

**DE ONDE NASCE O DIREITO E ONDE ELE SE ESTABELECE: UMA
ANÁLISE DO ORDENAMENTO JURÍDICO
OÙ EST NÉ DROITE ET OU IL ETABLIT: UNE ANALYSE DU
SYSTÈME JURIDIQUE**

Rogério Nogueira Guimarães¹
Juliano Gil Alves Pereira²

Resumo: Este artigo tem como objetivo geral fazer uma análise acerca do sistema jurídico, e como objetivo específico visa analisar o sistema jurídico como um meio em que o poder soberano exerce a sua soberania. Para tanto, foi fundamental fazer uma abordagem de como nasce o Estado e o Direito sem adentrar diretamente na discussão sobre qual dos dois surgiu primeiro. Logicamente, superada essa discussão é fundamental ponderar que hoje o direito é expressão do poder do Estado, seja um poder que emana diretamente do Estado, seja um poder que é reconhecido pelo Estado como capaz de expressar o direito. Ademais, toda essa construção foi necessária para que se possa levar a demonstrar como nasceu e como é o funcionamento de um ordenamento. Para o seu desenvolvimento utilizou-se de pesquisa bibliográfica e do método dedutivo.

Palavras-chave: Poder Originário – Estado – Ordenamento

Résumé : Cet article vise à faire une révision générale sur le système juridique, et la façon dont l'objectif spécifique est d'analyser le système juridique dans un milieu dans lequel le souverain exerce sa souveraineté. Par conséquent, il était essentiel de faire une démarche intervient alors que la loi de l'État et sans entrer directement la discussion sur lequel des deux est venu en premier. Logiquement, dépassé ce débat est essentiel étant donné que c'est aujourd'hui le droit d'expression du pouvoir d'Etat, est une puissance qui émane directement de l'état, est une puissance qui est reconnu par l'État comme capable d'exprimer la droite. Par ailleurs, toute cette construction était nécessaire afin de mener à montrer comment naît et comment l'exploitation d'une terre. Pour son développement, nous avons utilisé une littérature et méthode déductive.

Mots-clés: Énergie Provenant - Etat – Spatial

¹ Docente da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS (Unidade de Paranaíba). Doutorando em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP. E-mail: rogerio.ng@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0295057781995793>

² Docente da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS (Unidade de Paranaíba). Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidad del Museo Social Argentino de Buenos Aires - UMSA. E-mail: julianogiladv@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2932493103459389>

Introdução

É importante desde já ponderar sobre o presente texto, ele é, na verdade, um elemento de transição para uma discussão mais profunda, qual seja, a de saber se o sistema jurídico mudou.

Dessa maneira, para que se possa chegar a tal análise é importante analisar como o surge o sistema jurídico, quais suas peculiaridades, e como entender seu funcionamento. Logo, apesar de ser possível uma conclusão é salutar ponderar que é um trabalho que requer necessariamente uma complementação.

Sendo assim, na primeira parte será a demonstrada a origem do poder e como ele tem condição de construir o sistema – jurídico – e fazer dele algo confiável para manter o Estado e a vida humana em sociedade. Ao final será apresentada a conclusão e haverá demonstração que o objetivo foi alcançado.

1. De como surge o Poder Político

Para que algo possa existir é fundamental que se funde em algo, afinal do nada, nada pode surgir – numa análise sintética. Nesta linha, é interessante entender a origem do ordenamento jurídico, e, sobretudo, o que faz com que um ordenamento possa manter-se apesar da existência de uma infinidade de normas dentro de sua estrutura.

Como pode um sistema não destruir-se com o seu funcionamento? Isso somente é possível se o sistema tiver capacidade de se fechar. Como é possível existir unidade dentro da complexidade? Tal possibilidade torna-se viável se essa complexidade advier de um mesmo lugar. Essas indagações serão respondidas de maneira mais apurada no decorrer do presente trabalho.

É comum que o jurista atue sem antes ponderar ou buscar entender de onde vem, ou como nasce o direito. O fato de se trabalhar com o direito sem refletir sobre o seu nascimento, e principalmente, sobre o que faz com que o homem o identifique e o respeite ou o seja compelido a respeitar.

Não se busca a origem de nada avançando sobre o futuro, para isso, é necessário que se faça uma regressão, é preciso que se volte ao passado para que possamos identificar as origens da sociedade e do direito. Analisar a sociedade é importante porque o direito só faz sentido se analisado em conjunto com sociedade.

Dessa forma, é importante analisar o nascimento da comunidade para que posteriormente entender não inicialmente o nascimento do direito, mas o surgimento do poder, pois é ele que dá ao direito o seu caráter mais especial, qual seja, a possibilidade que o poder tem de fazer via coação que o cidadão cumpra a norma ou o comando expresso na linguagem jurídica.

Há quem entenda que o direito é uma linguagem. Uma linguagem cuja aceitação não é feita via persuasão, mas sim via coação legítima. Isto porque o legislativo cria uma lei, o juiz expressa uma interpretação desta lei, e o executivo toma as medidas para cumprir os comandos legais, e todos poderão usar da coação legítima para fazer com que a população cumpra essas formas de externar o direito.

Se entendermos o direito como linguagem carregada de coação quando emana do Estado, pode essa mesma linguagem não ter coação como é o caso da atuação do Advogado, que possui como instrumento a persuasão. Para tanto ele deverá dominar a arte da retórica para o convencimento, pois ele não tem nenhum dos poderes do Estado, assim:

Há três tipos de meios de persuasão supridos pela palavra falada. O primeiro depende do caráter pessoal do orador; o segundo, de levar o auditório a uma certa disposição de espírito; e o terceiro, do próprio discurso no que diz respeito ao que demonstra ou parece demonstrar. (ARISTÓTELES, 2011, p. 45)

Sendo assim, o primeiro tipo é chamado de Ethos, ou seja, é a imagem transmitida pelo orador é preciso que seja uma imagem capaz de incutir confiança; o segundo tipo é o Pathos, ou seja, “[...] a persuasão pode ser obtida através dos ouvintes quando o discurso afeta suas emoções”. (ARISTÓTELES, 2011, p. 45). E o último aspecto é o Logos, ou seja, não basta transmitir uma imagem, mexer com as emoções, e não ser capaz de levar uma mensagem que não possa ser verdade.

Pois bem, o Estado não atua com retórica, ele atua com coação legítima, e é justamente esse poder que precisamos entender melhor, de onde vem? Quem criou? Nesta linha é preciso separar a sociedade de um simples grupo social. Neste contexto cite-se uma ordenação religiosa em que um de seus membros não queira mais participar e peça a sua exclusão, neste caso o grupo social da ordenação não terá poder, ou força para obrigar esse membro a seguir sua doutrina.

Agora, imagine-se o caso de um cidadão brasileiro que peça ao Estado Brasileiro para ser excluído da sociedade, suponha que ele não queira mais ser um membro da sociedade, que não queira mais participar de qualquer relacionamento com o Estado. Por mais que o cidadão não queira mais participar da sociedade ele deverá respeitar a legislação, ou seja, pagará

impostos, será condenado em caso de cometer crimes, deverá votar, etc. é o que pondera Jellinek

Hay dos órdenes de poderes: poder dominante y poder no dominante. En qué consiste la distinción de ambos? El poder simple, el poder no dominante de la asociación, se caracteriza por serle posible dar órdenes a los miembros de la asociación, pero carece de fuerza bastante para obligar com sus propios médios a lá ejecución de sus órdenes. Todo membro de una asociación que no posee poder de autoridad, puede em cualquier acasión sustraerse a ella. Debe permanecer em la asociación, o debe, em virtude de los estatutos, y a pesar de su salida de la asociación, satisfacer siempre las obligaciones respecto a ésta? Para lo segundo, seria preciso la autorización o la orden de um poder autoritário que estuviese sobre la asociación misma. Esto es aplicable a todas las asociaciones que no disfrutan de imperium y no sólo para aquellas em que se há entrado voluntariamente. Se ve com mucha claridad esta cuestión si se observa la situación de lá asociacion más poderosa que existe fuera del Estado: la Iglesia católica com respecto a sus miembros. Según la doctrina católica, el bautismo y la ordenación imprimen um carácter indeleble a los que reciben estes Sacramentos. Pero si el Estado no sanciona esta impossibilidad de salirse a la Iglesia o del estado de sacerdocio, entonces falta a la Iglesia el medio apropiado para dar validez a sus normas respecto dos que se separan de ella y se reintegran a uma situacion laica. (JELLINEK, 1970, p. 320).

Logo, o autor foi feliz na demonstração de quais são e como podem ser utilizados, respectivamente, os poderes de uma sociedade humana simples e de uma sociedade fundada num poder legítimo. Um poder que é capaz de obrigar os indivíduos a respeitá-lo independentemente da concordância, ou não com o comando. Este poder parece realmente com algo contra que o homem não tenha forças de resistir.

O termo “Estado” que é usado por Jellinek foi, segundo o Paulo Bonavides, utilizado inicialmente por Maquiavel quando este inaugurou *O Príncipe* com a frase célebre: “Todos os Estados, todos os domínios que têm tido ou têm império sobre os homens são Estados [...]” (BONAVIDES, 2010, p. 66). Dessa maneira é importante esclarecer o significado do que seja este “império”.

De onde nasce o poder do Estado? Ou melhor, de onde nasce o Estado? As perguntas podem ser respondidas de várias formas dependendo da opção epistemológica feita por quem se propõe a discutir o tema. Para este trabalho utiliza-se, dentre outras, a obra de Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, de onde se retirará elementos importantes para o entendimento do ordenamento jurídico.

Tal discussão necessariamente passará pelo entendimento acerca de onde nasce o poder que é o elemento tão importante para a compreensão do ordenamento. Nesta linha não se poder negar que a contribuição dada pelos pensadores ditos *contratualistas*, ou seja, o poder civil originário seria uma criação de um anterior estado de natureza, ou se preferir, de liberdade, por meio de um processo caracterizado como sendo o contrato social (BOBBIO, 2011).

Mas dentre os *contratualistas* existem formas diferentes de entender o contrato social como constituidor do Estado/soberania; a primeira delas é a maneira hobbesiana, ou seja, a de que ao constituir o contrato social os homens renunciaram completamente a todos os direitos do estado de natureza e por isso o poder civil nasceria sem limitações. Essa hipótese fundada na obra de Thomas Hobbes (*O Leviatã*) pressupõe então que eventuais limitações posteriores ao Estado são fruto de uma autorização dada pelo próprio Estado (BOBBIO, 2011).

A segunda hipótese seria aquela ligada as concepções de John Locke, ou seja, o poder civil funda-se no objetivo de assegurar um melhor gozo dos direitos naturais, e isso seria um limitador do poder civil que não poderia atacar a liberdade, vida, e a propriedade. Logo, o Estado teria poder até que sua atuação não violasse os direitos naturais. Nesta concepção dita lockiana o direito positivo é um instrumento para a completa realização do direito natural preexistente (BOBBIO, 2011).

Dessa maneira, o poder civil nasceria limitado, porque o direito natural anterior não seria completamente desconstituído pelo novo direito. Importante aqui é dizer que este poder civil é uma forma construção da vida em sociedade. Por isso pode ser entendido como algo de que o homem não pode lutar contra, pois seria lutar contra si mesmo. Seria um verdadeiro monstro devorador de homens, ou seja, um ser do qual o homem não tem poder para fugir, pois “*El Estado adviene el gran Leviatán que va devorando todas las fuerzas públicas*” (JELLINEK, 1970, p. 323).

A discussão acerca de quem nasceu primeiro não é neste momento importante, o que é preciso ressaltar agora é o fato de que após a constituição do Estado todo o direito emana dele. Ao constituir o Estado o homem atribui a este a competência para regular a vida em sociedade usando do direito e se preciso da força legítima para garantir o seu cumprimento.

Neste sentido de raciocínio existem quatro fontes de direito porque quatro são as formas de poder segundo asseverou Miguel Reale (2002), a saber: **o processo legislativo:** o poder aqui em destaque é o poder de legislar, e logicamente por essência estamos falando do poder legislativo. No Brasil o processo legislativo está previsto no Art. 59 da Constituição Federal de 1988.

A segunda fonte é a **jurisdição**. Já nesta fonte o poder competente para o caso é o Judiciário. A atuação do poder judiciário é fruto de uma evolução do direito e da vida em sociedade, o que fez com que aparecessem os primeiros órgãos, cuja finalidade específica é conhecer o direito e declará-lo, são os órgãos de jurisdição que decorre do termo *jurisdicere* (dizer o que é direito em cada caso concreto).

A terceira fonte é o **costume**. Logicamente para que se possa entender essa fonte do direito é necessário ponderar que a prevalência de uma fonte do direito preterindo as demais depende única e exclusivamente de circunstâncias sociais e históricas, tendo em vista que não há padronização entre os diversos países em diversas épocas. Pense-se no sistema da *common law* onde não se exagera no elemento legislativo, pois a tradição dos povos anglo-saxões o direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição.

E a quarta fonte segundo Miguel Reale seria o **poder negocial ou da autonomia da vontade**, ou seja, o poder que tem cada homem de ser, de agir e de omitir-se nos limites que lhe são impostos em vigor tendo por fim alcançar algo de seu interesse (objeto da relação) que é o bem jurídico.

Chama a atenção o fato de que das fontes citadas apenas duas (processo legislativo, e jurisdição) decorrem diretamente do Estado, as demais na verdade são fontes originárias das relações entre os indivíduos (costume e autonomia da vontade), mas não deixam de ser fontes do direito. Talvez nestas duas fontes “não estatais” se veja com mais clareza as ideias de John Locke de um poder civil limitado. Mas todas são fontes porque o próprio Estado reconhece-as como tal.

Segundo Georg Jellinek mesmo as liberdades do costume e da vontade existem porque o Estado assim o permitiu “*Es verdad que el Estado moderno reconoce a todos los individuos y a todas las asociaciones un círculo de libertades que están limitadas por las leyes, [...]*” (1970, p. 323). Norberto Bobbio pondera o seguinte:

O que nos interessa numa teoria geral do ordenamento jurídico não é quantas e quais são as fontes do direito de um ordenamento jurídico moderno, mas o fato de no mesmo momento em que se reconhece a existência de atos e fatos dos quais se faz depender a produção de normas jurídicas (as fontes do direito), reconhece-se exatamente que o ordenamento jurídico, além de regular o comportamento das pessoas, *regula ainda o modo com o qual se devem produzir as regras. Sói dizer-se que o ordenamento jurídico regula a própria produção normativa*. Vimos que existem normas de comportamento ao lado de normas de estrutura. (BOBBIO, 2011. p. 58).

A determinação por um ordenamento de quais as suas fontes é antes de tudo uma forma de o próprio sistema se manter coeso, pois sem ordenação coesa não existiria o próprio sistema, ou pelo menos estaria ele fadado a volatilidade passível das relações sociais, e isso seria um risco para a própria sociedade.

Ao apresentar as fontes do direito o professor Miguel Reale deixou claro seu entendimento de que a doutrina não merece figurar entre as fontes do direito porque se toda fonte de direito implica uma estrutura normativa de poder não pode a doutrina ser uma fonte

porque ela não é produzida pelo Estado, e muito menos reconhecida como fonte por este Estado (REALE, 2002).

Estas fontes produzem o direito que por sua vez é inserido em um sistema jurídico que se estrutura de forma escalonada, o que não significa que devemos analisar o direito em suas formas de expressão de modo isolado, pois apesar de várias as expressões do direito a existência do sistema pressupõe um ordenamento de todas as normas pertencentes ao sistema. O que faz com que uma regra seja pertinente a seu sistema é a “norma fundamental”, ou seja, essa norma fundamental “*é o fundamento de validade de todas as normas do sistema*” (BOBBIO, 2011, p. 71).

Para Bobbio,

A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem o ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamentar, as normas, das quais falamos até agora, constituiriam um acumulado de normas, não um ordenamento. Em outras palavras, conquanto sejam numerosas as fontes do direito em um ordenamento complexo, esse ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com desvios mais ou menos tortuosos, todas as fontes do direito podem ser deduzidas de uma única norma. (BOBBIO, 2011, p. 61).

Não haveria um sistema, ou seja, um conjunto ordenado de normas sem que existisse no topo uma norma matriz da qual descenderiam todas as outras normas, a norma fundamental nada mais é que o ponto de partida, ou o ápice da pirâmide como preferiam os kelsenianos.

Deste modo, Bobbio pondera que num “Sistema” não haverá lugar para normas incompatíveis, ou seja, em caso de incompatibilidade uma delas ou ambas deverão ser eliminadas para que a norma fundamental tenha vida e com isso se mantenha o ordenamento de pé.

A existência de um ordenamento jurídico, ou se um sistema é algo que garante a integridade do direito e sua efetividade no que se refere a sua missão de ordenar a vida em sociedade. O sistema somente consegue existir de maneira segura se ele for capaz de fundar-se em um verdadeiro postulado e posteriormente controlar as fontes de normatização interna.

Sendo assim, o postulado básico da existência segura de um ordenamento é a norma fundamental. Que tem o papel de fechar consolidar um sistema e não um mero emaranhado de normas. A norma fundamental é o topo de qualquer ordenamento, pois serve de parâmetro para que as fontes do direito produzam as normas.

Tais fontes são legitimadas pelo próprio sistema e possuem sua validade atrelada a pertinência com a norma fundamental, somente dessa forma o sistema consegue evoluir sem

destruir-se. Logicamente quando o sistema reconhece as suas fontes ele mesmo atribui uma limitação hierárquica, escalonada.

Importante ainda é ponderar o seguinte: se a norma fundamental é o que funda todo o sistema, e sobre o que se funda a norma fundamental? Insta frisar que tal ponderação requer que seja feita uma análise olhando o sistema “de fora” para que então se busque analisar o que é o respaldo da norma fundamental. Logicamente se existe um sistema existe um “dentro” e um “fora” do sistema.

Essa linha de pensamento é pedra de toque para que se possa entender inclusive se o direito é uma ciência. Como se sabe uma ciência de funda em alguns postulados básicos, que é o início. E justamente a dificuldade do direito era demonstrar que existe um postulado sobre o qual se funda um ordenamento

Neste ponto, alguém poderá questionar: “E a norma Fundamental, sobre o que se funda? Grande parte da hostilidade à admissão da norma fundamental deriva da objeção que vem formulada com essa pergunta. Dissemos que a norma fundamental é um pressuposto do ordenamento: ela cumpre, num sistema normativo, a mesma função que os postulados num sistema científico. Os postulados são aquelas proposições primitivas das quais se deduzem as outras, mas que não são dedutíveis elas mesmas. Os postulados são postos por convenção ou por sua pretensa evidência. O mesmo se pode dizer da norma fundamental: ela é uma convenção ou, se se quiser, uma proposição evidente que vem posta no vértice do sistema para que ela e ela se possam reconduzir todas as outras normas. À pergunta “sobre o que ela se funda”, deve-se responder que ela não dispõe de nenhum fundamento, porque, se o tivesse, não seria mais a norma fundamental, pois que haveria uma norma superior da qual ela decorreria. Permaneceria, assim, sempre aberto o problema do fundamento dessa nova norma, e esse problema não poderia ser resolvido a não ser remontando ainda a uma outra norma ou mesmo aceitando a nova norma como postulado. Todo sistema tem um início. O perguntar-se sobre o que estaria por trás daquele início é um problema infecundo. A única resposta que se pode dar a quem queira saber qual é o fundamento do fundamento é que para sabê-lo é necessário sair do sistema. (BOBBIO, 2011, p. 72).

Para ver o que fundamenta a norma fundamental é preciso sair do sistema. Neste diapasão quando dissemos anteriormente que por vezes o operador não se dá conta de onde nasce o direito, significa dizer que o operador do direito “não sai do sistema”, ou seja não consegue fazer uma leitura externa.

Além disso, a ideia de sistema se liga a de ordenamento, ou seja, se não ocorrer uma ordem não existiria sistema, pois ele se auto destruiria

[...] diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque nele não podem coexistir normas incompatíveis. “Sistema” aqui equivale a validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento surgirem normas incompatíveis, uma delas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento têm uma certa relação entre si, e essa relação é a relação de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade. Observe-se, porém, que dizer que as normas devem ser compatíveis não quer dizer que se impliquem umas com as outras, isto é, que constituam um sistema dedutivo perfeito. (BOBBIO, 2011, p. 86).

Da citação, então podemos, ponderar o seguinte não se está pensando em respostas a indagações, ou seja, nossa análise será voltada para a abertura de saídas. E estas saídas que se encontra são formas de garantir que o próprio ordenamento não desabe.

Mas se partirmos para fazer uma análise acerca do surgimento do poder poderemos usando como referencial o pensamento de Michel Foucault iremos perceber que talvez a forma de abordagem que tem sido feita pelos pensadores da política sobre o nascimento do poder, ou da soberania, não seja a melhor, pois com certeza não é a única.

Sendo assim, Foucault faz uma abordagem diferente para que se possa identificar de onde provem o poder:

Um princípio geral no que diz respeito às relações entre direito e poder: parece-me que nas sociedades ocidentais, desde a Idade Média, a elaboração do pensamento jurídico se fez essencialmente em torno do poder real. É a pedido do poder real, em seu proveito e a para servir-lhe de instrumento ou justificação que o edifício jurídico de nossas sociedades foi elaborado. No Ocidente, o direito é encomendado pelo rei. Todos conhecem o papel famoso, célebre e sempre lembrado dos juristas na organização do poder real. (FOUCAULT, 2012, p. 280).

Se pensarmos que a necessidade de estudar o poder do rei para justifica-lo pode ser uma demonstração que em dado momento iniciou-se um verdadeiro processo de contestação das origens deste poder. Dessa forma os pensadores passaram a atender uma demanda do rei como forma de não deixar que toda a estrutura de poder viesse a ruir.

E nesta tarefa de fundamentar para legitimar o poder real que os pensadores políticos optaram por uma abordagem até certo ponto hierárquica, ou seja, olhando o poder de cima para baixo como explica Foucault

É preciso não esquecer que a reativação do Direito Romano no século XII foi o grande fenômeno em torno e a partir de que foi reconstituído o edifício jurídico que se desagregou depois da queda do império romano. Essa ressurreição do Direito Romano foi efetivamente um dos instrumentos técnicos e constitutivos do poder monárquico autoritário, administrativo e finalmente absolutista. Quando, nos séculos subsequentes, esse edifício jurídico escapar ao controle real, mais precisamente quando se abater sobre ele, o que se questionará serão os limites desse poder e seus privilégios. Em outras palavras, o personagem central de todo edifício jurídico ocidental é o rei. É essencialmente do rei, dos seus direitos, do seu poder e de seus limites eventuais, que se trata a organização geral do sistema jurídico ocidental. (FOUCAULT, 2012, p. 280).

Nesta linha o que até aqui podemos perceber é que conforme o corte teórico, que sempre será limitador, podemos encontrar diversas formas de explicar de onde se origina o poder.

Talvez o mais interessante disso seja que a medida que se avança sobre o tema conseguimos identificar o quão pode ser arriscado o seu estudo, pois a análise sobre onde/quando precisamente começa o poder que fundamenta o direito é uma discussão que

pode levar ao regresso infinito, ou seja, uma discussão improfícua pois é preciso pensar o ordenamento com vistas a dar soluções para os problemas encontrados no presente momento.

Não que tal discussão não seja importante, mas fato importante é que uma ciência tem que tem uma utilidade, pois caso contrário toda discussão será em vão. Nesta linha é salutar ressaltar o papel do postulado para barrar o risco da regressão infinita e no caso em questão, frise-se, a norma fundamental.

2. Como as normas se relacionam dentro do sistema.

Logicamente a ideia escalonada de sistema pressupõe a existência de uma norma fundamental a qual todas as fontes devem atender. Para que exista um todo ordenado. Existem dois tipos de sistema e a norma fundamental apenas tem nexos em um deles

Podemos, ainda, começar aqui a partir da análise do conceito de sistema feita por Kelsen. Ele distingue dentre ordenamentos normativos dois tipos de sistemas, um que se chama *estático* e outro, *dinâmico*. Sistema estático é aquele no qual as normas estão ligadas umas às outras, como proposições de um sistema dedutivo, isto é, pelo fato de se deduzirem umas das outras partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que têm a mesma função de postulados ou axiomas num sistema científico. Por exemplo; Hobbes põe como fundamento da sua teoria do direito e do Estado a máxima “Pax est quaerenda”, e com isso quer dizer que o postulado ético fundamental do homem consiste em que é necessário evitar a guerra e buscar a paz; dessa regra fundamental, deduz ou pretende deduzir todas as principais regras da conduta humana, que chama de leis naturais. (BOBBIO, 2011, p. 80).

As normas deste sistema estático se ligam, ou se atrelam por meio de um nexo de conteúdo. Seria como dizer a mesma coisa de formas diversas. Nesta modalidade de sistema em todas as normas se encontra a essência geral, qual seja, evitar o estado de natureza e buscar a paz.

Ademais, da referida citação não se pode deixar de analisar a influência de Kelsen é indispensável, pois ele deu contribuição basilar para demonstrar o direito como ciência, ou seja, ele percebeu que para ser ciência era preciso fazer com que o direito se fundasse em um “postulado”, qual seja, a norma fundamental. Acreditamos que essa ponderação sobre a importância de Kelsen é ímpar para quem quer entender o direito como ciência.

Mas retornando a discussão anterior a outra forma de sistema que definida por Kelsen foi o sistema dinâmico que se diferencia do sistema estático justamente pela forma como as normas se relacionam

Sistema dinâmico, ao contrário, é aquele no qual as normas que o compõem derivam umas das outras por meio de sucessivas delegações de poder, isto é, não por meio do seu conteúdo, senão por meio da autoridade que as positivou: uma autoridade

inferior deriva de uma autoridade superior, até que se chegue à autoridade suprema, que não tem nenhuma outra autoridade acima de si. Pode-se dizer, em outras palavras, que a ligação entre várias normas é, nesse tipo de ordenamento normativo, não material, mas sim formal. (BOBBIO, 2011, p. 80).

E justamente essas delegações de poder é que nos ajudará a analisar como acontecem as relações em um sistema escalonado de normas com diferentes competências e delegações de competência. Logicamente é importante que se faça um esclarecimento no seguinte sentido: o que se chamou anteriormente no texto de norma fundamental pode ser entendido como uma forma de poder. Mas, se olharmos como poder, que poder é esse? Teria ele papel no ordenamento?

Em cada ordenamento jurídico, o ponto de referência derradeiro de todas as normas é o poder originário, isto é, o poder para além do qual não existe outro sobre o qual o ordenamento jurídico possa encontrar justificação. Esse ponto de referência é necessário, além do mais, como veremos adiante, para fundar a unidade do ordenamento. Chamamos esse poder originário de *fonte das fontes*. Se todas as normas surgissem diretamente do poder originário, encontrar-nos-íamos diante de um ordenamento simples. (BOBBIO, 2011, p. 55).

E quando Norberto Bobbio fala em “fonte das fontes” percebe-se que dois aspectos importantes, seno primeiro aquele que se liga norma fundamental, e o segundo aquele que se refere ao fato de que a sistema dinâmico talvez seja aquele que melhor se difundiu entre os vários Estados. Outro ponto importante é o que se refere a necessidade de que ocorram as delegações de competências para legislar para que não se prenda a um modelo de ordenamento simples.

Nesta linha é o que já se ponderou anteriormente no texto é importante que o sistema especifique quais são as fontes que produzem o direito legítimo. Logicamente quando se define isso o sistema quer desconcentrar o papel da norma fundamental atribuindo outras competências para legislar.

E essa competência não nasce ilimitada, o que é preciso dizer é que um poder superior delega a competência para um poder inferior, afinal é um sistema escalonado. E o controle do poder inferior se dá por dois tipos diferentes, a saber, os relativos a conteúdo e os relativos a forma.

A complexidade do ordenamento, ou seja, as normas que afluem por meio de diversos canais, ou fontes, sem fazer com que isso represente uma ameaça para a coerência interna do sistema, são fruto de dois fatores: 1º) nenhum ordenamento nasce do nada, ou seja, a menos que ocorra um processo revolucionário o novo ordenamento sempre trará alguma influência do antigo, e por isso a coerência vai sendo transmitida do velho ao novo numa constante; 2ª) o

poder originário uma vez consolidado cria novas centrais de produção jurídica a fim de fazer uma legislação sempre atualizada (BOBBIO, 2011).

Agora é preciso ver como essa complexidade funciona. Vêem-se que existem um poder superior e um inferior, de modo que existam instâncias hierárquicas devemos entender o seguinte: o sistema é uma rede formada por comandos e ações conforme explica Bobbio

Numa estrutura hierárquica, como aquela do ordenamento jurídico, os termos “execução” e “produção” são relativos, porque a mesma norma pode ser considerada, ao mesmo tempo executiva e produtiva; executiva em relação à norma superior; produtiva em relação à norma inferior. As leis ordinárias executam a Constituição e produzem os regulamentos. Os regulamentos executam as leis ordinárias e produzem os comportamentos conforme a elas. Todas as fases de um ordenamento são a uma só vez produtivas e executivas, à exceção daquela no grau mais alto e daquela no mais baixo. O nível mais baixo é constituído pelos atos executivos: esses atos são apenas executivos, e não produtivos. O nível mais alto é constituído pela norma fundamental. (BOBBIO, 2011, p. 63).

E esta norma fundamental é somente produtiva. Nesta estrutura do ordenamento pensado com um cone. Sendo assim, imagine-se dentro deste cone que será o ordenamento, se olhar do alto para baixo neste cone o que verá são uma série de processos de produção jurídica, ao passo que se um olhar de baixo para cima ver-se-á uma série de processos de execução, e por último o olhar fixado na região central do cone o que veremos é uma série de produções e execuções simultâneas.

3. CONCLUSÃO

Após o desenvolvimento do tema chegamos ao entendimento de que a existência de um sistema está atrelada a existência de um poder constituído pela sociedade. Esse poder tem a função de regular a vida em sociedade para propiciar uma melhor condição de vida ao próprio homem.

Quando se fala em sistema é importante entender que sua existência somente é possível se ele existir de forma ordenada, pois caso contrário não haveria sistema, e sim um emaranhado de regras contrapostas. Que levariam o homem ao caos pela insegurança gerada, o que não é interessante.

A ideia de sistema fundada em Kelsen foi fundamental para que se pudesse chegar a concepção do que seja a norma fundamental, que fecha o sistema e lhe propicia meios de que o ordenamento tenha um norte a ser seguido.

Ademais, a existência da norma fundamental foi necessária para que o direito pudesse ser analisado como ciência, pois a norma fundamental é um postulado. E não existirá ciência

sem que ela se funde justamente nestes postulados, que também são um limite além do qual não se deve passar sob pena de se tornar uma discussão infrutífera.

Infrutífera porque para avançar este limite é importante sair do sistema para analisa-lo de fora. E essa é uma questão que não foi objeto deste trabalho, mas que será em um estudo complementar a este.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES (384-322 a.C.). **Retórica** / Aristóteles; tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 25 ed. São Paulo: Graal. 2012.

JELLINEK, Georg. **Teoria General Del Estado**. Traducción de la segunda edicion alemana y prologo por Fernando De Los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros. 1970.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.