

O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS À SUA INTEGRALIDADE SISTÊMICA.

FRANCISCO ALENCAR MOTA¹

Resumo: O presente trabalho debruça-se sobre o ordenamento jurídico brasileiro, expressão consagrada no Direito e que pressupõe uma integralização lógica e coerente das normas e institutos que o compõem, enfocando de forma crítica suas principais características – unidade, coerência e completude. Para isso recorre a um balanço da literatura especializada que contempla desde autores clássicos até autores contemporâneos que conferiram ao estudo destas características diferentes aproximações. A conclusão a que chega, fazendo referência a diversos institutos e normas jurídicas é que tal ideia de um ordenamento sob a noção de sistema encontra pouco respaldo na forma como tais normas e institutos estão postos nesse “sistema”, ainda que essa pressuposição seja uma condição necessária para a segurança, legitimidade e operacionalização do Direito em face das demandas jurídicas.

Palavras-chaves: *Ordenamento Jurídico. Sistema. Norma.*

INTRODUÇÃO

A expressão “ordenamento jurídico” está consagrada na teoria e vocabulário jurídicos, pressupondo uma integralização lógica das normas que o compõem, visando, ao final, conferir à operacionalização do Direito uma maior eficácia e segurança. Tal pressuposto tem, dentre suas finalidades, fundamentar e legitimar os processos de aplicação e interpretação do Direito, ou seja, o “dizer” o Direito nas situações concretas (e sociais) que lhe são demandadas, e que implicam na sua própria forma de intervenção. Para isso, a perspectiva de um ordenamento jurídico “integrado”, “coerente” e “completo”, como reivindica parte dos doutrinadores, afirma-se como uma garantia de segurança e legitimidade, somando-se a isso um fator de caráter axiológico que permeia todo o trabalho do Direito, como finalidade última – a realização da justiça.

Por outro lado, atendo-se à realidade histórica concreta no que concerne à forma como uma norma passa a compor o ordenamento jurídico, vê-se o quanto esse processo acontece também de maneira desconexa e fragmentária, em meio a vicissitudes e necessidades imediatas do processo legislativo, e de uma pluralidade de outras normas e regras particulares concorrentes, de diferentes fontes, ensejando uma situação mais conflitiva e contraditória que, mesmo “ordenada”, muitas vezes

tem base meramente aparente no mesmo fundamento. O problema acerca das lacunas e conflitos de normas põe em evidência a fragilidade da pressuposição do caráter absoluto de um ordenamento jurídico integrado e completo.

O estudo teórico acerca do ordenamento jurídico é relativamente recente e tem a sua justificativa original, conforme apregoa Norberto Bobbio, um dos principais formuladores da teoria do ordenamento jurídico, em função de trazer novas luzes ao estudo do Direito em geral, até então limitado predominantemente pela teoria da norma, isoladamente. Segundo esse autor, que reconhece o pioneirismo da teorização acerca do ordenamento jurídico a Hans Kelsen, tal preocupação agora gira em torno do ordenamento jurídico, que se define, de início, como um “conjunto ou sistema de normas” que propicia um estudo mais completo do Direito, tendo em vista que nenhuma norma pode ser compreendida ou, ainda, ter a sua validade fora do “contexto” formal em que se insere, ou seja, do próprio ordenamento jurídico.

Pelo estudo do ordenamento jurídico, será possível compreender e definir o Direito sob uma perspectiva inovadora, não descurando da norma, que constitui seu principal elemento. Assim, o estudo do ordenamento jurídico não pretende substituir o estudo da norma, mas aprimorá-lo, centrando o foco na relação recíproca que têm as partes e o todo, sem o que, limitando-se apenas ao âmbito da parte, ou seja, da norma, o Direito careceria de maior significado e definição.

O presente trabalho se debruçará em torno da própria realidade do ordenamento jurídico, de forma crítica, ensejando questões acerca de sua própria existência e legitimidade, tendo como base a forma como as normas jurídicas são produzidas e inseridas nesse ordenamento a partir do próprio ordenamento jurídico brasileiro, perguntando-se sempre se entre as normas existe (e em que sentido isso é possível) uma relação de coerência lógica e interdependência, principais atributos do ordenamento jurídico de acordo com Bobbio.

A relevância da questão é inerente à própria realização do Direito, sua operacionalização nas situações concretas subjacente à realidade social em que se torna imperativo “dizer o direito”, quando da tarefa de regular a vida social e tutelar bens jurídicos, tarefa essa condizente com o próprio processo de interpretar o Direito, em meio ao confronto que opõe a complexidade da vida social à realidade do mesmo enquanto um pretense sistema ordenado e coerente de normas. Importa, nesse sentido, averiguar as condições em que é possível se falar acerca de um “ordenamento jurídico” brasileiro, em meio a esse processo a um só tempo de operacionalização e de interpretação do Direito, tendo-se em contra seu próprio objetivo, que é a promoção da justiça social.

ESBOÇO PARA UMA DEFINIÇÃO DE “SISTEMA”

Concerne à noção de sistema ser um pressuposto constituinte para a caracterização do ordenamento jurídico que lhe serve de fundamento, implicando as seguintes características básicas: integração, interdependência e coerência quanto aos diversos elementos que o compõem. Assim, a noção de ordenamento jurídico traz em seu próprio bojo a de sistema, redundando que as normas que compõem este último (leis, tratados, contratos etc) estejam entrelaçadas com as características acima, configurando a operacionalização do direito nas mais diversas situações sociais conflitivas, em que a ordem social esteja sendo ameaçada de forma que ele possa interferir e restituir a harmonia, o equilíbrio e a segurança social, sua finalidade última enquanto regulador e normatizador das relações sociais em termos jurídicos.

Segundo a tradição filosófica, como nos oferece Kretschmann (2006), a noção de sistema surge pela primeira vez com o estoicismo²⁶, retomando a cosmologia de Heráclito, quando se referia à unidade do universo, daí a noção de sistema estar imbrincadamente ligada à idéia de “cosmos” (mundo, universo ordenado). O mundo e o próprio universo são, para o estoicismo, uma totalidade acabada, de onde se tem que a ordem da razão (o *logos*) e a das coisas ou natureza (*physis*) devem corresponder à ordem do *cosmos*. Enquanto totalidade acabada ou sistêmica, as partes que formam o universo estão em plena harmonia. Constituem, assim, características do cosmos, a ordem, o equilíbrio e a harmonia, a isso devendo corresponder o próprio *logos* (a razão, o pensamento), bem como as ações humanas, sob o risco, em caso contrário, de não se constituírem respectivamente em conhecimento verdadeiro ou ações éticas. Assim, natureza, o *logos* e vida ética ou virtuosa, enquanto tais, estão para o estoicismo em perfeita harmonia com o próprio universo, pressuposto esse que servirá de base ao surgimento do direito natural, posto que as leis, quando em relação sistêmica com o universo, se constituem como leis universais, ultrapassando os limites da cidade e dos próprios indivíduos.

Marco histórico fundamental na definição de sistema representou Ludwing Von Bertalanffy (1995), autor da obra clássica “Teoria Geral dos Sistemas”, publicada originariamente em 1937, que representara uma mudança cultural e paradigmática na história das ciências, em geral, a despeito de sua motivação imediata ter sido preencher uma lacuna na pesquisa e teoria biológica. Tal teoria, como posto, serviu à compreensão das ciências nos mais diferentes ramos, como se pode depreender de sua contribuição à própria administração, na década de 1960.

Na referida obra, a noção de “sistema” — que compreende, em termos gerais, a ideia de um todo formado de partes ou objetos diferentes, mas inter-relacionados, voltados para um objetivo

²⁶ Corrente filosófica surgida na Grécia que apregoava a Filosofia como exclusivamente moral, voltada para a solução dos problemas da vida, sobretudo em termos da perseguição da virtude e da felicidade. (PADOVANI e CASTAGNOLA, 1990)

comum, constante, implicando, dessa forma, uma totalidade integrada, de modo que as partes são analisadas sempre em função de sua própria posição dentro do sistema, ou seja, em relação às demais, enquanto elementos interdependentes — é acrescida da noção de ambiente, com o qual o sistema se relaciona, de forma que a definição passa a ser “um conjunto de elementos em inter-relação entre si e com o ambiente”. Bertalanffy, assim, confere à noção sistema maior dinamicidade e complexidade, fugindo aos esquemas por ele considerados mecanicistas, da física newtoniana, daí a receptividade que sua teoria teve em meio às ciências, de uma maneira geral, sobretudo as de cunho mais social.

No ínterim, mais precisamente ao longo do século XIX, o termo “sistema” vinha já se tornando parte do vocabulário da dogmática jurídica, acabando por se tornar, em seguida, constitutivo da própria ciência do Direito, à medida em que este se afirmava como ciência, legado esse do positivismo jurídico, em meio ao qual se destaca a corrente de pensamento jusnaturalista moderna. Tornava-se imperativa, em decorrência do *status* científico da disciplina jurídica, a própria necessidade de segurança jurídica, à medida em que a complexidade da sociedade moderna constituía uma de suas características, no que tange às transformações sócio-econômicas, políticas e culturais. A própria ideia de ordenamento, de forma sistêmica, transparecia um grau mais desenvolvido de objetividade à aplicação do Direito, à medida em que a norma sozinha, interpretada por ela mesma, perdia mais autonomia subjetiva por parte de quem a interpretava ou a aplicava, de modo que passa a depender de um sistema mais amplo do qual faça parte e está integrada. Sobretudo num contexto cada vez mais crescente de pluralidade de normas, provenientes de diferentes fontes que, tomadas em si mesmas, sem fundamento que as una sob uma mesma base, previsivelmente acarretaria ao Direito riscos quanto à segurança jurídica com *déficits* em sua própria legitimidade, razão pela qual temas como norma fundamental, pluralidade de normas, lacunas no direito e fontes do direito são relevantes para a reflexão do ordenamento jurídico.

ORDENAMENTO JURÍDICO E INTEGRALIDADE SISTÊMICA

Atribui-se a Hans Kelsen o pioneirismo de pensar o Direito como um ordenamento jurídico. Tal pioneirismo deve-se ao fato de ele tratar de uma das duas realidades principais em que o Direito se subdivide, a saber, a parte “dinâmica” — enquanto que a parte denominada “estática” concerne à norma, enquanto tal. O modelo de interdependência sistêmica entre as diferentes normas que compõem o ordenamento jurídico, conforme proposto por Kelsen, está em função do critério de validade da norma, em termos de sua produção, pressupondo sempre o princípio de que uma norma, para ter validade, se originará sempre de outra norma que lhe antecede e lhe é superior, ascendendo até à norma fundamental que legitima a todas e ao próprio ordenamento jurídico, de onde procede a ideia de “escalonamento de normas”, como característica principal do modelo de ordenamento jurídico.

A descrição do Direito, por Kelsen, em termos de um sistema jurídico, ao mesmo tempo em que foi bem recebida e seguida de perto por vários outros autores, dentre os quais

seu seguidor mais imediato, Norberto Bobbio, sofreu, por outro lado, descontinuidades críticas de autores como Tércio Sampaio Ferraz Jr., Miguel Reale, Juarez Freitas, Alysso Mascaro, dentre outros, com os quais nos aproximamos, uma vez que ela estende mais longe a perspectiva dinâmica do Direito — para além de uma visão estritamente sistêmica do ordenamento jurídico a ponto de até romper com essa própria tradição.

De acordo com Bobbio (2011), a noção de ordenamento jurídico pressupõe necessariamente a existência de normas e, dentre estas, a de norma fundamental que serve de garantia de unidade a todas as demais, em função de ocupar a posição mais elevada numa hierarquia de normas.²⁷ A noção de norma fundamental, segundo o autor, é compreendida como a que ocupa o mais alto lugar na hierarquia das normas, na esfera do direito, não se constituindo de forma expressa, mas como “fundamento subentendido da legitimidade de todo o sistema”, ou seja, enquanto validade de todas as demais normas de um sistema jurídico. A norma fundamental antecede ao próprio poder constituinte e as normas constitucionais da qual deriva. Partindo o autor do pressuposto de que não há norma que não proceda de um poder que a origine, e sendo a norma fundamental também uma norma, como explicar que a norma fundamental seja a última dentro do escalonamento do ordenamento jurídico? O autor responde a sua própria indagação fazendo uma distinção entre norma fundamental e poder originário. A primeira antecede mesmo a todas as demais normas, consistindo-lhes no fundamento último, não tendo, portanto, fundamento que lhe embase. Se o poder originário lhe antecede, sendo este a legitimidade da norma fundamental, não o faz mais no âmbito do direito, mas na esfera das forças políticas, mantendo-se a norma fundamental na posição de fundamento último de todas as demais normas e, por conseguinte, do próprio ordenamento jurídico (*ibidem*).

Aqui reside uma das maiores diferenças entre Bobbio e Kelsen, em função deste último apregoar o distanciamento entre direito e poder, em prol de seu projeto de constituição de uma teoria pura do direito, consistente na ideia de que uma norma se apoia sempre em outra norma, mantendo-se a norma fundamental — a base de todas — no âmbito da própria esfera jurídica.

A noção de sistema é introduzida por Bobbio com a finalidade de responder se o ordenamento jurídico constitui ou não um sistema. Conforme ele mesmo define, um sistema “é uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem”. (2011, p. 79) Para que a resposta seja positiva, é necessário, portanto, que as normas de um ordenamento jurídico estejam relacionadas entre si e com a norma fundamental. Em função dos diversos usos indiscriminados do termo “sistema”, aplicados ao ordenamento jurídico, Bobbio sistematizou os seguintes usos, como

²⁷ Norberto Bobbio apropria-se da teoria escalonada do ordenamento jurídico de Kelsen que estabelece um plano hierárquico de normas, em função da derivação, no sentido de que normas inferiores dependem de normas superiores, numa relação cada vez mais ascendente de forma que a norma última, no ápice da hierarquia é denominada de “norma fundamental” para a qual todas as demais estão referenciadas, servindo também de unidade de todo o ordenamento jurídico.

se segue: primeiro, a caracterização de sistema no sentido da derivação que cada norma tem dos princípios gerais do direito; segundo, o uso do termo sistema como utilizado pela ciência empírica, ou seja, através de processos indutivos e classificatórios, tendo como base a norma individual, conforme expressão da experiência jurídica, sem preocupações de vinculá-las a princípios gerais, antes, elevando-se a generalidades através das semelhanças, a fim de se “formar conceitos sempre mais gerais até alcançar aqueles conceitos ‘generalíssimos’ que permitam unificar todo o material dado”. (BOBBIO, 2011, p. 79). O terceiro uso do termo sistema está estritamente relacionado com a coerência entre normas, não se admitindo que, em um determinado e único ordenamento jurídico, suas normas sejam incompatíveis entre si. Bobbio se preocupa em diferenciar este uso do primeiro ao afirmar que neste último a incompatibilidade acarreta a ruína de todo o ordenamento jurídico, enquanto que no terceiro uso, que pressupõe um sistema jurídico indutivo, a incompatibilidade, em havendo, diz respeito somente às unidades do sistema, devendo uma ou ambas serem excluídas para a manutenção da coerência.

Bobbio adotou o termo “antinomia” para caracterizar a incompatibilidade de normas entre si pertencentes a um mesmo ordenamento jurídico, estabelecendo as duas seguintes condições para que uma antinomia ocorra: primeiro, que as duas normas incompatíveis pertençam a um mesmo ordenamento jurídico; segundo, que as duas normas tenham o mesmo âmbito de validade, dentre os seguintes: temporal, espacial, pessoal e material. Após dar exemplos práticos de normas incompatíveis, estabelece critérios e regras para a solução de antinomias por parte do intérprete e do aplicador do direito. Até mesmo porque não é suficiente eliminar uma ou ambas as normas que se encontram em estado de incompatibilidade, sem definir critérios de eliminação. Nesse sentido, estabeleceu as seguintes regras (aplicáveis somente às antinomias “solúveis”, ou seja, aquelas que podem ser solucionadas):

- a). Critério cronológico: prevalecendo a norma posterior em relação à anterior;
- b). Critério hierárquico: prevalecendo a norma superior em relação à inferior;
- c). Critério da especialidade: prevalecendo a norma especial em relação à geral.

Por fim, diante da necessidade de se eliminar qualquer antinomia porventura existente, considerando-se que as antinomias são incompatíveis com um ordenamento jurídico, Bobbio estabelece as seguintes alternativas de solução por conta do intérprete, do juiz, conforme já aludidas:

- a). Eliminar uma norma
- b). Eliminar as duas normas
- c). Conservar ambas

Na carona dos desdobramentos conceituais realizados por Bobbio, tem-se a noção de “poder originário”, ligado a todas as demais anteriormente desenvolvidas, em continuidade com a noção de escalonamento, emprestada de Kelsen. Como mencionado, a noção de poder originário não se confunde com a norma fundamental por estarem em esferas distintas, sendo esse o limite de continuidade entre Bobbio e Kelsen: a última, na esfera do direito, sendo a instância última de regressão em seu âmbito; a primeira, na esfera política, caracterizada pela força que, segundo o autor, constitui o pressuposto último de todo o poder, pois não existe poder sem força, assim como não existe direito sem força. A rigor, pode-se afirmar, com o autor, que o poder é o fundamento último de uma ordem jurídica, de onde concluímos a esfera do direito depender da esfera política, sendo essa uma das diferenças entre Bobbio e Kelsen, como já mencionado, diferença essa explicitada pelo próprio Bobbio. Enquanto que para Bobbio, a força move o direito, para Kelsen, a força é pertinente ao direito enquanto objeto de regulamentação jurídica (BOBBIO, 2011).

Bobbio define o poder originário como “o conjunto das forças políticas que num determinado momento histórico tomam o domínio e instauram um novo ordenamento jurídico” (BOBBIO, 2011, p. 65). Não seria isso reduzir o direito à força? Sim, o que não implica reduzir a compreensão de força unicamente à força física, pois tal poder pode ser exercido mediante o próprio consenso. Bobbio acrescenta, ainda, que a força serve ao poder como instrumento e não como fundamento de validade ou justificativa. Assim, afirmar o poder como fundamento último de uma ordem jurídica positiva não significa reduzir o direito à força, mas reconhecer que a força é condição para a realização do Direito.

Refletindo sobre o ordenamento jurídico a partir da noção de sistema, alguns autores contemporâneos empreenderam suas próprias teorias, como passaremos a expor, nos detendo mais em uns que em outros. Segundo Orlando de Almeida Secco, a noção de sistema que perpassa o ordenamento jurídico no Brasil está assentada em dois princípios básicos: o entrelaçamento, que garante a própria harmonia do ordenamento, e o princípio da fundamentação ou derivação, por meio do qual as leis estão dispostas em forma hierárquica, tendo na Constituição o ápice do sistema, enquanto lei fundamental e fundadora, à qual todas as demais devem estar atreladas em termos obrigatórios (SECCO, 2010, p. 46). Esse autor é um dos que enfatizam o caráter de completude e perfeição do sistema que compõe o ordenamento jurídico no Brasil, de forma a responder a todas as situações sociais que requerer o Direito como forma de solução de conflitos. Como diz o autor, “o ordenamento jurídico é, pois, completo, autossuficiente” (SECCO, 2010, p. 45).

Miguel Reale igualmente se refere ao ordenamento jurídico como um sistema de normas lógica e formalmente estabelecidas, em plena atualização, tendo por objetivo apresentar soluções às questões suscitadas pela vida de relação. Tal sistema se rege pelo princípio da “plenitude da ordem jurídica positiva” e encontra sua base de sustentação nas próprias relações sociais que disciplina (REALE, 2010, p. 192). Para uma melhor explicitação da compreensão que Reale imprime ao ordenamento

jurídico, faz-se mister reproduzir, segundo o autor, as três teorias caracterizadoras do ordenamento jurídico existentes. A primeira, que limita o sistema em termos de leis, apenas; a segunda, representada por Kelsen, amplia os componentes do sistema para as normas, em sentido amplo, mas, segundo Reale, se limita ao aspecto meramente lógico-formal da caracterização do sistema, e, ainda, à lógica do escalonamento, segundo a qual as normas estão dispostas numa hierarquia, ilustrada pela figura da “pirâmide”, tendo na base a Constituição; a terceira, proposta pelo próprio Reale, estabelece como critério de validade do sistema componentes que transcendem à esfera jurídica, a saber, os fatos (da realidade social) e valores socialmente determinados, sem os quais as normas, dentre estas, a própria Constituição, careceriam de sentido. Para Reale, a Constituição continua mantendo a sua centralidade para com as demais normas; mas como um complexo normativo que condiciona as demais normas, e não mediante um escalonamento unilinear e gradativo de normas. Segundo esse autor, a validade do ordenamento jurídico brasileiro está em função de constituir-se, sobretudo, numa exigência da razão prática, que compreende e incorpora a realidade social, enquanto experiência jurídica histórica, consistindo-se a integração entre fato, valor e norma, o cerne de sua teoria tridimensional de compreensão do Direito.

Alysson Mascaro (2011) diferencia a noção de “sistema”, conforme desenvolvida pelas teorias dos sistemas, e de “ordenamento”, subtraindo da primeira (noção de sistema) o caráter de “coerência”, conforme lhe atribuíram diversos teóricos do Direito, ao analisar o ordenamento jurídico. Para o autor, fundamentando-se em Luhmann (2009) e Ferraz Jr. (2011), a noção de sistema possibilita pensar o ordenamento jurídico em termos mais complexos e dinâmicos, dando conta das contradições que o caracterizam, existentes na base da própria sociedade, conforme passamos a expor.

Segundo Mascaro, o surgimento do ordenamento jurídico foi uma exigência da modernidade, e, sobretudo, do capitalismo, em função da necessidade de se coordenar o conjunto de atividades e institutos atrelados, tais como o comércio, a indústria, a produção, a propriedade privada e a exploração do trabalho. Para isso, todo um arcabouço legal que desse consistência a esse empreendimento seria fundamental. Tal foi o projeto de trazer as diversas normas jurídicas de forma ordenada e compor uma unidade, coerência e harmonia, devendo, o tal projeto, ser visto sempre sob a condição de “pretensão”, nunca assumindo um caráter absoluto (MASCARO, 2011, p. 107). No entanto, nega-se ao ordenamento jurídico moderno as características acima mencionadas, reconhecendo-se o caráter contraditório e complexo das relações sociais na modernidade, bem como do próprio Estado – que é quem detém o monopólio da produção de normas – que é a expressão dessa realidade.

O autor estende sua crítica ao fato de se pensar o ordenamento jurídico em termos de uma unidade coerente e harmônica. Faz isso ao defender a ideia de que as contradições da própria sociedade, que se refletem no Direito, permitem que este não subsista em função unicamente dos ditames de legalidade, tendo que, diversas vezes, conviver com, ou, na expressão do autor, “deixar de lado”, tais

ditames, fenômeno que definiu como “quebra provisória e parcial do sistema da legalidade”, a fim de regular o direito nas sociedades capitalistas. Exemplo dado pelo autor dessa quebra é a possibilidade de introdução no ordenamento jurídico de normas de planos econômicos inconstitucionais sob os ditames do poder econômico.

Assim, em explícita crítica à proposta de Kelsen quanto a estabelecer a coerência das normas à vinculação formal a uma norma superior (e não ao conteúdo das mesmas), o autor leva as contradições do ordenamento jurídico também à forma como as normas, num sistema jurídico, integram um ordenamento, em função de um poder, originário das relações sociais que estão na base do Direito, daí o autor propor a troca da noção de “coerência” pela noção de “coesão” para caracterizar melhor a natureza sistêmica do ordenamento jurídico, definindo como as leis são introduzidas no referido ordenamento (coesão ao invés de coerente).

O Direito, enquanto um ordenamento ou sistema jurídico, segundo Mascaro, não é, em termos efetivos e reais, um todo coerente ou ordenado, tendo sua validade formal em uma única fonte legal ou centro de validação — a exemplo da Constituição Federal — ainda que isso seja verdade, com relação à maioria das normas. Antes, funda-se também numa variedade de razões e poderes que estão na sua base e que corroboram para dizer o direito em situações concretas (MASCARO, 2011).

Por fim, rompendo definitivamente com a compreensão de ordenamento jurídico em termos lógico-formais, destacamos a compreensão crítica de Juarez Freitas (2011), para quem, sob novas bases, ainda é possível falar em unidade e coerência do sistema. O autor propõe uma concepção de sistema para além do que ele denominou de “formalismo destituído de conteúdo”, ou seja, fundamentado meramente na relação entre as regras jurídicas, de forma autônoma e autômata, a partir de princípios e postulados gerais e abstratos, desconsiderando o que denominou “insuprimível”, a saber, elementos de natureza axiológica presentes em cada momento de interpretação das regras jurídicas, razão pela qual propôs uma distinção entre a vontade do legislador e a vontade axiológica do próprio sistema. Disso resulta uma visão dinâmica do sistema, não confinado aos aspectos meramente normativos, mas enaltecendo os processos de decisão e escolhas valorativas inerentes a todo ato de interpretação, sem o que o sistema incorreria em sua própria inviabilidade, visto que desconectaria os fatos da realidade, a base fundamental e última da dinamicidade do Direito.

Juarez de Freitas propõe uma compreensão não fechada do sistema jurídico em si mesmo, reduzida a aspectos unicamente formais, racionais e dedutivos das concepções tradicionais, mas aberta ao mundo dos valores materiais e históricos. Assim, ele confere à noção de sistema um caráter dinâmico, nem sempre configurado de forma lógica ou dedutiva, mas operado a partir de valores que caracterizam as vicissitudes do próprio direito, daí não identificar direito e lei.

A unidade do sistema jurídico, segundo o autor, se expressa, portanto, de forma dialética, nunca acabada, aperfeiçoando-se no trabalho do intérprete (intérprete-operador). Este verdadeiro

elemento positivador do Direito, que atua em meio à “multiplicidade cambiante e enigmática da vida”, a partir de onde sustentamos, no presente trabalho, o caráter hipotético permanente do ordenamento jurídico enquanto sistema, encontrando nele os espaços em que o Direito se faz também mediante interesses contraditórios e desconexos, postos em contradição com as próprias relações sociais que são a base material última do direito.

REPENSANDO O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Debruçando-se mais especificamente sobre o ordenamento jurídico brasileiro, colocamos sob suspeição crítica a tese acerca da existência de um ordenamento absolutamente integrado, pondo em evidência o caráter assistemático da organização das normas nesse ordenamento, sobretudo sob o prisma histórico, em que se visualiza melhor seus limites e contradições.

A grosso modo, defendemos que o ordenamento jurídico brasileiro constitui uma ordem sistemática, muito mais em termos de um imperativo hipotético a conduzir a organização e interpretação das leis, que mesmo uma realidade concreta, em que as leis se encontram já dispostas de forma inter-relacionadas no interior de um sistema absolutamente coerente, principalmente quando se leva em conta o próprio desenvolvimento dessa relação, em termos históricos. Constitui-se o atual ordenamento jurídico brasileiro de uma pluralidade de formas jurídicas, no que concerne à heterogeneidade de normas e sua posição em relação às demais, destacando-se a Constituição Federal, os diferentes códigos e uma variedade maior ainda de leis esparsas que, em função do princípio da especificidade da matéria, acaba por prevalecer, não raras vezes, contra as próprias leis superiores, de caráter mais genérico, das quais se suporiam derivar.

Assim, matérias que, em função da complexidade e dinamismo das próprias relações sociais ao longo do tempo, eram (e, de certa forma, continuam ainda a ser) reguladas por leis “superiores”, como a própria Constituição Federal e os códigos — destaque-se aqui o Código Civil, que por muito tempo vem disciplinando uma quantidade maior das relações sociais inerentes mais específicas do direito privado —, passam a ser disciplinadas com mais efetividade em leis esparsas, como se depreende dos temas concernentes à criança e o adolescente, o consumidor, o inquilinato, além de diversos institutos, dentre os quais mencionamos, o divórcio, os contratos etc. Boa parte destas matérias e/ou institutos, subordinam-se a princípios específicos voltados, por exemplo, para a garantia de proteções especiais, como o da vulnerabilidade e da hipossuficiência, não predominantes, por exemplo, no Código Civil, em que prevalecem, ainda que de forma não exclusiva, as relações privadas.

A maneira como se configura o ordenamento jurídico brasileiro, em termos históricos, expressa o esforço no sentido de conferir *a posteriori*, se considerada a data de ingresso de determinadas leis no ordenamento, a tão decantada “coerência” do sistema, como exemplifica a revisão do Código

Civil de 2002, que compreende um conjunto de mudanças em diversas matérias havidas nas décadas anteriores; por exemplo, leis tais como a Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), Lei nº 6.515/77 (lei do Divórcio), Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 (concernente aos companheiros e conviventes), Lei nº 8.245/91 (lei do Inquilinato), dentre outras, numa evidência de que matérias constantes do Código Civil vinham sendo alteradas antes mesmo da revisão que o mesmo sofreu, redundando na versão de 2002. Destacamos ainda a Constituição Federal de 1988, que inovara com relação a diversas matérias que serão, mais tarde, em diferentes proporções, albergadas pelo Código Civil, dentre as quais mencionamos as concernentes à função social da propriedade, que põe freios no direito absoluto de propriedade e no primado do público contra o privado.

É nesse sentido que Carlos Roberto Gonçalves (2010) se refere a uma nova perspectiva de interpretação do Código Civil, denominada “direito civil-constitucional”, no sentido de se reinterpretar as relações eminentemente de direito privado constante no Código Civil, dentre as quais as contratuais, as concernentes ao direito de família e ao direito de propriedade, à luz da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu novos princípios. Ou seja, apregoa a unidade do sistema a ser buscada “deslocando-se para a tábua axiológica da Carta da República o ponto de referências antes localizado no Código Civil” (GONÇALVES, 2010, p. 45). Em outras palavras, trata-se de uma reunificação de normas e princípios através do princípio hermenêutico no sentido de conferir ao sistema jurídico uma unidade que integrará, inclusive, as leis esparsas existentes. Vê-se assim como o autor reconhece a necessidade de se reunificar o direito existente de forma fragmentária, que a descreveu em torno das relações entre a Constituição Federal, os códigos e um sem-número de leis esparsas existentes a configurar uma realidade jurídica *a priori* nem sempre coerente.

Os limites espaciais deste trabalho não nos permitem alargar os horizontes de exemplificação extraídos de nosso ordenamento jurídico brasileiro, algo que fazemos em outro trabalho, a partir de diversos institutos, como, por exemplo, o problema da admissibilidade (ou não) da liberdade provisória para os crimes hediondos, extraído do direito penal, que demandou até a resolução definitiva do caso, com a lei nº 11.464/2007, que deu nova redação à lei nº 8.072/1990, a qual dispunha, sobre os crimes hediondos, sucessivas controvérsias e diferentes aplicações, envolvendo tanto a Constituição Federal, como também diversas leis ordinárias e o julgamento de um *Habeas Corpus*, no caso o HC nº 82.959, pelo Supremo Tribunal Federal, em 1990 e, ainda, outras decisões do STF.

Um segundo e emblemático caso, também envolvendo dispositivos legais constitucionais, o Código Civil e decisões do STF, quando do julgamento de ação direta de inconstitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental, que acabou por culminar com a extensão dos efeitos já existentes para a união estável à relação entre homossexuais, inicialmente os que viviam nesse estado, mas a todos os demais, quanto à transformação dessa referida união em casamento, redundando na

existência de diversos julgados em favor do casamento entre pessoas do mesmo sexo a despeito de que a legislação permanecer adstrita à limitação do casamento apenas a pessoas de sexo diferente, numa clara evidência de que o ordenamento jurídico brasileiro não se caracteriza somente pela sua unidade ou coerência de regras e decisões, mas, ao contrário, em função da não perfeição dessa coerência produzir efeitos díspares em relação ao que está de fato estabelecido normativamente.

Enfim, salientamos que as conclusões a que chegamos, ao selecionar uma série de exemplos extraídos de nosso ordenamento jurídico pátrio, em nada invalidam poder o Direito manter-se enquanto ciência social aplicada, para isso não podendo prescindir de seu rigor sistemático na definição de seu objeto, no caso a norma jurídica, transitando em meio às suas formulações teóricas doutrinárias, o trabalho hermenêutico e sua operacionalidade junto a situações concretas, que lhe são demandadas. As críticas suscitadas apenas revelam o fato de o Direito emergir do interior das próprias contradições inerentes às relações sociais que estão na sua base. Daí concluímos com o antigo brocardo *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade está o direito), cuja recíproca faz-se para nós mais significativa ainda – *ubi jus, ibi societas* (onde está o Direito está a sociedade).

A expressão “ordenamento jurídico”, portanto, a despeito do pouco fôlego que mantém, quando submetida a padrões rigorosamente lógicos de sistematização e coerência, de forma teórica, preserva sua positividade e relevância como um *constructo* teórico-doutrinal hipotético, mais pelo resultado que produz, quando da necessidade de aplicar o Direito a circunstâncias concretas, do que mesmo pelo trabalho *a priori* de averiguação de sua coerência interna, ainda que tal trabalho permaneça válido e ajude a realizar o Direito, em sua tarefa de tutelar bens jurídicos importantes numa sociedade.

THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: CRITICAL CONSIDERATIONS ON ITS SYSTEMATICAL INTEGRALITY

Abstract: This study focuses on the Brazilian legal system, expression enshrined in law that presupposes a logical and consistent standard of the institutes that compose it by analyzing in the critical way its main features - unity, consistency and completeness. For that we appeal to a balance of specialized literature from classical and contemporary authors who gave to this analysis different approaches. The conclusion we came was the systematical integrality consists mainly on an condition necessary for the security, legitimacy and operation of the brazilian legal system before the legal demands rather than integrality of its law itself.

Keywords: *Brazilian legal system. Law. Systematical integrality.*

REFERÊNCIAS

- BERTALANFFY, Ludwing Von. Teoria General de los Sistemas. 10ª ed. México: FCE, 1995.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. São Paulo; Edipro, 2011.
- FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011.
- FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2010.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KRETSCHMANN, Ângela. História Crítica do Sistema Jurídico: da prudência antiga à ciência moderna. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2006.
- LUHMANN, Niklas. Introdução à Teoria dos Sistemas. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.
- MASCARO, Alysson Leandro. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Editora Atlas, 2011.
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 2009
- SECCO, Orlando de Almeida. Introdução ao Estudo do Direito, 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- PADOVANI, Umberto e CASTAGNOLA, Luís. História da Filosofia. 15ª Ed. São Paulo: Melhoramentos, 1990
- SIQUEIRA Jr, Paulo Hamilton. Teoria do Direito. São Paulo: Saraiva, 2009.

Recebido em 30/07/2012. Membro do Conselho Editorial.