

CONCEPÇÕES TEÓRICAS SOBRE A IDÉIA DE SISTEMA NA CIÊNCIA DO DIREITO

Eduardo Cabral Moraes Monteiro *

Sumário: RESUMO. INTRODUÇÃO. 1. ORIGEM E IDÉIA DO SISTEMA JURÍDICO. 2. CONCEPÇÕES TEÓRICAS SOBRE O SISTEMA JURÍDICO. 2.1 A obra de Karl Larenz – Parte Histórica. 2.1.1 De Savigny até a Jurisprudência dos conceitos. 2.1.2 O positivismo e a Jurisprudência dos interesses. 2.2 A teoria pura do Direito de Hans Kelsen. 2.3 Concepção de Karl Larenz. 2.4 Concepção de Claus Canaris. 2.5 A teoria do sistema autopoiético e legislação simbólica. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O presente estudo tem por fim realizar uma abordagem teórica sob alguns pontos de vista acerca da formação do sistema na ciência do Direito. Para tanto, serão apresentadas resumidamente as idéias de doutrinadores que se debruçaram sobre o tema, que é preocupação metodológica fundamental desde Savigny até os dias atuais. A possibilidade do sistema jurídico foi a principal disputa entre a jurisprudência dos conceitos e a jurisprudência dos interesses. Tradicionalmente, contudo, o sistema foi sempre encarado de uma perspectiva unilateral, como axiomático. Todavia, devido à evolução em termos de filosofia e teoria do conhecimento, a própria condição do pensamento científico na atualidade é a sua apreensão pela forma sistemática. Tal se dá igualmente com a ciência jurídica. Não se há de esquecer o contributo da moderna teoria geral dos sistemas, e da teoria da linguagem, que possui implicações na construção dos sistemas sociais autopoiéticos, dos quais o Direito é espécie. Como também a feição valorativa e teleológica do sistema jurídico, agora concebido conforme a essência do próprio Direito, enquanto seu objeto. No mais, após a apresentação das idéias teóricas sobre o ponto, serão feitas abordagens críticas e apresentada a conclusão com proposta de desenvolvimento ulterior do tema.

* Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC/BA). Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado da Bahia (FAPESB). Advogado.

PALAVRAS-CHAVE: SISTEMA JURÍDICO; CIÊNCIA DO DIREITO; METODOLOGIA JURÍDICA.

INTRODUÇÃO

Segundo Karl Larenz¹, a metodologia de uma ciência é a sua reflexão sobre a própria atividade. Ela não pretende somente descrever os métodos aplicados na ciência, mas também compreendê-los, isto é, conhecer a sua necessidade, a sua justificação e os seus limites. A necessidade e a justificação do método decorrem do significado, da especificidade estrutural do objeto que por meio dele deve ser elucidado. Não se pode, portanto, tratar da ciência do Direito sem simultaneamente tratar também do próprio Direito. Toda e qualquer metodologia do Direito se funda numa teoria do Direito, ou quando menos a implica. Ela exhibe necessariamente um duplo rosto – um que está voltado para a dogmática jurídica e outro para a teoria do Direito e assim, em última análise, para a filosofia do Direito. Nesta dupla direção reside a dificuldade da metodologia, mas também o seu particular encanto.

Enquanto tal, a metodologia é o estudo dos passos e da forma como se desenvolve o raciocínio. Assim, ela engloba a análise de diversos pontos estruturais de uma teoria. Dentre estes pontos está o sistema, como condição da cientificidade do pensamento. O sistema é responsável pela formação da unidade entre a pluralidade dos elementos que o compõem, proporcionando, desse modo, a simplificação e o controle da matéria. Por óbvio, que suas diretrizes e características estão em íntima relação com as características do conteúdo ao qual vai sistematizar. Logo, há uma implicação recíproca, mas não dialética, e, portanto, estrutural entre a forma do sistema e o objeto do sistema. Tais considerações não se furtam à sistematização própria da ciência do Direito, tendo em vista que as decisões e conclusões jurídicas devem ser, ao menos, objetiváveis, controláveis e racionais, ou seja, não arbitrárias, autoritárias ou excessivamente discricionárias. Portanto, há um dever de vinculação à objetividade, de fundamentação, o que deve se realizar na conformação do próprio sistema jurídico.

Essa objetividade não é absoluta, mas, ao contrário, é a objetividade própria das ciências do espírito, gradual, ou em graus, e que só se obtém dentro de uma comunidade

¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. XXI-XXII.

crítica. Segundo Karl Popper², a assim chamada objetividade da ciência repousa na objetividade do método crítico. Isto significa, acima de tudo, que nenhuma teoria está isenta do ataque da crítica; e, mais ainda, que o instrumento principal da crítica lógica é objetivo. A objetividade da ciência não é uma matéria dos cientistas individuais, porém, mais propriamente, o resultado social de sua crítica recíproca, da divisão hostil-amistosa de trabalho entre cientistas, ou sua cooperação e também sua competição. A pureza da ciência pura é um ideal presumidamente inalcançável; mas é um ideal para o qual se luta constantemente – e deve-se lutar – por intermédio da crítica³. Logo, uma teoria é objetiva se ela pode fundamentar as suas conclusões o mais racional e sistematicamente possível, e consegue responder aos problemas que lhe são postos. Quando a força explicativa dos seus argumentos não consegue dar cabo de tais tarefas, dá-se a perda da sua objetividade.

No caso da ciência do Direito, há o uso inafastável de valores e valorações no seu raciocínio, o que se justifica em face do próprio Direito positivo, que, por meio de suas disposições explícitas, expressa preferências e, portanto, juízos de valor, sejam do legislador ou da comunidade jurídica como um todo, acerca da qualidade das condutas humanas. Nesse sentido, valores indicam preferências, o que se reflete na regulação das condutas mediante o uso das expressões *proibido*, *obrigado* ou *permitido*, que têm a ver com o conteúdo e as conseqüências das condutas em apreço.

Segundo Karl Larenz⁴, mesmo onde o juiz acolhe ou rejeita um raciocínio analógico, pondera bens ou interesses em confronto com outros bens ou interesses ou toma em conta novas cambiantes, ou alterações das relações da vida – o que faz hoje com muito maior freqüência que anteriormente –, ainda aí e sempre subjazem valorações. Mas é tradicionalmente assente que os juízos de valor não são susceptíveis de confirmação científica, pois que não se fundam em percepções, como juízos sobre fatos, que são susceptíveis de corroboração através da observação e da experimentação, e assim apenas possibilitam conferir expressão à convicção pessoal de quem emite o juízo. Em face disso, nenhum procedimento dedutivo logicamente correto garante resultados intrinsecamente adequados, quando na cadeia dedutiva se introduzem premissas assentes em valorações.

² POPPER, Karl Raymund. *Lógica das ciências sociais*. Trad. Estevão de Rezende Martins. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004. p. 16.

³ Idem, p. 23-28.

⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 2.

Isto não significa, contudo, que o procedimento metódico ou racional, e a formação do sistema, seja prescindível por parte dos juristas, nem tão-pouco que os métodos até aqui utilizados se revelam globalmente imprestáveis. As leis continuam a desempenhar na vida jurídica, tal como antes, um enorme papel: os juízes estão obrigados a elas recorrer sempre que se adéqüem a uma situação de fato. De outro modo deixariam as leis de ser cogentes e falhariam na sua tarefa de direção no seio da comunidade. São, portanto, pautas de objetivação. Mas, carecem assim e sempre de interpretação, e visto que esta deve convalidar o que o legislador (de modo racional, com consideração do escopo da regulação e das relações reguladas) pretendeu dispor, não pode o intérprete aqui proceder de modo arbitrário ou discricionário. As decisões judiciais, mesmo quando nelas se plasmam juízos de valor, não podem aceitar-se às cegas; requerem confirmação, no sentido de verificar se são compatíveis com outras decisões e princípios jurídicos reconhecidos, se são materialmente adequadas, ou seja, se são fundamentadas sistematicamente. O que é de todo impossível sem a observância de determinadas exigências metódicas. No que diz respeito às valorações, mas também à interpretação e freqüente exigência de esclarecimento da conduta humana (seja uma declaração de vontade, um assentimento, uma renúncia), um conceito de ciência que admitisse como adequados apenas os enunciados produzidos no âmbito da lógica ou da matemática ou dos fatos constatados pela experiência revelar-se-ia excessivamente redutor, não só relativamente à ciência do Direito, mas também face às outras ciências do espírito, que igualmente tratam da interpretação e análise da conduta humana. Deve ficar patente que a ciência do Direito desenvolve por si métodos de um pensamento orientado a valores, que permitem complementar valorações previamente dadas, vertê-las no caso singular e orientar a valoração que de cada vez é exigida, pelos menos em determinados limites, a tais valorações previamente achadas. Nesta medida são as valorações susceptíveis de confirmação e passíveis de uma crítica racional⁵.

Visto isso, pode-se afirmar que há uma exigência de forma e uma exigência de conteúdo para o raciocínio jurídico. A forma há de ser sistemática, que não é unívoca e antes depende da própria idéia de Direito que se adote. O conteúdo é considerado a partir do momento em que se reconheça como insuficiente a postura meramente formal da ciência jurídica, o que conduz à necessidade do estabelecimento de conexões de sentido

⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 2-3.

entre o Direito positivo e os enunciados da ciência do Direito, ainda com a consideração das situações concretas reguladas e do fim da regulação.

Ambos os aspectos já foram abordados unilateralmente por teóricos do Direito, dando origem a visões exclusivamente formalistas ou materialistas, ambas limitadas pelo reducionismo. Existem, também, abordagens de cunho formal-material, tal como acima indicado, mas que iniciaram de maneira muito ingênua quanto à especificidade do sistema jurídico. Todavia, novas considerações são trazidas à comunidade do discurso jurídico com o intuito de aperfeiçoar o conhecimento acerca desta particularidade do conhecimento juscientífico.

Diversas são as teorias acerca do sistema jurídico, bem como das respectivas exigências metódicas. Modernamente, tal construção se iniciou com Savigny. Desenvolveu-se formalmente com a Jurisprudência dos conceitos, e materialmente com a Jurisprudência dos interesses. Atingiu o apogeu do formalismo com Hans Kelsen. E, a partir da insuficiência material deste último, passou a elaborar concepções que relacionam as condições formais e materiais, ou valorativas, do pensamento jurídico. Exemplos desta última etapa têm-se em Karl Larenz, Claus Canaris e a teoria dos sistemas autopoiéticos. Em face disso, a seguir, será apresentada uma breve noção da origem e da idéia de sistema e, em seguida, feito um esboço, em certa medida histórico, sobre o pensamento de diversos doutrinadores que trataram do sistema jurídico.

Tal iniciativa de analisar o sistema jurídico se justifica principalmente pela necessidade de racionalização do processo de obtenção das decisões jurídicas, nos seus diversos âmbitos, tendo em vista a opção do ordenamento jurídico em instituir um regime democrático e afastar decisões autoritárias e arbitrárias.

1. ORIGEM E IDÉIA DO SISTEMA JURÍDICO

Para Tercio Sampaio⁶, a concepção de ordenamento como sistema é consentânea com o aparecimento do Estado Moderno e o desenvolvimento do capitalismo. A palavra introduziu-se no pensamento jurídico só no século XVI e tornou-se um termo técnico no século XVIII, com grande repercussão no século XIX até a atualidade. O conceito de ordenamento é operacionalmente importante para a dogmática; nele se incluem elementos

⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 177-181.

normativos (as normas), que são os principais, e não normativos (definições, critérios classificatórios, preâmbulos etc.); na sua estrutura revelam-se regras de vários tipos, e o Direito contemporâneo tende a vê-lo como um conjunto sistemático.

Prevalece a idéia de sistema dinâmico, em contraposição ao estático, oriunda de Hans Kelsen⁷, que 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 introduzidas nas situações normadas. O sistema acaba sendo apenas uma forma técnica de conceber os ordenamentos, que são um dado social. A dogmática entende o ordenamento de forma sistemática para atender às exigências da decidibilidade dos conflitos, pois a idéia de sistema permite traçar contornos, já que implica a noção de limite, esta linha diferencial abstrata que autoriza identificar o que está dentro, o que entra, o que sai e o que permanece fora.

Dessa forma, o Direito soberano ou nacional transforma-se num direito de sistematização centralizada das normas de exercício do poder de gestão estatal. Está aí a raiz do ordenamento visto como sistema dinâmico de normas. Esta dinâmica tem relação com o fenômeno da positivação, já que ela significou a institucionalização da mutabilidade do Direito, a contingência de todo e qualquer Direito que não apenas é posto por decisão, mas também vale por decisão. Isto é, com a positivação ocorre uma radical reestruturação do Direito, pois sua congruência interna deixa de assentar-se sobre a natureza, o costume, a razão, e passa, reconhecidamente, a basear-se na própria vida social moderna, com sua imensa capacidade para a indiferença quanto ao que valia e ao que passa a valer, quanto à incompatibilidade de conteúdos e quanto às divergências de opinião⁸.

Avançando para a própria idéia de sistema seguem outras considerações.

É assente que a atividade do intérprete e aplicador do Direito é construir conteúdos de sentidos, ou significações, a partir dos dispositivos legais. Isso é o que justifica a distinção entre texto e norma. Texto é o ponto de partida da interpretação, apresentando-se como hipótese provisória de trabalho e como o próprio limite dessa atividade. A norma é o conteúdo construído com base no texto. Segundo Humberto Ávila⁹, a atividade do intérprete (quer julgador, quer cientista) não consiste em meramente descrever o

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. passim.

⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 177-181.

⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 30-32.

significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em constituir esses significados.

Tal conteúdo é construído integralmente com a aplicação do Direito aos casos concretos. Contudo, não se deve esquecer que as normas só atingem seu conteúdo harmônico com as demais normas mediante a relação sistemática entre as mesmas, que impõe a sua fundamentação recíproca e complementação de funções. Claus Canaris¹⁰ afirma que a metodologia jurídica parte, nos seus postulados, da existência fundamental da unidade do Direito (indício da idéia de sistema), como se comprova, por exemplo, pela regra da interpretação sistemática ou pela pesquisa dos princípios gerais de Direito.

Em vista disso, Humberto Ávila¹¹ adverte que a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. Pois, afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. Isso, aliás, evita o decisionismo e o casuísmo ao estabelecer, inclusive, os limites da interpretação provenientes do cotejo entre os textos normativos.

Humberto Ávila¹² ainda assevera que se pode afirmar que o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso lingüístico e construídos na comunidade do discurso. Por isso, interpretar é construir a partir de algo, é reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.

Dessa forma, há um conteúdo anterior à aplicação do Direito aos casos concretos que, inclusive, deve assumir uma feição sistemática. Tal conteúdo serve, principalmente, para limitar o âmbito da liberdade da atuação do legislador e do administrador, pois tais órgãos só devem emitir enunciados normativos dentro destes limites, que servem para delimitar diretamente suas esferas de competência. Por óbvio que ao obedecer tais ditames

¹⁰ CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 14-15.

¹¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 32.

¹² Idem, p. 33-34.

o agente público estará concretizando-os no momento posterior da aplicação aos casos concretos.

Feita esta explanação perfunctória do sistema jurídico, passa-se à apresentação das diversas concepções teóricas do mesmo.

2. CONCEPÇÕES TEÓRICAS SOBRE O SISTEMA JURÍDICO

2.1 A obra de Karl Larenz – Parte Histórica¹³

2.1.1 De Savigny até a Jurisprudência dos conceitos

Savigny foi o primeiro teórico do Direito a empreender uma construção metodológica efetiva e, portanto, um sistema jurídico em bases mais sólidas do que a cultura anterior havia realizado. Dessa forma, ele foi o primeiro pensador da modernidade a evoluir consideravelmente os trabalhos acerca do sistema jurídico e, por isso, tem uma importância histórica considerável, o que justifica a sua apresentação neste tópico.

Savigny¹⁴ equipara, nos seus primeiros escritos, os termos *sistemático* e *filosófico*, nas palavras seguintes: todo o sistema conduz à filosofia. A exposição de um simples sistema histórico conduz a uma unidade, a um ideal, em que aquela se baseia – e isto é filosofia. Com o que, porém, vem Savigny a distinguir a teoria filosófica do Direito em si mesma, ou o Direito natural, do elemento filosófico ou sistemático da ciência (positiva) do Direito: a última pode ser estudada tanto com o Direito natural como sem ele. Pois, para o jurista, a filosofia não é necessária, mesmo como simples conhecimento prévio. No elemento filosófico da ciência do Direito não deve, pois, subtender-se a aceitação de quaisquer princípios jusnaturalistas, mas apenas a orientação que, segundo Savigny, é comum à ciência do Direito e à filosofia. Neste sentido se deu também em outro escrito, no *Sistema*, que a forma científica que dá à matéria aspira a revelar e a aperfeiçoar a sua unidade interior e que, nessa aspiração, ou seja, enquanto procede de modo sistemático, se aparenta à filosofia a ciência do Direito.

¹³ Este tópico do trabalho, que apresenta um cunho mais histórico, será uma apresentação resumida do pensamento de alguns teóricos do Direito que está presente na excelente obra de Karl Larenz, acima referenciada. Quando possível, serão feitas citações das obras dos próprios pensadores.

¹⁴ Apud LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 10.

Savigny¹⁵ rejeita uma interpretação teleológica: o juiz deve atender não ao que o legislador busca atingir, mas só ao que na realidade preceituou; ou mais precisamente: ao que nas palavras da lei, segundo o seu sentido lógico, gramatical e a extrair da conexão sistemática, verdadeiramente encontrou uma expressão como conteúdo da sua determinação. O juiz não tem que aperfeiçoar a lei, de modo criador – tem apenas que executá-la: um aperfeiçoamento da lei é, decerto, possível, mas deve ser obra unicamente do legislador, e nunca do juiz.

Por fim, para ele, o elemento sistemático refere-se ao nexos interno que liga em uma grande unidade todos os institutos e regras jurídicas¹⁶.

Inaugurando essa concepção mais consistente do sistema, Savigny deu condições para o desenvolvimento segundo os moldes da lógica formal, o que se deu com os cultores da Jurisprudência dos conceitos.

De acordo as lições de Karl Larenz¹⁷, a idéia de sistema consubstanciou na ciência jurídica uma herança da doutrina do Direito natural. Mas ela tinha as suas raízes profundas na filosofia do idealismo alemão. Fichte e Schelling tentaram construir o mundo a partir de um único ponto, de um princípio último transcendental, quer dizer: apreendê-lo reflexivamente. Hegel, por sua vez, intentou apresentar o verdadeiro como o todo, isto é, como o movimento do conceito concreto girando sobre si próprio e não só englobando como em si superando o respectivo contrário. O sistema significa aqui, portanto, muito mais do que mera clareza e facilidade de domínio de uma certa matéria; significa a única maneira possível por que o espírito cognoscente consegue assegurar-se da verdade: o critério da racionalidade intrínseca, como exigência imprescindível da verdadeira cientificidade. Por isso é que Savigny (que nesta medida não foi insensível à filosofia da sua época) acentuou desde o começo, ao lado do caráter histórico e com idêntica importância, o caráter filosófico ou sistemático da ciência do Direito – vindo a segui-lo, de resto, nesta elevada valoração do sistema científico, quase todos os juristas representativos da Alemanha do século XIX. A matéria, obtiveram-na sobretudo a partir das fontes de Direito romanas, matéria cuja sistematização foi a principal tarefa e o principal contributo da pandectística do século XIX.

¹⁵ Apud LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 12.

¹⁶ Idem, p. 16.

¹⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 21.

A idéia de sistema significa o desabrochar de uma unidade numa diversidade, que desse modo se reconhece como algo coeso do ponto de vista do sentido. No entanto, essa unidade que o sistema há de exprimir pode pensar-se de duas maneiras diferentes e alcançar-se, por conseguinte, por caminhos diferentes. Pode pensar-se, antes de tudo, à maneira da unidade de um organismo – como uma totalidade significativa que habita a diversidade e que só nela e com ela se manifesta. A outra maneira em que a unidade pode pensar-se é a do conceito geral abstrato, limpo de tudo o que haja de particular, sendo a este tipo de unidade que conduz a lógica formal. Num sistema orgânico como o que pretendiam os filósofos idealistas, os elementos constitutivos do sistema gravitam, todos eles, em volta de um centro. A unidade do sistema repousa na irreduzível relação de todos os elementos constitutivos com esse centro fundado em si próprio (como a deste último repousa nos elementos constitutivos, que se definem, justamente, pela posição que ocupam em face dele). Trata-se, portanto, de algo comparável a um círculo, ao passo que, ao invés, o sistema de conceitos que se determina pelos princípios da lógica formal se assemelha a uma pirâmide. O conceito supremo, que ocupa o vértice da pirâmide, paira muito acima da base, embora seja isso que lhe permite – tendo a pirâmide como transparente – uma extensão de perspectiva maior. À medida que se sobe da base para o vértice, vai-se estreitando a largura dos estratos; de estrato para estrato, perde a pirâmide em largura o que ganha em altura. Quanto maior a largura, ou seja, a abundância da matéria, tanto menor a altura, ou seja, a capacidade de perspectiva, e vice-versa. À largura corresponde a compreensão e à altura a extensão (o âmbito da aplicação) do conceito abstrato. O ideal do sistema lógico é atingido quando no vértice se coloca o conceito mais geral possível, em que se venham a subsumir, como espécies e subespécies, todos os outros conceitos, de sorte a que de cada ponto da base se possa subir até ele, através de uma série de termos médios e sempre pelo caminho da eliminação do particular¹⁸.

Essas são as principais características do sistema jurídico da Jurisprudência dos conceitos.

2.1.2 O positivismo e a Jurisprudência dos interesses

¹⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 22-23.

Segundo Karl Larenz¹⁹, como movimento adverso, não só do Direito natural racionalista-dedutivo e da atitude metafísica de base da filosofia idealista alemã, como do romantismo e da velha Escola Histórica, o positivismo na ciência do Direito, bem como no seu entendimento da ciência em geral, caracteriza-se pelo seu empenho em banir toda a metafísica do mundo da ciência e em restringir rigorosamente esta última aos fatos e às leis desses fatos, considerados empiricamente.

Dado que a sua primeira e mais impressiva preocupação era excluir da ciência do Direito a questão de um sentido ou de um valor com validade objetiva, o positivismo já foi precisamente classificado como uma orientação espiritual sobretudo negadora, como um negativismo. Todavia, não deve esquecer-se o *ethos* científico que determinou, freqüentemente, a atitude do positivista: do positivista que considera as idéias eternas ou os valores absolutos como inatingíveis racionalmente e, por isso, receia fazer afirmações ou pressuposições não demonstradas. Esta humildade científica do positivista não exclui que ele tenha para si valores ou exigências éticas; só que os remete para o mundo das crenças pessoais e das convicções morais sobre os quais, do seu ponto de vista, não é possível um enunciado científico. Ele não nega, por exemplo, que a exigência de justiça valha para a consciência de cada um, mas é de opinião de que ela não é passível de conhecimento científico e de que, portanto, não constitui um princípio possível de uma ciência juspositivista. Quando muito, pode reconhecer a vivência da justiça como um fato antropológico que, enquanto tal, não pode nunca ser eliminado do pensamento jurídico; mas a idéia de justiça é que não chega a ser para ele um princípio cognitivamente objetivável, um princípio com validade universal e que, deste modo, possa ter relevância para o conhecimento do Direito positivo²⁰.

O que, abstraindo da lógica e da matemática, é susceptível de conhecimento científico são, na concepção positivista, os fatos sensíveis, juntamente com as leis que neles se manifestam e se comprovam na experimentação. Nesta postura revela-se como paradigmático o modelo das ciências exatas da natureza. Nessa medida, o positivismo é um naturalismo²¹.

Em face desse exagero formalista, mas ainda sem romper em definitivo com a concepção positivista da ciência jurídica, surge a Jurisprudência dos interesses, tendo

¹⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 45-46.

²⁰ Idem, p. 46.

²¹ Idem, p. 46-47.

Jhering como seu precursor, e que foi desenvolvida mais tarde por Heck, Stoll e outros. A mesma se preocupa agora com o conteúdo da decisão jurídica, com vistas aos interesses concretos existentes nos problemas levados à decisão dos tribunais. Dessa forma, ela se interessa muito mais com a prática do Direito do que com a construção consistente e coerente dos conceitos e do sistema jurídico, deixando muito a dever neste ponto.

Dessa forma, as explanações de Heck e Stoll²² em matéria de construção dos conceitos e do sistema ficam somente a meio do caminho. A sua maior preocupação, a este propósito, consiste em mostrar que o sistema lógico-formal de conceitos gerais abstratos – a pirâmide de conceitos – não deve utilizar-se como fonte de conhecimento de novas proposições jurídicas. Em consequência, atribuem a este sistema, ao sistema externo, apenas um valor de exposição, não um valor de cognição. Tal como os elementos de que é formado – os conceitos preceptivos ou ordenadores –, só deve servir para a formulação e a ordenação externa do material jurídico. Os conceitos ordenadores, como por exemplo, o de direito subjetivo e de ato ilícito constrói-os a ciência do Direito com base na ordem jurídica positiva existente, desprezando o marginal e acentuando o comum e o essencial, ou seja, por via de indução e de abstração; trabalho em que nenhuma representação social de fins norteiam a ciência do Direito, determinando-se esta apenas pela idéia de domínio e ordenação do material legislativo. Em contraposição a estes conceitos, estariam os conceitos de interesse, que servem para a apreensão conceitual dos interesses reconhecidos como prevalentes, como, por exemplo, a situação dos interesses, o interesse no desenvolvimento, o interesse da estabilidade, etc. Para a construção do sistema estes conceitos não serão aptos; porém, opostamente aos conceitos ordenadores, são da maior importância para a investigação dos interesses e, por conseguinte, para a interpretação da lei e a aplicação do Direito. Desta maneira, existem – acentua Heck – duas séries de conceitos distintas, notando-se esta antítese em todo o mundo jurídico e projetando-se em todas as questões particulares. Heck rejeita qualquer mistura entre os dois tipos de conceitos, entendendo que só são denominados de conceitos jurídicos, na terminologia corrente, os conceitos preceptivos, e não os que se referem aos interesses, embora estes sejam naturalmente construídos e valorados por qualquer ciência do Direito.

À dupla via de construção dos conceitos corresponde uma dupla significação do sistema. Através da reunião dos conceitos ordenadores forma-se o sistema científico, na

²² Apud LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 73-74.

acepção de sistema externo, sistema – como diz Heck – em cuja edificação é determinante o interesse na exposição da matéria, ou seja, a tendência, por um lado, para a clarificação, e, pelo outro, para a condensação e a perspectiva geral. Stoll assinalou a este interesse na exposição mais um outro desígnio, para o qual o sistema externo será ainda necessário: o de permitir ao juiz a subsunção lógica, subsunção que não só é indispensável por razões de continuidade e de celeridade na administração da justiça, como também, se conservada nos devidos limites, insusceptível de objeção e adequada. Como se vê, esta observação é, no essencial, acertada. Ao sistema externo contrapõe Heck o sistema interno, sistema que resulta do nexu objetivo entre as soluções dos problemas que propicia a investigação dos interesses. Com efeito, os elementos básicos, que são as decisões dos conflitos, não pairam como fenômenos isolados no vácuo, mas referem-se a parcelas da vida que se encontram ligadas entre si por multímodas conexões e concordâncias. Porém, se aqui ecoa o pensamento de que este sistema interno, que é independente da atividade científica, se oferece já pronto nas relações da vida, de sorte que para o atingir não é necessário senão reproduzi-lo, Heck não deixa, ao mesmo tempo, de voltar à idéia de um sistema de normas como um sistema de decisões de conflito com caráter geral, sistema que ele apenas logra conceber na forma de um sistema de conceitos ordenadores. Toda a decisão de conflitos, afirma ele, pode fazer intervir o conteúdo total da ordem jurídica. Os problemas deparam-se como complexos de problemas e as decisões como grupos de decisões. Se os elementos comuns vierem a ser reconhecidos e reunidos na exposição, resultarão conceitos de grupo, de generalidade sempre crescente. O processo de síntese completa-se através de uma classificação, que torna explícito o sistema interno como o conjunto interligado das normas e das decisões de conflitos nelas realizadas. Donde não é de admirar que o sistema interno exposto em conceitos gerais abstratos e ordenadores seja para Heck essencialmente idêntico àquela classificação do Direito que já era até aqui determinante para a legislação e para a ciência – quer dizer, o sistema externo. Tanto mais surpreendente se torna, assim, que Heck persista em manter com tal energia a distinção entre as duas espécies de sistema, bem como a distinção entre os conceitos preceptivos, construídos com puros fins de ordenação, e os conceitos de interesse²³.

²³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 74-76.

Dentro do conceito positivista de ciência, ocorreu a viragem da ciência jurídica para a sociologia do Direito, contrastando com algumas idéias cultuadas pela Jurisprudência dos interesses.

Assim, a Jurisprudência prática (dos interesses), pelo menos no continente, ocupa-se sobretudo com as normas de decisão que são aplicadas pelos tribunais e pelos funcionários estaduais. Não pretende, segundo Ehrlich²⁴, senão tornar aplicáveis essas normas. Porém, o Direito, como a ordem efetiva de uma sociedade, não consiste, como expõe Ehrlich, em normas de decisão, mas sim em regras segundo as quais os homens, na sua vida em comum, efetivamente se comportam. Estas regras de conduta – as verdadeiras normas jurídicas – resultam, acrescenta Ehrlich, não, em primeira linha, das sentenças dos tribunais e das leis, que se limitam a decidir litígios jurídicos concretos ou a estabelecer as regras com que os tribunais hão de decidir esses litígios, mas dos fatos originários do Direito, nomeadamente as praxes, as relações de domínio e de posse e as declarações de vontade nas suas formas mais importantes, como os estatutos, o contrato e a disposição de última vontade. Delas resultam as relações jurídicas, que assim são criadas, em primeira linha, não pelas proposições jurídicas, mas diretamente pela sociedade. Família, corporações, propriedade, direitos reais, compra, locação, arrendamento e empréstimo, eram relações jurídicas ainda antes de os juristas romanos terem feito a sua primeira generalização. Mesmo hoje, porém, o Direito não reside tanto nas proposições jurídicas (nas normas de decisão) quanto nas instituições jurídicas; missão da sociologia do Direito é pesquisar cuidadosamente as forças propulsoras das organizações jurídicas. Só posteriormente é que a Jurisprudência constrói a proposição jurídica com base na percepção dos fatos da vida jurídica e na generalização das vivências dessa percepção – tendo, sem dúvida, os seus procedimentos uma inegável semelhança com os métodos das autênticas ciências. Contudo, não é uma autêntica ciência, pois a observação e a generalização do jurista não ocorrem imparcialmente no espírito científico, mas antes sob a influência das relações de poder, das considerações de oportunidade e das tendências de justiça que determinam a pesquisa das normas; a observação e a generalização do jurista não só se interrompem ali onde cessa a importância prática, como, em último termo, culminam num processo absolutamente acientífico: na ponderação dos interesses como base de pesquisa das normas.

²⁴ Apud LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 85-86.

Contudo, afirma Karl Larenz²⁵ que o Direito como ordenação da vida e como ordem normativa não se exclui reciprocamente; pelo contrário, o Direito válido é sempre as duas coisas: validade normativa e validade fática. Estas são igualmente características. É sobretudo a Jurisprudência dos interesses que propende a pensar apenas nos casos de conflito e não no muito mais freqüente convívio pacífico conforme à ordem jurídica. Atitude que se explica, decerto, pela especial situação do juiz, a quem os litígios são apresentados para que lhes dê solução; mas já para o caso do legislador ela seria excessivamente restrita. A ciência deve libertar-se por completo de uma atitude tão unilateral, podendo nisso ser-lhe útil a perspectiva sociológica, que vê na norma a expressão da ordenação da vida agindo na sua sempre renovada realização.

Em particular, face à sua importância epistemológica, passa-se a teoria pura do Direito de Hans Kelsen.

2.2 A teoria pura do Direito de Hans Kelsen

Perante a concepção de que a autêntica ciência do Direito é a sociologia do Direito, ao passo que à ciência jurídica tradicional apenas cabe o papel de uma tecnologia ou de um auxiliar da jurisprudência dos tribunais, impunha-se uma tomada de consciência metodológica por parte da ciência do Direito. Foi Hans Kelsen quem, com admirável energia e ímprobo rigor de pensamento, se desempenhou de semelhante missão²⁶.

A ciência do Direito, segundo Kelsen²⁷, não tem a ver com a conduta efetiva do homem, mas só com o prescrito juridicamente. Não é, pois, uma ciência de fatos, como a sociologia, mas uma ciência de normas; o seu objeto não é o que é ou que acontece, mas sim um complexo de normas. Só se garante o seu carácter científico quando se restringe rigorosamente à sua função e o seu método se conserva puro de toda a mescla de elementos estranhos à sua essência, isto é, não só de todo e qualquer apoio numa ciência de fatos (como a sociologia e a psicologia), como de todo e qualquer influxo de proposições de fé, sejam de natureza ética ou de natureza religiosa. Como conhecimento puro, não tem de prosseguir imediatamente nenhum fim prático, mas antes de excluir da sua consideração

²⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 87.

²⁶ *Idem*, p. 91-92.

²⁷ Apud LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 93.

tudo o que não se ligue especificamente com o seu objeto como complexo de normas. Só assim logra afastar a censura de estar ao serviço de quaisquer interesses, paixões ou preconceitos políticos, econômicos ou ideológicos, isto é, só assim pode ser ciência. À ciência do Direito que satisfaz a existência da pureza do método, chama Kelsen *teoria pura do Direito*.

Segundo Hans Kelsen²⁸, a teoria pura do Direito é uma teoria do Direito positivo em geral, e não de uma ordem jurídica especial, nacional ou internacional. É teoria geral do Direito e, contudo, fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, quer apenas saber do seu objeto, como ele é, e não como deve ser. É ciência jurídica e não política do Direito. Por ser pura, procura excluir do seu conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, pretendendo libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. Com isso, intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto, em face de outras disciplinas.

Distingue-se a teoria pura do Direito da tradicionalmente chamada ciência dogmática do Direito, que se propunha conhecer um certo Direito positivo no seu particular conteúdo e no seu nexos sistemático e facilitar a aplicação do mesmo. A teoria pura do Direito, muito ao invés, não se preocupa com o conteúdo, mas só com a estrutura lógica das normas jurídicas; verifica o sentido, a possibilidade e os limites de todo e qualquer enunciado jurídico (não de um certo enunciado jurídico), bem como a espécie e o modo do seu estabelecimento. Desta maneira, é uma teoria do conhecimento juscientífico e, como tal, deveria ter-se por completamente distinta da própria ciência do Direito, cuja possibilidade e método investiga. Ainda assim, apresenta-se ela mesma como ciência do Direito e é pelo menos obscuro até que ponto Kelsen ainda reconhece, a seu lado, como ciência uma ciência dogmática do Direito que se ocupe, já não com a forma, mas com o particular conteúdo de um certo Direito positivo²⁹. À teoria pura do Direito o que interessa é a especificidade lógica e a autonomia metódica da ciência do Direito. O que ela quer é libertar a ciência do Direito de todos os elementos que lhe são estranhos. Daí que, por um lado, se oponha à confusão entre observação jurídica e observação sociológica.

²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 1-2.

²⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 94-95.

Diz Hans Kelsen³⁰ que o conhecimento jurídico dirige-se às normas que possuem o caráter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos. Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Diz que com o termo *norma* se quer significar que algo *deve ser* ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. Podem ser entendidas como atos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem, seja prescrevendo, permitindo ou conferindo o poder de realizá-la. Neste sentido, as normas jurídicas são entendidas como atos de vontade. Aqui, o verbo *dever* é empregado para significar um ato intencional dirigido à conduta de outrem, no qual se incluem o *ter permissão* e o *poder* (ter competência). *Norma* é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou facultada, sendo qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Portanto, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser.

A teoria pura do Direito, na medida em que arranca o Direito da névoa metafísica em que a doutrina do Direito natural o envolvera como algo de sagrado na sua origem ou na sua idéia, quer concebê-lo, muito realisticamente, como uma específica técnica social. O que redundava em só ter a ver com a forma lógica, com uma específica lógica de normas. O conteúdo das normas jurídicas não está para ela, por qualquer modo, pré-determinado pela razão, pela lei moral ou por qualquer teleologia imanente, mas pode ser aquele que se queira. Uma norma jurídica, acentua Kelsen, não vale porque tem um determinado conteúdo, mas sim porque foi produzida de determinada maneira, de uma maneira legitimada, em último termo, por uma norma fundamental que se pressupõe. Por isso, continua ele, pode qualquer conteúdo que se deseje ser Direito. Não existe comportamento humano que, em si mesmo, graças àquilo em que consiste, possa ser excluído como conteúdo de uma norma jurídica. O positivismo jurídico não pode ser formulado de modo mais claro do que nestas duas frases³¹.

Assevera Kelsen³² que uma teoria do Direito deve, antes de tudo, determinar conceitualmente o seu objeto. Diz que quando confrontamos uns com os outros os objetos

³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 5-6.

³¹ Apud LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 97.

³² KELSEN, Hans. *Ob. cit.*, p. 33-35.

que, em diferentes povos e em diferentes épocas, são designados como Direito, resulta logo que todos eles se apresentam como ordens de conduta humana. Uma ordem é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade, e este é uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Só tendo a validade nessa norma fundamental que uma determinada norma pode se qualificar como jurídica e pertencente a determinada ordem. As normas de uma certa ordem jurídica regulam a conduta humana. Esta conduta pode consistir numa ação positiva ou numa omissão. Porém, na medida em que a ordem jurídica é uma ordem social, ela somente regula, de uma maneira positiva, a conduta de um indivíduo enquanto esta se refere a um outro indivíduo, e é isto que constitui o objeto desta regulamentação. A autoridade jurídica prescreve uma determinada conduta humana apenas porque a considera valiosa para a comunidade jurídica dos indivíduos.

Logo, o conteúdo e o fundamento de validade de toda e qualquer norma jurídica é, para a teoria pura do Direito, a norma imediatamente superior no nível hierárquico, e isto se dá sucessivamente até o fundamento último de validade de todo o Direito, que passa a ser uma norma que não é posta, mas apenas pressuposta, a própria norma fundamental. Esta é produto do pensamento do jurista, que tem buscá-la além do Direito positivo. Portanto, na filosofia do Direito, constituindo o único momento metafísico jurídico de tal teoria.

Todavia, a norma de grau superior, diz ainda Kelsen³³, não pode nunca determinar completamente e em todas as direções o ato pelo qual é executada (ou seja, o estabelecimento da norma inferior). Fica sempre uma margem de discricionariedade para o órgão chamado a estabelecer a norma inferior, de tal sorte que a norma superior, relativamente ao ato de produção normativa ou de execução, tem sempre e só o caráter de um quadro a preencher através desse ato. A interpretação, enquanto por ela se entenda uma atividade de conhecimento, apenas logra mostrar-nos esse quadro, mas nunca preenchê-lo. Se o sentido literal da norma aplicável não é unívoco, quem tem de aplicá-la encontra-se perante várias significações possíveis. A interpretação não lhe pode dizer qual é a certa; todas são igualmente certas. Se se pretende por interpretação a fixação, em termos de conhecimento, do sentido do objeto interpretado, o resultado da interpretação jurídica só pode consistir na fixação do quadro que o Direito interpretando oferece e, por conseguinte,

³³ Apud LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 105-106.

no conhecimento das múltiplas possibilidades que existem dentro desse quadro. Cabe a quem aplica a norma decidir-se, através de um ato voluntário, por uma dessas possibilidades, que depois, por ato do órgão aplicador, particularmente o tribunal, se torna em Direito positivo. A decisão, proferida por ele do modo indicado, cria, aliás, sempre Direito, mesmo que não represente nenhuma das interpretações da norma aplicada que sejam consideradas possíveis pela ciência do Direito.

A ciência do Direito só pode indicar os significados possíveis de uma norma concreta, tendo de deixar à autoridade aplicadora do Direito a escolha – apenas determinável mediante considerações políticas – entre as interpretações que são igualmente possíveis do ponto de vista juscientífico. Quando o intérprete, a partir da sua posição valorativa pessoal, recomenda uma das possíveis interpretações, não o deve fazer, como muitas vezes acontece, em nome da ciência. A ciência do Direito, que só se orienta pelo valor da verdade, deve distinguir-se rigorosamente da política jurídica, que, como conformação intencional da ordem social, se dirige à realização de outros valores, especialmente da justiça³⁴.

Segundo Karl Larenz³⁵, vê-se nitidamente o que preocupa, em última instância, Kelsen é impedir que se abuse da ciência do Direito, utilizando-a como capa de opiniões puramente pessoais, e de tendências ideológicas. Do ponto de vista do *ethos* científico, não se pode negar justificção a esta preocupação de Kelsen. É certo que, como poucas outras ciências, a ciência jurídica se encontra à mercê de tal abuso, necessitando, por isso, de uma contínua auto-reflexão crítica como aquela para que em tão grande medida contribuiu a teoria pura do Direito.

Na mesma esteira³⁶, segundo a tese positivista, só deve chamar-se científico ao pensamento que funda cada um dos seus passos ou na evidência lógica (ou matemática) ou em fatos incontroversos. Não é, contudo, deste tipo mas de tipo muito distinto a interpretação jurídica, como também qualquer outro tipo de interpretação. Ora, enquanto nos ativermos à opinião de que os juízos de valor (como os que inevitavelmente terão de fazer-se na ciência do Direito e na jurisprudência dos tribunais) não podem ser adequadamente obtidos através de atos cognitivos, e, portanto, são insusceptíveis de uma

³⁴ Apud LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 106-107.

³⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 107.

³⁶ Idem, p. 108-109.

justificação racionalmente comprovável, enquanto não se distinguir entre a lógica das ciências dos fatos e a teleologia das ciências compreensivas ou interpretativas, só deixa-se valer a ciência do Direito ou como investigação científico-causal dos fatos subjacentes à vida jurídica, isto é, como sociologia do Direito, ou como uma teoria das formas lógicas das relações jurídicas, ou seja, como teoria pura do Direito. O que o jurista considera como sua missão específica, a interpretação de proposições e de institutos jurídicos e o desenvolvimento do Direito conforme o seu sentido e exigido pelo contexto objetivo (desenvolvimento operado por meio da analogia ou da desenvolvimento de um princípio jurídico), tudo isto pode ser uma técnica ou uma arte da aplicação do Direito, a empreender em consonância com certas regras, mas nunca reclamar-se o nível de uma ciência.

Desta conclusão fica evidente que os caracteres formais de uma teoria, e o respectivo sistema que se atenha apenas a aspectos formais do seu objeto, não pode dar conta da complexidade do fenômeno jurídico e lhe fornecer soluções que se apresentem materialmente adequadas. A lógica formal destes sistemas é apenas parte do raciocínio que não se condiciona integralmente por ela, mas antes, desde os seus pressupostos essenciais, também é condicionado por considerações materiais, tendo em vista que o sistema jurídico há de interpretar e compreender a conduta humana no seu devir social. A partir daqui, passa-se à explanação das concepções que compreendem o sistema jurídico a partir de uma perspectiva formal-material.

2.3 Concepção de Karl Larenz

Segundo Larenz³⁷, as normas jurídicas não estão desligadas umas das outras, mas estão numa conexão multimoda umas com as outras. De acordo com isto, toda a interpretação de uma norma tem de tomar em consideração a cadeia de significado, o contexto e a sede sistemática da norma, a sua função no contexto da regulamentação em causa. Além disso, o ordenamento jurídico no seu conjunto, ou pelos menos grande parte dele, está subordinado a determinadas idéias diretivas, princípios ou pautas gerais de valoração, a alguns dos quais cabe hoje o escalão de Direito Constitucional. A sua função é justificar, subordinando-as à idéia de Direito, as decisões de valor que subjazem às normas, unificá-las, e, deste modo, excluir na medida do possível as contradições de valoração. São

³⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 621.

de grande préstimo para a interpretação, mas ainda mais, porém, para o desenvolvimento do Direito imanente à lei e do Direito transcendente à lei. A descoberta das conexões de sentido em que as normas e regulações particulares se encontram entre si e com os princípios diretivos do ordenamento jurídico, e a sua exposição de um modo ordenado, que possibilite a visão de conjunto – quer dizer, na forma de um sistema – é uma das tarefas mais importantes da Jurisprudência científica³⁸.

Ao realizar esta tarefa, surgem de imediato distintas possibilidades. O sistema de conceitos gerais abstratos é apenas uma destas possibilidades. Esse sistema, que se denomina de externo, baseia-se em que se não de separar e generalizar, a partir dos fatos-tipo que são objeto de uma regulação jurídica, determinados elementos. A partir deles formar-se-ão conceitos de gênero, que são ordenados de modo a que, acrescentando ou subtraindo notas específicas particulares, se possam alcançar diversos graus de abstração. Os conceitos inferiores respectivos, que são os de menor grau de abstração, ao serem subsumidos aos conceitos superiores correspondentes, permitem, finalmente, reconduzir a massa do material jurídico a alguns poucos conceitos supremos. Um tal sistema garante em ampla medida não só a clareza, mas também a segurança jurídica; porque, nos quadros de um tal sistema, se ele fosse completo, poder-se-ia dar a toda a questão jurídica uma resposta, por via de uma operação lógica de pensamento. Garante a ausência de contradição lógica de todas as conseqüências dele derivadas e com isso, segundo parece, a cientificidade da Jurisprudência, no sentido do conceito cientificista de ciência. Com efeito, a questão sobre a valoração apropriada será, num tal sistema, suplantada pela da subsunção adequada; a lógica formal ocupa o lugar da teleologia e da ética jurídica. Este sistema exerceu sobre muitas gerações de juristas um fascínio que nunca será de mais acentuar³⁹.

Até agora, só se realizaram em esboço na ciência do Direito as possibilidades de formação de um sistema que não se serve, ou não se serve exclusivamente, do conceito abstrato e do procedimento lógico, a ele associado, da abstração ou da subsunção, mas de outros modos de pensamento. Muitos juristas continuam a identificar a idéia de sistema com o sistema conceitual-abstrato. Ainda hoje poucos juristas, mesmo aqueles que são defensores de uma Jurisprudência de valoração, são capazes de libertar-se do fascínio exercido pelo sistema conceitual-abstrato. Deslumbrados pelo conceito cientificista de

³⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 621-622.

³⁹ Idem, p. 622-623.

ciência, rezearam abandonar, conjuntamente com o sistema conceitual-abstrato, a pretensão de cientificidade da Jurisprudência. Descuram assim o fato de que a ciência do Direito, que pertence às ciências compreensivas em sentido estrito, só pode justificar a sua pretensão mediante o desenvolvimento de modos de pensamento adequados ao seu objeto e hermeneuticamente garantidos, e não mediante o intento inútil de uma acomodação aos métodos das ciências exatas. Na realidade, porém, muitos juristas, sem que disso tenham plena consciência, já não argumentam atualmente com conceitos do sistema conceitual-abstrato, mas com conceitos determinados pela função e com princípios, isto é, tendo em conta o sistema interno, se bem que este só se tenha até agora manifestado de modo perfunctório⁴⁰.

Segundo Larenz⁴¹, indicam-se os conceitos abstratos como elementos básicos do sistema externo. Chamam-se *abstratos* porque são formados de notas distintivas que são desligadas, abstraídas dos objetos em que aparecem e, na sua generalização, são isoladas, separadas, tanto umas das outras como em relação aos objetos a que sempre estão ligadas de modo determinado.

A seleção das notas distintivas, que hão de ser recolhidas quando da formação de um conceito abstrato na sua definição, é essencialmente co-determinada pelo fim que a ciência em causa persegue com a formação do conceito. Daí resulta que o conceito jurídico que designa uma determinada classe de objetos nem sempre se identifica plenamente com o conceito correspondente de outra ciência, ou nem sequer com o que o uso lingüístico corrente por ele entende. O mesmo vale para a formação de conceitos subordinados⁴².

Deste modo, torna-se claro o fim e a grande utilidade de uma tal formação de conceitos. A lei tem como missão classificar, de modo claro, uma enorme quantidade de fenômenos da vida, muito diferentes entre si e altamente complexos, caracterizá-los mediante notas distintivas facilmente identificáveis e ordená-los de modo a que, sempre que sejam idênticos, se lhes possam ligar idênticas conseqüências jurídicas. Para levar a cabo esta missão, o caminho mais curto parece ser formar, a partir de conceitos abstratos, previsões às quais possam ser subsumidos sem esforço todos os fenômenos da vida que apresentam as notas distintivas do conceito. Não só são caracterizáveis mediante conceitos

⁴⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 623-624.

⁴¹ Idem, p. 624.

⁴² Idem, p. 625-626.

abstratos as situações de fato a regular, mas também as conseqüências jurídicas e conteúdos de regulação a elas associados⁴³.

Com a perfeição do sistema externo preencher-se-ia o ideal da possibilidade de subsunção de todos os casos jurídicos em presença aos conceitos do sistema, e com isso a uma regra dada na lei. Não há dúvida que este ideal é inatingível. Nem o sistema foi em qualquer época perfeito nem fechado em si, de modo a que todas as relações jurídicas e previsões juridicamente significativas tivessem achado nele o seu lugar perfeitamente determinável⁴⁴.

O que jurista freqüentemente designa, de modo logicamente inadequado, como subsunção, revela-se em grande parte como apreciação com base em experiências sociais ou numa pauta valorativa carecida de preenchimento, como coordenação a um tipo ou como interpretação da conduta humana, particularmente do sentido juridicamente determinante das declarações de vontade. A parte da subsunção lógica na aplicação da lei é muito menor do que a metodologia tradicional supôs e a maioria dos juristas crê. É impossível repartir a multiplicidade dos processos da vida significativos sob pontos de vista de valoração jurídicos num sistema tão minuciosamente pensado de compartimentos estanques e imutáveis, por forma a que bastasse destacá-los para encontrá-los um a um em cada um desses compartimentos. Isto é impossível, por um lado, porque os fenômenos da vida não apresentam fronteiras tão rígidas como as exige o sistema conceitual, mas formas de transição, formas mistas e variantes numa feição sempre nova. É impossível ainda, porque a vida produz constantemente novas configurações, que não estão previstas num sistema acabado. É também impossível, por último, porque o legislador se serve necessariamente de uma linguagem que só raramente alcança o grau de precisão exigível para uma definição conceitual. Não pode, portanto, causar espanto que o ideal de um sistema abstrato, fechado em si e isento de lacunas, construído com base em conceitos abstratos, nem mesmo no apogeu da Jurisprudência dos conceitos tenha sido plenamente realizado⁴⁵.

Sem dúvida que a formação de conceitos abstratos, e nomeadamente daqueles com um grau progressivamente crescente de abstração, que se tornam necessariamente cada vez mais vazios de conteúdo à medida que o grau de abstração se eleva, facilita em grande

⁴³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 626.

⁴⁴ Idem, p. 644.

⁴⁵ Idem, p. 645.

medida a clareza, porque com o auxílio de tais conceitos, um grande número de fenômenos, freqüentemente de índole muito diversa, pode ser reconduzido a um denominador comum e uniformemente regulado. Mas é à custa da clarificação das concatenações de sentido que resultam das pautas de valoração e princípios jurídicos subjacentes à regulação e que são imprescindíveis para compreender a regulação⁴⁶.

Por isso, o sistema externo, que assenta na formação de conceitos abstratos, será apenas de valor limitado para uma elaboração simplificada da lei, para a orientação inicial e para a subsunção, sempre que esta seja de todo em todo susceptível de se realizar; mas só pode atribuir-se-lhe um valor muito reduzido para o conhecimento das concatenações de sentido do Direito, para o qual é antes um empecilho⁴⁷.

Já o sistema interno não é um sistema fechado em si, mas um sistema aberto, no sentido de que são possíveis tanto mutações na espécie de jogo concertado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios; seja em virtude de novos conhecimentos da ciência do Direito ou modificações na jurisprudência dos tribunais. A razão última disso é que o sistema, como unidade de sentido de uma ordem jurídica concreta, comunga do modo de ser desta, quer dizer, assim como não é estático, mas dinâmico, apresenta, portanto, a estrutura da historicidade. Mas, se é assim, então todos os enunciados da Jurisprudência sobre este sistema estão sujeitos a uma dupla reserva: em primeiro lugar, estão, como os de toda a ciência, subordinados à reserva de conhecimentos futuros melhores; mas, por outro lado, estão também subordinados à salvaguarda da constância das pautas de valoração determinantes, que surgem sucessivamente na evolução histórica da cultura jurídica e que se podem modificar. Devido a esta sua abertura, o sistema interno assinalado à Jurisprudência distingue-se de qualquer sistema jusnaturalista e também de qualquer sistema quase jusnaturalista, como o foi o da Jurisprudência dos conceitos⁴⁸.

A capacidade de mudança reporta-se, por isso, mais às decisões de valor secundárias, às concretizações, à acentuação e ao jogo concertado dos princípios. Sob este aspecto, as mudanças das últimas décadas, em consonância com a aceleração geral na modificação das relações de vida são, de fato, surpreendentemente grandes. Quanto a isto, nada deverá variar no futuro. Por isso, quanto mais avança a formação do sistema em

⁴⁶LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 649.

⁴⁷ Idem, p. 650.

⁴⁸ Idem, p. 693.

relação aos conteúdos regulativos particulares, quanto mais descobre neles as concretizações dos princípios – através da mediação dos conceitos determinados pela função – e retorna, a partir desses conteúdos regulativos particulares, aos princípios, tanto mais se terá que continuar a ser consciente da sua provisoriedade. Não obstante, a provisoriedade dos seus conhecimentos não é para a ciência do Direito, tal como não é para as outras ciências, razão para renunciar à sua consecução⁴⁹.

Para Larenz⁵⁰, a missão do sistema científico é tornar visível e mostrar a conexão de sentido inerente ao ordenamento jurídico como um todo coerente. Para isso serve a descoberta dos princípios diretivos e a sua concretização nos conteúdos regulativos, a formação de conceitos determinados pela função e de tipos jurídico-estruturais. Para esse efeito, pressupõe-se sempre que as regras do Direito e os diferentes complexos de regulação estão de fato entre si numa tal conexão de sentido, quer dizer, que são algo mais do que uma aglomeração de normas particulares baseada na arbitrariedade do legislador ou outros fatores mais ou menos causais. Que esta pressuposição é verdadeira, que a um dado ordenamento jurídico – abstraindo do seu condicionamento histórico e de algumas casualidades particulares – é inerente um sentido racional, não pode decerto provar-se em sentido exato, mas pode esclarecer-se mediante a descoberta dessa conexão de sentido.

Mas mesmo no que se refere às valorações fundamentais do ordenamento jurídico, nem sempre se podem evitar contradições de valoração, tanto no plano das normas como no das resoluções jurídicas. O ideal de plena concordância valorativa de todas as normas e resoluções não pode realizar-se já, pelo fato de que as regras legais surgiram em diferentes graus de evolução histórica e uma valoração distinta num setor parcelar do ordenamento jurídico não pode ter de imediato repercussão noutra setor parcelar⁵¹.

Enquanto sistema aberto, o sistema é sempre inacabado e inacabável. O sistema interno é, além disso, fragmentário, no sentido de que não podem integrar-se nele todas as normas ou regulamentações. Tanto as regulações de índole preponderantemente técnico-jurídica, como as leis-medida se subtraem a ele, pelo menos em grande escala. Para pôr numa ordem externa a massa destas normas e poder manejá-las é preciso, agora como antes, o sistema externo. Só que não se deve esperar dele nenhuma resposta a questões jurídicas ou acreditar que só com a sua ajuda se podem descobrir as conexões de sentido

⁴⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 694.

⁵⁰ Idem, p. 694-695.

⁵¹ Idem, p. 695.

internas do Direito – sem cujo conhecimento a matéria jurídica é no seu conjunto uma massa inerte com a qual, em última instância, se pode operar de um ou de outro modo⁵².

Tão-pouco é suficiente uma mera justaposição de elementos (ou resíduos) do sistema conceitual-abstrato e do modo de pensar tópico, como alguns parecem, porventura, crer. Nessa altura parece arbitrário seguir um ou outro modo de pensamento. Argumenta-se ao gosto de cada um, ora assim ora de outro modo. É certo que é possível conceber uma ligação entre pensamento tópico e sistema interno, por forma a só considerar como válidos os pontos de vista (*topoi*) jurídicos admissíveis que sejam justificáveis a partir do sistema interno. Mas isto não corresponde ao entendimento geral da tópica. Nem uma argumentação lógico-formal e conceitual, nem uma argumentação tópica conduzem à descoberta do sistema interno. Para isso é necessária a descoberta e concretização de princípios jurídicos, bem como a formação de tipos e conceitos determinados pela função. Estas são as formas específicas de pensamento de uma Jurisprudência que a si própria se entende simultaneamente como pensamento orientado a valores e pensamento sistemático⁵³.

Esta concepção, tal como elaborada por Karl Larenz, já indica a preocupação sistemática face ao conteúdo próprio da decisão jurídica, demonstrando a necessidade das conexões materiais internas do Direito, enquanto ciência, na forma específica do sistema. Contudo, tal visão ainda propugna um sistema jurídico em certa medida fragmentário, dando a idéia de um déficit da formalização do mesmo em face do seu objeto. O que, aliás, pode ser conseqüência das influências metodológicas que o autor sofreu, principalmente da Jurisprudência valorativa que não se preocupa tanto com o sistema, mas apenas com a decisão justa do caso concreto. Todavia, para que essa mesma decisão possa ser considerada como justa no ordenamento jurídico é necessário o seu cotejo com esse ordenamento encarado como um todo pleno de sentido e regido por idéias fundamentais. Tal não se dá fora da concepção sistemática e, por isso, o sistema jurídico não pode ser fragmentário, mas sim total, não no sentido de completo ou fechado, mas no sentido de abarcar todo o conteúdo e a fenomenologia do Direito.

Isto se dá, principalmente, em duas vertentes atuais: a concepção de sistema de Claus Canaris e a teoria do sistema jurídico enquanto sistema autopoietico. E é sobre elas que se passa a analisar.

⁵² LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 696-697.

⁵³ Idem, p. 697.

2.4 Concepção de Claus Canaris

Segundo Claus Canaris⁵⁴, sobre o conceito de sistema é ainda determinante a definição clássica de Immanuel Kant, que caracterizou o sistema como a unidade sob uma idéia, de conhecimentos variados ou, também, como um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios. A partir daí, as definições na literatura jurídica correspondem-lhe largamente, como em Savigny, Stammler, Binder, Hegler, Stoll e Coing.

Para ele⁵⁵, há duas características imanentes à idéia de sistema: ordenação e unidade. À ordenação, pretende-se com ela (quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada) exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este fator modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns poucos princípios fundamentais. Segue-se daí sempre dois prismas do sistema: o sistema de conhecimentos ou científico (interno) e o sistema dos objetos do conhecimento ou objetivo, ou real (externo). Em face disso, deve-se sempre distinguir o sistema de conhecimentos de um objeto (ou científico) e o sistema do objeto do conhecimento (ou da realidade ou objetivo) devendo o primeiro ser o correspondente o mais fiel possível do último, de modo que a elaboração científica de um objeto não desvirtue este, falseando, com isso, a sua finalidade. A formação jurídica do sistema só será possível quando o seu objeto, isto é, o Direito, aparente tal sistema objetivo.

Nas suas lições⁵⁶, a hipótese fundamental de toda a ciência é a de que uma estrutura racional, acessível ao pensamento, domine o mundo material e espiritual. Por consequência, a metodologia jurídica parte, nos seus postulados, da existência fundamental da unidade do Direito, que pressupõe e entende o seu objeto como um todo em si significativo, de existência assegurada. Mas isso só não basta, e para que os postulados metodológicos não se tornem inalcançáveis ou meras petições de princípio, como bem descreveram os adeptos da Jurisprudência dos Interesses, representados por Rudolph Von Jhering, a ordem interior e a unidade do Direito são bem mais do que pressupostos da natureza científica da Jurisprudência (ciência do Direito) e do que postulados da

⁵⁴ CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 9-10.

⁵⁵ Idem, p. 12-13.

⁵⁶ Idem, p. 14-23.

metodologia; elas pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria idéia de Direito.

Assim, a exigência de ordem justa resulta diretamente do reconhecido postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença: tanto o legislador como o juiz estão adstritos a retomar conseqüentemente os valores encontrados, pensando-os até ao fim, em todas as conseqüências singulares e afastando-os apenas justificadamente, isto é, por razões materiais, ou, por outras palavras: estão adstritos a proceder com adequação. A adequação racional é a característica da ordem no sentido do conceito de sistema, e por isso a regra da adequação valorativa, retirada do princípio da igualdade, constitui a primeira indicação decisiva para a aplicação do pensamento sistemático na Ciência do Direito: o sistema como a conseqüência do Direito, interiormente pressuposta. Também a unidade tem correspondência no Direito, embora pertença ao domínio seguro das considerações filosóficas. Ela procura garantir a ausência de contradições da ordem jurídica e, também, não representa mais do que a realização da tendência generalizadora da justiça, que exige a superação dos numerosos aspectos possivelmente relevantes no caso concreto, a favor de uns poucos princípios abstratos e gerais. Através da unidade, garante-se que a ordem do Direito não se disperse numa multiplicidade de valores singulares desconexos, antes se deixando reconduzir a critérios gerais relativamente pouco numerosos⁵⁷, garantindo-se a efetividade da unidade do conceito de sistema.

O legislador e o juiz estão adstritos aos valores encontrados, logo, a proceder com adequação racional. Esta é a característica da ordem no conceito de sistema, e a regra da adequação valorativa, retirada do princípio da igualdade, é a primeira indicação do pensamento sistemático na ciência do Direito.

A idéia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, o princípio da justiça e suas concretizações como a igualdade e a tendência para generalização. O valor supremo da segurança jurídica aponta na mesma direção. E todos esses postulados podem ser muito melhor prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, portanto um Direito ordenado em sistema, do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em demasiado fácil contradição umas com as outras. Assim, o

⁵⁷ CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 18-21.

pensamento sistemático radica, de fato, imediatamente, na idéia de Direito (como conjunto dos valores jurídicos mais elevados). O papel do conceito de sistema é, no entanto, o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica⁵⁸.

Segundo Estevão Horvath⁵⁹, não há como vislumbrar se possa encontrar a norma jurídica aplicável a determinada situação, senão mediante a redução de regras e princípios a sistema, dada a impossibilidade de se aplicar um ou outro isoladamente. A noção de norma jurídica envolve necessariamente a idéia de sistema, e que somente pode ser obtida tendo-se presente a idéia de Direito como sistema.

Para Claus Canaris⁶⁰, sendo o ordenamento, de acordo com a regra da justiça, de natureza valorativa, assim também o sistema a ele correspondente só pode ser uma ordenação axiológica ou teleológica, o que gera o questionamento de uma forma de sistema jurídico além daquele lógico-formal proposto por Hans Kelsen⁶¹, ou seja, a possibilidade de exercer racionalmente a Jurisprudência, no seu âmbito decisivo, é de natureza valorativa e, por isso, também o sistema jurídico assume essa peculiaridade valorativa, ou teleológica.

O sistema, no Direito, é entendido como a captação racional da adequação de conexões de valorações jurídicas. Assim, deve-se apoiar a possibilidade de um sistema axiológico ou teleológico, pelo menos como hipótese. Deve-se pressupor a existência de uma ciência do Direito e, então, perguntar qual o seu sentido e o que fundamenta a sua pretensão de cientificidade, procurando-se entender as especialidades de seus métodos e apenas no final colocar a questão da natureza científica. A hipótese de que a adequação do pensamento jurídico-axiológico ou teleológico seja demonstrável de modo racional é a condição da possibilidade de qualquer pensamento jurídico e, em especial, pressuposto de um cumprimento, racionalmente orientado e demonstrável, do princípio da justiça de tratar o igual de modo igual e o diferente, de acordo com a medida da sua diferença.

Quando da adequação dos valores, não se trata da justeza material, mas apenas da adequação formal de uma valoração. Não é tarefa do pensamento teleológico encontrar uma qualquer regulação justa *a priori*, mas apenas, uma vez legislado o valor, pensar todas

⁵⁸ CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 22-23.

⁵⁹ HORVATH, Estevão. *O princípio do não-confisco no Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 30.

⁶⁰ CANARIS, Claus Wilhelm. *Ob. cit.* p. 66-76.

⁶¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. *passim*.

as suas conseqüências até o fim, transpô-lo para casos comparáveis, solucionar contradições com outros valores já legislados e evitar contradições derivadas do aparecimento de novos valores. Logo, garantir a adequação formal é uma tarefa do sistema teleológico, em total consonância com a sua justificação a partir do princípio formal da igualdade. Isso, aliás, aponta apenas para uma das facetas gerais do sistema jurídico, a ordenação formal, ou melhor, a construção de sua hierarquia.

No pensamento de Claus Canaris⁶², deve-se considerar o sistema jurídico como ordem de princípios gerais do Direito. Deve-se recordar a característica principal da idéia de unidade: a recondução da multiplicidade do singular a alguns poucos princípios constitutivos, ou seja, deve-se avançar até aos valores fundamentais mais profundos, portanto, até aos princípios gerais de uma ordem jurídica; trata-se, assim, de apurar por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio iuris* determinante. Só assim podem os valores singulares libertar-se do seu isolamento aparente e reconduzir-se à procurada conexão orgânica e só assim obterem aquele grau de generalização sobre o qual a unidade da ordem jurídica se torna perceptível. O sistema deixa-se, assim, definir como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais.

Tal concepção já demonstra um certo avanço estrutural em relação à doutrina de Karl Larenz, indicando que considerações formais e materiais não se excluem mutuamente, antes é de se concluir que qualquer teoria não pode ser apenas ideal como que qualquer pensamento material não pode prescindir de uma certa formalização ou organização estrutural. E esses pressupostos não de ser perseguidos e cumpridos no pensamento sistemático da ciência Direito, enquanto atividade racional e material.

Por fim, passa-se à explanação da teoria da linguagem e do sistema autopoietico do Direito, produto de Niklas Luhmann, e exposta por Marcelo Neves.

2.5 A teoria do sistema autopoietico e legislação simbólica

Antes de adentrar precisamente neste ponto, é necessário que se faça uma breve digressão acerca da teoria do conhecimento, na filosofia.

⁶² CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p.76-80.

O conhecimento humano, descrito com base numa teoria do conhecimento, perpassou diversos estágios até as modernas concepções da teoria da linguagem. Inicialmente, o homem acreditou que a essência dos objetos postos ao seu conhecimento era acessível de forma que ele pudesse reconhecer a ontologia ou o nùmeno dos mesmos. Tal idéia fundamentou toda a metafísica do pensamento grego e diversas outras concepções até meados do século XIX.

Contudo, essa ontologia só ofereceu um conhecimento meramente contemplativo que acreditava na razão humana como instrumento para alcançar a essência das coisas. Assim, viu-se que nada de fecundo ou útil era possibilitado, mas apenas um emaranhado de teorias com pretensão universais que não resistiam a um exame empírico mais acurado. Dessa situação, as especulações metafísicas, emitidas da razão diretamente aos fundamentos últimos, foram abandonadas por um pensamento empírico que buscava analisar indutivamente os fenômenos. A base da percepção e do conhecimento deveria ser sensorial, pela experiência, para, a partir daí, ordená-la gradativamente até a essência dos objetos.

Até aqui se constata que a teoria do conhecimento permaneceu em busca de uma ontologia, ou melhor, uma metafísica, na qual o objeto teria existência independente do sujeito, restando a esse apenas declarar o conhecimento acerca daquele.

Com o pensamento positivista, com início no século XIX, houve uma ruptura radical com a teoria do conhecimento ontológica. Tal pensamento propugnava o abandono de quaisquer considerações metafísicas em um objeto de estudo, pois não importaria mais descobrir *o quê* os objetos são (conhecimento inacessível ao homem), mas sim *como* os objetos são ou se apresentam. Disso, exsurge o conhecimento epistemológico ou científico, em contraposição ao conhecimento metafísico, e que se dirige à especialização e autonomização dos conhecimentos segundos os diversos objetos existentes. Isso dá condição à operacionalização dos conceitos e estruturação de sistemas explicativos dos objetos. Tudo isso com a experimentação das construções e obtenção de resultados práticos ao conhecimento humano.

Segundo Martin Heidegger⁶³, o desenvolvimento das ciências é, ao mesmo tempo, sua independência da filosofia e a inauguração de sua autonomia. Este fenômeno faz parte do acabamento da filosofia. Seu desdobramento está hoje em plena marcha, em todas as

⁶³ HEIDEGGER, Martín. *Conferências e escritos filosóficos*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Os Pensadores). p. 269-271.

esferas do ente. Parece a pura dissolução da filosofia; é, no entanto, precisamente seu acabamento. A filosofia transforma-se em ciência empírica do homem, de tudo aquilo que pode tornar-se objeto experimentável de sua técnica, pela qual ela se instala no mundo, trabalhando-o das múltiplas maneiras que oferecem o fazer e o formar. Tudo isto se realiza em toda parte com base e segundo os padrões da exploração científica de cada esfera do ente.

Parecia que o conhecimento humano havia chegado ao seu estágio final. Entretanto, o mesmo tornou-se extremamente mutável e desconstruível. Aliás, as próprias bases epistemológicas do positivismo deixavam de lado diversas considerações que se afiguravam relevantes.

No século XX, estudos físicos propostos por Heisenberg descobriram que a localização dos objetos, especificamente dos elétrons no átomo, era incerta e, por isso, não havia certeza absoluta acerca de onde está alguma coisa ou o estado natural das mesmas, que dependeriam de diversas variáveis instáveis para se chegar a uma conclusão não tão absoluta assim acerca dos fenômenos oriundos dos objetos. Outra derrota do positivismo veio com a teoria do relativismo de Einstein pela qual as condições de tempo e espaço não seriam imutáveis e, por isso, o universo não funcionaria como um grande mecanismo, mas, ao contrário, como diversos mecanismos e engrenagens variáveis em face de diversos condicionantes implicantes⁶⁴.

Dáí se conclui que se tornou inacessível ao homem o conhecimento da plenitude dos fenômenos, os quais ele só apreende muito parcialmente, segundo sua condição e posição face aos mesmos.

A única alternativa seria alterar o próprio objeto do conhecimento. Com isso, concluiu-se que todo o conhecimento humano era o reflexo do próprio sujeito e suas idéias em vez da explicação declarativa dos objetos ou de seus fenômenos. Logo, não haveria mais a distinção entre sujeito e objeto, pois os objetos seriam constituídos e não meramente declarados. Logo, a única coisa que realizaria a interação do conhecimento humano e, ao mesmo tempo, a representação dos objetos seria a linguagem.

A comunicação ou a linguagem se torna o instrumento de constituição e interação do conhecimento entre o sujeito e objeto, que agora se aproxima do sujeito, como entre os sujeitos entre si. Assim, as construções lingüísticas assumem o conhecimento como

⁶⁴ Conferir KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007. passim.

convencional e a linguagem é o mundo artificial que o homem constrói historicamente e estabelece culturalmente.

Afirma Hans-Georg Gadamer⁶⁵ que a linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham mundo, nela se representa mundo. Para o homem, o mundo está aí como mundo numa forma como não está para qualquer outro ser vivo que esteja no mundo. Mas esse estar-aí do mundo é constituído pela linguagem.

Tudo se resume ao significado (objeto), significante (instrumento de intermediação e representação) e significação (conteúdo representado), todos constituídos pela linguagem. E o real objeto da teoria do conhecimento é a rede de significantes ou signos que transmitem as informações e promovem a construção de toda a realidade humana, como o único dado comum entre os diversos sujeitos cognoscentes. Por isso, enquanto fundada na linguagem significante, a teoria do conhecimento é nada mais do que a teoria da linguagem que perpassa todas as áreas do conhecimento.

Nesse sentido, elucida Marcelo Neves⁶⁶ que em um sentido filosófico muito abrangente, o termo *simbólico* (equivalente a significante) é utilizado para indicar todos os mecanismos de intermediação entre sujeito e realidade. A rede simbólica constituiria o meio artificial da relação entre homem e realidade.

A realidade humana é constituída pela linguagem, mas ela não se apresenta de forma unitária ou monista. Aliás, é muito mais conveniente falar de linguagem numa concepção geral, enquanto meta condição do conhecimento, e numa acepção estreita, ou seja, na existência de diversas linguagens, cada qual com seu código de ordenação e autonomia, específica em relação a cada objeto, ou melhor, a cada esfera do próprio ente ou sujeito. Assim, existe a linguagem econômica, a linguagem política, a linguagem de cada religião e, no que interesse atualmente, a linguagem jurídica.

O código que regula toda a linguagem jurídica é o binário lícito/ilícito, que informa todos os elementos intra-sistêmicos do Direito. Enquanto linguagem especializada, o Direito trabalha com elementos normativos que se relacionam internamente por esse código, mas que mantêm referência externa às demais linguagens, pelo menos como possibilidade de adaptação a conjunturas mutáveis.

⁶⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 9. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Universitária São Francisco, 2008. p. 571.

⁶⁶ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 6.

Quando o Direito estabelece o conteúdo do seu conjunto e de seus elementos apenas pela interação interna desses próprios elementos de forma sistemática, o mesmo se torna instrumentalizado, ou melhor, o texto jurídico adquire normatividade, com a produção normal da cadeia de positivação do Direito, desde a constituição até o caso concreto, perpassando as diversas normas jurídicas deste processo.

Quando, ao contrário, o código de outras linguagens prevalece sobre o código jurídico dentro do próprio sistema jurídico, este perde sua autonomia e assume uma função preponderantemente simbólica, caracterizada pela falta de normatividade e, por isso, eficácia para resolver os problemas jurídicos, com a assunção de um conteúdo político ou econômico latente da legislação, distante do seu conteúdo estritamente jurídico.

Como o elemento normativo fundamental do Direito é a sua Constituição, a principal análise gira em torno da instrumentalidade ou simbolismo da própria Constituição.

Marcelo Neves⁶⁷ assume um conceito sistêmico-teórico de constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, mas principalmente enquanto mecanismo de autonomia operacional do Direito na sociedade moderna. Porém, reconhece que há uma forte contradição entre Direito e realidade constitucionais nos países subdesenvolvidos. A questão diz respeito à falta de normatividade jurídica do texto constitucional como fórmula democrática: a partir deste não se desenvolve suficientemente um processo concretizador de construção do Direito Constitucional; mas, ao mesmo tempo, a linguagem constitucional desempenha relevante papel político-simbólico, também com amplas implicações na esfera jurídica.

Assim, Marcelo Neves⁶⁸ informa que *legislação simbólica* aponta para o domínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental.

O que vai distinguir a legislação simbólica é a prevalência do seu significado político-ideológico latente em detrimento do seu sentido normativo-jurídico aparente. Em sentido mais abrangente, pode-se dizer que uma quantidade considerável de leis desempenha funções sociais latentes em contradição com sua eficácia normativo-jurídica, ou seja, em oposição ao seu sentido jurídico manifesto. Considerando-se que a atividade

⁶⁷ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 2-3.

⁶⁸ Idem, p. 23.

legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico. A referência deôntico-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou político-ideológica⁶⁹.

Harald Kindermann⁷⁰ propôs um modelo tricotômico para a tipologia da legislação simbólica. Seu conteúdo pode ser de: a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios.

A legislação simbólica destinada primariamente à confirmação de valores sociais tem sido tratada basicamente como meio de diferenciar grupos e os respectivos valores ou interesses. Constituiria um caso de política simbólica por gestos de diferenciação, os quais apontam para a glorificação ou degradação de um grupo em oposição a outros dentro da sociedade. Mas a legislação afirmativa de valores sociais pode também implicar gestos de coesão, na medida em que haja uma aparente identificação da sociedade nacional com os valores legislativamente corroborados, como no caso de princípios de autenticidade⁷¹.

O objetivo da legislação simbólica pode ser também fortalecer a confiança dos cidadãos no respectivo governo ou, de um modo geral, no Estado. Nesse caso, trata-se de produzir confiança nos sistemas político e jurídico. O legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. É a legislação-álibi. Por ela o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos. Também, ela serve como comprovação de reação do Estado em face da insatisfação popular frente a determinados acontecimentos ou problemas sociais, ou seja, apresenta-se como uma reação do Estado⁷².

A legislação-álibi decorre da tentativa de dar a aparência de solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas, além disso, obstrui o

⁶⁹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 29-31.

⁷⁰ *Apud* NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 33.

⁷¹ NEVES, Marcelo. *Ob. cit.* p. 35-36.

⁷² *Idem*, p. 36-38.

caminho para que eles sejam resolvidos. A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade. Entretanto, é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, pois as variáveis normativo-jurídicas defrontam-se com outras variáveis orientadas por outros códigos e critério sistêmicos. A resolução dos problemas da sociedade depende da interferência de variáveis não normativo-jurídicas. Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira conseqüente conforme o respectivo texto legal. Nesse sentido, pode-se afirmar que a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ideológica. Contudo, em face da perda de realidade da legislação em um mundo que se transforma aceleradamente, confundem-se o real e a encenação, ilusão e auto-ilusão tornam-se indiferenciáveis de tal maneira que líderes políticos não são apenas produtores, mas também vítimas de interpretações simbólicas⁷³.

O emprego abusivo dessa legislação leva à descrença no próprio sistema jurídico, transtorna persistentemente a consciência jurídica. Tornando-se abertamente reconhecível que a legislação não contribui para a positivação de normas jurídicas, o Direito como sistema garantidor de expectativas normativas e regulador de condutas cai em descrédito; disso resulta que o público se sente enganado, os atores políticos tornam-se cínicos⁷⁴.

A legislação simbólica também pode servir para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios. Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado⁷⁵.

A legislação simbólica é caracterizada por ser normativamente ineficaz, significando isso que a relação hipotético-abstrata *se-então* da norma primária e da norma secundária (programa condicional) não se concretiza regularmente. Ela define-se também num sentido positivo: produz efeitos relevantes para o sistema político, de natureza não

⁷³ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 39-40.

⁷⁴ *Idem*, p. 40-41.

⁷⁵ *Idem*, p. 41.

especificamente jurídica. Não se distingue da legislação instrumental por não exercer influência sobre a conduta humana, mas sim pela forma como a exerce e pelo modelo de comportamento que influencia⁷⁶.

Esta última concepção apresenta a análise do sistema jurídica sob uma óptica diferenciada, como um sistema comunicacional que faz parte do sistema social geral e que interage com todos os demais subsistemas sociais. Nisso, o sistema jurídico é dotado de autonomia, razão pela qual possui o fechamento interno, que diz respeito a elementos e um código próprio que regula o funcionamento do próprio sistema. Contudo, também é dotado de abertura referencial que implica a necessidade de atualização do sistema jurídico face aos dados pertencentes aos demais sistemas e que, dessa forma, são internalizados por aquele na forma dos seus próprios elementos.

Com isso, completa-se a explanação das concepções sobre o sistema jurídico neste trabalho.

CONCLUSÃO

Atualmente, qualquer forma de pensamento que pretenda ser científica tem que levar em conta a idéia de sistema. Ou seja, a ciência pode até ser construída fora dos ditames meramente lógicos formais, mas não pode prescindir de uma estrutura sistemática. Tal não é diferente com a ciência do Direito

Como foi visto, diversas foram as concepções acerca do sistema jurídico: desde Savigny; passando pelo formalismo da Jurisprudência dos conceitos; pelo materialismo da Jurisprudência dos interesses; pelo abandono da metafísica por meio do positivismo, que teve o seu apogeu com a teoria pura do Direito de Hans Kelsen; até as concepções formal-materiais do sistema jurídico, como as de Karl Larenz e Claus Canaris; e, por fim, com o advento da teoria da linguagem e a transformação da teoria do conhecimento que tem, como exemplo, a teoria do sistema autopoietico.

Acerca dessas diversas construções, pode-se concluir que cada uma delas foi realizada de acordo o intuito do seu autor. Ou seja, a categoria do interesse dirigiu sempre a construção das teorias. Contudo, o interesse não é a única coisa que importa na ciência. Há ainda a necessidade de organização e fundamentação, como pressupostos da racionalidade da argumentação, que não deve ser meramente retórica, como pensam

⁷⁶ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 51-53.

alguns, mas, ao contrário, deve tender à objetividade, mesmo que essa não seja absoluta, mas apenas em graus.

E a forma que se adequa ao conteúdo, proporcionando juízos com matizes formais e materiais é o sistema. O sistema jurídico possibilita a fundamentação das conclusões jurídicas que são socialmente e historicamente condicionadas, sem esquecer do elemento filosófico próprio das conclusões racionais, e que consiste numa medida de formalização. Portanto, não há ciência do Direito fora do sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

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

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 9. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Universitária São Francisco, 2008.

HEIDEGGER, Martín. *Conferências e escritos filosóficos*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Os Pensadores).

HORVATH, Estevão. *O princípio do não-confisco no Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

POPPER, Karl Raymund. *Lógica das ciências sociais*. Trad. Estevão de Rezende Martins. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.