

# CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO: UMA PROPOSTA DE DIÁLOGO ENTRE SANTI ROMANO, HANS Kelsen, NORBERTO BOBBIO E RUY CIRNE LIMA

*Albenir I. Querubini Gonçalves<sup>1</sup>  
Bruno Bolson Lauda<sup>2</sup>*

*“Não é possível a ninguém adentrar-se no Direito positivo,  
sem transcender o Direito positivo”.*

Ruy Cirne Lima<sup>3</sup>

**Sumário:** 1. Introdução: a constatação de uma nova problemática para a teoria do ordenamento jurídico em face da supremacia da constituição. 2. SANTI ROMANO e a teoria do ordenamento jurídico. 3. A teoria do ordenamento jurídico como uma construção positivista-racionalista. Uma análise a partir do modelo kelseniano. 4. O viés realista a partir das ideias de RUY CIRNE LIMA. 5. O fundamento do ordenamento jurídico segundo RUY CIRNE LIMA. 6. Implicações da teoria do ordenamento jurídico enquanto construção positivista-racionalista: choques entre o abstrato e a realidade. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas.

**Resumo:** O artigo faz uma reflexão a respeito da teoria do ordenamento jurídico vista a partir da atual tendência de superposição de normas constitucionais em detrimento das normas infraconstitucionais.

---

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

2 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e pela Universidade da Califórnia em Berkeley

3 CIRNE LIMA, Ruy. **Preparação à dogmática jurídica**, p. 5.

Estabelece um paralelo entre a teoria desenvolvida por SANTI ROMANO, o modelo kelseniano e a teoria de RUY CIRNE LIMA sobre os fundamentos da Ciência do Direito.

**Palavras-chave:** ordenamento jurídico; supremacia da constituição; positivismo jurídico; neoconstitucionalismo.

**Abstract:** This article presents thoughts about the theory of the legal order as seen from the current tendency of superposition of constitutional rules, over the infraconstitutional rules. The article establishes a parallel between the theory developed by SANTI ROMANO, the Kelsenian model, and the theory developed by RUY CIRNE LIMA about the fundamentals of the Science of Law.

**Keywords:** legal order; supremacy of the constitution; juridical positivism; neoconstitucionalism.

## 1. INTRODUÇÃO: A CONSTATAÇÃO DE UMA NOVA PROBLEMÁTICA PARA A TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO EM FACE DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A teoria do ordenamento jurídico possui como principal objeto de estudo as relações existentes entre as normas jurídicas, decorrência lógica da constatação de que “as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”, conforme explicação trazida por NORBERTO BOBBIO<sup>4</sup>. Antes da popularização da teoria do ordenamento, que se deu com a obra “*L’ordinamento giuridico*”, de SANTI ROMANO, os problemas centrais de estudo do Direito centravam-se, exclusivamente, a partir do ponto de vista da norma jurídica. Assim, com a teoria do ordenamento aflorou uma nova perspectiva de estudo dos problemas gerais do Direito, o qual não mais se limita ao estudo da norma jurídica em seu isolamento.

No entanto, atualmente a teoria do ordenamento necessita ser revisitada e novamente discutida, principalmente em razão da ascensão do Direito constitucional, diante da tendência de superposição das normas constitucionais e supressão da importância do Direito infraconstitucional. No artigo “Direito constitucional, Direito ordinário, Direito judiciário”<sup>5</sup>, CEZAR SALDANHA SOUZA JUNIOR realiza uma abordagem sobre a distribuição dos níveis do ordenamento jurídico, os quais ele divide em nível constitucional, nível ordinário e nível judiciário, ressaltando a necessidade de respeito e harmonização equilibrada das relações de tais níveis como uma exigência do Estado Democrático de Direito.

A nova problemática surge, justamente, na medida em que as Instituições jurídicas que compõem os Estados deixam de observar essa estrutura ou, de qualquer forma, deixam de observar as exigências de harmonia e respeito dentre os referidos níveis, a exemplo dos chamados fenômenos atuais de “constitucionalização do Direito ordinário” e “politização do Poder Judiciário”.

4 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 19.

5 SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Direito constitucional, direito ordinário, direito judiciário. *Cadernos do PPGDir/UFRGS*, n. III, mar. 2005, pp. 07-18.

No primeiro exemplo, as constituições passam a absorver o conteúdo de matérias próprias do Direito ordinário, a exemplo de disposições que regulam questões de Direito de Família, propriedade ou outros institutos jurídicos (é o que ocorre com a chamada corrente da “constitucionalização do Direito Privado”). Quanto ao segundo exemplo, o Poder Judiciário passa a aplicar diretamente as disposições constitucionais, em especial os princípios constitucionais, em detrimento das disposições constantes no Direito ordinário. Tal quadro se agrava ainda mais quando os modelos constitucionais estatais permitem que os juízes ordinários realizem controle constitucional das normas infraconstitucionais, via controle difuso, como ocorre nos países da América Latino-Americana. Soma-se a isso o fato que, em determinadas questões levadas a Juízo, em particular as questões envolvendo disposições programáticas contidas nos textos constitucionais, tais como disposições referentes às políticas públicas, os juízes atuam como verdadeiros legisladores “*ex post factum*”. O resultado imediato desse atual cenário é a evidente insegurança jurídica e a demonstração das deficiências das instituições políticas e sociais, onde tais fenômenos se manifestam.

Diante desse quadro, cumpre fazer uma análise da teoria do ordenamento jurídico, a fim de questionar se, ainda, é pertinente falar em ordenamento jurídico na atualidade, bem como se, ainda, justifica-se a existência de um ordenamento jurídico fundamentado em níveis hierárquicos.

Nesse sentido, no presente artigo discorre-se sobre a teoria do ordenamento jurídico buscando realçar as suas principais características e fundamentos. A abordagem será feita com base nas obras principais dos respectivos autores, sendo ponto de partida a obra de SANTI ROMANO, passando por HANS KELSEN e NORBERTO BOBBIO. Por fim, será analisada a abordagem sobre o tema feita por RUY CIRNE LIMA.

Importante referir, ainda, que o presente trabalho sintetiza as conclusões alcançadas a partir do debate acadêmico realizado em aula no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, por ocasião da Disciplina DIP-061 Direito Constitucional I, ministrada pelo Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Júnior, durante o segundo semestre de 2009. Por tal razão e até mesmo por uma questão de delimitação metodológica, ao longo da elaboração do presente artigo deu-se preferência às fontes primárias dos

autores estudados (SANTI ROMANO, HANS KELSEN, NORBERTO BOBBIO e RUY CIRNE LIMA), sem que venha a representar ignorância ou desprezo às demais obras e estudos existentes na Doutrina acerca do tema propriamente dito ou a respeito da obra elaborada por tais autores (fontes secundárias).

## 2. SANTI ROMANO E A TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Em 1918, é publicada a primeira edição da obra “*L’Ordimento Giuridico*” de autoria do jurista italiano SANTI ROMANO, inicialmente publicada em dois fascículos dos “*Annali delle Università Toscane*”, respectivamente em 1917 e 1918. Trata-se de uma obra de teoria geral do Direito, no qual o autor efetua uma série de reflexões em torno de uma possível teoria do ordenamento jurídico, dividindo a obra em duas partes: a primeira, em que discorre sobre o conceito de ordenamento jurídico; e, a segunda, em que discorre sobre a pluralidade dos ordenamentos jurídicos e as suas relações entre si. De imediato, a obra de SANTI ROMANO causou grande repercussão no campo jurídico, dando início ao debate jurídico a respeito do tema. Por isso, faz-se necessário desenvolver aqui uma síntese de suas principais ideias sobre o ordenamento jurídico trazidas por SANTI ROMANO.

A novidade trazida na referida obra de SANTI ROMANO está no fato dele ir além daquela primeira ideia de ordenamento que leva em consideração o mero agrupamento de normas por critérios mais ou menos extrínsecos e particulares (a exemplo do emprego das expressões “Direito Brasileiro” ou “Direito Italiano”, para se referir às normas jurídicas vigentes em determinado território ou ente), destacando a existência de relações entre as normas jurídicas, salientando que o ordenamento jurídico constitui um “*tutto vivente*” [em tradução livre: um “*ser com vida*”], um organismo, que possui força própria<sup>6</sup>.

Na formulação e compreensão de seu conceito de ordenamento jurídico, SANTI ROMANO inicia seu raciocínio defendendo que o conceito de

6 ROMANO, Santi. *Ordinamento giuridico*, p. 13.

Direito deve conter os seguintes elementos essenciais: (a) *deve direcionar-se ao conceito de sociedade* – “*ubi ius ibi societas*” –, pela qual se entende como “uma entidade que constitua, tanto formalmente e extrinsecamente, uma unidade concreta, distinta dos indivíduos que nela estão compreendidos”<sup>7</sup>; (b) *deve conter uma ideia de ordem social*, a qual “serve para excluir cada elemento que conduza ao puro arbítrio ou à força material”<sup>8</sup>; (c) *a ordem social deve ser originada de normas que disciplinam as relações sociais*<sup>9</sup>; (d) *o conceito de instituição*, sustentando que “cada ordenamento jurídico é uma instituição e, vice-versa, cada instituição é um ordenamento jurídico”, sendo a equação entre os dois conceitos necessária e absoluta<sup>10</sup>.

A partir de tais pressupostos, SANTI ROMANO conclui que a expressão “Direito”, em sentido objetivo, pode designar um duplo significado: (a) um ordenamento na sua completude e unidade – uma instituição; (b) “um preceito ou um complexo de preceitos (sejam normas ou disposições particulares) diversamente agrupadas ou sistematizadas”, “destacando a conexão existente com o ordenamento como um todo, ou seja, com a instituição das quais são elementos”, que lhe atribuem o seu caráter jurídico<sup>11</sup>.

Cumprir observar que SANTI ROMANO adota uma visão institucionalista do Direito, a qual foi, inclusive, objeto de crítica por NORBERTO BOBBIO<sup>12</sup>. Da construção de Romano, deduz-se que em determinados momentos o conceito de Direito será o mesmo de ordenamento jurídico e de instituição. No entender de SANTI ROMANO, “entre o conceito de instituição e aquele de ordenamento jurídico, unitariamente e complexamente considerado, exista uma perfeita identidade”<sup>13</sup>. Segundo o autor, “*l’aspetto fondamentale e primario del diritto è dato dall’istituizione in cui esso si concreta, e non dalle norme*

7 ROMANO, Santi. **Ordinamento giuridico**, p. 26.

8 ROMANO, Santi. **Ordinamento giuridico**, p. 26.

9 ROMANO, Santi. **Ordinamento giuridico**, p. 27.

10 ROMANO, Santi. **Ordinamento giuridico**, p. 27.

11 ROMANO, Santi. **Ordinamento giuridico**, pp. 27-28.

12 Segue a crítica de Bobbio: “A nosso ver, a teoria da instituição teve o grande mérito de pôr em relevo o fato de que se pode falar de Direito somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e que, portanto, o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo”. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 21.

13 Em tradução livre: “o aspecto fundamental e primeiro do Direito é dado pela Instituição na qual ele se concretiza e não pelas normas ou, em gênero, pelos preceitos com os quais ele opera, que, ao invés disso, constituem um aspecto derivado e secundário.” ROMANO, Santi. **Ordinamento giuridico**, pp. 33-34.

*o, in genere, dai precetti con cui esso opera, che ne costituiscono invece un aspetto derivato e secondario*<sup>14</sup>. De igual forma, a ideia de Estado para Santi Romano também está associada à ideia de Direito, o que, por sua vez, também vai estar associada com a noção de instituição e de ordenamento jurídico, sendo o Estado, portanto, “uma espécie do gênero Direito”<sup>15</sup>. Ainda, conforme suas ideias, o que definiria o Estado enquanto ordenamento jurídico dos demais ordenamentos sociais é o seu caráter jurídico, dado pelo Direito.

As ideias de SANTI ROMANO permitem deduzir que a constituição representa uma espécie de Instituição, a qual é responsável pela esfera de eficácia do ordenamento jurídico, pois seguindo sua lógica, “*l’ordinamento giuridico vale solo nell’ambito segnato dagli elementi costitutivi della istituzione di cui si tratta*”<sup>16</sup>. Nesse caso, a constituição, enquanto ordenamento jurídico superior ou base de tal ordenamento, passa a determinar as próprias condições de existência e validade dos demais ordenamentos em nível inferior, tornando-se o pressuposto dos demais ordenamentos<sup>17</sup>.

Conforme o autor, a existência de um ordenamento pode depender de duas hipóteses: (a) quando um é subordinado ao primeiro e (b) quando um é pressuposto necessário do outro<sup>18</sup>. Não pode ser esquecido, que “é sempre o Estado que determina os limites da validade desses atos de fundação, e, além disso, depois que ele adquire vida, passa a regular-lhe o poder de autonomia, fazendo depender da observação de tais normas a existência dos ordenamentos que lhe derivam”<sup>19</sup>.

Infelizmente, a construção jurídica desenvolvida por SANTI ROMANO em sua obra “*L’Ordimento Giuridico*”, apesar da inovação e grande contribuição trazida à Doutrina, ao chamar a atenção para o fenômeno das relações decorrentes do ordenamento jurídico, ainda é carecedora de novas reflexões, ou melhor, de atualizações em face dos novos fenômenos jurídicos, a exemplo do atual contexto jurídico, em que as constituições passaram a gozar de grande supremacia em face das demais normas jurídicas.

14 ROMANO, Santi. **L’ordinamento giuridico**, p. 50.

15 ROMANO, Santi. **L’ordinamento giuridico**, p. 112.

16 Em tradução livre: “o ordenamento jurídico vale apenas no âmbito delimitado pelos elementos constitutivos pela instituição da qual se trata.” ROMANO, Santi. **L’ordinamento giuridico**, p. 142.

17 ROMANO, Santi. **L’ordinamento giuridico**, p. 147.

18 ROMANO, Santi. **L’ordinamento giuridico**, p. 149.

19 ROMANO, Santi. **L’ordinamento giuridico**, p. 150.

### 3. A TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO COMO UMA CONSTRUÇÃO POSITIVISTA-RACIONALISTA. UMA ANÁLISE A PARTIR DO MODELO KELSENIANO

O romanista italiano ANTONIO GUARINO, em sua obra “*L’ordinamento giuridico romano*”<sup>20</sup>, ao propor uma sistematização dogmática do Direito Romano, a partir de preceitos dogmáticos modernos, lembra que: (a) “cada sociedade humana implica a existência de um ordenamento social”, (b) “cada sociedade política implica um ordenamento soberano” e (c) “cada ordenamento soberano coincide, pelo menos em parte, com um ordenamento jurídico”. Sua observação é convergente com o pensamento jurídico moderno no sentido de que Direito e ordenamento jurídico são termos sinônimos, em especial a partir de uma construção jurídica de viés positivista-racionalista, a exemplo das construções de HANS KELSEN e NORBERTO BOBBIO. Positivista, porque a principal (ou praticamente exclusiva) fonte do Direito é o Direito positivo, posto pelo legislador. NORBERTO BOBBIO conceitua o positivismo jurídico como “aquela doutrina segundo a qual não existe outro Direito senão o Direito positivo”<sup>21</sup>.

A questão do ordenamento jurídico é tratada por HANS KELSEN em sua “Teoria geral do Estado”. KELSEN inicia a referida obra declarando que “o Estado é uma ordem da conduta humana”<sup>22</sup>, precisamente uma ordem normativa, distinta da ordem natural pelo poder de coação. Na sua concepção, é a norma jurídica que determina aos indivíduos adoção de determinada conduta, a praticar certo ato ou a abster-se de outro<sup>23</sup>, sendo que a existência das normas jurídicas depende do seu conceito de validade (*Geltung*)<sup>24</sup>.

O ordenamento jurídico em KELSEN é um modelo escalonado verticalmente, de cima para baixo, sendo que o critério que distingue as normas superiores das inferiores é o grau de validade e eficácia, sendo que a validade das normas de nível inferior depende das normas superiores que

20 GUARINO, Antonio. *L’ordinamento giuridico romano: lezioni istituzionali di Diritto Romano*. 2. ed., Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1956, pp. 14-15.

21 BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*, p. 19.

22 KELSEN, Hans. *Teoria geral do Estado*, p. 7.

23 KELSEN, Hans. *Teoria geral do Estado*, p. 8-9. Para saber mais sobre o assunto, vide a sua *Teoria pura do direito*.

24 KELSEN, Hans. *Teoria geral do Estado*, p. 9.

ditam a dinâmica da produção das normas. Pela ótica positivista, defende LUIS FERNANDO BARZOTTO, “o verdadeiro fundamento de validade de uma norma não é o poder, mas outra norma”, pois segundo o sábio professor gaúcho “o poder jurídico é aquele realizado em conformidade com normas válidas”<sup>25</sup>. Desta forma, temos a Constituição como sendo a norma suprema que condiciona a validade das demais normas do ordenamento, já que é ela que condiciona o processo legislativo, ditando os limites de atuação do legislador infraconstitucional. Mas o que dá validade à Constituição? Segundo a proposta de KELSEN, é a norma fundamental.

Segundo NORBERTO BOBBIO, a construção escalonada do ordenamento jurídico elaborada por KELSEN, cuja ideia central é de que “as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano”, mas sim de forma escalonada hierarquicamente, como uma “pirâmide”, serve para explicar a unidade de um ordenamento jurídico complexo<sup>26</sup>:

Nessa pirâmide o vértice é ocupado pela norma fundamental; a base é constituída pelos atos executivos. Se a olharmos de cima para baixo, veremos uma *série de processos de produção jurídica*; se a olharmos de baixo para cima veremos, ao contrário, uma *série de processos de execução jurídica*. Nos graus intermediários, estão juntas a produção e a execução; nos graus extremos, ou só produção (norma fundamental) ou só execução (atos executivos)<sup>27</sup>.

Para BOBBIO, “a norma fundamental é o critério supremo que permite estabelecer se uma norma pertence a um ordenamento jurídico”, ou seja, ela vem a ser “o fundamento de validade de todas as normas do sistema [leia-se ordenamento]”<sup>28</sup>. Porém, deve-se atentar para o detalhe de que a norma fundamental não é uma norma jurídica. Como expõe KELSEN: “A norma fundamental de uma ordem suprema ou soberana não pode, com efeito, ser uma norma positiva, mas apenas uma norma suposta, hipotética”<sup>29</sup>. Ela é um postulado hipotético-filosófico<sup>30</sup>.

25 BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**, p. 21.

26 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, pp. 51 e seguintes.

27 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 51 (os destaques em itálico constam no texto original).

28 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 62.

29 KELSEN, Hans. **Teoria geral do Estado**, p. 43.

30 Conforme expõe BOBBIO: “Temos dito várias vezes que a norma fundamental é um

Dentro da visão positivista do Estado como ordem normativa, que é típica da concepção moderna, o próprio Estado dita o que é jurídico, pois é o Estado quem regula o processo de elaboração das normas jurídicas, é quem lhe confere validade e eficácia por meio da força<sup>31</sup>. Nesse estágio, note-se, o jurídico já não precisa mais ser uma cópia perfeita da realidade. Para KELSEN, “a realidade não pode ser a imagem perfeita da ordem normativa, mas deve, no entanto, ter um mínimo de semelhanças com o seu modelo ideal”<sup>32</sup>. Ademais, no modelo positivista-racionalista, em razão do Direito positivo ser a única fonte válida de Direito (ou pelo menos a preponderante), o domínio da produção de normas pelo legislador resulta também como uma manifestação do poder estatal, a partir da qual o Estado é o criador do Direito. Desta forma, pela lógica positivista-racionalista, não há mais a necessidade de vinculação do jurídico com a realidade, podendo-se abrir, por conseqüência, margens para uma total abstração entre o ser e o dever ser, já que basta apenas que o Direito produzido pelo Estado seja válido, não precisando estar atrelado à persecução de fins, tais como o bem comum da coletividade e a justiça.

#### 4. O VIÉS REALISTA A PARTIR DAS IDEIAS DE RUY CIRNE LIMA

Até aqui fizemos uma breve análise da teoria do ordenamento jurídico a partir do enfoque institucionalista de SANTI ROMANO e do enfoque positivista, a partir do modelo defendido por KELSEN e BOBBIO. Pretendemos, agora, fazer uma análise do ordenamento jurídico segundo as ideias de RUY CIRNE LIMA, constantes em sua obra “Preparação a dogmática jurídica”, na qual adota uma visão que melhor se coaduna com a realidade e com a tradição jurídica.

---

pressuposto do ordenamento: ela, num sistema normativo, exerce a mesma função que os postulados num sistema científico. Os postulados são aquelas proposições primitivas das quais se deduzem outras, mas que, por sua vez, não são deduzíveis. Os postulados são colocados por convenção ou por uma pretensa evidência destes; o mesmo se pode dizer da norma fundamental: ela é uma convenção, ou, se quisermos, uma proposição evidente que é posta no vértice do sistema para que a ela se possam reconduzir todas as demais normas”. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, pp. 62-63.

31 Sobre o assunto, vide a introdução da obra **O positivismo jurídico contemporâneo**, de autoria de LUIS FERNANDO BARZOTTO (obra já citada).

32 KELSEN, Hans. **Teoria geral do Estado**, p. 15.

Segundo RUY CIRNE LIMA, é do pensamento grego clássico decorre a ideia de que o Estado vem a ser “uma exigência lógica do ordenamento jurídico”<sup>33</sup>. Sendo que o ordenamento jurídico dispõe-se segundo o desenvolvimento lógico do conceito de justiça, nas suas três formas de manifestação: (a) comutativa, (b) distributiva e (c) legal<sup>34</sup>. A partir disso, já é possível notar que RUY CIRNE LIMA parte de uma visão teológica do ordenamento jurídico, que é o bem comum da coletividade e a busca pela justiça, que vai se dar por meio do Estado, cujas funções são: (a) imediatas – enunciar e aplicar o Direito e executá-lo; (b) mediatas – prover as necessidades da coletividade, ou seja, buscar o bem comum<sup>35</sup>.

Para CIRNE LIMA, o ordenamento jurídico reclama uma entidade a mais, que é o Estado, “na qual a coletividade, como distinta de todos os seus componentes, encontre expressão, e essa entidade distinta ora é definida como o bem comum, ora como uma imagem abstrata da multidão, ora como uma imagem abstrata do homem”<sup>36</sup>. Essa entidade assim vai se caracterizar: (a) enquanto *bem comum* identifica-se com a realização da justiça; (b) enquanto *imagem abstrata da multidão* identifica-se com a Constituição, que vem a ser a “alma da polis”; (c) enquanto *imagem abstrata do homem* identifica-se com a lei encarnada pelo legislador<sup>37</sup>.

Desta forma, o Estado é uma entidade ora identificada com a realização da justiça, ora com a lei orgânica da coletividade, ora com a própria lei, o que nos permite concluir que para CIRNE LIMA o Estado vem a ser igual a justiça somada à Constituição e à lei (ESTADO = JUSTIÇA + CONSTITUIÇÃO + LEI), logo o Estado vem a ser uma entidade real.

Ensina CIRNE LIMA que “o ordenamento jurídico, enquanto expressão de relações de justiça ou relações jurídicas, exige o Estado, chama-o à vida”<sup>38</sup>. Em outras palavras, “o Estado é chamado à vida pelo Direito, ou pela relação jurídica, a fim de aplicar e executar o Direito e, através da ordem jurídica em realização, assegurar o bem comum”<sup>39</sup>. Nesse contexto, a Constituição é

33 CIRNE LIMA, Ruy. *Preparação à dogmática jurídica*, p. 9.

34 CIRNE LIMA, Ruy. *Preparação à dogmática jurídica*, p. 9.

35 CIRNE LIMA, Ruy. *Preparação à dogmática jurídica*, p. 18.

36 CIRNE LIMA, Ruy. *Preparação à dogmática jurídica*, p. 10.

37 CIRNE LIMA, Ruy. *Preparação à dogmática jurídica*, pp. 10-11.

38 CIRNE LIMA, Ruy. *Preparação à dogmática jurídica*, p. 16.

39 CIRNE LIMA, Ruy. *Preparação à dogmática jurídica*, p. 17.

a lei suprema e “superior ao rei”, decorrente do primado lógico da relação-jurídica-Estado<sup>40</sup>.

## 5. O FUNDAMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO SEGUNDO RUY CIRNE LIMA

No plano da coletividade, o conceito de justiça vai reclamar uma tríplice divisão da ação: (a) na *justiça distributiva* a ação dos governantes sobre os governados, (b) na *justiça legal* ações dos governados sobre os governantes e (c) na *justiça comutativa* ações dos governados, uns quanto aos outros. A Constituição, enquanto norma suprema, “é que opera, contudo, o discrimine entre governantes e governados, atribuindo-lhes as qualificações jurídicas correspondentes”, sendo que, “nesse discrimine, a operar-se segundo os ditames do bem comum, a escolha dos governantes deverá efetuar-se de modo a não ofender-se, pela acepção de pessoas, a justiça distributiva”<sup>41</sup>.

Depreende-se que RUY CIRNE LIMA, ao adotar como fundamento do ordenamento a realização do bem comum da sociedade e da justiça, embora discorrendo sobre um problema do Direito positivo, ele consegue afastar-se do Direito positivo ao realizar uma proposta jurídica voltada para a razão prática e a tradição jurídica, distanciando-se, assim do mero tecnicismo dos demais autores aqui estudados.

Assim, de acordo com Ruy Cirne Lima, o ordenamento jurídico, ao começar pela consideração do conceito de justiça, em suas três modalidades do pensamento clássico:

O ordenamento jurídico dispõe-se segundo o desenvolvimento lógico do conceito de justiça: comutativa (quanto às relações dos indivíduos entre si), distributiva (quanto às relações da coletividade para com os indivíduos) e legal (quanto às relações dos indivíduos para com a coletividade).<sup>42</sup>

Cada um desses corresponderia a um ramo do Direito. A justiça comutativa, ao Direito Privado; a Distributiva e a Legal, ao Direito Público

40 CIRNE LIMA, Ruy. *Preparação à dogmática jurídica*, pp. 21-22.

41 CIRNE LIMA, Ruy. *Preparação à dogmática jurídica*, p. 22.

42 CIRNE LIMA, Ruy. *Preparação à dogmática jurídica*, p. 9.

(e, respectivamente, ao Direito Constitucional e Administrativo e ao Direito Penal).

No entanto, como se funda o ordenamento jurídico na consideração do conceito de justiça, dá-se que se torna necessário também levar em conta o fundamento da própria justiça a fim de se encontrar o fundamento último do ordenamento jurídico.

Por isso, nesse sentido, não exclui, RUY CIRNE LIMA, do sistema, a lei divina. Pois é esta, em primeiro lugar, que, segundo o autor, *possibilita* a lei dos homens, isto é, que lhes rende o poder de fazer as suas próprias (e particulares) leis. Como coloca Ruy CIRNE LIMA:

Manifesta-se a sacralidade das leis, a sua força e o seu mistério, pela autoridade – autoridade que tanto se exprime pela *potestas*, reconhecida ao Estado, como pela *religio*, pertencente à Igreja. (...) A *auctoritas* é, no Direito romano primitivo, a base essencial de todos os atos rituais, assim do Direito sagrado como do Direito civil. Acima de todo o poder está a *auctoritas*, que não é o poder, e, entretanto, o legítima e o válida.<sup>43</sup>

Representa, portanto, a lei divina, o nível mais elevado e abstrato dos valores. O fim último do homem estaria no divino. Como colocava Tomás de Aquino, nesse sentido, “*tota communitas universi gubernatur ratione divina*”<sup>44</sup>. Há uma única lei eterna regendo o divino e o humano.

Nesse sentido, interessante posição ocupa o Direito Canônico. Conforme argumenta RUY CIRNE LIMA<sup>45</sup>, o Direito da Igreja é Direito, lógica e historicamente. O fato de o Estado contemporâneo recusar-lhe aplicação é uma questão política, e não jurídica. O seu âmbito de aplicação continua válido e eficaz.

O segundo nível é o da lei natural. Está abaixo da lei divina; se refere às coisas e à realidade humana, e nunca se opõe à lei divina. A lei natural parte da consideração de exigências da vida social-jurídica do homem, que podem ser identificadas a partir de sua maneira de ser. Este Direito Natural não se opõe de forma alguma à ordem positiva, pois apenas rende

43 CIRNE LIMA, Ruy. **Preparação à dogmática jurídica**, p. 79-80.

44 POPE, Stephen J. (Ed.). **The ethics of Aquinas**. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2002, p. 183.

45 CIRNE LIMA, Ruy. **Preparação à dogmática jurídica**, p. 84.

princípios e orientações gerais. Sua concretização variará de acordo com as circunstâncias. Não é um sistema fechado de normas, deduzido de uma concepção abstrata e pretensamente ideal da natureza humana, como não raro, erroneamente, muitos crêem que seja. Como bem destaca CARLOS IGNÁCIO MASSINI:

La exigência de unidad y encadenamiento del saber propia del “espíritu del sistema” tuvo como resultado la construcción de edificios jurídicos rígidos, desconectados de la historia y de la vida del derecho, que pretendían contener todas las soluciones posibles para los problemas humanos. Cualquier solución jurídica debía tener su lugar em el sistema y justificarse racionalmente a partir del mismo. El derecho formaba una entidad clausa, que no recibía influencias de la vida social, las instituciones políticas o las creencias religiosas.<sup>46</sup>

Tem-se, assim, o terceiro nível do ordenamento jurídico, o da lei positiva, do Direito positivo. É o único nível que os positivistas jurídicos reconhecem como científico. O Direito positivo é aquele posto pelo Estado, é o Direito de fato, inclusive escrito e legislado por órgãos e pessoas com autorização para fazê-lo de acordo com normas que assim o determinam (mas não se resumindo a normas escritas) e que vige em uma dada nação, é o Direito tal como é no mundo prático.

Entende-se, assim, que o ordenamento jurídico só pode ser propriamente desenvolvido a partir do desenvolvimento do conceito (clássico) de Justiça e da consideração da ideia de Estado.

Primeiramente, o Estado se faz necessário porque é somente por meio do Estado que os seres humanos individualmente considerados adquirem individualidade a qual podem opor à coletividade; e esta, àqueles. O que no plano social é inconcebível, no plano jurídico se torna possível pela presença do Estado e da Justiça<sup>47</sup>.

O ordenamento jurídico é, assim, tripartite: tem um aspecto comutativo, isto é, relativo às relações dos indivíduos uns para com os outros, que se refere ao Direito Privado; tem ainda um aspecto distributivo, referente às

46 MASSINI, Carlos Ignacio. *La desintegración Del pensar jurídico em La edad moderna*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980, p. 26.

47 CIRNE LIMA, Ruy. *Preparação à dogmática jurídica*, p. 10.

relações da comunidade para com o indivíduo, que diz respeito ao Direito Administrativo; e, por fim, conta ainda com um aspecto de Justiça legal, que tem por fundamento as relações dos indivíduos para com a coletividade, e se refere aos demais Direitos públicos, como o Direito Penal.

No Direito positivo, o ordenamento jurídico continua ainda a se escalonar, em diferentes ordens, de acordo com o seu grau de generalidade e importância. Na ordem jurídica positiva, a ordem mais importante é a Constitucional, que é o nível em que se encontram os valores mais importantes da nação e do povo, historicamente ou não, e que condiciona a formulação de todos os demais níveis, desde o legislativo ordinário até a sua aplicação pelo juiz individual no caso concreto<sup>48</sup>.

Assim, pode-se resumir o ordenamento jurídico na concepção de RUY CIRNE LIMA como um conjunto de ordens jurídicas de diferentes níveis e orientado para a finalidade da promoção da Justiça e do bem comum.

## 6. IMPLICAÇÕES DA TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO ENQUANTO CONSTRUÇÃO POSITIVISTA-RACIONALISTA: CHOQUES ENTRE O ABSTRATO E A REALIDADE

O jus-filósofo argentino CARLOS IGNÁCIO MASSINI CORREAS, em obra na qual discorre sobre o pensar jurídico moderno, observa que *“qualquier intento de valoración y crítica de la realidad jurídica contemporánea, presupuesto necesario de una empresa de superación y mejoramiento de sus estructuras, deve partir de un acertado estudio de las ideas elaboradas en la modernidad acerca del derecho”*<sup>49</sup>. A partir da observação feita por MASSINI, evidencia-se que reside no próprio modo de pensar moderno a raiz principal da dificuldade de se explicar, em termos jurídicos modernos (ou seja, dentro de parâmetros racionalistas), o ordenamento jurídico e a necessidade e exigência de níveis que lhe garantam unidade, racionalidade, hierarquia e harmonia, de forma sistemática.

48 SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Direito constitucional, direito ordinário, direito judiciário”. *Cadernos do PPGDir/UFRGS*, n. III, mar. 2005, pp. 7-18.

49 MASSINI, Carlos Ignacio. *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980, p. 14.

No pensar jurídico clássico, ao contrário da realidade jurídica atual, seria desnecessário realizar construções teóricas a fim de explicar a necessidade de haver um ordenamento jurídico, uma vez que a percepção dos fenômenos se dava em atenção a uma idéia derivada da existência de uma ordem existente no próprio cosmo. Enquanto isso, para o homem moderno, há a necessidade de que suas verdades venham a ser comprovadas cientificamente, através da razão por meio do método científico.

Decorre dessa postura do homem moderno, ao romper com a tradição e ao desintegrar o modo de pensar clássico<sup>50</sup>, a raiz da problemática do ordenamento jurídico (que também é uma formulação moderna), uma vez que tal modelo não soube dar respostas claras e “verdadeiras” aos atuais problemas anteriormente referidos, ainda mais após a ascensão da destacada importância assumida pelas constituições.

A partir disso, seguindo uma linha mais pessimista quanto às soluções, mas, por outro lado, de cunho mais realista, leva-nos a crer que a problemática não terá soluções a curto, médio ou longo prazo, ao menos enquanto a forma de pensar moderno continuar a preponderar. Isso porque, a busca de soluções às necessidades de justificar a própria razão da existência do ordenamento jurídico, em especial aquela relativa aos seus níveis (constitucional, ordinário e judicial), deve partir de posturas realista em detrimento das racionalistas até aqui empregadas, já que a problemática assenta-se também em questões atreladas a uma compreensão metafísica da realidade.

Nesse sentido, nem mesmo as propostas de possíveis soluções pautadas no próprio modelo de pensar moderno, ao propor a criação de novos dogmas e pressupostos racionais hipotéticos, solucionariam em definitivo os problemas, sem antes haver uma reforma institucional. Assim, a formulação de propostas sem uma mudança institucional, ao invés de resolver, poderia vir a acarretar o desencadeamento de um ciclo vicioso, pois para cada novo problema seria exigido novos pressupostos e assim por diante, indefinidamente.

Logo, é difícil querer dar respostas àquilo que não se tem respostas, pois a construção moderna da idéia de ordenamento baseia-se em pressupostos racionais hipotéticos, perfeitos no plano das idéias, mas imperfeitos quando

---

50 Sobre a forma de pensar do homem moderno vide: BALLESTEROS, Jesus. *Postmodernidad: decadencia o resistencia*. 2. ed., Madrid: Tecnos, 2000.

comparados com a realidade. O desafio está no fato de que no plano das idéias o sistema é perfeito e não previa as falhas que hoje se tornaram em graves problemas jurídicos e sociais.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode perder de vista que a teoria do ordenamento jurídico, que atualmente vive momentos de crise, é uma construção tipicamente positivista, baseando-se em preceitos nitidamente racionalistas de que o ordenamento vem a ser (ou pelo menos deva ser) algo perfeito, no sentido de formar uma unidade hierárquica, harmônica e livre de lacunas. No entanto, a realidade demonstra que o ordenamento jurídico, na concepção positivo-racionalista, jamais será algo perfeito, justamente porque o Direito não está parado em repouso. É impossível que o legislador venha a prever todas as situações da vida, até mesmo pelo fato da sociedade estar em constantes mudanças, o que faz gerar novos problemas jurídicos, necessitando, assim, que o direito traga novas respostas às problemáticas sociais.

Foi analisado aqui três correntes de fundamentação da teoria do ordenamento jurídico: a corrente de viés institucionalista, de SANTI ROMANO; a corrente de viés positiva-racionalista, de HANS KELSEN e NORBERTO BOBBIO; e, a corrente de viés realista de RUY CIRNE LIMA.

Infelizmente, nenhuma delas dá respostas perfeitas à atual crise do ordenamento jurídico que analisamos na introdução, pois as obras dos referidos juristas são anteriores ao atual fenômeno “neoconstitucionalista”.

SANTI ROMANO andou bem ao realçar o vínculo existente entre o ordenamento jurídico, o Estado e as instituições, abrindo o Direito para um maior diálogo com a política. No entanto, SANTI ROMANO falha ao deixar de relacionar o ordenamento jurídico com a tradição jurídica e com os fins próprios do Direito: bem comum e a Justiça.

Por sua vez, a concepção de KELSEN e BOBBIO em nada contribui para apresentar soluções à atual crise do ordenamento. Muito pelo contrário, é a visão estritamente positiva a raiz da atual problemática, pois parte de um

isolamento do Direito com as demais ciências, uma vez que buscou tratar do fenômeno jurídico em sua “pureza”, rompendo com a metafísica. Parece-nos que o constitucionalismo buscou realizar uma reaproximação do Direito com a metafísica ao prever princípios fundamentais, normas programáticas e demais prescrições valorativas, as quais exigiriam juristas com maior percepção dos fenômenos jurídicos, além daqueles meramente postos pelo legislador. E eis aí o início da problemática, pois já não contamos mais com juristas aptos a desenvolver todo o potencial jurídico trazido pelas normas constitucionais, justamente porque a superioridade da Constituição também visa a corrigir as distorções do modelo positivista-racionalista, tais como a preponderância do econômico sobre o humano (outro exemplo, que jamais pode ser esquecido, é o nazismo, cujo modelo de estado e de Direito era válido dentro de uma concepção jurídica positivista-racionalista).

Por isso, podemos afirmar que o Direito Constitucional representa uma nova tecnologia mal explorada, pois predominam juristas sem formação para isso, pois os que hoje a usam tem formação meramente tecnicista, completamente alheios ou desconhecedores da metafísica. O resultado disso é que na busca de soluções para a problemática atual do Direito está sendo esquecida a verdadeira ciência jurídica em prol da criação de métodos ou fórmula de julgar, a exemplo do popularizado modelo proposto por ROBERT ALEXY, RONALD DWORKIN e pelos demais neoconstitucionalistas<sup>51</sup>, que buscam inserir princípios constitucionais como solução para as falhas e lacunas do sistema, inclusive com supressão do Direito infraconstitucional, agravando ainda mais a problemática.

Magistral a abordagem de RUY CIRNE LIMA, a qual ressalta o verdadeiro fundamento da Ciência do Direito e do ordenamento jurídico, que é a busca pelo bem comum e a realização da justiça, nas suas três modalidades clássicas: justiça comutativa, distributiva e legal. Além disso, CIRNE LIMA é merecedor de elogios por fazer uma abordagem voltada à tradição jurídica, uma vez que o Direito é uma continuidade, assim como a sociedade vive uma continuidade. Por tais motivos, apresenta-se como acertada a lição

---

51 Sobre as diversas correntes do neoconstitucionalismo: VIGO, Rodolfo Luis. Constitucionalização e Neoconstitucionalismo: alguns riscos e algumas prevenções. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, março de 2008 – vol. 3, n.1.

de que “não é possível a ninguém adentrar-se no Direito positivo, sem transcender o Direito positivo”<sup>52</sup>, uma vez que “*jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia*”, conforme já constava no *Corpus Juris Civilis*.

Infelizmente, para atual problemática jurídica não existem verdadeiras soluções a curto e médio prazo, pois ela é o fruto de construções passadas que hoje já se mostram deficientes e insuficientes. Desta forma, deve ser ressaltado que uma mudança deve partir de uma reestruturação das instituições políticas da nossa cultura jurídica, buscando, inclusive, resgatar os laços do presente com a tradição jurídica e o compromisso dos juristas e legisladores na busca pelo bem comum e pela realização da Justiça.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALLESTEROS, Jesus. **Postmodernidad: decadencia o resistencia**. 2. ed., Madrid: Tecnos, 2000.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**. Torino: Giappichelli, 1979.

BOBBIO, Norberto. **Principii di diritto costituzionale generale**. 2. ed., Milano: Giuffrè, 1947.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed., Brasília: UnB, 1999.

CIRNE LIMA, Ruy. **Preparação à dogmática jurídica**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria Sulina, 1958.

---

52 CIRNE LIMA, Ruy. **Preparação à dogmática jurídica**, p. 5.

GUARINO, Antonio. **Lordinamento giuridico romano**: lezioni istituzionali di Diritto Romano. 2. ed., Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1956.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Estado**. Trad. Fernando de Miranda. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1938.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes: 2000.

MASSINI, Carlos Ignacio. **La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980, p. 14.

POPE, Stephen J. (Ed.). **The ethics of Aquinas**. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2002

ROMANO, Santi. **Lordinamento giuridico**. Firenze: Sansoni, 1951.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Direito constitucional, direito ordinário, direito judiciário**. Cadernos do PPGDir/UFRGS, n. III, mar. 2005, pp. 07-18.

VIGO, Rodolfo Luis. Constitucionalização e Neoconstitucionalismo: alguns riscos e algumas prevenções. (Trad. de Faustino da Rosa Júnior e Marta Marques Ávila. Rev. de Albenir Itaboráí Querubini Gonçalves). **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, março de 2008 – vol. 3, n.1. Disponível em: < <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/6829>>. / referencia