos emitir opinião própria a respeito do tema em estudo.

O trabalho será dividido em três partes: na primeira, abordaremos a teoria de Hans Kelsen, explicando seus postulados básicos, e analisando sua visão acerca das antinomias do Direito. Em uma segunda parte, será estudada a teoria de Lourival Vilanova, especialmente sua explicação lógica do Direito, mostrando pontos de contato entre ambas as teorias. Ao final, faz-se mister concluirmos, apresentando um panorama das ideias apresentadas neste trabalho, bem como apontando teorias de outros autores e, finalmente, apresentarmos os resultados obtidos.

## 2 DIREITO E JUSTIÇA NA VISÃO DE HANS KELSEN

O Direito, na visão de Hans Kelsen, é um conjunto de regras unidas em um sistema que visam a regular as mais diversas condutas humanas. O elemento de pertinência que une estas normas não é um determinado conteúdo (justiça, paz), mas a conformidade com uma norma superior que lhe dá validade. Assim, o sistema proposto por Hans Kelsen é um sistema fechado, cerrado, onde, seguindo a tradição neokantiana, uma norma ("dever-ser") não poderá derivar de um fenômeno do "ser". Esta separação rigorosa entre

o "ser" e o "dever-ser" de H. Kelsen, em sua teoria, permite distinguir uma manifestação negativa e outra positiva do Direito; aquela, no sentido de que o Direito não se presta a explicar o mundo fático; a manifestação positiva, no sentido de que o objeto do Direito é o conjunto de normas do qual derivarão seus conceitos. (GARCÍA MAYNEZ, 2007, p. 11).

Apesar de ser um conjunto de normas que visa à regulação da conduta humana, o Direito pode não se limitar a este aspecto. Os eventos naturais (KELSEN, 2000, p. 5) podem também ingressar no mundo do Direito, e mesmo animais e plantas e objetos inanimados são tratados como seres humanos, especialmente no Direito primitivo que, enquanto ordem de conduta humana, também poderá ser considerado Direito. (KELSEN, 2000, p. 6).

Ademais do importante papel do Direito, de regulador das condutas humanas, Kelsen aproximou os conceitos de Direito e Estado, definindo este como "uma ordem jurídica relativamente centralizada" (KELSEN, 2006, p. 317). Distinguindo-se primitivas ordens jurídicas pré-estaduais e mesmo supraestaduais, esta definição acarretará importantes aspectos em sua teoria, especialmente na abordagem das lacunas do ordenamento jurídico bem como em possíveis antinomias que possam surgir no seio deste sistema.

Estes pontos terão importante valia na análise do tema proposto, sob a ótica do jusfilósofo de Praga, demonstrando sua visão de Direito enquanto sistema capaz de criar suas próprias normas e se reger por estas, sem a busca ou fundamentação em elementos estranhos a este, como aspectos sociais ou mesmo axiológicos.

## 2.1 DEFINIÇÃO POLÍTICA E CIENTÍFICA DO DIREITO

Hans Kelsen propõe um isolamento temático no estudo do Direito, evitando um sincretismo metodológico que poderia confundir o objeto do Direito com o objeto da sociologia, filosofia ou história do Direito. Esta confusão de métodos levaria a um desvirtuamento da ciência, trazendo conceitos confusos e, por vezes, conflitantes, prejudicando o caráter científico do Direito.

Ao definir um determinado conceito, o cientista deverá adotar, inicialmente, o uso comum da palavra, tentando verificar qual aspecto permanece inalterado em todas as utilizações em todos os tempos desta palavra.

Para conceituarmos o Direito, *verbis gratia*, devemos estudar todos os fenômenos a que se deu o nome de Direito e tentarmos extrair destes um (ou alguns) elemento(s) inalterado(s) nestes. Este(s) elemento(s) definirá(ão) o Direito. Não afirma ser ilegítima a elaboração de outras abordagens do Direito, que não a estritamente jurídica; opta por esta via – a sua Teoria Pura do Direito – para fortalecer o caráter científico do Direito.

Por ser neutra, a ciência não poderá tomar valores ou exprimir predileções axiológicas ao elaborar seus conceitos. A atribuição ao termo Direito, de algum predicativo (justo, liberal, democrático), ou mesmo especificando fins almejados pelo Direito (visa à paz, visa à segurança) refletem tão somente opções ideológicas do autor deste determinado conceito. Afirmar que o Direito é Direito enquanto visa a manter a ordem, ou que apenas é Direito o emanado de um Estado democrático pode ter impacto político, mas não terá valia científica. Exemplifica-se com a teoria de Rousseau, distinguindo a "vontade geral" e a "vontade de todos". A "vontade geral" é sempre certa, e a lei, que será expressão da "vontade de todos", deverá, necessariamente, ser apenas declarativa da "vontade geral". Rousseau identifica o Direito – e a justiça – à democracia, em uma "justificação altamente problemática". (KELSEN, 2001, p. 296).

A definição política de Direito também passa por uma concepção de justo, adotada por quem elabora esta definição, – geralmente quem está no poder ou quem almeja alcançá-lo. Isso se deve à não identificação do Direito e da Justiça, causada, em grande parte, por um animismo que assola as ciências sociais, como a "vontade geral", "solidariedade social" e outros conceitos igualmente imprecisos. Assim, ao optar por algum destes elementos, prejudica-se, necessariamente, o outro, sendo isso uma ideologia, não uma ciência.

Dada essa constante, Kelsen precisava isolar o objeto temático do Direito, encontrando um elemento que o caracterizasse, em todos os locais e épocas onde se usasse a expressão "direito", criando, assim, uma Teoria Geral do Direito. H. Kelsen identificou a estrutura como este elemento, estabelecendo a coatividade como presente nas normas jurídicas, bem como que estas são jurídicas enquanto inseridas em um ordenamento jurídico, tendo como elemento de validade sua norma superior e, em última instância, a norma hipotética fundamental. Assim, frente a diversas mudanças políticas e sociais pelas quais passam as determinadas sociedades, o Direito é o elemento

que solidifica e institucionaliza tais mudanças, sendo da própria natureza do Direito a formalização (BOBBIO, 1959, p. 997). O formalismo kelseniano manifesta-se, leciona García Maynez, em três aspectos: como legalismo, como teoria das formas jurídicas e, por fim, como formalismo científico, consubstanciado na Teoria Pura kelseniana (GARCÍA MAYNEZ, 2007, p. 31).

Como legalismo, no sentido de identificar a Justiça com o Direito Positivo, eliminando esta dualidade; como teoria das formas jurídicas, posto que doutrina que apresenta o Direito como forma (constante) de um conteúdo (variável); como formalismo científico, ao elaborar uma teoria jurídica como uma ciência formal.

Constata-se que o grande esforço de Hans Kelsen sempre foi estudar o Direito com mais rigor, identificando claramente o objeto e o método utilizado, não o deixando sob a ótica daqueles que o tratam com o objetivo de justificar certa ideologia, olvidando seu caráter científico. Contrapõe o Direito positivo ao Direito natural, sob todas as suas formas, ressaltando a necessidade do isolamento temático do objeto do Direito, formalizando-o com vistas à elaboração de uma Teoria Geral do Direito, que poderá ser aplicada a qualquer local e época, conferindo sólidas bases para a Ciência do Direito.

## 2.2 O DIREITO E A JUSTIÇA

Hans Kelsen dedicou grande parte de sua obra à tentativa de achar uma definição de justiça que pudesse fazer como uma teoria geral, um conceito definitivo que pudesse vir a ser o critério de validade do Direito Positivo, como pretendem os jusnaturalistas. Em suas mais diversas tentativas, o mais perto que chegou foi com a conceituação relativa de justiça, identificando-a com liberdade da democracia. Afirma que (KELSEN, 2001, p. 25):

> Uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância.

Todavia, esta é tão somente uma conceituação pessoal, são os valores mais caros a Kelsen, não podendo se extrair daí um conceito geral.

A doutrina do Direito natural finca suas raízes no dualismo existente entre Direito Natural e Direito Positivo, devendo ser este apenas elemento de declaração das normas contidas naquele. A partir do momento que uma norma posta não encontrar validade no Direito Natural, esta norma é inválida por ser considerada injusta.

Historicamente, o Direito natural teve a função de justificar o Direito posto, como a clássica ideia da "mesótes", de Aristóteles, que afirmava que a justiça residia na equidistância entre o vício da escassez e o vício do excesso. A questão proposta por Aristóteles, "o que é bom" é respondida com a questão "o que é mau" que, por seu turno, tinha como resposta aquelas condutas vedadas pelo ordenamento jurídico posto. Esta ideia conservadora – como o foram várias fórmulas de justiça apresentadas por Kelsen em sua obra. O Problema da Justiça (KELSEN, 2003) tem a função precípua da manutenção e legitimação da ordem social vigente.

Isso conduz a uma problemática que o faz rechaçar a possibilidade da justiça ser critério para auferir a validade ou invalidade de um determinado sistema jurídico: ela é fruto de um juízo eminentemente relativo, subjetivo, por vezes conflitante com outros conceitos de justiça, não podendo, portanto, validar ou invalidar um sistema de caráter objetivo, tal qual o Direito Positivo. A justiça pode ser, no máximo, um modelo para a elaboração de um ordenamento jurídico justo e o critério para distinguir um bom e um mau direito; após a elaboração das normas, não mais se deve perquirir se estas são justas ou injustas mas, tão somente, válidas ou inválidas (KELSEN, 2001, p. 292).

Afirmar que um determinado sistema de direito positivo é justo ou injusto equivale a emitir um juízo valorativo sobre este determinado sistema de direito posto. Por tratar-se de juízo de valor, que terá sempre um caráter subjetivo, e, portanto, relativo, não poderá servir de critério para auferir a validade do Direito positivo. O critério de validade da norma de direito positivo será, assim como este, objetivo, não recorrendo a instâncias metafísicas ou naturais. A Teoria Pura do Direito realiza uma análise da estrutura do Direito positivo em várias ordens sociais onde fora empregada a expressão Direito, retirando caracteres comuns a todos estes fenômenos, criando uma Teoria Geral do Direito. Claro está que a utilização de critérios subjetivos, que variam de pessoa para pessoa, época para época, lugar para lugar não pode fazer parte desta Teoria Ge-

ral do Direito e, tampouco, ser critério de validade do Direito positivo, como pretendem aqueles que defendem o Direito Natural.

No Direito positivo, os juízos jurídicos de valor – auferir se uma dada conduta é lícita ou ilícita – têm critérios objetivos de verificação; analisa-se o Direito positivo, na busca de uma norma que vede ou permita aquela conduta. Kelsen denominou-os "valores de direito" (2001, p. 204). Os "valores de justiça" são os juízos que afirmam que algo (uma conduta ou mesmo um sistema de Direito positivo) é justo ou injusto. A estes, Kelsen nomeou "valores de justiça" (2001, p. 204). A subjetividade dos valores de justiça impede-os, conforme os postulados da Teoria Pura do Direito, de validar ou invalidar um determinado Direito positivo.

O argumento da subjetividade do conceito de justiça é suficiente para descartá-la como critério de validade de um determinado sistema de Direito positivo, em uma teoria pura do Direito. Kelsen, todavia, utiliza-se de outro argumento para sustentar sua tese: o de que o "ser" e o "dever-ser" são duas entidades distintas e devem ser mantidos em planos separados. Desta forma, uma norma só poderá ter seu fundamento de validade em outra norma, e não em um fato ou um "sentimento de justiça". Com essa ideia, Kelsen elabora seu sistema contendo tão somente normas de direito positivo, encontrando o fundamento último na norma fundamental que, nada mais é, do que pressuposto lógico-cognoscente do Direito.

## 2.3 O SISTEMA ESTÁTICO E O SISTEMA DINÂMICO DE NORMAS

De acordo com a natureza da norma fundamental que dará validade ao sistema, aparecem o sistema estático e o sistema dinâmico de normas.

Nas ordens estáticas, são válidas todas as normas que sejam adequadas ao conteúdo da norma fundamental. As normas inferiores poderão ser deduzíveis da norma fundamental, assim como o particular o é do geral, configurando um processo de "descoberta" das normas.

Este raciocínio lógico e óbvio de validade do Direito remonta aos sistemas de Direito Natural, onde são válidas todas as normas que guardarem compatibilidade com a norma fundamental. Esta será aquela norma mais geral do sistema, baseando, pois, todas as normas inferiores.

No sistema de Direito Positivo, proposta pela Teoria Pura, entretanto, as várias normas que compõem um sistema não podem ser descobertas por intermédio de qualquer operação lógica ou dedutiva. O Direito autorregular-se-á, estabelecendo normas e procedimentos para a elaboração de normas inferiores. Estas não precisam obedecer a nenhum conteúdo – a menos que a norma superior assim ordene – necessitando, tão somente, cumprir rituais previstos pelo próprio Direito.

A norma inferior encontrará fundamento de validade na norma superior, até primeira Constituição histórica do Estado; dado que esta relação não pode seguir *ad infinitum*, Hans Kelsen "fechou" o sistema, não com uma norma posta – pois teria que ser validada por outra norma posta – mas com um pressuposto lógico de conhecimento do Direito: sua norma hipotética fundamental. Ensina o autor que (KELSEN, 1986, p. 328):

> A norma fundamental pode, mas não precisa ser pressuposta. O que a Ética e a Ciência do Direito dela enunciam, é: somente *se* ela é pressuposta pode ser interpretado o sentido subjetivo dos atos de vontade dirigidos à conduta de outrem, podem esses conteúdos de sentido ser interpretados como normas jurídicas ou morais obrigatórias. Visto que esta interpretação depende do pressuposto da norma fundamental, precisa ser admitido que proposições normativas apenas nesse sentido 'condicional' podem ser interpretadas como normas do Direito ou da Moral objetivamente válidas.

## 3 COERÊNCIA DO DIREITO EM HANS KELSEN

O conflito de normas no interior de um sistema de direito é fenômeno estudado há séculos, não havendo, ainda, um consenso sobre o tema. Caracterizado pela existência de duas normas incompatíveis entre si – uma que proíbe uma determinada conduta e a outra que obriga, ou quando uma obriga e a outra permite ou quando uma proíbe e a outra permite a mesma conduta – o cumprimento de uma delas caracterizará a violação da outra.

No presente estudo, seguindo a visão de Hans Kelsen, não será estudado o possível conflito de normas morais e normas jurídicas – tese clássica dos partidários

do Direito Natural, quando prevaleciam aquelas sobre estas – visto que o autor elabora uma teoria "pura" do Direito, visando especificamente o Direito posto.

A existência de antinomias no Direito positivo poderia ruir a ideia de um sistema fechado de normas, como propôs Kelsen. Isto porque o aplicador constataria a existência de duas normas em conflito, optando por aplicar apenas uma. Esta contradição entre as normas acabaria por minar as estruturas lógicas do sistema de Direito positivo.

Hans Kelsen, porém, afirma que o conflito de normas, embora se trate de um caso indesejado e não raro, não é uma contradição lógica. A resolução de duas normas contraditórias dar-se-á por intermédio de uma terceira norma, posta pelo próprio sistema, que derrogará uma das normas conflitantes. Admite, ainda, que esta terceira norma pode sequer inexistir, perdurando, pois, o conflito normativo, embora considere rara esta hipótese (KELSEN, 1986, p. 268).

## 3.1 AS ANTINOMIAS NO DIREITO E A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO LÓGICO DA NÃO-CONTRADIÇÃO

As antinomias, na visão de Kelsen, ocorrem quando duas normas válidas em um mesmo sistema de Direito positivo prescrevem condutas contrárias como "O homicídio deve ser punido com prisão" e "O homicídio não deve ser punido". Assim, Kelsen subdivide em antinomias bilaterais ou unilaterais e totais e parciais. Será bilateral se o cumprimento de cada uma das normas envolver uma violação da outra; unilateral, se o cumprimento de somente uma das normas implicar à violação da outra. Será total se uma norma impõe uma conduta e a outra norma proíbe esta mesma conduta; parcial, se o conteúdo de uma norma é parcialmente distinta do conteúdo da outra norma. (KELSEN, 1986, p. 157).

A ideia central esposada por Kelsen, no que diverge de considerável parte da doutrina, inclusive dos preceitos romanos, é que um conflito entre normas não é nenhuma contradição lógica. Embora seja uma realidade indesejada em um sistema de direito positivo, é frequente encontrá-la.

Leciona o autor que o princípio de não-contradição, da Lógica formal, remete ao binômio verdadeiro/falso das proposições. A verdade ou falsidade de dois enunciados são excludentes; se há um enunciado verdadeiro que afirma "toda árvore é verde", o enunciado que apregoar "toda árvore é preta" é, necessariamente, falso.

No tocante às normas, não se utiliza a verdade/falsidade, mas a validade/não-validade do enunciado. A aplicação do princípio lógico da não-contradição equivaleria dizer que uma norma é válida e aquela com a qual se encontra em conflito é não-válida. Ora, se esta norma for não-válida, então não há sequer conflito. "O que há entre duas normas que estão em conflito uma com a outra não é contradição lógica, mas uma oposição ou conflito que deve ser diferenciado de uma contradição lógica." (KELSEN, 1986, p. 267).

Com isso, o autor exclui a necessária exclusão de uma (ou das duas) normas conflitantes em um sistema de direito positivo. O princípio *lex posterior derogat legi priori* ou *lex superiori derogat legi inferiori* não são enunciados lógicos, mas, tão somente, normas do próprio Direito positivo que visam a resolver as antinomias que surgirem. Estas normas não estarão, obrigatoriamente, presentes em todo sistema; todavia, se se pretende resolver as antinomias, tais princípios devem encontrar-se previstos pelo ordenamento.

Desta ideia exposta, fica claro que não existe, em um ordenamento jurídico, a nulidade de uma norma em conflito com outra. A decisão que dirá que uma das normas em conflito deverá ser aplicada terá caráter constitutivo, e não meramente declarativo. A norma não é nula *ab ovo*, mas anulável. Ela permanecerá produzindo efeitos enquanto permanecer no ordenamento jurídico, até ser expurgada por mecanismo formal de revogação – uma sentença com caráter geral, uma norma que venha, expressamente, revogar a anterior, etc.

Alguns casos específicos são tratados por Kelsen em suas obras. A inconstitucionalidade é um caso recorrente, apontado pelo autor, de antinomia, sendo inaplicável o princípio lógico da não-contradição. A afirmação de que uma determinada lei válida é contrária à constituição, afirma o autor, é uma *contradictio in adjecto* (KELSEN, 2006, p. 300). Isto porque a Constituição é a condição de validade de todas as normas no interior de um ordenamento jurídico. A validade, para Kelsen, é a própria existência de norma. Ora, se uma lei for contrária à constituição, quer dizer que ela é inválida; se é inválida, quer dizer que é inexistente, não podendo haver conflito entre uma norma que existe e algo que não existe.

O significado desta asserção só pode ser que esta determinada norma que "contrarie" a constituição poderá ser revogada não apenas pelo princípio *lex posterior derogat priori* – que, ressalte-se, deverá estar expresso no ordenamento –, mas

por um determinado procedimento especial previsto pela própria constituição.

Outra hipótese prevista é a possibilidade de conflito entre normas de diferentes sistemas, como, por exemplo, o conflito de uma norma moral e uma norma de direito positivo.

A ideia básica dos partidários do Direito Natural é que, em uma contradição de normas de sistemas morais e normas de Direito positivo, aquelas derrogariam estas, visto que estas não seriam "justas".

Diante do isolamento proposto pela Teoria Pura do Direito[1], uma norma do Direito positivo será revogada somente por norma do interior deste sistema. Em caso de conflito, ambas as normas – do campo da Moral e do Direito positivo – continuarão a valer, devendo ser aplicada a norma de Direito positivo. Em suas palavras (KELSEN, 1986, p. 270):

> Ao órgão aplicador do Direito, especialmente ao juiz, é prescrito pela ordem jurídica aplicar apenas normas desta ordem jurídica, normas da Moral, porém, apenas se delegado por esta ordem jurídica. Com isto lhe está prescrito, na hipótese de um conflito entre uma norma do Direito e da Moral válida, não aplicar esta norma da Moral. Que a norma moral apesar disto continua a valer, mostra-se o fato de que uma sentença judicial, que está em conflito com uma norma moral, é desaprovada moralmente.

## 3.2 DOS CRITÉRIOS DE RESOLUÇÃO DE ANTINOMIAS

Não existem critérios lógicos de resolução e antinomias; proposições clássicas romanas como a *lex posterioi derogat legi priori* e *lex superiori derogat legi inferiori* são normas positivas (explícitas ou implícitas) que têm como função resolver tais antinomias.

Solver estes conflitos, entretanto, não é imprescindível; o sistema jurídico não será contraditório ou inválido caso existam duas (ou mais) normas permanentemente em conflito.

Entretanto, por razões diversas, os legisladores optam por inserir no sistema tais normas gerais para a solução de conflitos de normas. Assim,

1 Hans Kelsen não afirma que o Direito é isento de valor, reconhecendo a existência e a importância destes. Entretanto, propõe um estudo *puro* do Direito – daí a Teoria Pura do Direito – não devendo haver a confusão do direito positivo com elementos de sociologia, axiologia, *etc*.

uma das normas em conflito será derrogada por uma terceira norma, positivada por este mesmo sistema.

A interpretação científica, ou aspectos lógicos não resolverão tais conflitos: por tratar-se de conflito de normas de Direito positivo, exclusivamente uma terceira norma, também de Direito positivo, será capaz de resolver esta antinomia. Assim, Kelsen "fecha" o sistema jurídico, afirmando que apenas uma norma deste mesmo sistema – e não valores, teorias ou interpretações "extrassistemáticas" – solucione esta antinomia.

## 4 DA COERÊNCIA DO DIREITO EM LOURIVAL VILANOVA

Lourival Vilanova aborda o plano da linguagem que compõe o Direito, explicando-a sob o viés da lógica, quer a lógica apofântica (no tocante à ciência do Direito), quer à lógica deôntica (especificamente no sistema de Direito positivo). Assim, o autor afirma que para que um sistema de proposições seja considerado sistema científico, deve apresentar critérios de pertinencialidade ao sistema, coerência interna e completude (VILANOVA, 2005, p. 173).

A existência de contradições no interior de um sistema de direito positivo invalidá-lo-ia enquanto sistema científico; Vilanova admite que, mesmo não sendo um fenômeno desejado, as antinomias são frequentes nos sistemas de Direito positivo e, seguindo ideia kelseniana, afirma que os critérios utilizados para sua resolução são critérios extralógicos.

Por outro lado, no tocante à Ciência do Direito, esta não possui antinomia – apesar de descrever um determinado sistema de direito positivo que contenha contradições – sendo, portanto, considerado sistema científico.

### 4.1 DA DELIMITAÇÃO DO TERMO "DIREITO"

A expressão "Direito" abarca dois significados distintos: um é o Direito-objeto, Direito positivo de um determinado Estado e o outro é a ciência jurídica que descreve este sistema positivo. Embora ambos sejam igualmente tratados por "Direito", são objetos distintos, com linguagem diferente, enunciados igualmente diferentes e lógicas distintas.

A coerência do Direito é sempre tratada com vistas ao Direito positi-

vo, no tocante às antinomias, que é a existência de duas normas conflitantes entre si (Se A, deve ser B, se A, deve ser não-B).

A existência de antinomias em um sistema de direito positivo não o invalida, visto este não ser um sistema científico; por outro lado, a falta de consistência na ciência do Direito invalida-a, pois tem a consistência como seu requisito essencial (VILANOVA, 2005, p. 174).

Os dois sistemas de planos de linguagem distintos, lógicas diferentes, como já se afirmou, razão pela qual a incoerência não invalida o sistema de direito positivo, invalidando, contudo, a Ciência do Direito. Por serem sistemas não-isomórficos, descabe, também, falar acerca de contradição entre enunciados prescritivos (do sistema de Direito positivo) e enunciados descritivos (Ciência do Direito).

Por havermos delimitado o tema de nosso estudo nas contradições no interior de um "sistema de Direito positivo", não mais discorreremos acerca da coerência da Ciência do Direito, cabendo, todavia, a transcrição de ressalva feita por Lourival Vilanova, apontando a importância da diferenciação metodológica entre o Direito enquanto sistema de normas e o Direito enquanto ciência que visa explicar tal sistema normativo (VILANOVA, 2005, p. 191):

> Se as há, as contradições normativas, então a ciência jurídica, não as admitindo, está-se colocando em função diversa da cognoscente ou descritiva. Toma a posição de emitente de proposições prescritivas: não pode admitir, não tolera, não suporta (*duldet*). Por isso, desfaz o contraditório, ou refaz o sistema. Mas, então, temos a ciência jurídica como *fonte do Direito*, tese plenamente *anti-kelseniana*. Firmado na lei lógica de não-contradição, o jurista científico emite a norma de não-contraditoriedade, pois se há normas conflitantes, na espécie de antinomia contraditória, eliminar uma das duas conflitantes só é possível através das normas. Normas são eliminadas por normas, proposições prescritivas por proposições prescritivas.

## 4.2 DAS ANTINOMIAS E DO CARÁTER EXTRALÓGICO DE SUA RESOLUÇÃO

Conforme já se afirmou, não há que se falar em contradição de enunciados da Ciência do Direito e do sistema de Direito positivo; enquanto sis-

temas distintos, linguagens situadas em planos apartados, não há que se falar em contradição de seus enunciados. Enquanto os enunciados da Ciência do Direito são verdadeiros/falsos, os enunciados do Direito positivo são válidos/não-válidos, não havendo conflitos contraditórios entre estes valores, tampouco se fala em antinomia de normas de sistemas de direito positivo distintos, provenientes de Estados diferentes. O sistema de direito positivo de um Estado é subsistema do sistema social deste mesmo Estado, não tendo pontos de contato com sistemas de outros Estados, do que se conclui que as antinomias só ocorrerão no interior de um mesmo sistema de Direito positivo.

A indagação central é se a existência das antinomias invalida este sistema bem como quais são os critérios para sua resolução. Inicialmente, vale ressaltar que o Direito positivo é tratado como "sistema" tão somente como figura de linguagem: "o ideal de sistematização é o termo final do processo histórico de racionalização" (VILANOVA, 2005, p. 181). Por não ser um "sistema" exclusivamente racional, o Direito positivo não pode ser considerado como um sistema, isento de incoerências. A lei lógica da não-contradição não pode ser aplicada ao Direito positivo.

O que a experiência mostra é a existência de diversas antinomias no Direito positivo. Seja devido a distintas esferas de competência para legislar, épocas diferentes, legisladores diferentes; a existência de conflitos entre normas é uma constante. O Direito positivo "costuma" inserir normas de resolução destes conflitos, por entenderem que um sistema coerente condiz mais com os ideais de Justiça, ou que a incoerência do sistema pode levar à sua não aceitação. Esta inclusão de normas de resolução de antinomias, entretanto, não é obrigatória, e podem existir sistemas que não as contenha.

A lei lógica da não-contradição é inaplicável ao sistema de Direito positivo, conforme se afirmou. A uma, porque uma norma só poderá ser derrogada por outra norma (e não fato, valor, etc.), sendo a lei lógica tão somente um aspecto teorético.

Se fosse norma, teria que encontrar validade em uma lei superior, que iria remontar à Constituição (no sentido jurídico-positivo) e à Constituição no sentido lógico-jurídico. Fosse norma, também poderia ser revogada por outra norma.

O que pode ocorrer é a "positivação" do conteúdo da lei-lógica da não-contradição, seja, afirmando que a lei posterior revoga a anterior, ou que a lei es-

pecial revoga a geral. A lei lógica, assim, torna-se fundamento da norma de Direito positivo. A lei lógica da não contradição tornar-se-ia um critério de valoração no momento da elaboração da norma pelo órgão competente. Uma vez ingressada no sistema de Direito positivo, não mais seria lei lógica, mas, tão somente, norma jurídica. Não se deveria perquirir seu fundamento filosófico, mas, tão somente, seu critério de validade formal (congruência com as normas superiores).

Ademais, as leis lógicas situam-se em "metalinguagem", em um nível superior à da linguagem do Direito. Por ser o Direito um sistema cerrado, autopoiético, aspectos lógicos – portanto, de metalinguagem – não pode revogar normas, a não ser que codificado por normas do próprio Direito quando, então, ingressará no subsistema jurídico, passando a ser norma. Lourival Vilanova leciona que (VILANOVA, 2005, p. 188-189):

> A eliminação da contraditoriedade se dá, pois, via extralógica. Que a norma constitucional prevaleça sobre a norma ordinária, que a lei formal prevaleça sobre o regulamento, que as leis constitucionais e legais prevaleçam sobre os atos administrativos ou os atos negociais, não advém de um critério lógico-formal. Provém do sistema, da vontade do constituinte do sistema, das decisões como atos-de-vontade que estratificam o universo e normas: umas são mais valiosas que outras, ou são constituintes necessárias do sistema. Agora, uma vez conferido esse prevalecimento, começa a *relação lógica* de coordenação ou de subordinação, a posição de uma proposição ser implicante, outra implicada, a relação de fundamento-de-validade (uma proposição normativa ser fundante de validade de outra).

Nesta passagem, fica evidente que se situam em planos diferentes a lógica e o Direito positivo. As leis lógicas – no caso especificado, a lei lógica da não-contradição – não influencia o Direito positivo. A partir do momento em que o legislador positiva algum critério de conflito de resolução, este será tratado como norma do Direito positivo, sujeita às suas regras próprias, e não às da lógica formal.

O sistema de Direito positivo que contenha contradições em seu interior será ainda válido – ao contrário do que ocorre com a existência de contradições na Ciência do Direito. A existência do Direito repousa em sua eficácia e validade

global, e não com a coerência de seus enunciados (VILANOVA, 2005, p. 193).

## 5 CONCLUSÃO

A problemática questão da coerência dos enunciados prescritos pelo Direito positivo é assunto debatido pelos mais diferentes teóricos das mais distintas escolas de Direito, sem que se chegue a um consenso sobre o assunto.

O tortuoso tema possui alguns percalços e armadilhas para quem pretende nele se aprofundar. Não apenas visões diferentes do Direito, bem como abordagens confusas – colocando como antinomia *lege lata* e *lege ferenda* – são apenas alguns dos obstáculos percorridos.

No confronto da visão de Hans Kelsen e Lourival Vilanova, percebe-se uma consistência no raciocínio, convergindo, ambos, para uma mesma conclusão: a existência de antinomias no Direito positivo e a impossibilidade da lógica de resolvê-las. As premissas adotadas pelos autores são, basicamente, as mesmas e podem ser resumidas em uma: o "ser" e o "dever-ser" são mundos distintos, e um aspecto do mundo do "ser" não poderá revogar normas de "dever-ser".

A partir desta rígida distinção entre o mundo do "ser" e do "dever-ser", Kelsen e Lourival traçam distinções entre a lógica jurídica e a lógica formal: enquanto aquela trata de valores validade/não validade, esta trata dos valores verdade/falsidade. Assim, uma norma somente poderá ser válida/não-válida, e não verdadeira/falsa. Do mesmo modo, um enunciado descritivo somente poderá ser verdadeiro/falso e não válido/não-válido.

Assim, aspectos da lógica apofântica – como o é a lei lógica da não-contradição – não poderão ser aplicados à lógica deôntica. Neste ponto reside a diferença entre as ideias esposadas por Lourival e Kelsen, de um lado, e de autores como Garcia Máynez, do outro. Ao contrário daqueles, este entende que os princípios lógicos (lei da não-contradição, *verbis gratia)* são aplicados igualmente quer à lógica apofântica, quer à lógica deôntica, razão pela qual entende que o critério de resolução de antinomias é critério lógico, sendo *El juicio que afirma que dos preceptos juridicos que se oponen contradictoriamente no pueden valer a um tiempo, es de indole enunciativa. No se trata, pues, de uma norma*. (GARCIA MÁYNEZ, 2007, p. 102).

Derivado, ainda, da ideia principal de Kelsen, de que enunciados descritivos não revogam enunciados prescritivos, está sua visão – compartilhada por Lou-

rival Vilanova – da necessidade de um corte metodológico no Direito, abordando tão somente seu aspecto normativo. Com isso, não pregam que o Direito esteja restrito às normas, não sendo importante critérios sociológicos, axiológicos, políticos, econômicos, etc. Propõem, tão somente, um isolamento temático da matéria, um corte epistemológico, evitando influências subjetivistas de outros ramos do conhecimento, o que levaria a uma visão política, econômica ou axiológica do Direito, e não a uma fundamentada e científica Teoria Geral do Direito.

Assim, Hans Kelsen e Lourival Vilanova "fecham" o sistema de Direito positivo, afirmando que nenhum critério lógico é capaz de resolver as antinomias do Direito, não sendo aplicável a lei lógica da não-contradição ao Direito positivo. Aspectos lógicos poderão ingressar no Direito, pelas formas previstas pelas próprias normas de Direito positivo, tornando-se, assim, normas válidas que, por sua vez, terão a função de resolver estas antinomias. Tais normas podem inexistir no ordenamento jurídico, com o que as antinomias restarão insolúveis, sem que, com isso, o Direito deixe de ser válido. Isso porque a falta de unidade interna não compromete o sistema de Direito positivo – como compromete, por exemplo, a Ciência do Direito – que se baseia em sua validade e eficácia global.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica.** São Paulo: Edipro. 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas.** Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1986.

_____. **Teoria Pura do Direito.** 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** 2.ed. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O Que é Justiça?** Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **O Problema da Justiça.** 4. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans; COSSIO, Carlos. **Problemas Escogidos de La Teoria Pura Del Derecho:** Teoria Egologica y Teoria Pura. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1952.

MÁYNEZ, Eduardo García. **Importância de la teoria jurídica pura.** Ciudad de México: Fontamara, 2007.

_____. **Lógica Del raciocínio jurídico.** Ciudad de México: Fontamara, 2007.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica.** 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. São Paulo: Noeses, 2005.

_____. **Causalidade e Relação no Direito.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

**Correspondência | Correspondence:**

Rafael Diogo D. Lemos
Rua Coronel Aurélio Câmara, Duna, CEP 60.181-485. Fortaleza, CE, Brasil.
Email: rafael.diogo@gmail.com

Recebido: 26/11/2008.
Aprovado: 05/02/2009.