Apontamentos sobre o ordenamento jurídico na perspectiva do direito comparado

Dynamic views of legal ordinance In compared perspective

DOI: 10.54018/sssrv2n1-001

Recebimento dos originais: 07/01/2021

Aceitação para publicação: 29/01/2021

Flávio Marcelo Rodrigues Bruno

Pós-Doutor em Direito (Università degli Studi di Messina-ITA). Doutor em Direito (PPGD/UERJ-RJ). Mestre em Direito (PPGD/Puc-PR). Mestre em Economia (PPGE/Unisinos-RS). Especialização em Direito e Economia (PPGD-PPGE/UFRGS). Líder do Grupo de Pesquisa "Direitos Fundamentais, Socioambientalismo e a Ordem Jurídica Internacional". Professor do Curso de Graduação em Direito e Pesquisador Credenciado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Humanas e Sociais – PPGCS, da Universidade Federal do Oeste da Bahia –UFOB.

RESUMO

Busca-se apoio nos textos de Armond (1999) para apresentar, à guisa de iniciação, as tradições confessionais chinesas. De acordo com o autor, a antiguidade da civilização chinesa vai além de 10 mil anos. O fundamento de sua religião nacional está nas obras de três sábios: Fo-hi, Lao-tsé e Kongtzeu (Confúcio), que viveram em épocas muito recuadas da história: o primeiro, como imperador, a partir de 3468 a.C.; o segundo 604 a.C. e o último 478 a.C. Mais tarde, com a introdução do Budismo, três passaram a ser as religiões da China: o Confucionismo, o Taoísmo e o Budismo (ARMOND, 1999).

Palavras-chave: Religiões; China; fundadores.

ABSTRACT

Support is sought in the texts of Armond (1999) to present, by way of initiation, the Chinese confessional traditions. According to the author, the antiquity of Chinese civilization goes beyond 10,000 years. The foundation of their national religion is in the works of three sages: Fo-hi, Lao-tzu and Kongtzeu (Confucius), who lived in very remote times of history: the first, as emperor, from 3468 BC; the second 604 BC and the last 478 BC Later, with the introduction of Buddhism, three became the religions of China: Confucianism, Taoism and Buddhism (ARMOND, 1999).

Keywords: Religions; China; founders

1 INTRODUÇÃO

Uma norma é jurídica se puder ser considerada válida; não é jurídica, por outro lado, se não puder ser considerada válida. O conceito de validade indica, simplesmente, que a norma em análise pertence a um conjunto próprio, ao qual chamamos de ordenamento jurídico. O conjunto de normas jurídicas chama-se ordenamento. O ordenamento jurídico é um conjunto complexo, cujo principal elemento é a norma válida e cuja estrutura é coesa, coerente e completa. Seus elementos principais são as normas jurídicas. Tais elementos encontram-se estruturados conforme determinadas regras. A primeira dessas regras consiste na regra de pertencimento, ou validade: ela especifica quais elementos pertencem ao conjunto. (NADER, 2015)

Sob a perspectiva kelseniana, o ordenamento jurídico é constituído de ato escalonado ou hierárquico: há patamares superiores, com as normas mais fortes, e patamares inferiores, com as normas mais fracas. Em linhas gerais, no patamar superior estão as normas constitucionais; abaixo, as normas legais; em seguida, as normas sentenciais; por fim, as normas contratuais. Segundo Kelsen (2001), haveria uma norma fundamental que daria validade a todas as normas jurídicas e conferiria ao ordenamento um caráter unitário, ou seja, o conjunto seria unificado por essa norma, que eliminaria as contradições entre as demais. Tal norma afirmaria que a Constituição é válida e deve, portanto, ser obedecida.

A norma fundamental, por sua vez, seria a primeira da hierarquia, não precisando de outra norma ou autoridade para validá-la. Kelsen (2001) a qualifica como uma pressuposição lógica do direito, sem a qual o mesmo perderia seu sentido. Ir além da norma fundamental significa enfrentar questões filosóficas ou sociológicas que extrapolam seus limites técnicos. A norma fundamental é aquela que valida todas as demais normas; se outra norma a validasse, ela não seria a fundamental. Portanto, ela não precisa, em um sentido lógico, ser validada; basta ser pressuposta pelo pensamento.

Hart (2009), embora concorde com todas as considerações de Kelsen (2001) quanto à unificação do ordenamento promovida pela norma fundamental e quanto ao fato de ela não precisar ser validada por nenhuma outra, apenas discorda quanto ao seu caráter. Para ele, a norma fundamental não é um pressuposto lógico, mas existe. Acima da Constituição haveria uma norma

secundária de conhecimento que afirma a sua validade. Essa norma existiria enquanto um dado objetivo: ela é resultado do comportamento dos operadores do direito, que admitem sua existência e não questionam a validade das normas constitucionais.

Partindo do raciocínio de Hart (2009), podemos considerar que a norma fundamental assemelhar-se-ia a uma norma costumeira: sua existência deriva do comportamento das pessoas. Se os operadores do direito continuarem a admitir que a Constituição é válida, isso significará que a norma fundamental permanece em vigor; se deixarem de fundamentar seus pedidos na Constituição, então a norma fundamental se modificou.

Bobbio (2014) é outro pensador que também adota a mesma visão de Kelsen (2001) quanto ao formato do ordenamento, unificado pela norma fundamental que não precisa ser validada. Essa norma, porém, para o pensador italiano, deriva de um ato de poder: o grupo social que funda a ordem jurídica a impõe com um ato que determina sua obediência. Assim, a norma fundamental significa que o direito criado pelo grupo dominante na sociedade deve ser obedecido. Para que essa norma seja a fundamental, deve ser posta de modo efetivo pelo poder desse grupo dominante e obedecida, fundando o ordenamento. Caso não seja obedecida, não será a norma fundamental e o poder não terá sido efetivo.

Para os três pensadores acima citados, pode-se afirmar que o ordenamento possui o formato de uma pirâmide: acima, a norma fundamental, determinando a obediência à Constituição; esta estaria no topo, seguida pelas normas legislativas, numa estrutura que se alarga na base. Lá, encontram-se as normas jurídicas individuais, derivadas da legislação, como os contratos e as sentenças. Caso um contrato suscite um conflito, poderá ser modificado por uma sentença. Tais normas seriam unificadas pela norma fundamental, que eliminaria os conflitos internos, dando um sentido ao ordenamento.

Quando se fala em formato do ordenamento jurídico, concluindo, costuma-se pensar numa única “pirâmide”, adotando a perspectiva unitária de Kelsen (2001). Se ampliarmos nosso enfoque, contudo, veremos que tal perspectiva não se sustenta perante a complexidade do direito contemporâneo. Contradições entre normas constitucionais inviabilizam a ideia de “pirâmide” única. É preciso

admitir que existem vários padrões de funcionamento convivendo no seio do mesmo direito, razão para uma visão dinâmica do ordenamento jurídico em perspectiva comparada, a partir do aporte doutrinário sobre o ordenamento jurídico, seguindo com o sentido e a compreensão sobre a metodologia comparativa, e finalizando com uma interface entre ordenamentos jurídicos na perspectiva comparada.

2 APOORTE DOUTRINÁRIO SOBRE O ORDENAMENTO JURÍDICO.

A concepção do ordenamento como sistema é consentânea com o aparecimento do Estado Moderno e o desenvolvimento do Capitalismo. Ensina Albergaria (2011) que as primeiras manifestações de uma diferença entre entes privados comuns (sociedades religiosas, comerciais) e entes públicos datam da Idade Média e ocorrem por duas razões profundas: as finanças e a guerra. De um lado, o crescimento em número dos homens livres altera o problema da organização e da gestão financeira da esfera pública. De outro, a complexidade da arte da guerra aumenta as exigências de organização e eficiência (razão pela qual até mesmo as organizações administrativas civis se orientaram sempre e largamente pela técnica das organizações militares e sua hierarquia). Não se pode precisar exatamente quando nasce a forma de Estado, no sentido moderno. Em todo caso, dela faz parte, desde o início, uma organização administrativa própria, com elementos objetivos e ao que se acrescenta a ideia de uma grandeza superior – a soberania. (FERRAZ JÚNIOR, 2015)

A noção de ordenamento é complexa. Em princípio, um ordenamento é um conjunto de normas. Um ordenamento, em relação ao qual a pertinência de uma norma a ele é importante para identifica-la como norma válida, além de ser um conjunto de elementos normativos (normas) e não-normativos, é também uma estrutura, isto é, um conjunto de regras que determinam as relações entre os elementos. Um sistema é um complexo que se compõe de uma estrutura normativa e um repertório não-normativo. Nesse sentido, ordenamento é sistema. (FERRAZ JÚNIOR, 2015)

Ensina Bobbio (2014) que

O ordenamento jurídico (como todo sistema normativo) é *um conjunto de normas*. Essa definição geral de ordenamento pressupõe uma única condição: que não constituição de um ordenamento concorram mais

normas (pelos menos duas), e que não haja ordenamento composto de uma norma só. (BOBBIO 2014, p.31)

Um ordenamento, enquanto sistema dinâmico contém um repertório, contém também uma estrutura. Elementos normativos e não-normativos guardam relações entre si. Por exemplo, quando dizemos que as normas estão dispostas hierarquicamente, umas são superiores, outras inferiores, e aqui se está pensando em sua estrutura. Hierarquia é um conjunto de relações, estabelecidas conforme regras de subordinação e de coordenação. Essas regras não são normas jurídicas nem são elementos não normativos, isto é, não fazem parte do repertório, mas da estrutura do ordenamento. (FERRAZ JÚNIOR, 2015) Importante é a questão do ordenamento como sistema unitário, isto é, sua concepção como repertório e estrutura marcados por um princípio que organiza e mantém o conjunto como um todo homogêneo. Esse princípio recebe em Kelsen (2001) o nome de norma fundamental, noção intuitivamente simples de ser percebida (se as normas do ordenamento compõem séries escalonadas, no escalão mais alto está a primeira norma da série, de onde todas as demais promanam), mas difícil de ser caracterizada. (FERRAZ JÚNIOR, 2015)

A expressão sistema dinâmico provém de Kelsen (2001) e, em oposição ao estático, capta as normas dentro de um processo de contínua transformação. Normas são promulgadas, subsistem no tempo, atuam, são substituídas por outras ou perdem sua atualidade em decorrência de alterações nas situações. O sistema é apenas uma forma técnica de conceber os ordenamentos, que são um dado social. A dogmática capta o ordenamento, este complexo de elementos normativos e não-normativos e de relações entre eles, de forma sistemática para atender às exigências da decidibilidade de conflitos. E preciso dizer se estamos ou não diante de uma norma jurídica, se a prescrição é válida, mas para isso é preciso integrá-la no conjunto, e este conjunto tem de apresentar contornos razoavelmente precisos: a ideia de sistema permite traçar esses contornos, posto que sistema implica noção de limite, esta linha diferencial abstrata que nos autoriza a identificar o que está dentro, o que entra, o que sai e o que permanece fora. (FERRAZ JÚNIOR, 2015)

Em síntese, essas considerações iniciais permite a seguinte conclusão: o conceito de ordenamento é operacionalmente importante para a dogmática; nele

se incluem elementos normativos (as normas) que são os principais, e não-normativos (definições, critérios classificatórios, preâmbulos etc.); sua estrutura revela regras de vários tipos; no direito contemporâneo, a dogmática tende a visualiza-lo como um conjunto sistemático: quem fala em ordenamento pensa logo em sistema. (FERRAZ JÚNIOR, 2015)

3 O SENTIDO E A COMPREENSÃO SOBRE A METODOLOGIA COMPARATIVA.

Direito comparado é expressão que resulta, claramente, da junção de dois termos: direito, que, no caso, se refere a sistema jurídico, e comparado, que tem a ver com a comparação, na busca por semelhanças e diferenças entre objetos comuns pesquisados, sejam eles um sistema jurídico sejam eles um instituto jurídico. Neste sentido, Almeida (1998) aduz que, a princípio, o direito comparado (ou estudo comparativo de direitos) é a disciplina jurídica que tem por objeto estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças entre ordens jurídicas.

“[...] ainda que a comparação entre os diferentes ordenamentos jurídicos tenha sido praticada pelos juristas desde a Antiguidade, a reflexão sistemática sobre ela e a tentativa de individualizar um campo específico de estudos e de ação prática próprio do “direito comparado” é relativamente recente e seu início pode-se remontar aos últimos anos do século XIX”. (PIZZORUSSO, 1987, p.12)

O que se questiona é sobre sua natureza. Aliás, a questão não é nova entre os acadêmicos preocupados com o estudo do direito comparado, como se pode depreender da observação feita há mais de meio século por David (2002, p.86), de que “não há um acordo quanto ao conceito, à definição, o método e a função do Direito Comparado”. Com mais ênfase vem crítica feita por Cañizares (1954) no sentido de que o Direito Comparado é a expressão consagrada pelo uso, especialmente nos países latinos, nos de língua inglesa e também nos países escandinavos e eslavos. E, todavia, os autores contemporâneos coincidem ao considerar esta expressão inadequada, podendo levar a confusões, porque pode fazer crer que se trata de um ramo do direito que trata de uma matéria determinada, como é o sentido das expressões direito civil, direito penal, direito comercial etc.

O Direito Comparado é o ramo da ciência jurídica que estuda as diferenças e as semelhanças entre os ordenamentos jurídicos de diferentes Estados. Vergotinni (2012) lembra que a função primordial do direito comparado é o conhecimento, e a secundária é a aplicação desse conhecimento para objetivos específicos.

O Direito Comparado promove inicialmente objetivos práticos que atendem a aspectos profissionais da atividade negocial. O conhecimento de outros direitos pode calibrar opções de negócios, investimentos e interesses laborais. A multiplicação das relações internacionais em âmbito comercial, como reflexo da globalização, dá ao direito comparado nova feição. A inserção das empresas em novos mercados ou centros de produção exige que o empresário conheça os modelos normativos com os quais terá que se relacionar. Estudo prévio de ordenamentos jurídicos locais tem importância superlativa, que ultrapassa ao próprio conhecimento da língua e de rudimentos das culturas locais.

Tavares (2000, p.11) ensina a refletir sobre o fato do Direito Comparado estar pouco desenvolvido no Brasil, apesar da sua conhecida importância para o sistema jurídico do país. Uma das funções desse método é auxiliar, por exemplo, na recepção de legislações estrangeiras, desde que adotados corretamente os processos comparatistas necessários.

É observado por Tavares (1983) que o termo recepção de direito possui diferentes significações de acordo com a abordagem e ênfase feita pelo comparatista, dentre os variados conceitos empregados, pode-se destacar aquele que diferencia entre recepção jurídica voluntária e involuntária. A autora mostra em sua obra diferentes casos de importações do direito, sendo casos parciais ou globais e, como a introdução de um sistema alienígena pode gerar estranheza e resistência por parte da sociedade ou pode ser bem recebido caso o sistema trazido seja condizente com a realidade do país importador.

Nesse sentido, Pessoa (2017) aduz que a importação de conceitos se torna mais fácil quando o sistema receptor aceita o transplante e quando se considera a distância entre as diferentes estruturas jurídicas. Pode-se afirmar, nesse contexto, que é importante a comparação entre realidades similares para evitar inoperabilidade ou mau funcionamento do conceito importado. Por exemplo, tem-se o caso do instituto da delação premiada, que ao ser aplicado no ordenamento

jurídico nacional, desvirtuou-se de sua proposta inicial.

David (2002) menciona que

O estudo dos direitos estrangeiros aventa leitura do mundo, de costumes, de práticas. É fonte inegável de enriquecimento cultural. O exame de sistemas normativos de outros povos oxigena a musculatura intelectual, tempera a curiosidade, aguça a inteligência, eleva o espírito. O direito comparado permite que se perceba com mais qualidade o direito interno. Tem-se que o direito comparado é útil para um melhor conhecimento do nosso direito nacional e para seu aperfeiçoamento. (DAVID, 2002, p. 5)

As vantagens que o direito comparado oferece podem, sucintamente, ser colocadas em três planos. O direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional. A essência do direito comparado é a comparação, e a asserção não é tautológica. Percepções de qualidade podem sugerir que se indiquem direitos melhores ou piores. Os direitos são apenas diferentes. O estudioso do direito comparado deve estar preparado para a armadilha que a disciplina lhe põe a todo o momento. O exercício da comparação não se fundamenta, necessariamente, em orientação que exija montagem de planisfério qualitativo. Em princípio, direitos não são melhores nem piores, mais ou menos avançados, mais ou menos iluminados - os direitos são diversos.

4 UMA INTERFACE ENTRE ORDENAMENTOS JURÍDICOS NA PERSPECTIVA COMPARADA.

Uma fonte estrangeira pode fundamentar decisão nacional? A (má) importação de teorias ou institutos jurídicos estrangeiros e o uso de fundamentos extraídos de Cortes ou normas de outros países foram temas por Rodrigues Júnior (2012).

No Brasil, em termos históricos, não há restrição sensível ao uso do Direito estrangeiro em nossas decisões judiciais. Veja-se que a famosa Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, mandada baixar pelo rei de Portugal, a conselho de seu ministro o Marquês de Pombal, expressamente reconheceu a

aplicabilidade nos territórios portugueses “d’aquém” e “d’além” mar da chamada “boa razão”, “que se estabeleceu nas Leis Políticas, Econômicas, Mercantis e Marítimas, que as mesmas Nações Cristãs têm promulgado com manifestas utilidades, do sossego público, do estabelecimento da reputação, e do aumento dos cabedais dos Povos. Sendo muito mais razoável, e muito mais coerente, que nestas interessantes matérias se recorra antes em caso de necessidade ao subsídio próximo das sobreditas Leis das Nações Cristãs iluminadas, e polidas; do que ir buscar sem boas razões, ou sem razão digna de atender-se, depois de mais de dezessete séculos o socorro às “Leis de uns Gentios”.

Na legislação processual civil brasileira se exige da parte que alegar direito estrangeiro ou consuetudinário a prova de sua vigência, se assim o determinar o juiz. Embora seja uma norma mais voltada para casos de Direito Internacional Privado, essa regra pode ser interpretada conjuntamente com o famoso primado da completude lógica do ordenamento jurídico: O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. A realização prática desse comando legal chega até ao extremo, admitido por alguns estudiosos do Direito Internacional Privado, de que o juiz brasileiro possa aplicar o Direito nacional, mesmo quando o elemento de conexão impuser determinado Direito estrangeiro, quando este for desconhecido pelo magistrado e as partes não se desincumbirem de prová-lo.

No Brasil, não é bem a questão da aparente lacuna que tem suscitado a aplicabilidade do Direito estrangeiro. Em verdade, o problema está nos limites do uso no Brasil, especialmente pelo Poder Judiciário, de princípios, constructos teóricos, normas e doutrinas elaborados no exterior. Vê-se com muita satisfação a presença desses elementos em acórdãos ou sentenças. Em muitos julgados, é sinal de erudição e de profundidade na pesquisa realizada para se prestar a jurisdição. Em alguns casos, a empolgação chega ao extremo de se desconsiderar a norma do artigo 156 do Código Civil brasileiro, no sentido de que em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo. Há, contudo, o risco de se transformar essas citações em uma peça ornamental de retórica, o que é menos danoso, ou, o que é mais grave, na invocação de inegável

autoridade intelectual de certo Direito ou doutrinador ou Tribunal estrangeiro para se chegar a resultados que não se justificariam normalmente pelo emprego exclusivo do Direito nacional.

Mais do que um problema de defesa dos valores e da cultura jurídica do Brasil, o que, por si só já seria muito importante, é o caso de se questionar sobre a qualificação jurídica dos fundamentos estrangeiros de uma sentença nacional alheia ao Direito Internacional Privado.

Para essa finalidade, vale citar os resultados de uma interessante pesquisa de Markesinis e Fedtke (2006), que classifica os países conforme sua utilização do Direito estrangeiro em seu próprio sistema. Segundo esses autores, é possível organizar três grupos:

Grupo 1: Nesse primeiro grupo, há disposições constitucionais que expressamente dão abertura para que se faça uma interpretação integradora do Direito interno, valendo-se do Direito estrangeiro. A África do Sul, muito provavelmente, é o único legítimo representante desse grupo, pois o artigo 35 (1) da Constituição de 1993 e o artigo 39 da Constituição de 1996 não apenas permitem como encorajam os magistrados a recorrerem aos princípios e às regras internacionais de Direitos Humanos, bem assim à jurisprudência estrangeira. De fato, o artigo 39 da Constituição de 1996 (em vigor e com diversas modificações) estabelece que os tribunais sul-africanos, ao interpretarem o catálogo de direitos fundamentais (*Bill of Rights*), devem levar em conta o Direito Internacional e o Direito estrangeiro.

Grupo 2: É formado pelos países que seguiram a tradição dos tribunais constitucionais do pós-guerra, tendo como exemplo por excelência a Alemanha. O nível de interferência no direito ordinário é intenso, o que se torna bem visível por meio de julgamentos de caráter aditivo, interpretativo e integrativo.

Grupo 3: É composto por países como Israel e Estados Unidos, nos quais há grande interferência das Cortes Constitucionais na realidade social e nas agendas políticas. Segundo a terminologia alemã, os juízes desses tribunais deixaram de ser *Normanwender* (aplicadores ou adaptadores da norma) e se converteram em *normsetzende Instanz* (criadores da norma).

O Brasil possui uma norma de integração dos tratados internacionais de direitos humanos ao bloco de constitucionalidade, que é o parágrafo 3º do artigo

5º da Constituição de 1988. Não é, porém, um dispositivo confundível com o explícito reenvio interpretativo e integrativo da norma sul-africana, exemplo por excelência de um “consenso sobreposto” pós-política discriminatória do *apartheid*.

Na jurisdição constitucional do grupo 2, à exceção da Alemanha, onde não é comum o recurso à legislação ou à doutrina estrangeiras, mas (e de modo relutante) à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, a utilização de precedentes alemães é vulgar em diversos países, ao exemplo de Portugal, Espanha, Itália e Brasil. E, evidentemente, não apenas alemães, mas, em menor medida, franceses e italianos, como é o exemplo brasileiro e argentino.

Os Estados Unidos ocupam posição de singularidade mesmo no grupo 3. Há uma intensa discussão sobre a propriedade de se importar ou, na linguagem mais usual, de se tomar de empréstimo (*borrowing*) elementos jurídicos estrangeiros. Percebe-se uma “resistência ambivalente” no Direito Constitucional norte-americano ao recurso ao Direito de outros países, como bem destacou Jackson (1999), quando transcreveu o trecho de uma conferência da justice Sandra Day O'Connor:

Penso que eu e outros juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos deveríamos olhar com mais frequência para decisões de outras cortes constitucionais. Algumas delas, como as cortes alemã e italiana, vem funcionando desde o fim da última Guerra Mundial. Elas têm lutado com as mesmas questões constitucionais fundamentais com as quais nós temos lidado: proteção isonômica, devido processo legal e *rule of law* nas democracias constitucionais. Outras, como a corte da África do Sul, são relativamente novas em cena, mas já se entrincheiraram como garantidoras dos direitos civis. Todos esses tribunais têm algo a nos ensinar sobre as funções civilizadoras do Direito Constitucional. (JACKSON, 1999, p.15)

O Brasil experimenta o outro extremo desse fenômeno: a utilização da experiência estrangeira, muitas das vezes, uma magnífica experiência sem grande cuidado com quatro critérios básicos. Adequada importação do conceito, do instituto, da doutrina ou do precedente. É muito comum haver sido superada a concepção dogmática, a orientação pretoriana ou mesmo a norma na qual se funda o elemento argumentativo tomado de empréstimo. Correta interpretação da teoria ou do instituto estrangeiro. Muita vez, faz-se a importação ou o empréstimo e não se tomam cautelas para se verificar sua efetiva correlação com o Direito brasileiro ou se foi correta a leitura do instituto pelo julgador brasileiro. Utilização de algum método comparatista. Há diversos métodos em Direito Comparado,

especialmente o funcional, desenvolvido por Ernst Rabel, os quais servem para que se manuseie um instituto estrangeiro com rigor científico, especialmente para que ele não seja desnaturado quando transposto ao Direito interno. Por fim, a efetiva utilidade do recurso ao Direito estrangeiro. Esse talvez seja o menos observado dos quatro critérios. A esse respeito, como bem escreveu Horbach (2012):

Ante tal contexto, importante lembrar a advertência de Robert Scarciglia acerca dos riscos de um procedimento de comparação não amparado pela metodologia adequada: 'sem um enfoque metodológico sério, o estudioso corre o risco de não levar a cabo nenhuma atividade de comparação real, incorrendo mais na realização de atividades em sua maior parte ornamentais, sem nenhum valor epistemológico. (HORBACH, 2012, p.10):

Crê-se, conclusivamente, que ainda está a merecer um exame mais acurado o problema da utilização dos fundamentos de Direito estrangeiro no Brasil, especialmente no que se refere ao debate norte-americano: há legitimidade na utilização desses fundamentos para vincular comportamentos de nacionais? A razão de se encontrar esse debate em estágio tão primitivo no Brasil talvez esteja na irrelevância, ao final, dessas importações ou “tomadas de empréstimo”. Mais do que instrumento útil de comparação do Direito interno com outras experiências, esse recurso tem mais caráter ornamental e de exibição de aparente erudição. O estágio de desenvolvimento da sociedade e do Direito no País reclama outra postura metodológica. De todos nós.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao elaborar a Teoria Pura, Kelsen (2001) já visualizou que o Direito não é representado apenas pela norma, embora tenha sido esta a principal matriz do seu estudo. Afirmou Kelsen (2001, p.33) que “todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma norma, e mesmo uma norma fundamental, formam um sistema de normas, uma ordem normativa, um ordenamento”.

Visualiza, pois Kelsen (2001, p.42) que, em sua estrutura hierárquica e piramidal do direito, as normas que derivam de um mesmo vértice superior, a que define de norma fundamental, compõe um conjunto sistêmico e ordenado. Avança ao afirmar que “um enunciado de ‘dever-ser’ é uma norma válida apenas se pertencer a tal sistema válido de normas, se puder ser derivado de uma norma

fundamental pressuposta como válida”.

Kelsen (2001) foi sem dúvida um marco histórico de suma importância no processo que deflagrou o estudo do Direito a partir não apenas da norma jurídica vista isoladamente, mas sim a partir do conjunto ou sistema de normas formado pela pirâmide colocada sob uma norma fundamental que lhe inspire validade.

Avançando nos estudos lançados por Kelsen (2001), encontra-se em Bobbio (2014) ferrenho defensor da tese de inviabilidade do estudo do Direito a partir da norma isolada. Embora Kelsen (2001) tivesse se conscientizado dos problemas inerentes ao estudo do Direito a partir da norma, seu trabalho destaca-se, sem dúvida, pela atenção especial que dedicou a mesma. Descobriu que o Direito é constituído por um sistema de normas, mas centrou seus estudos na norma em si, e não no sistema por esta formado.

Inovando nos conceitos teóricos de Kelsen (2001), o neo-positivismo alavancado por Bobbio (2014) passou a centrar os estudos no sistema formado pelas normas, sendo que, embora não se afastasse do estudo da norma, passou a ter esta como conteúdo de um objeto maior, qual fosse, o sistema, ou mais precisamente, o conjunto ordenado de normas jurídicas, denominado ordenamento jurídico. Afirma Bobbio (2014) que os problemas gerais do Direito foram tradicionalmente mais estudados do ponto de vista da norma jurídica, considerada como um todo que se basta a si mesmo, do que do ponto de vista da norma jurídica considerada como parte de um todo mais vasto que a compreende.

Em seus trabalhos o autor italiano passa a defender que “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”. Fica claro pois o deslocamento do foco de atenção do jurista, que passa a ver como seu objeto de estudo não a norma em si, mas o conjunto formado por estas mesmas normas.

Podemos pois adotar as palavras de Barzotto (1999, p.24), que em estudos feitos sobre as obras de Kelsen, Ross e Hart, concluiu que “o direito não é, contudo, uma norma, mas um sistema de normas. O caráter jurídico de uma norma dá-se por sua pertinência a um sistema de normas jurídicas conhecido como ordenamento jurídico”. Retomando os ensinamentos deixados por Bobbio (2014), destaca este, ao falar sobre a importância da Teoria do Ordenamento

Jurídico, que antes do seu desenvolvimento faltava no pensamento jurídico o estudo do direito considerado não como norma singular ou como um acervo de normas singulares, mas como entidade unitária constituída pelo conjunto sistemático de todas as normas.

Antes desta guinada no foco de estudo do pensamento jurídico diversos problemas haviam restado insolúveis, ou, senão, mal resolvidos. Dentre os diversos desafios enfrentados, apenas alguns restaram solucionados, enquanto outros careciam de maiores explicações.

Um ponto sobre o qual havia sido atribuída solução adequada, diz respeito à questão da validade na norma. Os estudos de Kelsen (2001), em especial os voltados à Norma Fundamental (*Gründnorm*), embora criticados por alguns juristas, emprestaram solidez ao fundamento de validade da norma jurídica. Se derivada da Norma Fundamental, era válida a norma.

Ocorre que diversos problemas restaram sem uma solução adequada. Em especial, destaca Bobbio (2014), a questão da eficácia da norma, assim como a questão da sanção organizada, e ainda a questão do direito consuetudinário. O autor italiano leciona que “só em uma teoria do ordenamento (...) o fenômeno jurídico encontra sua adequada explicação”. Conclui ele dizendo que a posição destacada que atribui à Teoria do Ordenamento Jurídico conduz a uma transmutação da perspectiva no tratamento de alguns problemas da teoria geral do direito, enquanto, pela teoria tradicional, um ordenamento se compõe de normas jurídicas, na nova perspectiva normas jurídicas são aquelas que venham a fazer parte do ordenamento jurídico. Em outros termos, não existem ordenamentos jurídicos porque há normas jurídicas, mas existem normas jurídicas porque há ordenamentos jurídicos distintos dos ordenamentos não jurídicos – perspectiva essencialmente comparativa.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Bruno. **Histórias do Direito**: evolução das leis, fatos e pensamentos. São Paulo: Atlas, 2011.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, **Introdução ao direito comparado**, 2. ed., Coimbra: Almedina, 1998.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAÑIZARES, Felipe Solá, **Introducción al derecho comparado**. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954.

DAVID, René, **Os grades sistemas do direito contemporâneo**. Martins Fontes, 2002.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 6ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo, SP: Atlas, 2015.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HORBACH, Carlos Bastide. Referências estrangeiras são constante no STF. In. Coluna Observatório Constitucional. **Consultor Jurídico**. 10 de nov. de 2012.

JACKSON, Vick G. *Ambivalent resistance and comparative constitutionalism: opening up the conversation on "proportionality" rights and federalism*. **Journal of Constitutional Law**. v. 1, n. 3, p. 638-339, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KULAITIS, Fernando. Multiculturalismo em Perspectiva Comparada: Políticas Migratórias e Identidade Nacional no Brasil e no Canadá. **Revista Ambivalências**. v.5, n. 9, p.36-60, Jan-Jun de 2017.

MARKESINIS, Basil; FEDTKE, Joerg. **Judicial recourse to Foreign Law: A new source of Inspiration?** Routledge-Cavendish: Oxford, 2006.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O Direito Romano e seu ressurgimento na Idade Média. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães Rosa. **Direito Estrangeiro e Direito Comparado: Distinções Necessárias**. Evocati Revista. 2017.

PIZZORUSSO, Alessandro, **Curso de derecho comparado**. Barcelona: Ariel, 1987.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio. Problemas na importação de conceitos jurídicos. In. Coluna Direito Comparado. **Consultor Jurídico**. 08 de ago. de 2012.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. A crescente importância do Direito Comparado. **Revista brasileira de direito comparado**. Rio de Janeiro, n.19. p. 155-188, Jul.-Dez. 2000.

TAVARES, Ana Lúcia Lyra. **O Estudo das Recepções de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

VERGOTTINI, Giuseppe de. **Derecho constitucional comparado**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2005.