

# O ORDENAMENTO JURÍDICO POSITIVISTA

Wellington Soares da COSTA

## INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a estudar o ordenamento jurídico sob a ótica positivista, especialmente a doutrina preconizada por um dos seus mais eminentes defensores: Norberto Bobbio.

O Positivismo Jurídico concebe o Direito como aparelho de coação, persuasão de premonição, através do qual se controla a sociedade.

O Direito é coativo, porque reprime e previne comportamentos considerados indesejados. Quem incorre em tais condutas é apenado, servindo de exemplo aos demais. Além disso, as normas jurídicas obrigam as pessoas a obedecê-las, a observá-las em suas condutas diárias, ou seja, as pessoas são coagidas a viver consoante as regras institucionalizadas.

A *persuasão* faz-se presente no Direito, uma vez que as leis direcionam o agir individual para esta ou aquela direção, até mesmo como consequência do caráter repressivo supracitado.

Explica-se o *caráter premonitório* do Direito graças à evidência de que a legislação se resguarda da ocorrência de fatos danosos à sociedade. Quer dizer, a coação e a persuasão do Direito contribuem para se evitar aqueles comportamentos indesejáveis.

O Direito apresenta, portanto, não apenas a face estrutural (o ordenamento jurídico estático a orientar e até determinar a vida social), mas também o lado funcional (a parte dinâmica do ordenamento jurídico, levando à sua reformulação, desencadeada pela inunções político-econômico-sociais).

## DA NORMA JURÍDICA AO ORDENAMENTO JURÍDICO

Muito se estudou acerca da norma jurídica, entendida como uma célula independente e isolada no imenso universo que é o Direito, e pouco tem sido percorrido sobre o ordenamento. Quanto a esse ordenamento, Bobbio se propõe a estudá-lo no livro *Teoria do ordenamento jurídico*.

Pode-se dizer que o ordenamento jurídico é o conjunto de normas jurídicas, sendo o inter-relacionamento das mesmas uma constante e o ponto-chave a ser discutido sempre no estudo do Direito.

Quanto ao Direito, pode-se conceituá-lo como o complexo orgânico de normas interligadas, formando um sistema normativo. Cabe aqui um parêntese para lembrar o que vem a ser sinergia em um sistema.

*"O princípio da interdependência entre as diversas partes componentes de um todo harmonioso é a norma orientadora precípua do [atual] conhecimento científico. Através do estudo dos elementos formadores de um dado conjunto, pode-se constatar todos os pontos de integração existentes, levando a uma compreensão mais ampla do problema em pauta. Valoriza-se, assim, a sinergia que é a ação concomitante de várias partes, visando a um objetivo comum" (5).*

Bovero e Bobbio tratam das concepções de Estado no livro *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. Uma passagem interessante que se aplica muito bem à visão de direito é a seguinte:

*"Para Hegel, assim como o todo não resulta da soma de suas partes, do mesmo modo a dimensão coletiva não é derivável da dimensão individual." (2, p. 116)*

Não poderia ser diferente no Direito, que é um sistema aberto e no qual o efeito sinérgico assume um papel de relevante interesse em sua evolução enquanto dialética do processo histórico-social. Somente com o entendimento do inter-relacionamento das variáveis envolvidas em sua formação e ininterrupto desenvolvimento, as alternativas de solução para os problemas sociais serão avaliadas corretamente.

É limitada a teoria da norma jurídica, quando busca o conceito de Direito. A sentença de um juiz, por exemplo, ao regular o caso

particular, prende-se obrigatoriamente a inúmeras normas jurídicas, a estas fazendo referência. Isso pode ser apontado como uma das provas da realidade do ordenamento jurídico.

Por seu turno, a teoria do ordenamento jurídico é a mais adequada ao mister de conceituar o Direito e leva em conta a soberania que dita as normas.

Mas o que é soberania? Integrando o conceito de Estado de Direito, é vista como o poder maior da sociedade estatal, sendo um atributo do Estado, tal como este é concebido moderna e hodiernamente:

*"O poder político soberano e coercitivo do Estado permite a este manter a harmonia do grupo social, impondo ao povo a obediência às leis. Esse poder é soberano interna (exerce a coerção em seu mais alto grau sobre os indivíduos, sujeitando-os) e externamente (na jurisdição estatal, não se admite a intervenção de outros Estados) - não significa, porém, que seja absoluto, pois as Cartas Magnas proibem o poder absoluto nos Estados constitucionais. É a soberania que distingue o poder estatal dos demais poderes vigentes no território" (5).*

De que se forma o ordenamento jurídico? De antemão, pode ser excluída a hipótese de uma única norma jurídica formar tal ordenamento, pois, se assim fosse, essa norma arrolaria todas as ações humanas em apenas uma realidade fática, constituindo-se numa das três espécimes de norma:

- a) permissiva - ao permitir todo e qualquer ato humano na vida em sociedade, a norma nega o ordenamento jurídico, propalando um verdadeiro estado de natureza (vide as concepções jusnaturalistas);
- b) proibitiva - a norma torna inviável a vida social, impossibilitando o progresso, além de castrar a liberdade humana;
- c) obrigatória ou imperativa - coagindo o indivíduo em todos os setores, não lhe permitindo o livre agir, a norma obrigatória, à maneira da proibitiva, inviabiliza o viver social.

Resta, portanto, considerar o ordenamento no sentido de conjunto sistêmico de normas jurídicas de conduta e de estrutura ou competência, entendidas as últimas como as que prescrevem condições necessárias à produção de todas as normas.

É interessante aqui uma discussão referente à unidade e à hierarquização dessas normas que formam o todo denominado ordenamento jurídico, o que é feito no tópico seguinte.

## A UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Inumeráveis são as normas jurídicas que formam um ordenamento jurídico. A complexidade de normas assim obtida se dá em razão das diversas fontes originadoras das mesmas: fontes diretas ou reconhecidas (apresentam normas já prontas, elaboradas por ordenamentos anteriores) e fontes indiretas ou delegadas (originam normas que especificam as normas diretas). Podem ser citados como exemplos de fontes: a) reconhecidas - todo o arcabouço jurídico existente em dado momento histórico; b) delegadas - *os regulamentos* expedidos pelo Poder Executivo, a fim de tornar as leis exequíveis, haja vista o caráter genérico e abstrato destas, e as *leis ordinárias*, se se compararem às leis constitucionais.

Bobbio ainda cita como fonte de normas jurídicas o *poder de negociação*, ora visto como autonomia privada (em que os particulares, por si mesmos, criam regras de conduta para as suas relações, sendo aceitas pelo Estado), ora analisado como delegação de poder feita aos particulares pelo Estado. Na primeira modalidade, o poder de negociação é uma fonte reconhecida; na segunda, é fonte delegada.

Ao discorrer sobre o ordenamento jurídico, chega-se inquestionavelmente ao poder originário, concebido como a sua fonte primeva (fonte das fontes), destacando-se, nesse ínterim, duas vertentes jusnaturalistas:

- a) A concepção de Thomas Hobbes (1588-1679) - O homem renuncia a todos os direitos naturais em prol da sociedade civil, com exceção do direito à vida (considerado inalienável, pois não é transferido para o Estado, sendo a

preservação da vida humana a finalidade a ser perseguida pela sociedade civil, conforme COSTA). Ao Estado cabe a guarda desses direitos, mediante um super-poder que é a soberania, cuja característica principal é a falta de limites no exercício de seu mister, ou seja, é o poder soberano ilimitado (ressalva-se a auto-limitação da soberania, ou seja, o poder soberano estabelece limites a si mesmo). Assim é que surge o Direito Positivo com todo o seu vigor, substituindo o Direito Natural. No dizer de Châtelet, o contrato social hobbesiano é um contrato de submissão do indivíduo ao Estado.

- b) O pensamento de John Locke (1632-1704) - Diverge da filosofia hobbesiana. Assevera que o Direito Natural integra e norteia o Direito Positivo, porque o Estado se responsabiliza por assegurar os direitos naturais da criatura humana (direito à vida, à liberdade e à propriedade). Como esses direitos são inalienáveis, a fonte de todas as leis é o homem (a *"pessoa humana [é] sujeito de todo direito e, portanto, fonte e norma de toda lei..."* (5)). Vê-se, pois, que a soberania é limitada por tais direitos (a necessidade de preservá-los leva a sociedade a estabelecer limites ao poder soberano estatal).

Partindo do pressuposto de que é formado por normas jurídicas, o ordenamento jurídico, da mesma maneira que estas, não só regula a vida social, mas também regula a criação de ordenamentos outros que lhe são subordinados.

Quanto às normas de estrutura (voltadas à produção de outras normas), pode-se denominá-las de normas obrigatórias ou imperativas de segunda instância: são normas que ordenam a normatização destes ou daqueles assuntos de interesse da comunidade, diversamente das normas imperativas de primeira instância que ordenam o fazer ou não fazer. O mesmo se dá com o ordenamento jurídico.

Bobbio (1, p. 46-48) cita artigos da Constituição Italiana, ao classificar as normas de segunda instância. Neste artigo, procede-se à

classificação das normas jurídicas através de exemplos extraídos da Constituição Brasileira de 1988.

Há normas imperativas de segunda instância que:

1) mandam ordenar -

Art. 23, Parágrafo Único: "*Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*";

Art. 48 das Disposições Constitucionais Transitórias: "*O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor*";

2) proibem ordenar -

Art. 5º, inciso XLVII, letra "b": "*não haverá penas (...) b) de caráter perpétuo*";

Art. 150, inciso I: "*... é vedado (...) I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça*";

3) permitem ordenar -

Art. 62: "*Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei...*";

Art. 148: "*A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios...*";

4) mandam proibir -

Art. 9º, § 1º: "*É assegurado o direito de greve (...) § 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.*";

Art. 5º, inciso IV: "*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o **anonimato***" (grifo nosso);

5) proibem proibir -

Art. 5º, inciso VIII: "*ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política...*";

6) permitem proibir -

Art. 5º, inciso VIII: "*ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo*

*se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei" (grifo nosso);*

7) mandam permitir -

Art. 5º, inciso LIX: *"será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal";*

8) proibem permitir -

Art. 5º, inciso XX: *"ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado";*

9) permitem permitir -

Art. 5º, inciso XXI: *"as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente";*

Art. 6º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: *"Nos seis meses posteriores à promulgação da Constituição, parlamentares federais, reunidos em número não inferior a trinta, poderão requerer ao Tribunal Superior Eleitoral o registro de novo partido político, juntando ao requerimento o manifesto, o estatuto e o programa devidamente assinados pelos requerentes".*

Estão hierarquizadas as normas integrantes do ordenamento jurídico. Existem, pois, normas superiores e inferiores, ocupando a Carta Magna o ápice do sistema hierárquico, sendo a norma responsável pela unidade do todo jurídico vigente num país. Essa norma fornecerá às demais as bases imprescindíveis à formação de um ordenamento jurídico enquanto ser orgânico que comanda a sociedade sobre a qual age, seja nas relações indivíduo/indivíduo e Estado/indivíduo, seja nas relações internacionais.

Observam-se na hierarquização dois elementos da relação jurídica, quais sejam:

- a) poder - seja originário, seja derivado, expressa-se pela *produção jurídica*, isto é, dá origem a normas jurídicas;
- b) obrigação - dever de cumprir o que foi deliberado pelas normas jurídicas, constituindo-se no que se convencionou chamar execução jurídica, ou seja, o mecanismo mediante o qual as normas jurídicas são postas em prática.

Os elementos supracitados são inseparáveis na relação jurídica: a um poder (direito) corresponde uma obrigação (dever).

Ao delegar poder a um órgão inferior, o órgão superior estabelece limites ao exercício desse poder no que se refere ao conteúdo e à forma. Assim, fala-se nos limites materiais (conteúdo) e formais (forma) do poder delegado.

Classificam-se os limites materiais em:

a) positivos - quando o delegante impõe certas condutas ao delegado;

b) negativos - quando o delegado fica proibido de adotar este ou aquele comportamento.

Em outras palavras, nos limites materiais positivos estão presentes condutas positivas (*fazer isto ou aquilo*), enquanto nos negativos verificam-se condutas negativas (*não fazer*).

Os limites formais encontram-se na Constituição, quando são estabelecidos os procedimentos necessários à elaboração das leis, tal como ocorre na Constituição Brasileira de 1988, em seus artigos 59 a 69, normatizando o processo legislativo.

Extraíndo outros exemplos de nossa Constituição:

- o Art. 30 elenca as atribuições de competência dos Municípios (limite material positivo);

- o § 4º do Art. 31 veda aos Municípios a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas nos territórios respectivos (limite material negativo).

A unidade do ordenamento jurídico se dá em razão de uma norma fundamental, primeira, superior, além da qual não existem outras. Essa norma pode ser vista como um postulado - algo tido por verdadeiro, evidente, a base para o conhecimento científico em determinada área.

A norma fundamental seria a Constituição? Para além das normas constitucionais, são cogitadas três possibilidades de "fundamento do fundamento":

a) lei divina - todo poder emana de Deus, e a norma fundamental é a Lei Divina;

b) lei natural - conforme asseveram os jusnaturalistas, o direito natural preexiste ao positivo e deriva da razão humana, sendo uma consequência das leis da natureza;

c) contrato social - a vontade de todos os homens cria a sociedade através de um acordo, e essa vontade coletiva é a norma fundamental que dá origem às demais normas que vigem na sociedade.

Para Hans Kelsen, por exemplo, o ordenamento jurídico apresenta, a grosso modo, a seguinte hierarquia:

1. Norma Fundamental
2. Constituição
3. Lei
4. Sentença
5. Atos de Execução

O ordenamento jurídico atrela-se ao poder originário do qual deriva. Pergunta-se, então, se Direito confunde-se com força.

Respeitam-se as normas em razão da força (não necessariamente física) de que lança mão o poder originador das mesmas. A força é o instrumento graças ao qual o Direito se faz respeitar. O homem aceita sujeitar-se à superioridade das leis, de modo a tornar harmônica a vida em sociedade.

Tal concepção acerca das relações entre Direito e força contraria a visão de Kelsen, por exemplo, que entende a norma jurídica no sentido de sanção, ou seja, a sanção é o conteúdo mesmo da norma jurídica (e não o seu instrumento de eficácia).

## **A COERÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

O ordenamento jurídico é um sistema cujas partes apresentam coerência entre si. É um sistema dinâmico, visto ser o conjunto de normas que derivam umas das outras, mediante delegações feitas pelos poderes superiores aos inferiores - são normas baseadas na autoridade, normas delegadas.

Define-se usualmente o Direito como sistema. O que é sistema, juridicamente falando? Variam as delimitações de seu conceito, pois este depende do ponto-de-vista de quem o utiliza.

Na filosofia do direito, pode-se falar em três abordagens do que seja sistema, sob a ótica histórica:

- a) sistema dedutivo, em que os princípios gerais de direito dão origem às normas jurídicas;
- b) sistema como classificação hierárquica de normas jurídicas;
- c) sistema como conjunto de normas compatíveis entre si.

### **BIBLIOGRAFIA CONSULTADA**

01. BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 7. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.
02. BOBBIO, Norberto, BOVERO, Michelangelo. Sociedade e estado na filosofia política moderna. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
03. CHÂTELET, François, DUHAMEL, Olivier e PISIER, Evelyne. Dicionário das obras políticas. Tradução por Glória de C. Lins e Manoel Ferreira Paulino. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.
04. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL - 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.
05. COSTA, Wellington Soares da. Estado. Trabalho apresentado como avaliação da Disciplina "Ciência Política" do Curso de Bacharelado em Direito/UESB - 1999. Mimeo.