

153 - 171

Artigo

**O MODELO SISTÊMICO
DE ORDENAMENTO JURÍDICO
E SUAS TENDÊNCIAS NO BRASIL**

FERNANDO MUNIZ

O MODELO SISTÊMICO DE ORDENAMENTO JURÍDICO E SUAS TENDÊNCIAS NO BRASIL

THE LEGAL SYSTEM MODEL AND ITS TRENDS IN BRAZIL

FERNANDO MUNIZ

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brasil)

fernandomunizmp@hotmail.com

RESUMO: A recente atuação expansionista dos tribunais superiores no Brasil tem incrementado o debate sobre os limites da interpretação criativa do ordenamento jurídico e suscitado questionamentos. O objetivo deste ensaio é direcionar alguma reflexão à tradicional opção brasileira por um modelo sistêmico de ordenamento, mantida na Constituição Federal de 1988, desde um exame panorâmico do surgimento deste modo de pensar no mundo jurídico ocidental e do que é ínsito à noção de *sistema*. A hipótese é que a jurisprudência recente dos tribunais superiores brasileiros tem se afastado progressivamente do modelo de tipo sistêmico, tendendo à fragmentação. Atentar para as noções que estão implicadas no conceito de *sistema jurídico* permite notar que um ordenamento de tipo sistêmico exige certa flexibilização de conceitos, em um contexto que deveria ser lógico. E que aí reside certa instabilidade estrutural, onde têm atuado de forma expansiva os tribunais superiores brasileiros. Esta postura expansionista acaba se apresentando como a muda confissão de certa inclinação a um modelo fragmentado de ordenamento.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema jurídico; ordenamento jurídico brasileiro; jurisprudência expansiva.

ABSTRACT: The recent expansionist action of the Brazilian higher courts has increased the debate about the limits of the creative interpretation of the legal system and raised questions. The objective of this essay is to offer some reflection on the traditional Brazilian option for a systemic model of legal system, maintained in the Federal Constitution of 1988, from a panoramic examination of the emergence of this way of thinking in the Western legal world and of what is inherent in the notion of system. The hypothesis is that the recent jurisprudence of the Brazilian higher courts has progressively moved away from the systemic model, towards fragmentation. Carefully considering the notions that are implied in the concept of legal system allows us to note that a systemic type of system requires a certain flexibility of concepts, in a context that should be logical. And that therein lies a certain structural instability, where the Brazilian higher courts have acted in an expansive manner. This expansionist stance ends up presenting itself as a silent confession of a certain inclination towards a fragmented model of legal system. The scientific research method used was the deductive method. Methodological procedures: historical, comparative, monographic and statistical, corroborated by bibliographic (publications) and documentary (legal) research, in addition to formal research sources (laws *latu sensu* and doctrines) and materials (facts and values of society).

KEYWORDS: Legal system; Brazilian legal system; expansive jurisprudence.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O surgimento da noção de *sistema* e sua inserção no direito. 3. A unitariedade e a ordem nos sistemas em geral. 4. Os valores como objeto de estudos no pensamento moderno. 5. O caráter acentuadamente relativo e vago do conceito de *ordem* e o princípio jurídico de *ordem pública*. 6. A abertura do ordenamento a novos valores. 7. O pensamento que resta. 8. Referências.

1. Introdução

A recente atuação expansionista dos tribunais superiores no Brasil tem incrementado o debate sobre os limites da interpretação criativa do ordenamento jurídico. O distanciamento de algumas decisões judiciais do que tradicionalmente se pensa para um sistema jurídico sugere alguma inclinação a um modelo jurídico fragmentado e suscita questionamentos. Este ensaio parte da hipótese de que a jurisprudência recente dos tribunais superiores brasileiros tem se afastado progressivamente de um ordenamento de tipo sistêmico. O objetivo é direcionar alguma reflexão à tradicional opção brasileira por um modelo sistêmico de ordenamento, mantida na Constituição Federal de 1988, a partir de um exame panorâmico deste modo de pensar, desde o seu surgimento no mundo jurídico ocidental, e do que é ínsito à noção de sistema.

2. O surgimento da noção de *sistema* e sua inserção no direito

No ambiente do pensamento jurídico ocidental, o surgimento da noção de *sistema* ocorreu por volta do início do século XVII. Até então, o modo mais comum de se estudar o direito vinha sendo pela busca de entendimento sobre um ajuntado de normas elaboradas empiricamente pelo antigo Império Romano, reunidas no *Corpus Juris*. Esta compilação havia sido confeccionada por ordem de Justiniano, no século VI, e ficou conhecida como *Littera Boloniensis* depois que foi resgatada e passou a ser estudada em Bolonha, na Itália, desde o século XII. Desde os estudos primeiros, feitos pelos glosadores e comentaristas, ela passou a significar para o mundo do direito algo como uma *ratio scripta*, numa espécie de paralelismo em relação ao que já se fazia com a Bíblia no mundo cristão. Por principal, ela significava também uma possibilidade de superação da fragmentação do direito, típica da época, quando tinham de conviver normas de fontes tão

diversas como as provindas dos senhores feudais, das corporações, das comunas, dos reinos, além das canônicas¹.

Na tarefa de interpretar a *Littera Boloniensis*, surgiu a preocupação de extrair dela paradigmas utilizáveis como fonte de ensinamento, algo verdadeiro, que pudesse expressar a essência do direito dos homens. Notou-se a necessidade de desenvolver um método para o estudo de textos jurídicos escritos – algo também similar ao que já se fazia com a Bíblia. A noção de sistema surge quando foi inserida a noção de *ordem* no ajuntamento de normas, para superar a fragmentação. O conjunto passa a ser estudado como um agregado ordenado de normas jurídicas escritas, recebendo contribuições da lógica, como instrumento ideal para dar organização à totalidade. A noção de sistema então se espalhou para uso em diferentes áreas, como na astronomia, na teoria musical e nos estudos, principalmente classificatórios, da botânica e da biologia (Ferraz Jr., 2003, p. 65-72).

No mundo do direito, após tomar conta quase que por inteiro das preocupações jurídicas, a noção levou ao positivismo jurídico, um modo de pensar que eleva ao rigor lógico o pensamento sistemático, mas que também empobrece o direito por afastá-lo de seus fundamentos éticos e filosóficos. Como se o direito pudesse ser reduzido ao estudo das normas e sua lógica peculiar².

Tragicamente, as consequências desta apaixonada expansão se fariam notar após a Segunda Guerra Mundial, quando, estarecidos, os membros do Tribunal de Nuremberg ouviram de criminosos de guerra a alegação de que eram meros cumpridores da lei. Na suma de suas defesas, eles argumentavam que todo o povo alemão é que deveria ser julgado, visto que a eleição do nazismo e a edição das leis raciais que embasaram as ações sob julgamento eram obra de todo um Estado. Com os adornos da

1 Entre outros, cf. MERRYMAN, 1989.

2 Entre outros, cf. BOBBIO, 2006.

teoria positivista pura, quase que considerada então como a filosofia dos juristas por excelência, os criminosos de guerra se apresentavam para julgamento invocando para si o papel de meros cumpridores da força do Estado – e não como alguém que havia abusado do poder. Aceitar que as ações de criminosos de guerra estivessem amparadas por alguma lei vigente, porém, não era apenas uma saída justa para a justiça ocidental. Os mesmos argumentos que vinham sendo utilizados para desdenhar de afirmações jusnaturalistas poderiam impedir uma satisfação à opinião pública internacional. A saída “honrosa” encontrada foi a criação dos *crimes contra a humanidade*, um conceito que ainda se estuda, junto com as declarações de direitos humanos que desde então passaram a ser solenemente escritas. Isto não impediria que, algum tempo logo depois dos acusados de Nuremberg, argumentos similares voltassem a ser invocados no caso que ficou conhecido como “os guardiões do muro de Berlim”³.

Nos meios da filosofia do direito, a abrupta mudança de pensamento exigida por este contexto pós-guerra passou a ser conhecida como “a cláusula Radbruch”⁴, que diz algo como: “uma norma manifestamente injusta não pode ser considerada direito”. Na síntese deste processo, o que a comunidade ocidental parece ter absorvido é a consciência de que nenhum sistema jurídico nasce do nada e que não se pode reduzir o direito à norma. Há o elemento humano. O fundamento de cada norma é sempre um valor. Normas tutelam valores. Acaso o valor se perca no tempo, a norma cai em desuso.

O Brasil, especialmente, também foi alcançado pela expansão do pensamento sistêmico. A noção de ordenamento como uma ordem sistêmica positivada foi absorvida com um entusiasmo que ainda se preserva. Disto é suficientemente representativo que a

3 Entre outros, cf. DE CICCIO, 2007, p. 298-302; PIOVESAN, 2008, p. 117-136.

4 Uma alusão ao jurista alemão Gustav Radbruch (1878-1960), que, depois das atrocidades nazistas, passou a aceitar as teses jusnaturalistas que ele antes rechaçava.

atual Constituição Federal, além de utilizar a palavra “sistema” quase uma centena de vezes, utiliza o conceito para dispor sobre várias instituições de importância manifesta, tais como “sistema tributário” (Título VI, Cap. I), “sistema financeiro” (Título VI, Cap. IV) e “sistema único de saúde” (Título VIII, Cap. II, Seção II). Dado este contexto brasileiro, a questão que se apresenta diz respeito ao próprio conhecimento que se tem sobre o conceito. Será que existe sempre a perfeita consciência do que está implicado na noção de sistema jurídico?

3. A unitariedade e a ordem nos sistemas em geral

De um modo geral, *sistema* é um todo unitário e ordenado. Quando se pensa em sistema, o intuitivo é que se esteja pensando na reunião ordenada de uma pluralidade de elementos. Se está correta a intuição, existe um princípio unificador dos elementos componentes. E deve haver algo que estabelece o modo geral da agregação, determinando a coesão e o pertencimento. Que algo é este? O que garante reconhecimento ao elemento como integrante de um sistema, e não de outro? Estas são indagações pelo fundamento da unidade e do modo de ordenação, que caracterizam os sistemas em geral.

A resposta está nas noções de *unitariedade* e de *ordem*. O sistema é um todo unitário e ordenado, que se destaca pelo direcionamento orientado de suas partes a uma única e mesma finalidade. O princípio de unificação é determinado pela finalidade. A fixação de objetivo único para o todo é o que dá a unitariedade e explica porque alguns elementos são admitidos à composição e outros não. A noção de ordem é necessária para conformar as diferentes partes, de modo a formar uma unidade superior (a unidade sistêmica), com significação única. Num sentido muito amplo, quando uma coleção pode levar a diferentes todos, a forma da ordenação das partes determina o todo – a depender de como se ordenam as palavras, por exemplo, podem-se obter frases com sentidos muito diferentes.

Por paralelismo, o sistema jurídico é uma ordenação unitária de institutos jurídicos, organizados segundo uma certa ordem⁵. No ordenamento, a noção de ordem guia o modo de disposição dos elementos jurídicos, estabelecendo preferências e primazias. Neste pensamento, a noção de sistema jurídico, por essência, remete à de racionalização. E racionalização tem íntima conexão com os rigores do pensamento lógico. No ideal de racionalização, o sistema jurídico é um sistema lógico. Nele, as soluções a problemas jurídicos são obtidas no próprio sistema, segundo critérios universalmente válidos, pré-selecionados pela razão. Passa-se a pensar em um ordenamento jurídico sistemicamente organizado, que representa legitimidade para um modo de condução da sociedade.

Nota-se um nítido aspecto da noção de ordem: ela atua no modo de hierarquização dos elementos admitidos no ordenamento. Nesta compreensão, o princípio de unitariedade diz quais elementos devem ser integrados e quais não se admitem. E o princípio de ordem diz como os elementos integrados devem ser dispostos no contexto da integração. Os problemas começam a surgir quando se pensa que na noção de ordem estão ínsitos os valores, que naturalmente impregnam qualquer ordenamento.

4. Os valores como objeto de estudos no pensamento moderno

A noção de sistema implica as de ordem, de unitariedade, de pensamento lógico. O ordenamento jurídico é pensado como um agregado logicamente ordenado. Este modelo promete implicitamente que as soluções jurídicas serão extraídas do sistema

⁵ Sobre as noções gerais de “sistema” e “ordenamento jurídico”, entre outros, *cf.* BOBBIO, 2006; BOBBIO, 2016a; DAL POZZO; MARTINS; FERRA JR., 2023, p. 51-55; FERRAZ JR., 1997, p. 122-133; FERRAZ JR., 1980, p. 49-75. Para uma teoria formal e sistemática das relações lógicas entre o “todo” e suas “partes”, ver a *Terceira Investigação* de Husserl (1985, v. 2, p. 387-433).

jurídico. Mas quando se atenta para o especial modo de ser dos valores que ele implica, uma certa fragilidade estrutural se apresenta como uma destacada inerência.

É obra da filosofia moderna a descoberta dos valores como uma classe específica de objetos. Para além dos objetos que constituíam a antiga preocupação da ontologia (os objetos físicos, os psíquicos e os ideais), abriu-se a consciência para o novo mundo do *dever-ser*. Não é que a ética fosse algo estranho a estudos anteriores. A filosofia ocidental registra em sua época mais antiga as reflexões de Sócrates sobre as diferenças entre o homem e os demais seres, na relação com o *kosmos* que os circunda. Mas é que a filosofia moderna se preocupou especialmente em mostrar que a ética não pode ser conduzida ao mundo natural. Na Grécia de Sócrates, o mundo natural era meio que culturalizado; os mundos “natureza” e “cultura” ainda não haviam sido inteiramente separados. Exemplos desta mentalidade se podem notar no respeito devotado a pedras e riachos, ou em pedidos de desculpas feitos a árvores nos casos em que precisavam ser cortadas, que amiúde se encontram na literatura de então.

Nos estudos clássicos já se sabia que os objetos do mundo do ser são tema para explicação e obedecem ao princípio da causalidade. Na modernidade, desenvolve-se a consciência de que no mundo do *dever-ser*, da ética, da cultura, as coisas são compreendidas e obedecem ao princípio da finalidade, com regras de conduta. Os fenômenos são prescritos. O valor está ligado à ideia de significado⁶.

6 A constatação da linguagem prescritiva como uma linguagem própria das ordens normativas não ocorreu na modernidade. Norberto Bobbio, por exemplo, cita passagens de Cícero e Modestino, em que a linguagem prescritiva é atribuída ao direito, e Georges Kalinowski cita o próprio Aristóteles e Leibniz como precursores de uma lógica deontica (Bobbio, 2016b, p. 105; Kalinowski, 1975, p. 31-39). O que a filosofia moderna faria, principalmente por estudos de lógica jurídica e de fenomenologia, é demonstrar e desenvolver nitidamente a distinção entre as ordens do *ser* e do *dever-ser*, com suas linguagens descritiva e prescritiva, respectivamente (cf. Muniz, 2019, p. 26-28). Sobre a teoria dos valores, ver o compilado de Miguel Reale (1978, vol. 1, p. 195-207).

No grego *on* e seu plural *onta* significam ser, seres (Peters, 1974, p. 170), e *ont(o)* é elemento que se documenta em vocábulos formados na linguagem científica internacional a partir do século XIX (Cunha, 1982, p. 561), como *ontologia*, que atualmente significa a parte da filosofia que tem por objeto o estudo das propriedades mais gerais do ser (Houaiss, 2009, p. 1.389). À ontologia interessam os estudos sobre os objetos naturais: físicos, psíquicos, ideais. Intentos houve na filosofia jurídica de inserir o estudo do direito ora como pertencente à estrutura dos seres naturais-físicos, ora como objeto natural psíquico (redução do direito a um psicologismo jurídico), e até como objeto ideal (Muniz, 2019, p. 24-28). Mas a filosofia moderna contribuiu para evidenciar o pertencimento do direito a um mundo diferente daquelas até então conhecidas. Sendo reconhecido por determinantes especificidades, o direito passa a pertencer ao novo mundo do *dever-ser*, um mundo dos deveres, próprio do mundo dos valores e da cultura.

Até uma nova lógica se desenvolveu, percebendo-se que os funtores com que lidava a lógica clássica (como o *real*, o *possível* e o *necessário*) (Pfänder, 1933, p. 105-113) não eram adequados para as proposições prescritivas, próprias das normas e, conseqüentemente, do direito (Kalinowski, 1975, p. 74). Identificam-se novos funtores lógicos próprios para o novo mundo do *dever-ser* (*é proibido*, *é obrigatório* e *é permitido*), e a deontologia surge com um novo objeto de estudos⁷. Na filosofia, assume novo relevo uma teoria dos valores, também denominada axiologia (Reale, 1978, p. 175-207). Na síntese do que se reconhece nesta área de estudos, em relação a uma dada sociedade: não é possível julgar uma cultura sem entender os seus valores, assim como não é possível julgá-la a partir de valores estranhos.

⁷ *Deontologia* é termo criado por Bentham, em *Deontology or the Science of Morality*, obra póstuma de 1834, como uma *Teoria dos Deveres*, como “um estudio empírico de diferentes deberes, relativo a tal o cual situación social” (Lalande, 1953, p. 288).

Não interessa discutir se foi completa, ou se caminha para sê-lo, a separação dos mundos da natureza e da cultura (ainda há quem não aceite a expressão “direito natural” sob o argumento de que o direito não está no mundo da natureza). Interessa é destacar a tomada de consciência dos valores como uma classe própria e distinta de objetos, como um empreendimento recente.

Então, um ordenamento de tipo sistemático é um todo unitário e logicamente organizado de valores. Buscando claramente fundamento nos ideais iluministas de racionalização, as pretensões de estabilidade, segurança e sobretudo de legitimidade materializam-se em um modelo formal, em um determinado modo de organizar juridicamente os valores sociais. A noção de *ordem pública* é elevada à condição de princípio jurídico basilar, responsável pela organização dos valores inseridos no ordenamento. Mas é justamente esta noção de ordem pública que passa a sensação de que uma dada organização de valores sociais não pode ser mantida na forma de um modelo estritamente sistêmico.

5. O caráter acentuadamente relativo e vago do conceito de *ordem* e o princípio jurídico de *ordem pública*

O conceito de *ordem pública* tem uma configuração essencialmente relativa e vaga.

No sentido comum, quando se pensa em ordem pública, o intuitivo é que se esteja fazendo referência a uma determinada sociedade, e não a outras. No uso comum, a palavra “ordem” (do latim *ordinem*, acusativo de *ordo*), com o sentido de “arranjo lógico ou metódico, sequência ou colocação habitual” (Silva, 1995), alia-se ao sentido de “público” (do latim *publicus*, de *poplicus*, do povo), “da comunidade, do povo, de todos, apreciado por muitos” (Silva, 1995). E daí o termo “ordem pública” se forma fazendo a relação entre um dado povo e o estado de coisas por

ele pretendido. *Ordem* é intenção fundamental e geral, capaz de ligar e configurar as partes num todo (Ferraz Jr., 2014, p. 5); é o estado de algo que não é arranjado ao acaso. *Público* é o que remete a uma pluralidade de pessoas em concreto.

A remissão que o termo faz não é abstrata ou aleatória. Ela é feita à ordenação *deste* ou *daquele* povo, e não aos povos em geral. Então, o conceito é relativo e a referência que ele faz mira uma realidade empírica, excluindo outras. O modo especial de ordenação a que ele remete diz respeito a alguma sociedade em concreto e não às sociedades em geral. E assim se percebe a marcante característica da relatividade, dada pelo uso comum: o conceito relaciona o pensamento a uma individualidade determinada.

Quando a noção de ordem pública é tomada para compor um princípio jurídico estrutural, a referência passa a existir em relação ao ordenamento jurídico de uma determinada sociedade. O caráter relativo migra e passa a se expressar no princípio jurídico – a característica do sentido comum é tomada de empréstimo pelo sentido jurídico. Para atender ao princípio jurídico de ordem pública, é preciso atentar para o modo especial de organização pretendido por uma dada sociedade, e não pelas sociedades em geral. O princípio jurídico expressa submissão, em algum grau: ele faz referência ao modo de organização jurídica pretendida por uma sociedade individualizadamente considerada.

Além de sua natural dependência a conteúdos externos, o conteúdo jurídico do princípio de ordem pública possui uma especial vagueza. Sabe-se que um termo é vago quando seu significado não é suficientemente conhecido, a ponto de que existam casos limítrofes em que não é possível determinar a sua aplicação (Copi, 1978, p. 107-108); vagas são as expressões que não possuem um conteúdo de significação que seja idêntico em todos os casos de sua aplicação (Husserl, 1985, v. 1, p. 278).

Já os princípios jurídicos são normas jurídicas reconhecidamente genéricas, com elevado nível de abstração. Mas em “ordem pública”, enquanto princípio jurídico, nota-se uma fluidez superior à que comumente se reconhece a este tipo de norma – o que é uma natural decorrência da absorção de sentidos dos termos do uso comum tomados de empréstimo para a conformação do princípio jurídico. Se *ordem pública* remete ao modo de arranjo de uma sociedade concreta, o *princípio jurídico da ordem pública* depende do estado de coisas jurídicas idealizado pela sociedade a que o princípio faz remissão.

A significação algo vacilante deste princípio jurídico deve-se à referência que ele faz à realidade de uma sociedade individualmente considerada. O estado de coisas a que ele remete é mutável por natureza; ao fazer a remissão, o princípio se contamina com o que é natural à noção de mutabilidade. A interpretação passa a ser uma constante, um contínuo ajuste às condições culturais de um povo, num lugar e numa determinada época.

A vagueza especialmente acentuada se apresenta como uma consequência da remissão que o princípio jurídico faz a conteúdos externos fluidos: o conjunto dos valores que podem ser integrados no ordenamento é fluido, porque é não nítido e mutável; a esta natural fluidez se associa a inerente generalidade da normas-princípio. Pela vagueza natural dos termos do sentido comum que toma de empréstimo, o princípio jurídico acentua e potencializa a sua generalidade. E adquire uma equivocidade essencial.

Daí a especial dificuldade: para conhecer o conteúdo jurídico do princípio de ordem pública é preciso conhecer o conjunto de valores éticos socialmente compartilhados. O problema de vagueza, que se apresenta como que naturalmente e de forma acentuada, torna fluida e instável a tarefa de conhecer a exata extensão denotativa do princípio jurídico. Empenhar-se em discutir a noção como um princípio jurídico implica o enfrentamento de uma natural e incrementada vagueza, que precisa ser superada num ordenamento de tipo sistêmico.

6. A abertura do ordenamento a novos valores

Além de uma natural vagueza, o princípio jurídico de ordem pública apresenta dificuldades adicionais para a sua delimitação conceitual: com a função essencial de conformar juridicamente os valores professados por certa sociedade em certo período histórico, o princípio também sugere a possibilidade de inserção de novos valores sociais no ordenamento.

Como já se mencionou, o princípio obriga a inserção da noção de cultura no ordenamento. Não é que valores éticos já não se manifestem naturalmente na ordem jurídica. Qualquer ordenamento é composto por normas e a noção de valor é inerente às normas em geral. Mas o princípio conduz ao ordenamento exigências de absorção do conjunto da cultura social vigente. Esta sociedade já não pretende apenas a conformação de uma organização jurídica; ela também quer compartilhar uma ética, na dinâmica que lhe é própria. No sentido mais estrito, há uma exigência especial: a organização jurídica da sociedade precisa corresponder ao conjunto de sua cultura. A exigência reclama algo a mais da ordenação: que nela siga sendo refletido o pensamento ético, conforme compartilhado. Esta é uma exigência adicional. Que complica o ordenamento. A ela dizem respeito os valores sociais e a dinâmica que lhes é própria. Os valores culturais são uma adição à regra geral de ordenação unitária: eles também devem integrar e conformar a ordem jurídica. O ordenamento passa a ser um conjunto unitário de normas jurídicas ordenadas pela ética vigente. Há uma característica adicional, em relação aos ordenamentos em geral: na sua ordenação, ele também deve observar exigências atualizadas da cultura. Há algo adicional nas exigências de ordenação: não basta que seja coerente e unificado o conjunto dos institutos jurídicos; eles devem também atender ao pensamento ético compartilhado em seu tempo pelos integrantes daquela sociedade. Os diferentes elementos da ordem jurídica precisam fundamentar-se mutuamente em dupla perspectiva: jurídica e ética.

Faz-se notar uma funcionalidade nem sempre clara do princípio jurídico de ordem pública: ele pode servir à inserção de novos valores no ordenamento (os que, supostamente, passam a ser “absorvidos” pela sociedade). E assim o princípio pode funcionar como uma abertura, mais ou menos sensível, numa função nem sempre admitida claramente. Não raro uma abertura deste tipo é defendida de modo encoberto, por argumentação do tipo: “não se trata de aceitar um valor jurídico novo, mas de um não notado antes”. Alguém menos afeto a sutilezas ou eufemismos talvez prefira admitir que assim se está reconhecendo juridicidade a valores que não estavam positivados. O argumento é apenas um modo de tornar a absorção aceitável.

Portanto, na função de conformar valores sociais, o princípio da ordem pública pode funcionar como uma “cláusula de abertura”, a permitir que a dinâmica do ordenamento acompanhe aquela dos valores ético-sociais. Mas valores éticos não se apresentam claramente à observação. Eles são fluidos, têm nuances, gramaturas que escapam à percepção. Identificá-los passa a ser um problema jurídico. Na técnica utilizada para legitimar a identificação jurídica de valores éticos implícitos, ou não positivados, prescrevem-se exigências adicionais de justificação. Isto significa fixar a obrigação de se lançar a um trabalho argumentativo mais elaborado, com maior nível de aprofundamento do exame. Mas a dúvida que sempre surge é que aquilo que foi criado pela argumentação não é uma dedução lógica do que já consta no ordenamento. A legitimação assim buscada nunca perde as feições de árdua e artificiosa tarefa.

Quando o que se tem presente é o pensamento sistemático, entretanto, a própria possibilidade de obter tal legitimação é duvidosa, porque ela implica a flexibilização de conceitos em um contexto lógico. A lógica trabalha com significações *a priori*, caracterizações analíticas, necessidades apodíticas. E repele o que é natural às acomodações em geral (casuísmos, indistincões, re-

lativizações, etc.). Um sistema lógico é um ideal de racionalização. Nele estão implicados os rigores do pensamento lógico. Este é seguramente o tipo de ordenamento mais intrincado de ser construído e operado, porque demanda alto nível de inteligência para observar com rigor a idealidade própria da lógica, com deduções rigorosas, juízos formais de essências, afirmações com universalidade e necessidades conceituais puras.

E assim se constata uma fragilidade estrutural profunda no modo como se anuncia um ordenamento de tipo sistêmico. Com a noção de sistema, o ordenamento se apresenta e promete ser um todo unitário e logicamente organizado de valores. Mas quando se atenta para o âmago dos elementos essenciais que o compõem, nota-se claramente um elevado grau de relatividade e vagueza, o que traz instabilidade e compromete o arranjo exatamente naquilo que seria a sua principal promessa: a de fornecer estabilidade e segurança. O sistema jurídico parece não possuir um mecanismo eficiente de estabilização dos valores que ele tem que congrega. Na essência, a dificuldade de um ordenamento de tipo sistemático é que ele precisa lidar com valores e contra valores. Alguém menos compromissado com a rigidez do pensamento sistemático pode não ver problemas em admitir aberturas pontuais do ordenamento e dizer que o ordenamento pode e deve possuir algum mecanismo para acompanhar a evolução social. O problema é que isto contrasta com o que é mais elementar à noção de sistema.

A manutenção do pensamento sistemático para o ordenamento parece que fica dependente de uma cláusula de engajamento refochado: deve-se anunciar o compromisso com a busca de soluções jurídicas nos limites do próprio ordenamento, deixando oculto que, vez ou outra, aberturas oportunas serão admitidas como necessárias. Este não é apenas o ponto que tem sido cada vez mais aproveitado pela atuação expansionista dos tribunais superiores brasileiros. O que esta postura jurisdicional tem feito

é multiplicar e ampliar os furos no ordenamento, a ponto de tornar necessário questionar se se deve continuar a pensar para o ordenamento jurídico brasileiro um modelo de tipo sistêmico. Se sim, a jurisprudência superior está, no mínimo, em grande falta com a tarefa de fundamentação. Se não, é largo o déficit de legitimidade constitucional. No atual estágio de evolução das sociedades, a concepção de um ordenamento jurídico legítimo ainda pressupõe alguma forma de controle da racionalidade. O controle das transformações do ordenamento não pode depender apenas daquilo que a jurisprudência deixa dito.

7. O pensamento que resta

No modo como se pensa o sistema jurídico, uma incompatibilidade essencial se apresenta implicada nas principais noções que compõem o modelo. É algo equívoca a tarefa de organizar sistemicamente um conjunto dinâmico de valores. Certa abertura não se ajusta à noção de sistema lógico-racional. Esta é uma incompatibilidade de essências, que não pode ser completamente eliminada.

No contexto atual do pensamento jurídico-filosófico, duas opções se apresentam. Pode-se optar por um ordenamento de tipo não sistêmico, que aceita certa instabilidade lógica para ganhar permeabilidade a alterações éticas ou necessidades factuais. Este ordenamento se abre à possibilidade de decisões essencialmente ocasionais, para o incremento de valores e para reservar atenção a especificidades, tal como vem sinalizando a jurisprudência superior brasileira. Mas isto pode ser também ocasião para oportunismos, uma fissura que pode ser tão mais aberta quanto mais precária seja a sociedade, como também já sinalizou várias vezes aos mais avisados a mesma jurisprudência. A alternativa é fechar sistemicamente o ordenamento. Esta opção traz consigo a uniformidade dos tratamentos, a inteligibilidade das respostas, a previsibilidade das relações. Mas traz também fixidez e um certo

distanciamento de noções próprias da condição humana, como bom senso, razoabilidade, proporcionalidade e equidade. Esta opção prejudica o atendimento a singularidades humanas mais sutis, que parecem ser inerentes à noção mesma de justiça.

Decidir entre as opções é uma tarefa de cada sociedade. Que deve fazê-lo segundo os seus próprios valores. É sempre possível argumentar que o conceito de sistema jurídico não precisa ter a fixidez rigorosa própria da lógica e assim dar-lhe liberdade para alguma receptividade a aportações. Quem o faz já elegeu a sua opção. Mas é sobretudo curioso observar que a realidade brasileira, com seu histórico de interesses camuflados por teorias *ad hoc*, escritórios jurídicos especializados em gabinetes e instituições públicas sensíveis a cochichos, parece sugerir um paradoxo para orientar a decisão: quanto mais precária a sociedade, mais ela precisa dos tecnicismos e automatizações acríticas de um ordenamento sistêmico, o mais intrincado e o mais difícil de ser estruturado e operado. À medida que ela evolui, mais tem condições de dispensar os formalismos idealizados para se aproximar materialmente do valor que, num ordenamento, deveria unificar os demais, que é a justiça.

Na suma desta reflexão, uma verdade de base se reapresenta: um ordenamento não se compõe apenas de normas. O que o qualifica é o elemento humano. De nada adianta direcionar exigências de segurança, estabilidade ou justiça a um constructo. Estes valores não podem ser fornecidos aos homens por um engenho. A relação é inversa. Talvez aí esteja a falha. A precariedade não está no ordenamento. Ele apenas as reflete. Isto se pode sentir na prática. No Brasil atual, o que mais se nota continua a ser a desfaçatez que tão bem caracteriza historicamente este país de desgovernos. Os que anunciam o conjunto de normas nacionais como um sistema jurídico são os mesmos que sempre o mantiveram com zonas escapistas, acessíveis o suficiente para a atuação de uma certa aristocracia social e jurídica, na sua formidável capacidade de preservar um estado bem conhecido de coisas. Este

establishment sempre soube reunir e embrulhar um conjunto de preconceitos em verbalização alienante, para ocultar privilégios e permitir à justiça publicar a podridão das decisões que lhe são convenientes. Ao brasileiro comum, o preço por não superar os estágios iniciais de sua evolução social é continuar ignorando que o que o submete, em verdade, é um sistema de controle social, e não de distribuição de justiça.

No contexto atual, talvez o que venha sendo aplicado no Brasil seja de fato o único arranjo realizável: um ordenamento preponderantemente fechado, com certa permeabilidade para atualizações e excepcionalidades. Se assim for, o mais urgente é assumir às abertas o modelo. É preciso fazer saber que não se opera um ordenamento inteiramente sistematizado. E deixar claro que este sistema possui aberturas por onde pode se manifestar o lídimo sentimento de justiça que reside no âmago humano, tanto quanto podem atuar as forças mais mesquinhas e nefastas. Talvez dizendo quando e por que acredita estar lidando com excepcionalidades, a justiça brasileira possa encontrar melhores possibilidades para a legitimação que ainda não se ocupou de obter.

8. Referências

AYER, A. J. (comp.). *El positivismo logico*. Tradução ao espanhol de L. Aldama *et al*. México: Fondo de Cultura Económica, 1965.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016a.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2016b.

COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. Tradução de Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1982.

DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Diálogos sobre teoria geral do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

DE CICCO, Cláudio. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

HUSSERL, Edmund. *Investigaciones lógicas*. Tradução ao espanhol de Manuel G Morente e José Gaos. Madrid: Alianza Editorial, 1985. 2 v.

KALINOWSKI, Georges. *Logica del discurso normativo*. Tradução de Juan Ramon Capella. Madrid: Editorial Tecnos, 1975.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LALANDE, André. *Vocabulario técnico y crítico de la filosofía*. Tradução ao espanhol de Luis Alfonso (coord.). Buenos Aires: Librería El Ateneo, 1953.

MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Tradução ao espanhol de Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

MUNIZ, Fernando. *Prova proibida*. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

PETERS, F. E. *Termos filosóficos gregos: um léxico histórico*. Tradução de Beatriz Rodrigues Barbosa. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1974.

PFÄNDER, A. *Lógica*. Tradução de J. Pérez Bances. Madrid: Revista de Occidente, 1933.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. 2 v.

ROMERO, Francisco; PUCCIARELLI, Eugenio. *Lógica*. Buenos Aires: Espasa, 1951.

SILVA, Guido Gómez de. *Breve diccionario etimológico de la lengua española*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

Artigo recebido em 21/11/24.

Artigo aprovado em 21/05/25.

DOI: 10.59303/dejure.v23i41.537