

ESTRUTURA E FUNDAMENTO

DA ORDEM JURÍDICA

MARCO ANTONIO

de Moraes
Coutinho
Filho
Advogado

1. As fontes do Direito desenvolvem-se em normas e “situações normadas”, isto é, em *estruturas objetivas*, que ou disciplinam classes de comportamentos possíveis, ou instituem entidades e ordens de competência; e, concomitantemente, determinam ou possibilitam *situações subjetivas* constituídas sob a garantia daquelas estruturas.

As fontes do Direito compõem toda uma *trama ordenada de relações sociais* que, em virtude do *poder* que necessariamente implicam, são dotadas de garantia específica, ou sanções. Opera-se, desse modo, através da história, o processo de “modelagem jurídica” da realidade social, em virtude de sempre diversas e renovadas “qualificações valorativas” dos

fatos. Onde há norma há sempre sanção, isto é, uma forma de garantia acrescentada à regra para assegurar o seu adimplemento, podendo haver sanções *penais e premiais*. O que não há são modelos jurídicos desprovidos de sanção. É a razão pela qual entendemos que os modelos de Direito, elaborados pela doutrina, não são “modelos jurídicos”, no sentido próprio que atribuo a este termo, mas sim “modelos dogmáticos” ou “teóricos”: estes têm aqueles como seu objeto.

Os termos “modelo jurídico” e “modelo dogmático” foram por mim propostos, em meu livro “O Direito como Experiência”, como complementos necessários à teoria das fontes do Direito. *Modelo jurídico* pode ser tanto uma norma como um conjunto de normas, desde que haja uma “estrutura normativa” que represente uma unidade de fins a ser atingida, como síntese das *decisões* tomadas, o que pressupõe uma forma de *poder de decidir*. Os modelos dogmáticos ao contrário, dizem o que os modelos jurídicos significam na unidade do ordenamento e do processo histórico, (*de lege lata*) mas também representam ou apresentam o modelo jurídico *de lege ferenda*, mas são destituídos de poder decisório.

O conceito de modelo, em todas as espécies de ciências, não obstante as suas naturais variações, está sempre ligado à idéia de planificação lógica e à representação simbólica e antecipada dos resultados a serem alcançados através de uma seqüência ordenada de medidas ou prescrições. Cada modelo expressa, pois, uma ordenação lógica de meios e fins, ou uma ordem lógica e unitária de relações. Assim acontece, por exemplo, com o “modelo arquitetônico”, ou projeto, que antecipa e condiciona a construção de um edifício. Coisa análoga ocorre com os modelos mecânicos ou os matemáticos. O que caracteriza o modelo jurídico propriamente dito é a previsão ou prefiguração de uma “ordem de competências”, ou de uma “ordem de conduta”, sendo as respectivas seqüências também pré-determinadas, o que tudo implica uma *estrutura de poder*, que vai desde o eminente *poder estatal* às mais particularizadas formas de *poder negocial*.

É preciso notar que, quando emprego a expressão *modelo jurídico*, não penso em nenhum protótipo ideal, em algo que se ponha como um alvo superior a ser atingido. Os modelos jurídicos são antes modelagens práticas da experiência, formas do viver concreto dos homens.

A Ciência do Direito adquiriu feição mais precisa e madura com os jurisconsultos romanos, exatamente porque eles foram os primeiros a descobrir que há comportamentos humanos que obedecem a certas condições de fato (*pressupostos fáticos*) assim como a certas finalidades ou exigências *axiológicas*, razão pela qual são dotados de certa regularidade ou constância. Verificaram, em suma, que, dadas certas circunstâncias, é possível prever-se certo *tipo de comportamento*, e, mais ainda, que a vida social, apesar de sua contínua mudança, apresenta relações estáveis e regulares, permitindo uma representação antecipada do que vai ocorrer. Se não houvesse na sociedade tendências ou inclinações mais ou menos estáveis, condicionando modos de ser e de agir com relativa

“regularidade” ou “normalidade”, num razoável período de tempo, não teria sido possível sequer a formação do Direito. Pode-se dizer que o Direito surgiu como ciência quando os juriconsultos romanos, com sabedoria empírica, quase intuitiva, vislumbraram na sociedade “tipos de conduta” numa dada perspectiva histórica, e criaram, como visão antecipada dos comportamentos prováveis, os estupendos “modelos jurídicos” do Direito Romano.

Pois bem, sendo as relações sociais dotadas de certa estrutura ou consistência, tal fato não só possibilita o seu estudo objetivo como permite que toda uma série de atos da mesma natureza seja considerada lícita ou ilícita. Não nos referimos apenas às estruturas sociais básicas, como a família ou a propriedade, mas às diversas *formas de comportamento* que, através da história, embora variando de época para época, apresentam inegável estabilidade, sendo consideradas necessárias ou úteis à convivência humana nos quadros, por exemplo das sociedades grega, romana, inglesa ou brasileira.

Foi observando essas “constantes sociais”, repetimos, que os juriconsultos romanos inferiram a *consequência fundamental de ser possível discriminar e classificar*, como lícitos e ilícitos, facultativos ou obrigatórios etc. os comportamentos dos homens enquanto membros do grupo social. Quando os juristas romanos, valendo-se dos estudos de Lógica dos filósofos gregos, previram e disciplinaram a conduta possível dos homens, subordinando-a a classes, gêneros, espécies e tipos de comportamento, nasceu propriamente a Ciência do Direito.

Hoje em dia, quando as ciências, desde a Matemática e a Cibernética até a Física e à Sociologia, falam tanto em “modelo”, como instrumento do conhecimento científico, não é demais lembrar a precedência cronológica da Ciência do Direito, a primeira a empregar “tipificações sociais”, isto é, *modelos de comportamentos obrigatórios*.

Como se vê, os modelos jurídicos, longe de serem concebidos de maneira abstrata, ou cerebrinamente, são antes “estruturas normativas” talhadas na concretitude da experiência humana. São formas típicas plasmadas em contacto permanente com a vida humana, mudando ou desaparecendo em função dos *fatos e valores* que nela operam.

É essa a lição imperecível do Direito Romano, cujas soluções *normativas* vieram sendo buriladas à luz dos fatos e das necessidades variáveis, “*ipsis factibus dictantibus ac necessitate exigente*”, ou, na linguagem da teoria tridimensional, em função de *fatos e valores* se estabeleciam as *normas*.

2. É claro que as regras jurídicas desse modo elaboradas, por representarem o produto de uma adequação racional e volitiva a reais exigências fático-axiológicas, não surgem de maneira desordenada, por acaso, mas obedecem a uma lógica interna, seguindo e desenvolvendo,

em suas naturais conseqüências, as linhas dominantes imanentes aos próprios fatos sociais.

Não é dito, porém, que, antes da elaboração das normas, já haja na sociedade uma pré-figuração delas, de tal modo que ao legislador coubesse apenas a tarefa de descobri-las como algo pré-existente, como realidades ocultas que fosse apenas necessário revelar ou desvelar.

Não. As normas jurídicas não são cópias de algo dado de antemão no processo social. O que existe são "condicionantes naturais" e "tendências constantes" que balizam e orientam historicamente, o trabalho criador e constitutivo do legislador, primeiro, e do intérprete ou exegeta, depois. É só graças ao poder sintético e ordenador do espírito que os fatos se subordinam a exigências eletivas de valor e se compõem na unidade integrante das normas de direito, às quais é inerente certa "temporalidade", que, como diz L. Bogolini, não é a do "tempo do relógio".

Daí dizer-se, com velha e sempre atual linguagem, que o Direito obedece, em sua origem e em sua aplicação, à "*natureza das coisas*". Não há que confundir, porém, a teoria da natureza das coisas com a do Direito Natural, como temos visto ocorrer freqüentemente. Mesmo sem se aceitar a idéia de Direito Natural, é possível reconhecer-se que as normas jurídicas não podem ser elaboradas com desprezo de dados naturais, que se impõem à consciência ética ou científica de todos. Fácil é perceber que está na "natureza das coisas" que as crianças não possam casar ou firmar contratos válidos; que os surdos-mudos, sem capacidade de comunicação, sejam impedidos de testar; que a disciplina dos títulos de crédito vise a garantir a circulação e a certeza formal das relações mercantis; que as normas sobre bens imóveis tenham estrutura diversa das relativas a bens móveis; que o menor de tantos anos não seja imputável etc.

Poderíamos multiplicar os exemplos para demonstrar que as *estruturas normativas, que constituem o Direito Objetivo, não são meras formas lógicas, vazias mas formas de uma experiência concreta*, cujas linhas dominantes ou essenciais foram abstraídas da realidade social para operar como instrumento de disciplina social, isto é, como "modelos jurídicos".

Não raro, na feitura desses modelos, o legislador antecipa-se aos fatos sociais; precipita processos ainda em evolução, norteando desse modo, os acontecimentos. A lei, como dizia Montesquieu, exerce uma *função pedagógica*, educativa, que não teria se o Direito fosse mera reprodução ou cópia de realidades subjacentes em si plenas e conclusas. Os "modelos jurídicos" não são, por outro lado, equiparáveis a "modelos reduzidos", como aqueles que se estruturam mecanicamente para representar certos fatos naturais e submetê-los a provas de laboratório. A modelagem do Direito não pode deixar de contar, felizmente, com as alternativas de decidir e de agir de maneira positiva ou negativa, como é próprio do homem, de um ente dotado de liberdade.

Conforme exponho mais longamente em “O Direito como Experiência”, a ordem do Direito reflete, em primeiro lugar, a *ordem natural inerente a todas as formas de pensamento*, mesmo do “pensamento selvagem”, não cultivado ou impolido, do pensamento anterior à consciência científica, tal como foi focalizado por Merleau Ponty, seguido por Levi-Strauss em seus estudos de Antropologia.

Sem ser necessário aderir aos esquemas descritivos do “estruturalismo”, podemos concluir dizendo que na sociedade se constituem formas de vida, modos de comportamento, que têm força de “estruturas sociais obrigatórias”: são as “fontes de Direito” e seus *modelos jurídicos*, o *Direito Objetivo*, em suma, que surge obedecendo à *natureza das coisas*, às linhas evolutivas imanescentes ao fato, mas potenciadas e tornadas efetivas pelo poder de síntese ordenadora que singulariza o espírito humano.

3. Quando surgem as estruturas normativas ou modelos jurídicos, eles se põem ou se *positivam* como uma realidade *objetiva*.

Só há ciência onde há “objetivação”, ou seja, realidades independentes da pessoa do observador, e irredutíveis à sua subjetividade. Daí poder-se dizer que “objetivo” e “positivo” são termos que se implicam.

Daí poder-se dizer que as regras e os modelos jurídicos se *positivam* e se *objetivam*. São, por outras palavras, *Direito positivo objetivo*: vigem e tem eficácia, em certo espaço social e em certo tempo, como realidades culturais, postas e garantidas pela sociedade e pelo Estado.

Ora, o Direito, que vigora e tem eficácia em um território, como, por exemplo, no território brasileiro, é declarado ou reconhecido pelo Estado, através de suas próprias fontes, ou resulta das demais fontes, sem conflito com as fontes estatais. Desse modo, *soberania* e *positividade do Direito* são dois conceitos que se exigem reciprocamente: *soberano* diz-se do poder que põe ou torna positivo o Direito; *Direito positivo* é, por excelência, aquele que tem, para garanti-lo, o poder soberano do Estado.

Desfazendo equívocos, ligados a superadas concepções de soberania, cumpre ponderar que esta não é senão o *poder originário de declarar, em última instância, a positividade do Direito*, como exponho em meu livro “Teoria do Direito e do Estado”.

Essas considerações, aparentemente marginais, vão permitir-nos compreender que o Direito Objetivo, como conjunto de normas e modelos jurídicos — exatamente porque se destina a ter vigência e eficácia na universalidade de um território — constitui, no seu todo, um sistema global, ou macromodelo, que, através de um termo italiano já integrado em nossa língua, se denomina “ordenamento jurídico”.

O ordenamento é, assim, o sistema das normas jurídicas “in acto”, as fontes de direito e seus conteúdos e projeções, isto é, o sistema das normas em sua concreta realização, abrangendo tanto as regras expli-

citadas como as elaboradas para suprir as lacunas do sistema, bem como as que cobrem os claros deixados ao poder discricionário dos indivíduos (*normas negociais*).

4. Pois bem, se toda experiência jurídica nos leva à idéia de “ordenamento” — e poderia ir mais longe, falando em termos de ordenamento supranacional — surge o problema essencial do fundamento ou fundação da ordem jurídica considerada como um todo e em função de cada um de seus elementos componentes.

O problema do fundamento é um correlato do problema da estrutura da experiência jurídica, pois, em última análise, no modo de conceber-se a ordem jurídica já está implícita a sua fundação, o que se revela, por exemplo, ao estudar-se a teoria de Kelsen.

Creio que pode ser considerada definitivamente superada a antiga doutrina que reduzia o Direito ao “sistema das leis”. Essa doutrina, sobretudo depois de Kelsen, foi alargada no sentido de conceber-se a realidade jurídica como um “sistema escalonado de normas”, desde as legais até às judiciais e negociais.

À essa luz, todo “sistema de normas” obedece a uma ordem lógica e coerente, subordinando-se as regras umas às outras, *gradativamente*, como a estrutura de uma pirâmide: na base estão inúmeras regras ou normas individualizadas, seguindo-se, em ordem de subordinação crescente, as particulares ou judiciais, as normas legais de Direito Privado e as de Direito Público, até se atingir, no âmbito deste, o plano normativo supremo que é o *constitucional*, plano originário das competências, do qual se originam todas as expressões normativas, que dele recebem a sua validade.

A validade de todo o ordenamento depende, segundo Kelsen, do disposto na “primeira Constituição”, devendo-se, porém, notar que o adjetivo “primeira” não indica uma precedência cronológica, mas sim uma prioridade lógica. Assim, a Constituição brasileira de 1969 seria, segundo os kelsenianos, a “norma primeira” na ordem da vigência, subordinando-se-lhe toda a nossa legislação anterior, desde, por exemplo, o nosso Código Comercial de 1850 até à mais recente das leis.

Chegados, porém, ao ápice da pirâmide, pergunta-se: “que é que dá validade à norma suprema posta pelo legislador constituinte originário?” Para Kelsen e seus adeptos toda a pirâmide normativa só é válida se se admitir uma norma que não é a expressão de qualquer ato legislativo, aqui e agora, como ato *positivo* e *histórico*, mas que representa apenas uma exigência lógica, isto é, o *pressuposto lógico* segundo o qual “deve ser obedecido o estabelecido pelo *Constituinte originário*” (abstração feita de se tratar de uma Assembléia Constituinte de origem democrática, ou de um Poder revolucionário ou de fato) sob pena de não poder subsistir o sistema das regras jurídicas, privando-o também de eficácia ou efetividade (validade social).

Segundo Kelsen, adepto que é da Filosofia de Kant, essa norma fundamental seria uma "*norma transcendental*", válida como condição lógica da experiência jurídica possível. Dessarte, do ponto de vista estritamente lógico, é a norma fundamental que torna possível a experiência do Direito como um conjunto gradativo de regras entre si logicamente subordinadas e coerentes.

Pois bem, superando essa concepção lógico-normativa do ordenamento jurídico que nos permite apenas focalizar a validade formal do Direito, pensamos que se impõe uma compreensão integral da fundação jurídica, tal como nos é dada pela teoria *histórico-cultural* ou *tridimensional* do ordenamento jurídico, visto como uma concreta e dinâmica experiência de valores.

Segundo essa teoria, o ordenamento jurídico é, sem dúvida, *normativo*, mas não é apenas um conjunto gradativo de normas e muito menos um sistema de proposições lógicas. As normas representam o momento culminante de um *processo* que é, essencialmente, *inseparável dos fatos* que estão em sua origem (neste sentido é certo dizer que *ex facto oritur jus*) e dos *valores* ou *fins* que constituem a sua razão de ser, assim como dos *motivos* mediante os quais os valores e fins se atualizam.

5. Ora, o estudo da experiência jurídica demonstra-nos que as regras não se subordinam umas às outras de *maneira linear*, mesmo porque nem todas as normas jurídicas são da mesma natureza. Há as que prescrevem formas de conduta e há as que distribuem competências ou, pura e simplesmente, esclarecem o que outras regras significam.

Assim sendo, não há que falar em escalonamento contínuo e unilinear, mas sim em gradação de *faixas normativas* distintas, correspondentes a distintos aspectos da realidade social.

Essas faixas de gradação normativa colocam-se umas em função das outras, de sorte que a imagem de uma pirâmide, que aponta estaticamente para um vértice, não corresponde à natureza histórico-cultural do ordenamento. Se fosse possível fazer um corte no processo dinâmico da experiência jurídica, melhor seria admitir múltiplos "complexos normativos" imbricados e complementares, segundo a imagem mais adequada de um cone visto como momento de uma trajetória.

Não resta dúvida, porém, que mesmo não se aceitando a experiência jurídica como um sistema gradativo de normas, preciso é reconhecer que todos os modelos jurídicos só podem *valer*, isto é, ter *vigência* e *eficácia* no âmbito de validade traçado ou consentido pelas *normas constitucionais* que *distribuem originariamente as esferas de competência*.

Ressurge, desse modo, o problema de *validade total* do ordenamento jurídico, mas não mais em termos de mera subsunção ou subordinação lógico-formal de umas regras às outras.

O que, a nosso ver, confere validade ao ordenamento, exigindo que seus preceitos sejam obedecidos, é uma *razão de ordem prática*, que resulta da consideração histórico-social da experiência jurídica, legitimando-se pelo absurdo da tese contrária: se se admitisse a geral desobediência às regras do direito, estas deixariam de ser regras jurídicas. Diz-se que uma verdade se põe como um *postulado* quando ela se impõe pela força imperiosa de suas conseqüências, e, notadamente ante o absurdo a que levaria a tese oposta. Daí dizermos que o fundamento da validade do ordenamento jurídico é um *postulado da razão prática jurídica*, que se põe, não como um fato, como querem os neo-empiristas, como Herbert Hart ou Alf Ross, mas "*em razão do sentido do fato*", ou, por outras palavras, em virtude de ser o Direito, no seu todo e em cada um de seus elementos, uma *experiência fático-axiológica-normativa*.

Pois bem, o *postulado da razão prática jurídica*, a que nos referimos, poderia ser assim enunciado: "*o ordenamento jurídico vale no seu todo, como uma exigência da razão, em função da experiência histórica*".

Na realidade, não basta a visão *sincrônica*, ou lógico-formal, do ordenamento, com olvido de sua não menos essencial compreensão *diacrônica*, ou histórica, por tratar-se de uma experiência social de natureza dialética: a ordenação lógico-formal corresponde a momentos abstratamente destacados de um processo em si mesmo uno e concreto. A unidade que Kelsen nos aponta, no plano lógico-formal das normas, não é senão reflexo do sentido unitário ou englobante da experiência jurídica, enquanto objetivação e positivação histórica de valores sociais, reflexo do querer da comunidade.

É a razão pela qual não subordinamos a validade desta ou daquela norma jurídica particular ou genérica a uma suposta norma fundamental, cuja admissão equivale a um círculo vicioso: a norma fundamental, com efeito, é suposta para dar validade lógica ao sistema, e o sistema é concebido de forma unitária e gradativa para ter a norma fundamental como seu pressuposto...

A vigência e a eficácia do ordenamento jurídico não são, pois, decorrência de uma *norma fundamental*, como expõe Kelsen, nem é *mero fato*, como pretendem os positivistas, mas são antes qualidades imanentes ao sentido da experiência jurídica, como experiência histórico-axiológica. O Direito é, em verdade, uma das expressões basilares do espírito humano em seu incessante processo de objetivação ordenadora e racional do mundo em que vivemos, através de uma multifárea projeção de modelos.

Não há como contestar a validade de uma experiência que já é, de per si, uma experiência incessante e renovada de valores, impondo-se o ordenamento jurídico vigente a todos os membros da comunidade por ser o quadro axiológico necessário à convivência social, inclusive em razão de seu sempre possível aperfeiçoamento.