

Reflexões acerca da ideia de Sistema na Ciência do Direito

Eva Dias Costa¹

Resumo

A atividade de interpretação decorre da própria necessidade de aplicação da lei. A missão do intérprete, aplicador do Direito, é construir conteúdos de sentidos, ou significações, a partir dos dispositivos legais, com a aplicação do Direito aos casos concretos.

Contudo, não se pode ignorar que as normas só atingem o seu conteúdo em harmonia com as demais normas se for tomada em consideração a relação sistemática que entre elas existe.

A metodologia jurídica parte, nos seus postulados, da existência fundamental da unidade do Direito (indício da ideia de sistema), como se comprova, por exemplo, pela regra da interpretação sistemática ou pela pesquisa dos princípios gerais de Direito. O que, aliás, evita o casuísmo ao estabelecer os limites da interpretação provenientes da comparação entre os textos normativos. O intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso.

Por força das concepções racionalistas, dominantes nos séculos XVII e XVIII, nas quais preponderava a valoração da lei como expressão máxima do Direito, não havia preocupações com a interpretação.

Considerada a lei clara e precisa, de modo a prever todos os conflitos humanos, restava ao juiz a função de aplicá-la, sem qualquer valoração, como se de uma tarefa mecânica se tratasse – *in claris non fit interpretatio*.

A metodologia de uma ciência é a sua reflexão sobre a própria atividade. Não pretende apenas descrever os métodos aplicados na ciência, mas 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 do próprio Direito.

Palavras-chave: Sistema; metodologia; ciência jurídica.

Resumen

La actividad de interpretación se eleva de la propia necesidad de hacer cumplir la ley. La misión de la intérprete, aplicador de la ley, es de crear el contenido de los sentidos o significados, de las disposiciones legales, con la aplicación de la ley a casos concretos.

Sin embargo, no se puede ignorar que las reglas sólo llegan a su contenido en armonía con otras reglas si se tiene en cuenta la relación sistemática que existe entre ellos.

La metodología jurídica parte en sus postulados de la existencia de una unidad fundamental en el derecho (indicio de una idea de sistema), como lo

¹ Professora Assistente do Departamento de Direito; Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense; Coordenadora Departamental de Estágios.

Metodologias da Ciência do Direito

Toda a metodologia do Direito se funda numa teoria do Direito ou implica-a, pelo menos, e apresenta um duplo rosto: um, voltado para a dogmática jurídica e outro, para a teoria do Direito e dessa forma, em última análise, para a filosofia do Direito. Nesta dupla direção reside a dificuldade da metodologia.

Enquanto tal, a metodologia é o estudo dos passos e da forma como se desenvolve o raciocínio e engloba, portanto, a análise de diversos pontos estruturais de uma teoria. Entre estes pontos está o *sistema* enquanto 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.

Naturalmente, as suas diretrizes e características têm uma íntima conexão com as características do conteúdo que se vai sistematizar, pelo que há implicação recíproca, mas não dialética entre a forma do sistema e o objeto do sistema².

Estas 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, pelo que existe um dever de vinculação à objetividade, de fundamentação, que deve realizar-se na conformação do próprio sistema jurídico.

A objetividade não é, todavia, absoluta, é a própria das ciências do espírito, gradual e que só se obtém dentro de uma comunidade crítica³.

Segundo POPPER⁴, a objetividade da ciência repousa na objetividade do método crítico, o que 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 matéria dos cientistas individuais, antes o resultado das suas recíprocas críticas, da sua cooperação e também da sua competição. A pureza da ciência pura é um ideal presumidamente inalcançável; mas é um ideal para o qual se luta constantemente por intermédio da crítica⁵.

Logo, uma teoria é objetiva se consegue fundamentar as suas conclusões o mais racional e sistematicamente possível e se consegue responder aos problemas que lhe são postos. Quando a força explicativa dos seus argumentos não consegue levar a cabo tais tarefas, perde-se a sua objetividade.

No caso da ciência do Direito, é impossível fugir das valorações, o que se justifica pela própria natureza do Direito positivo, que, por meio de disposições explícitas, expressa preferências e, portanto, juízos de valor acerca das condutas humanas. Nesse sentido, valores indicam preferências, o que se reflete na regulação

² MONTEIRO, *Reflexões Metodológicas sobre a Ideia de Sistema na Ciência do Direito*.

³ *Idem, ibidem*.

⁴ *In Lógica das Ciências Sociais*, p. 16.

⁵ *Idem*, p. 23-28.

determinados limites, a tais valorações previamente achadas. Nesta medida, as valorações passam a ser suscetíveis de confirmação e passíveis de crítica racional⁹.

Há, portanto, para o raciocínio jurídico uma exigência de forma e uma exigência de conteúdo.

A forma há-de ser sistemática, ainda que não é unívoca, dependente que está da própria ideia 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 entre o Direito positivo e os enunciados da ciência do Direito, ainda que com a consideração das situações concretas reguladas e do fim da regulação¹⁰.

Falamos já bastantes vezes, ao longo destas poucas linhas, em sistema jurídico, querendo referir-nos ao *plano* que o enforma e que impõe a integração das lacunas que nele surgem. Devíamos ter começado talvez por defini-lo.

A Origem da ideia de Sistema Jurídico

Na era do positivismo jurídico, da negação do Direito natural, a própria *possibilidade* do sistema jurídico foi a principal disputa entre a *jurisprudência dos conceitos*, de JHERING e SAVIGNY, e a *jurisprudência dos interesses*, de HECK.

Tradicionalmente o sistema era encarado como axiomático. Todavia, a evolução da filosofia e da teoria do conhecimento, a própria condição do pensamento científico na atualidade, impôs se tentasse a apreensão do conceito pela forma sistemática.

Tarefa para a qual não foi despidendo o contributo da moderna teoria geral dos sistemas e da teoria da linguagem, com implicações na construção dos sistemas sociais autopoieticos, dos quais o Direito é espécie¹¹, bem como a feição valorativa e teleológica do sistema jurídico, agora concebido conforme a essência do próprio Direito, enquanto seu objeto¹².

A conceção de *ordenamento jurídico* 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 e incluem-se nele elementos normativos (as normas), que são os principais, e elementos não normativos (definições, critérios de classificação, preâmbulos); na

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ MONTEIRO, *op. cit.*.

¹¹ Vide LUHMANN, *La Differenziazione del Diritto. Contributi alla Sociologia e alla Teoria del Diritto* (Trad. para italiano do original *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*).

¹² Cf. ALMEIDA, *O Direito Como Sistema Autopoietico*.

necessidade de que os juízes adaptassem o sentido das normas à realidade histórica de seu tempo.

Pelo contrário: a historicidade constitui, para o Autor, um elemento na busca de uma interpretação objetiva, historicamente determinada pelo momento em que a lei foi elaborada. Não se trata, pois, de um historicismo atualizador ou prospetivo, mas de um historicismo retrospectivo e conservador, que liga o Direito às raízes históricas de sua criação, impedindo as tentativas de adaptar as soluções jurídicas às condições históricas do momento da aplicação do Direito.

Esse caráter conservador das ideias historicistas de SAVIGNY, que se opunha firmemente às inovações trazidas pela Revolução Francesa e pelo *Code Civil*, é essencial para a compreensão de sua teoria, na qual o elemento histórico funcionava como um critério que poderia dar maior objetividade à aplicação do Direito¹⁷.

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, já que, segundo ele, 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, apenas a orientação que é comum à ciência do Direito e à filosofia.

SAVIGNY¹⁸ 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, nunca do juiz.

Por fim, o elemento sistemático refere-se ao nexos interno que liga numa grande unidade todos os institutos e regras jurídicas.

De facto, para SAVIGNY, o Estado é fruto da necessidade humana de haver um limite para a arbitrariedade de uns contra os outros, limite que deve precisamente ser estabelecido pela lei.

Dizia que “*seria melhor que existisse algo totalmente objetivo, algo de todo independente e distante de toda convicção individual: a lei. [...] A lei deveria, pois, ser completamente objetiva, conforme sua finalidade original, isto é, tão perfeita que quem a aplique não tenha nada a agregar-lhe de si mesmo*”¹⁹.

¹⁷ COSTA, *Hermenêutica Jurídica*, pp. 58-60.

¹⁸ *Apud* LARENZ, *op. cit.*, p. 12.

¹⁹ *In Metodologia Jurídica*, p. 42, *apud* COSTA, *op.cit.*, p. 58.

compreensão da lei só é possível pela compreensão do momento em que a lei existe.

Inseriu o elemento histórico na hermenêutica como uma forma de garantir que a interpretação deveria observar as condições históricas do momento da elaboração da lei, pois toda lei é fruto de determinadas circunstâncias históricas, e não para afirmar que a lei deveria ser interpretada de forma a adaptar-se aos valores históricos do momento em que ela fosse aplicada.

Trata-se, pois, de uma utilização conservadora do elemento histórico, na medida em que vincula o sentido da lei ao momento de sua elaboração e que, portanto, se opõe ao projeto *modernizador* do positivismo²³.

Inaugurando essa concepção mais consistente do sistema, criou condições para o desenvolvimento segundo os moldes da lógica formal, que veio a dar-se com os cultores da jurisprudência dos conceitos²⁴.

De acordo as lições de LARENZ²⁵, a ideia de sistema consubstanciou na ciência jurídica uma herança da doutrina do Direito natural, embora tivesse também raízes profundas na filosofia do idealismo alemão.

Os idealistas alemães pós-kantianos, nos quais é usual contar FICHTE, SCHELLING, SCHLEIERMACHER, tentaram construir o mundo a partir de um único ponto, de um princípio último transcendental, *i.e.*, apreendê-lo reflexivamente.

FICHTE sustentou que o motivo fundamental pelo qual o idealismo deve considerar-se superior ao realismo, seria, sobretudo, moral, uma *questão de caráter*.

Realismo significaria passividade, acomodação, fraqueza, debilidade; ao passo que idealismo, isto é, imanentismo, significaria atividade, independência, liberdade, posse de si mesmo.

Assentado isto, FICHTE concebe idealisticamente toda a realidade, tanto espiritual quanto material, como uma produção do eu.

Trata-se, naturalmente, de um *eu* universal, absoluto, transcendental, isto é, *Eu puro*, de que o *eu empírico*, os diversos *eus empíricos* seriam concretizações particulares, no tempo e no espaço: nesses *eus empíricos*, e unicamente neles, o *Eu puro* vive, opera, desenvolve-se, em um processo infinito, ético, no qual reside a sua divindade.

Desenvolvendo a doutrina kantiana do primado da razão prática, FICHTE pensa que a natureza íntima, profunda, originária do eu seja atividade, moralidade.

Para realizá-la, o *eu* criaria o mundo da natureza, poria a si mesmo o *não-eu*.

Este seria precisamente como que o campo da sua atividade, o obstáculo a superar para realizar a sua função ética, a antítese que ele põe como tese, a fim de que seja possível a síntese ética.

²³ COSTA, *op. cit.*, pp. 63.

²⁴ *Idem, ibidem*, p. 16.

²⁵ LARENZ, *op. cit.*, p. 21.

SCHLEIERMACHER quer libertar a religião não só da ciência, mas também da moral, para celebrar uma religiosidade estética. Pensa ele – como SCHELLING – que o Absoluto é atingido mediante a intuição estética, a que julga poder dar um específico valor religioso²⁸.

HEGEL, por sua vez, projetou 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 respetivo contrário.

O sistema significa aqui, portanto, muito mais do que mera clareza e facilidade de domínio de uma certa matéria; significa a única maneira pela qual é possível que o espírito cognoscente se assegure da verdade: o critério da racionalidade intrínseca como exigência imprescindível da verdadeira cientificidade²⁹.

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, cuja sistematização foi a principal tarefa e o principal contributo da pandectista do século XIX.

A *ideia 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 conceber-se, em primeiro lugar, como se conceberia a unidade de um organismo – como pretendiam os filósofos idealistas – como uma totalidade significativa que habita a diversidade e que só nela e com ela se manifesta e cujos elementos gravitam em volta de um centro; ou, ao invés, como um conceito geral abstrato, limpo de tudo o que haja de particular, sendo a este tipo de unidade que conduz a lógica formal.

Podíamos comparar, como tal, a conceção de sistema orgânico a um círculo e, o sistema de conceitos, determinado pelos princípios da lógica formal, a uma pirâmide, cujo 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 abstrato³⁰.

²⁸ *Idem, ibidem* e, ainda, VIDEIRA, Síntese: *Arte e Filosofia no Idealismo Alemão*; KLOTZ, “Subjetividade no Idealismo Alemão”, in *Revista Inquietude*.

²⁹ Cf. *Hegel System of Science* @ www.hegel.net, acedido em 21.08.2013.

³⁰ MONTEIRO, *op. cit.*.

Nesta postura revela-se como paradigmático o modelo das ciências exatas da natureza³⁵. Nessa medida, o positivismo é um naturalismo³⁶.

Em face desse exagero formalista, mas ainda sem romper em definitivo com a conceção positivista da ciência jurídica, surge a *jurisprudência dos interesses*, tendo JHERING³⁷ como seu precursor, e que foi desenvolvida mais tarde por HECK³⁸, STOLL e outros.

Esta corrente procura investigar e aperfeiçoar o Direito, num método de cunho sociológico, partindo dos motivos que foram determinantes para o legislador.

Preocupa-se, assim, com o conteúdo da decisão jurídica, com vista aos interesses concretos existentes nos problemas levados à decisão dos tribunais. Dessa forma, ela interessa-se muito mais com a prática do Direito do que com a construção consistente e coerente dos conceitos e do sistema jurídico³⁹.

As explanações de HECK e STOLL⁴⁰ em matéria de construção dos conceitos e do sistema ficaram a meio do caminho: a sua maior preocupação, a este propósito, consistiu 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, atribuíram a este sistema, ao sistema externo, apenas um valor de exposição, não um valor de cognição que, 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 sociais de fins norteiam a ciência do Direito, determinando-se esta apenas pela ideia 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 ou o interesse da estabilidade⁴¹.

Para a construção do sistema estes conceitos não são aptos; porém, ao contrário do que acontece com os conceitos ordenadores, são da maior importância para a investigação dos interesses e, por conseguinte, para a interpretação da lei e a aplicação do Direito.

³⁵ HART, *The concept of law*, pp. 141 e ss., 157 e ss., 272.

³⁶ *Idem*, p. 46-47, *apud*, MONTEIRO, *op. cit.*

³⁷ JEHRING, *Des Kampf ums Recht*.

³⁸ *Vide* HECK, *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*.

³⁹ *Cf.* GUICHARD, “A ideia de um Sistema Móvel, em Especial no Domínio da Responsabilidade Civil”, pp. 8-9.

⁴⁰ *Apud* LARENZ, *op. cit.*, pp. 73-74.

⁴¹ CABRAL, *in* *Conceções Teóricas sobre a Ideia de Sistema na Ciência do Direito*, p. 12.

Desta maneira, existem – defende HECK⁴² – 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, já não aqueles 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 aceção de sistema externo, 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 perspetiva geral^{43,44}.

Ao sistema externo HECK contrapõe o sistema interno, que resulta do nexó 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 múltiplas 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 ideia de um sistema de normas como um sistema de decisões de conflito com caráter geral, 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 realizadas⁴⁵.

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.

⁴² *In Interpretação da Lei e jurisprudência dos Interesses.*

⁴³ CABRAL, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁴ *Idem, ibidem*: “STOLL juntou a este interesse na exposição um outro designio, 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, insuscetível de objeção e adequada”.

⁴⁵ MONTEIRO, *op. cit.*.

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 interesse⁴⁶.

O Sistema Móvel de WILBURG

Para WILBURG, cuja conceção de *sistema móvel* no Direito privado encontra apoio na descrita jurisprudência dos interesses.

No entanto, como refere GUICHARD⁴⁷, no desenvolvimento e, simultaneamente, na superação da jurisprudência dos interesses, WILBURG generalizou a ideia de que as consequências jurídicas resultam de um jogo de *elementos móveis*.

Situando (ou deslocando) as *forças móveis* identificadas como decisivas nas hipóteses das normas e, atendendo ao respetivo peso, WILBURG propôs *soluções elásticas*, dirigidas às especificidades de cada caso.

No que apresentou sucintamente as consequências do seu ponto de partida através de uma série de exemplos retirados não só do direito delitual mas também, como na hipótese do negócio usurário, do Direito contratual.

Desde modo, foi reconhecido o significado normativo dos enunciados ou proposições comparativas no Direito e abriu-se a possibilidade de substituir os rígidos enunciados *regra/exceção* relações por flexíveis e relações do tipo *quanto mais/mais*.

Para GUICHARD⁴⁸, em tempos de uma cada vez mais deplorada avalanche legislativa, este acesso metodológico para a superação de complexas questões jurídicas, é – agora como antes, e em alto grau – atual, pois mostra um caminho para *evitar a inevitável casuística* de normas rígidas conformadas segundo o esquema da conexão entre hipótese e consequência.

No que respeita à analogia, que preocupa o nosso trabalho, WILBURG afirmava que a ciência jurídica pode, conformar livremente forças e ideias sem que sejam necessárias novas leis, através do com o recurso à analogia e segundo os princípios gerais (comuns) do Direito⁴⁹.

Para o Autor, uma evolução móvel corresponde ao espírito da lei, à qual, de modo algum, é estranha a conceção de um jogo de forças. «*A ciência jurídica é uma «arte» cuja tarefa é captar as manifestações da vida em comunidade dos homens e conformá-las. Ela há-de ser clara, mas também rica em pensamentos, como a luz solar o é em cores. E deve, conseqüentemente, aspirar a identificar todas as cores e tonalidades sob pena de permanecer alheada da realidade.*»⁵⁰.

⁴⁶ *Idem, ibidem.*

⁴⁷ *Op. cit.*, pp. 30-31.

⁴⁸ *Idem, ibidem.*

⁴⁹ Na tradução de GUICHARD, *op. cit.* p. 18.

⁵⁰ *Idem, ibidem.*

A observação e a generalização do jurista não só se interrompem onde cessa a importância prática, como, em último termo, culminam num processo absolutamente científico: na ponderação dos interesses como base de pesquisa das normas.

Contudo, afirma LARENZ⁵³ que as funções do Direito enquanto ordenação da vida e ordem normativa não se excluem reciprocamente; pelo contrário, o Direito válido é sempre as duas coisas: validade normativa e validade fáctica. Lhes são igualmente características.

É sobretudo a jurisprudência dos interesses que propende a pensar apenas nos casos de conflito e não no muito mais frequente 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, para o caso do legislador ela seria excessivamente restrita.

A ciência deve, pois, diz MONTEIRO, 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 realização⁵⁴.

A Teoria pura do Direito de Kelsen

Diante da concepção de que a sociologia do Direito é a *autêntica* ciência do Direito, ao passo que à ciência jurídica tradicional apenas caberia o papel de uma tecnologia ou de um auxiliar da jurisprudência dos tribunais, Kelsen impôs-se a missão de uma tomada de consciência metodológica por parte da ciência do Direito.

Atuando no marco do paradigma positivista, não poderia ser diferente o projeto kelseneano: uma ciência das normas que atingisse os seus objetivos epistemológicos de neutralidade e objetividade.

Para o Autor, era absolutamente necessário expulsar do ambiente científico os juízos de valor, como já o haviam feito as demais disciplinas científicas: o plano da *teoria pura* era, assim, atingir a autonomia disciplinar para a ciência jurídica.

A ciência do Direito, segundo Kelsen, não tem a ver com a conduta efetiva do homem, mas só com o prescrito juridicamente⁵⁵. Não é, pois, uma ciência de factos, como a sociologia, mas uma ciência de normas; O seu objeto não é o que é ou que acontece, mas 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 factos (como a sociologia e a psicologia), como de todo e qualquer influxo de proposições de fé, sejam de natureza ética ou de natureza religiosa.

⁵³ *Op. cit.*, p. 87.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 15.

⁵⁵ *Idem, ibidem.*

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) e, neste sentido, as normas jurídicas são entendidas como atos de vontade.

Mas a *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 constitui.

Portanto, a norma é um *dever-ser* e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um *ser*⁵⁸.

A *teoria pura do Direito*, na medida em que pretende arrancar o Direito da névoa metafísica da doutrina do Direito natural, quer concebê-lo, muito realisticamente, como uma específica técnica social, o que redundará 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. Pelo contrário, pode ser aquele que se queira.

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, mas porque foi produzida de determinada maneira, de uma maneira legitimada, em último termo, por uma norma fundamental que se pressupõe. Por isso pode qualquer conteúdo que se deseje seja Direito.

KELSEN assegura que uma teoria do Direito deve, antes de tudo, determinar conceitualmente o seu objeto e que, quando confrontamos uns com os outros os objetos 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 facto 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 procurando validade nessa norma fundamental é que uma determinada norma se pode qualificar como jurídica e pertencente a determinada ordem.

As normas de uma certa ordem jurídica regulam a conduta humana, que tanto por consistir numa ação positiva como numa omissão⁵⁹. Porém, na medida em que a ordem jurídica é uma ordem social, ela só 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 são, para a *teoria pura* do Direito, a norma imediatamente superior no nível hierárquico.

Isto dá-se sucessivamente até o fundamento último de validade de todo o Direito, que passa a ser uma norma que não é posta, apenas pressuposta, a própria norma fundamental, que é produto do pensamento do jurista, que tem de ir

⁵⁸ KELSEN, *op. cit.*, pp. 5-6, 33-35.; LARENZ, *op. cit.*, p. 97.

⁵⁹ MONTEIRO, *op. cit.*, p. 18.

buscá-la além do Direito positivo, ou seja, na *filosofia* do Direito. O que constitui o único *momento metafísico* da teoria pura de KELSEN.

Todavia, a norma de grau superior jamais pode determinar completamente e em todas as direções o ato pelo qual é executada (ou seja, o estabelecimento da norma inferior)⁶⁰.

Resta 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, 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 jus científico.

Por conseguinte, quando o intérprete, a partir da sua posição valorativa pessoal, recomenda uma das possíveis interpretações, não o pode fazer *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 justiça⁶¹.

Segundo LARENZ, a preocupação principal de KELSEN é, nitidamente, a de impedir que se abuse da ciência do Direito, utilizando-a como capa de opiniões puramente pessoais e/ou de tendências ideológicas.

Do ponto de vista do *ethos* científico, não se pode negar justificação desta 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

⁶⁰ *Apud* LARENZ, *op. cit.*, pp. 105-106.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 19.

autorreflexão crítica como aquela para que em tão grande medida contribuiu a *teoria pura* do Direito⁶².

Uma teoria – e o respetivo sistema – que se atenha apenas a aspetos formais do seu objeto, não podem dar conta da complexidade do fenómeno 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.

Muitos Autores têm, de facto, criticado a teoria de KELSEN, no sentido de partir esta de um pressuposto erróneo, que é a cisão absoluta dos planos do *ser* e do *dever-ser* e que, fracassado o intento de purificar o objeto, a ciência jurídica deve, pois, atuar no desenvolvimento de uma racionalidade prática, escapando da tentação relativista que lhe impõe o positivismo, enquanto procura de critérios e mecanismos razoáveis de decisão.

Uma consequência paradoxal do relativismo na *teoria pura* é a equiparação da decisão do juiz – autorizado pela normatividade a proferir, nos casos concretos, uma norma individual (sentença) – à decisão do legislador, que também autorizado pela normatividade, cria regras gerais.

Ambos, para KELSEN, participam da dinâmica do Direito, existindo entre eles apenas uma diferença de grau; o Autor foi, porém, forçado a reconhecer que não é possível para a ciência jurídica estabelecer qualquer tipo de juízo preventivo acerca das decisões judiciais, pois quer o juiz quer o legislador criam Direito novo, condicionados apenas formalmente por uma moldura normativa.

Diante da riqueza dos casos concretos, as posturas positivistas e formalistas mostram-se insuficientes. Expõem as suas limitações diante das necessidades de efetiva realização do Direito nas situações mais críticas, quais sejam: a proibição do *non liquet* (o juiz é obrigado a decidir) diante das lacunas do ordenamento; a ocorrência cada vez mais frequente de conceitos indeterminados, ou normas em branco (urgência, relevância, ordem pública, relevante valor social ou moral, etc.), as colisões de princípios fundamentais (privacidade e direito à informação)⁶³.

O jus positivismo detém-se perante a questão complexa, mas inevitável das normas injustas, na medida em que «*Obrigado, pela proibição do non liquet a decidir, o julgador encontrará sempre uma qualquer solução, mesmo havendo lacuna, conceito indeterminado, contradição de princípios, ou injustiça grave. Munido, porém, de instrumentação meramente formal ou positiva, o julgador terá de procurar, noutras latitudes, as bases da decisão. A experiência, a sensibilidade, certos elementos extra positivos e, no limite, o arbítrio do subjetivo, serão utilizados. Dos múltiplos inconvenientes daqui emergentes, dois sobressaem: por um lado, a fundamentação que se apresente será aparente: as verdadeiras razões da decisão, estranhas aos níveis jus*

⁶² Apud LARENZ, *op. cit.*, pp. 106 a 109.

⁶³ Pp. XX-XXII, *Introdução*, in CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*.

finalmente, reconduzir a massa do material jurídico a alguns poucos conceitos supremos.

O que garante em ampla medida não só a clareza, mas também a segurança jurídica, na medida em que, 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 pensamento⁶⁷.

Segundo LARENZ⁶⁸, 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 codeterminada 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 linguístico corrente por ele entende. O mesmo vale para a formação de conceitos subordinados.

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 consequências 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 e, consequentemente, as consequências jurídicas e conteúdos de regulação a elas associados.

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, porém, de 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 determinável.

O que o jurista frequentemente 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

⁶⁷ MONTEIRO, *op. cit.*, p. 22.

⁶⁸ *Op. cit.*, pp. 623 a 626.

preenchimento, como coordenação a um tipo ou como interpretação da conduta humana, particularmente do sentido juridicamente determinante das declarações de vontade.

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, para 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, porque a vida produz constantemente novas configurações, que não estão previstas num sistema acabado e, finalmente, porque a linguagem do legislador só raramente alcança o grau de precisão exigível para uma definição conceptual⁶⁹.

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 realizado⁷⁰.

Para LARENZ⁷¹, 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 facto 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 noutros 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.

Porém, 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 facto de que as regras legais surgiram em diferentes graus de evolução histórica e uma valoração distinta num sector parcelar do ordenamento jurídico não pode ter de imediato repercussão noutro sector parcelar.

⁶⁹ MONTEIRO, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁰ *Idem*, pp. 644 a 650; 692.

⁷¹ *Idem, ibidem*.

Enquanto sistema aberto, o sistema é sempre inacabado e inacabável.

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 sistemático⁷².

Esta conceção, tal como elaborada por 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 ideia de um *deficit* da formalização do mesmo em face do seu objeto. O que, aliás, pode ser consequência das influências metodológicas que o Autor sofreu, principalmente da jurisprudência valorativa que não se preocupa tanto com o sistema, apenas com a decisão justa do caso concreto.

NABAIS explica que a aplicação do método proposto por LARENZ ao Direito fiscal pode conduzir a uma – desejável – maior sistematicidade e assim contribuir para evitar o arbítrio, envolve apenas a utilização dos princípios interpretativos que tendem a tornar-se prevaletentes no conjunto do ordenamento jurídico e implica atenção quanto ao substrato económico dos negócios⁷³, mas está limitada pela necessidade de não lhes atribuir um significado *puramente* económico como propõe a perspectiva económica da interpretação⁷⁴.

Todavia, para que essa 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 ideias fundamentais.

Tal não se dá fora da conceção sistemática e, por isso, o sistema jurídico não pode ser fragmentário, mas total, não no sentido de completo ou fechado, mas no sentido de abarcar todo o conteúdo e a fenomenologia do Direito. Isto dá-se, atualmente, em duas vertentes principais: a conceção de sistema de CANARIS e a teoria do sistema jurídico enquanto sistema autopoiético⁷⁵.

⁷² *Idem*, pp. 696 e 697.

⁷³ *Direito Fiscal*, pp. 146-147.

⁷⁴ *Idem*, *op. cit.*, p. 154.

⁷⁵ MONTEIRO, *op. cit.*, p. 26.

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, refletindo em todas as conseqüências singulares e afastando-os apenas quando se justifique, isto é, por razões materiais. Por outras palavras: estão obrigados 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 aspetos 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 deixando reconduzir-se a critérios gerais relativamente pouco numerosos, 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 ideia 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. Todos esses postulados podem ser muito mais bem prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, 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 pensamento sistemático radica imediatamente na ideia 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 jurídica⁸⁰.

Segundo HORVATH⁸¹, não há como vislumbrar se possa encontrar a norma jurídica aplicável a determinada situação, senão mediante a redução de

⁸⁰ CANARIS, *op. cit.*, pp. 22, 23.

⁸¹ HORVATH, *O Princípio do Não-Confisco no Direito Tributário*, p. 30.

Trata-se, assim, de apurar por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio juris* determinante. Só dessa forma podem os valores singulares libertar-se do seu isolamento aparente, reconduzir-se à procurada conexão orgânica obter 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 conceção já demonstra um certo avanço estrutural em relação à tese de LARENZ, indicando que considerações formais e materiais não se excluem mutuamente.

Ao invés, uma teoria não pode ser apenas ideal, da mesma forma que um pensamento material não pode prescindir de uma certa formalização ou organização estrutural.

Esses pressupostos hão-de ser perseguidos e cumpridos no pensamento sistemático da ciência do Direito, enquanto atividade racional e material⁸⁵.

A Teoria do Sistema Autopoiético

Autopoiése ou *autopoiesis*⁸⁶ é um termo cunhado na década de 1970 pelos biólogos e filósofos chilenos VARELA e MATUREANA para designar a capacidade dos seres vivos de se auto reproduzirem.

Segundo esta teoria, um ser vivo é um sistema autopoiético, caracterizado como uma rede fechada de produções moleculares (processos), onde as moléculas produzidas geram com suas interações a mesma rede de moléculas que as produziu.

A conservação da autopoiése e da adaptação de um ser vivo ao seu meio são condições sistêmicas para a vida. Portanto um sistema vivo, como sistema autónomo, está em constantes auto produção, autorregulação e interação com o meio, onde este apenas desencadeia no ser vivo mudanças determinadas na sua própria estrutura e não por um agente externo⁸⁷.

⁸⁵ *Op. cit.* p. 32.

⁸⁶ Do grego *auto*=próprio, *poiesis* = criação.

⁸⁷ Cf. LUHMANN, in *Globalization or World Society?: How to Conceive of Modern Society*. «We can conceive of differentiation as the process of reproducing systems within systems, boundaries within boundaries and, for observing systems, frames within frames, and distinctions within the distinguished. (9) This presupposes the stability of boundaries as a result and as a condition of evolution. Protected only by boundaries, and only inside its boundaries, can a system grow in complexity; for only within its boundaries, can a system operate, build up, change, or forget: structures. A 'double closure' or 'double framing' by external and internal boundaries that separate the external environment from the internal environments. Of subsystems is a necessary condition for maintaining stability in spite of an evolution toward an ever increasing improbability of structures and 'evolutionary universals' (Parsons, 1964) such as advanced forms of differentiation. How, then, and this again is our question, can a society survive changes in its forms of double closure, its forms of stability, how can it survive a 'catastrophe' in the sense of Rene Thom or, perhaps better, an evolutionary 'anastrophe' toward forms of differentiation that involve higher complexity, more opportunities, more structural contingencies, shorter time periods (acceleration), and more risks of unpredictable breakdowns?».

De origem biológica, o termo passou a ser usado noutras áreas da ciência. Nas ciências sociais, pela mão de LUHMANN.

Ao aplicar o conceito dos sistemas autopoiéticos ao Direito, o sociólogo Alemão defendeu que o Direito, numa perspectiva autopoiética, se (re) cria com base nos seus próprios elementos⁸⁸.

A autorreferência do Direito permite, segundo LUHMANN, que este mude a sociedade e se altere ao mesmo tempo movendo-se com base num binómio Direito/não-Direito. Uma tal característica permite a construção de um sistema jurídico dinâmico mais adequado à hipercomplexidade da sociedade atual.

Numa primeira fase, o projeto epistemológico do Autor consistia numa proposta anti reducionista e levava em conta o indeterminismo dos fenômenos sociais complexos, em contraposição à tendência nomológica-dedutiva que tendia à adoção de leis universais para se explicar os fenômenos sociais e às filosofias sociais que possuíam uma orientação normativa e uma inspiração humanística⁸⁹.

Num segundo momento de sua pesquisa, LUHMANN inclui um novo paradigma à teoria dos sistemas: a conceção de sistema como sistema autopoiético.

A autopoiése passou, então a ser o eixo central da teoria luhmanniana, que definiu então a sociologia como a teoria das condições de autorreferência dos sistemas sociais⁹⁰, o que trouxe grandes implicações – para QUEIROZ⁹¹, um *novo modelo de racionalidade*.

LUHMANN apresenta uma nova conceção de sociedade e também de indivíduo nessa sociedade, segundo a qual o ponto de partida deixa de ser o de uma ciência humanística, na qual o indivíduo é pensado como um *a priori*.

A sociedade deixa, também ela – consequentemente – de ser pensada como um aglomerado de pessoas ou um território geograficamente delimitado, para, ser concebida como um sistema porque comunica recorrendo a nova comunicação, ou seja, ela autorreproduz a sua operação peculiar que é a comunicação.

A autorreprodução da operação fundamental do sistema social que é circular e recursiva garante a continuidade do sistema sociedade e, por isso, a sua constante recorrência evolutiva.

Essa nova conceção de sociedade remete a novas formulações e significações dos acontecimentos sociais: de onde a importância de transpor para o Direito – já

⁸⁸ “Systems that operate at the level of a re-entry of their form into their form are non-trivial machines in the sense of von Foerster (1984). They cannot compute their own states. They use their own output as input. They are ‘autopoietic’ systems, and that means that they are their own product” – LUHMANN, *ibidem*.

⁸⁹ ZOLO, Autopoesis, Autoreferenza e Cirularità: un Nuovo Paradigma della Teoria dei sistemi? In FORNI, (org.). Teoria dei Sistemi e Razionalità Sociale, p. 32-33, apud QUEIROZ, O Direito Como Sistema Autopoiético: Contribuições Para a Sociologia Jurídica, p. 78.

⁹⁰ *Idem*, p. 39, apud QUEIRÓS, *ibidem*.

⁹¹ *Op. cit.*, p. 79.

que este é também um sistema da sociedade – as indagações e afirmações da teoria dos sistemas sociais de LUHMANN⁹².

Uma das principais contribuições do Autor para a teoria e sociologia do Direito está na colocação deste num lugar diferenciado do acontecer social: o Direito não tem como centro o comportamento humano nem a regulação da convivência humana que garante a sociedade. É antes uma aquisição evolutiva do sistema da sociedade e pode por isso distinguir-se do seu ambiente, formando um sistema operativamente fechado, capaz de produzir os seus próprios elementos constitutivos e de dar conta da sua complexidade⁹³.

Desse modo, o social engendra complexidade, que constitui “a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido”⁹⁴.

Assegurar expectativas reduz a complexidade, ao mesmo tempo que produz outras possibilidades de sentido.

O Direito, nesse contexto, tem um papel fundamental de normatizar e muitas vezes normalizar expectativas, através do dever-ser e da institucionalização dos modos de normatização. Isso é possível através do que LUHMANN chama de generalizações congruentes, de expectativas.

Daí que o Autor afirme que o Direito é imprescindível enquanto estrutura, na medida em que, sem a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas os homens não podem orientar-se entre si, e essa estrutura tem que ser institucionalizada ao nível da própria sociedade, pois só aqui podem ser criadas aquelas instâncias que domesticam o ambiente para outros sistemas sociais. Ela modifica-se, portanto, com a evolução da complexidade social^{95, 96}.

Ao mesmo tempo, ao Direito cabe a tarefa de dirigir e coordenar a interação social, visando a adoção de certas condutas e a produção e determinados efeitos.

O que o Direito faz ao indivíduo, nesta visão, é restituí-lo a si própria. É um “*devemos tornar-nos no que somos*”, pelo que a relação poder-norma deixa de ter consistência⁹⁷.

A norma jurídica serve precisamente para combinar aquelas duas referidas funções, de assegurar expectativas e reinstitucionalizar instituições sociais, institucionalizando condutas e assim buscando a *paz jurídica* que, ao lado da justiça, compõem a *ideia de Direito*⁹⁸.

⁹² QUEIROZ, *op. cit.*, p. 80.

⁹³ Vide MOELLER, *The Radical Luhmann*. O Autor apelida LUHMANN de anti-humanista radical, no sentido de que procurou retirar do centro do sistema social a perspetiva antropomórfica, à semelhança do que já aconteceu nos restantes ramos da ciência.

⁹⁴ LUHMANN, *Sociologia do Direito*, p. 12.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 170, *apud* QUEIROZ, *op. cit.*, p. 80.

⁹⁶ Vide ainda LUHMANN, *La Differenziazione del Diritto. Contributi alla Sociologia e alla Teoria del Diritto*.

⁹⁷ CARVALHO, “Para uma Teoria da Relação Jurídica Civil”, in *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 23.

⁹⁸ MACHADO, “Tutela da Confiança e “Venire Contra Factum Proprium””, pp. 346 e 347.

Parece a pura dissolução da filosofia; é, no entanto, precisamente o 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 ente¹⁰².

Parecia que o conhecimento humano tinha chegado ao seu estágio final até que, de repente, ele se transformou, tornando-se extremamente mutável e desconstrutível. No século XX, os 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 implicantes¹⁰³.

Daí 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 das suas ideias, não da explicação declarativa dos objetos ou dos seus fenômenos. Logo, terminaria a distinção entre sujeito e objeto, pois os objetos seriam constituídos e não meramente declarados e, conseqüentemente, 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 torna-se 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 linguísticas assumem o conhecimento como convencional e a linguagem é o mundo artificial que o homem constrói historicamente e estabelece culturalmente.

Afirma GADAMER¹⁰⁴ 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.

Para o homem, o mundo está aí como mundo numa forma como não está para qualquer outro ser vivo que esteja no mundo: através da linguagem.

¹⁰² *Idem, ibidem.*

¹⁰³ Cf. KUHN, *A Estrutura das Revoluções Científicas.*

¹⁰⁴ GADAMER, *Verdade e método: Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica*, p. 571.

Porém, o Autor 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. Ainda assim, a linguagem constitucional desempenha relevante papel político-simbólico, também com amplas implicações na esfera jurídica.

A *legislação simbólica* aponta para o predomínio, 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-instrumental¹⁰⁷.

O que vai distinguir a legislação simbólica é a prevalência do seu significado político-ideológico latente em detrimento do seu sentido normativo-jurídico aparente.

Num sentido mais abrangente, pode dizer-se, segundo o Autor, 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 legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como a 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 deonto-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou político-ideológica.

KINDERMANN¹⁰⁸ propôs um modelo tríplice para a tipologia da legislação simbólica, segundo a qual o seu conteúdo pode ser de confirmar valores sociais, demonstrar a capacidade de ação do Estado e 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 respetivos 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 autenticidade.

O objetivo da legislação simbólica pode ser também fortalecer a confiança dos cidadãos no respetivo governo ou, de um modo geral, no Estado.

Nesse caso, trata-se de produzir confiança nos sistemas, político e jurídico.

¹⁰⁷ Cf. VILLAS-BÔAS, in *O Problema da Constitucionalização Simbólica*, pp. 4-5.

¹⁰⁸ *Apud* NEVES, *op. cit.*, p. 33.

O legislador, muitas vezes sobre 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 respetivas normas, procurando com isso livrar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos.

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.

No entanto, 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 sistémicos.

Pelo contrário, a resolução dos problemas da sociedade depende da interferência de variáveis não normativo-jurídicas.

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 cínicos¹⁰⁹.

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 regularmente¹¹⁰.

236

A legislação simbólica também pode servir para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios.

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 respetiva lei.

O acordo não se funda no conteúdo do diploma normativo, mas na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado¹¹¹.

Ponto de Ordem: Justificação da Metodologia adotada e da respetiva Coerência com o Objetivo Proposto

Concluimos, da exposição *supra*, que, atualmente, qualquer forma de pensamento que pretenda ser científica tem que levar em conta a ideia de sistema. Ou seja, a ciência pode até ser construída fora dos ditames meramente lógicos formais, mas não pode prescindir de uma estrutura sistemática.

¹⁰⁹ NEVES, *op. cit.* pp. 34 a 41.

¹¹⁰ Cf. COSTA, *A Legislação Simbólica como Fator de Envenenamento do Ordenamento Jurídico Brasileiro*.

¹¹¹ Vide a crítica de LIMA, no Diário de Araxá, edição de 12.01.2012, disponível em <http://www.diariodearaxa.com.br/Materia/Colunista/Vinicius-Ramalho-Lima/2012/1/A-lei-simbolica-Marca-do-insucesso-e-engodo-social/576.aspx>, acedido em 13.09.2013.

O mesmo acontece com a ciência do Direito.

Como vimos, 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 Kelsen; até as concepções formal-materiais do sistema jurídico, como as de LARENZ e 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, antes deve tender à objetividade, mesmo que essa não seja absoluta, apenas em graus.

É a forma que se adequa ao conteúdo. O sistema jurídico possibilita a fundamentação das conclusões jurídicas que são socialmente e historicamente condicionadas, sem esquecer o elemento filosófico próprio das conclusões racionais e que consiste numa medida de formalização.

Portanto, não há ciência do Direito fora do *sistema* jurídico.

Na verdade, o Direito cria e tutela uma rede de expectativas e orientações de ação, criando um discurso que vincula os indivíduos, permitindo, dessa forma, múltiplas opções de ação, formadas de acordo com a experiência humana dentro de determinados quadros, com forte probabilidade de realização efetiva, viabilizando o enquadramento dos conflitos e o controle das decisões e desaconselhando o recurso à força¹¹².

É isto o *sistema jurídico*, que, ao mesmo tempo, tem de ser objetivo e respeitar limites impostos por princípios fundamentais de Direito¹¹³, ao mesmo tempo que deverá ser permeável à aprendizagem e à evolução, enquanto sistema autopoietico na proposição de LUHMANN.

Dito isto, o nosso Código Civil adotou, mercê da forte influência que a doutrina alemã exerceu na portuguesa, designadamente, na obra de ANDRADE e de SERRA, a jurisprudência dos interesses e as noções pandectistas do desenvolvimento do Direito a partir dos princípios gerais do sistema, bem como a técnica da inversão de JHERING, segundo a qual à luz dos princípios, das disposições existentes se podem deduzir novas soluções de Direito¹¹⁴.

¹¹² MACHADO, "A Tutela da Confiança...", pp. 347-349.

¹¹³ *Idem, ibidem*.

¹¹⁴ CARVALHO, "Para uma Teoria ...", p. 65.

- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trans. Ingo Wolfgang SARLET e Paulo Mota PINTO. Coimbra: Almedina, 2006.
- CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit: Pour une Sociologie du Droit sans Rigueur*. 20.^a. Paris: LGDJ, 2001.
- . *Sociologie Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.
- CARMO, Sandra Teixeira. “Como Constroem os Juizes a Decisão de Casos Difíceis? R. Posner e o Direito como uma Área Aberta. Algumas Reflexões.” *Revista do Instituto de Direito Brasileiro* 2013: 6573.
- CARVALHO, Orlando de. “Para uma Teoria da Relação Jurídica Civil.” CARVALHO, Orlando de, et al. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2.^a. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. 11-79.
- CARVALHO, Orlando de. “Teoria Geral do Direito Civil.” CARVALHO, Orlando de, et al. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2.^a. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. 83-220.
- COHEN, Morris L. e Kent C. OLSON. *Legal Research in a Nutshell*. New Haven: Thompson West, 2003.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português - I Parte Geral, Tomo I*. 3.^a Reimpressão da 3. ed. de Março/2005 (Aumentada e inteiramente revista). Coimbra: Almedina, 2011.
- COSTA, Alexandre Araújo. “Hermenêutica Jurídica.” s.d. *argos.org.br*. 13 de 09 de 2013. <<http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-iii-o-positivismo-normativista/2-do-historicismo-ao-conceitualismo-savigny/#topo>>.
- COSTA, Eduardo Carone (Filho). *A Legislação Simbólica como Fator de Envenenamento do Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Minas Gerais: Editora Forum, 2011.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. João BAPTISTA MACHADO. 10.^a/Reimpressão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- FERRAZ, Tercio Sampaio, Junior. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 4.^a. S. Paulo: Atlas, 2003.
- FERRO, Pedro Rosa. *Democracia Liberal - A Política, o Justo e o Bem*. Coimbra: Almedina, 2012.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 9.^a. Petrópolis: Universitária São Francisco, 2008.
- GALGANO, Francesco. *Tutto il Rovescio del Diritto*. Bologna: Giuffrè Editore, 2001.
- GOMETZ, Gianmarco. *La Certeza Jurídica como Previsibilidad*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- GUICHARD, Raul. “A Ideia de um Sistema Móvel, em Especial no Domínio da Responsabilidade Civil.” *DJ* 2000.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.
- HECK, Philipp von. *Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses*. Trad. José OSÓRIO. S. Paulo: Saraiva, 1947.
- HEIDEGGER, Martin. *Conferências e Escritos Filosóficos*. Trad. Ernildo Stein. S. Paulo: Abril Cultural, 1983.
- HOLBORN, Guy. *Butterworths Legal Research Guide*. Londres: Butterworths, 1993.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A Parte Geral do Código Civil Português (Teoria Geral da Relação Jurídica)*. 6.^a Reimpressão da Edição de 1992. Coimbra: Almedina, 2011.
- JHERING, Rudolf von. “Der Kampfums Recht.” s.d. *www.openlibrary.org*. 13 de 08 de 2013. <<http://ia700401.us.archive.org/19/items/derkampfumsrech00jhergoog/derkampfumsrech00jhergoog.pdf>>.

- . *Le Problème des Lacunes en Droit: Études*. Bruxelas: Bruylant, 1968.
- POPPER, Karl Raymund. *Lógica das ciências sociais*. Trad. Estevão de Rezende Martins. 3.ª. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.
- PRUX, Óscar Ivan. “Justiça e Positivismo no Pensamento de Hans Kelsen.” *Revista do Instituto de Direito Brasileiro* 2013, 07 ed.: 7443.
- QUEIRÓS, Marisse da Costa. “O Direito Como Sistema Autopoietico: Contribuições para a Sociologia Jurídica.” 08 de 2002. *UFSC.BR*. 13 de 09 de 2013. <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15292/13895>>.
- QUIVY, Raymond e Luc Van CAMPENHOUDT. *Manual de Investigação em Ciências Sociais*. Trad. Maria Amália Mendes, Maria Carvalho João Minhoto Marques. 5.ª. Lisboa: Gradiva, 2008.
- REALE, Giovanni. *Introdução a Aristóteles*. Lisboa: Edições 70, 2001.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia Jurídica*. Buenos Aires: De Palma, 1994.
- SCHIAVON, Giovanna Bressan. “A Razão do Direito em Habermas.” *Revista do Instituto de Direito Brasileiro* 2013: 7551.
- VIDEIRA, Marco. “Síntese: Arte e Filosofia no Idealismo Alemão.” *Cadernos de Filosofia Alemã* Jun./Dez. de 2009: 147-151.
- VILLAS-BÓAS, Orlando (Filho). “O Problema da Constitucionalização Simbólica.” s.d. *Universidade Presbiteriana Mackenzie*. 13 de 09 de 2013. <<http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/orlandovillasboas3.pdf>>.
- VINX, Lars. *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- WHATELY, Patricia Rodriguez. “O Papel dos Princípios diante da Lacuna Legislativa.” s.d. *Série Aperfeiçoamento de Magistrados 11 Curso de Constitucional - Normatividade Jurídica*. 17 de 05 de 2013. <<http://www.emerj.tjrj.jus.br>>.

