

A INCOMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO
E SUAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES
*INCOMPLETENESS IN JURIDICAL ORDAINMENT
AND POTENTIAL SOLUTIONS*

*Nardim Darcy Lemke**

Resumo: O texto discute o que são norma jurídica e ordenamento jurídico, com especial ênfase na sanção e no poder, sobretudo, relacionados com as obras de Bobbio, Kelsen e Ross. Abre-se um questionamento sobre o ordenamento como sistema, porque isso diz respeito à completude. Este artigo limita-se ao estudo dos atos decisoriais, porquanto a dogmática jurídica se preocupa, em especial, com os atos preparatórios da decisão judicial e com a própria decisão.

Palavras-chave: Sistema. Completude. Norma jurídica. Regra. Princípios. Ordenamento jurídico.

Abstract: The article utilizes works by Bobbio, Kelsen and Ross to analyze sanction and power in juridical norm and judicial ordainment. As a result, completeness in ordainment as a system goes under debate. Taking juridical dogmatics from its major concern with the acts preparatory for the judicial decision and the decision itself, the article aims at the acts of decision.

Key words: System. Completeness. Juridical Norm. Rule. Principles. Juridical Ordering.

* Mestre e Doutorando em Ciências Jurídicas pela UNIVALI. Professor aposentado de Direito Civil, Direito Comercial, Teoria Macroeconômica e Contabilidade Social da FURB. Advogado militante desde 1966 em Blumenau (SC). E-mail: nardim.l@terra.com.br

[...] a experiência jurídica nos coloca frente a um mundo de relações entre sujeitos humanos organizados estavelmente em sociedade mediante o uso de regras de conduta. Ocorre que dos três aspectos complementares, o fundamental é sempre o aspecto normativo. A intersubjetividade e a organização são condições necessárias para a formação de uma ordem jurídica; o aspecto normativo é condição necessária e suficiente (BOBBIO, 2001, p. 44).

[...] o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo. O isolamento dos problemas do ordenamento jurídico dos da norma jurídica e o tratamento autônomo dos primeiros como parte de uma teoria geral do Direito foram obra, sobretudo de Hans Kelsen (BOBBIO, 1994, p.21).

1 NORMA E ORDENAMENTO

A ciência do direito vista como dogmática jurídica analítica, desde Kelsen passou a ser considerada como uma teoria da norma jurídica. O objetivo precípua da dogmática é a preparação de uma decisão. Ela cria as condições para a decisão, porém o faz de modo que a decisão não apareça como simples ato de puro arbítrio decisionista. Normalmente, no ato judicial, um juiz; no ato administrativo, uma autoridade administrativa; em atos decisórios e administrativos dos parlamentos, o legislador. Para os fins deste trabalho, o interesse está limitado aos atos decisórios do judiciário no âmbito da aplicação do direito aos jurisdicionados.

Esse ato decisório percorre um *iter* que vai da captação de um fato concreto com a norma aplicável *in abstracto* para o que esse fato é dissecado em seus diversos elementos jurídicos, como também a norma é decomposta em definições, conceitos, elementos, requisitos, condições, relações intersubjetivas (sujeito / sujeito), relações objetivas (sujeito / objeto) *in concreto*. As questões dogmáticas, no sistema romano-germânico do direito continental europeu, as quais nos filiamos, têm como ponto de partida a lei, daí o conhecido princípio dogmático da legalidade. Para aplicar a lei ao fato concreto, indispensável se faz que haja um procedimento analítico de decomposição dos fatos e das normas. A decomposição se faz por similitude e por diferenciação. A ligação aproxima elementos distintos, tornando-os compatíveis dentro de um conjunto, como posto por Ferraz Jr. (1988, p. 95). Esse ajustamento entre fatos e normas e cada um deles entre si, tudo observado abstratamente, visa à decidibilidade concreta. Em síntese, faz-se uma análise da espécie jurídica¹. Porém, esse processo de desmontagem e remontagem é muito criticado pela dogmática mais moderna e pelos não-dogmáticos, porque nele se perde frequentemente a perspectiva do real.

Por exemplo, ao questionar uma cláusula contratual, o jurista é levado a discutir uma categoria contratual chamada *liberdade contratual*, de elevado grau de abstração, mas, antes dela, vai questionar o princípio acima, criado pela doutrina alemã e, portanto, de maior grau de abstração, da *liberdade negocial* e, previamente, o princípio geral, do maior grau de abstração jurídica possível, da autonomia da vontade, posteriormente desenvolvido como autonomia privada. Poderá concluir com Palmström, citado por Barcellona (1993a, p. 16): “deve ser assim, porque assim é”. Nesse caso, por detrás da aplicação da norma ao fato concreto aparece uma função ideológica da argumentação dos juristas, apresentada como um falso dilema entre liberdade e vínculo (coação), em torno do qual se faz girar a problemática da autonomia privada (BARCELLONA, 1993a, p. 16). O contrato assim colocado realiza a *democracia de mercado* (BARCELLONA, 1993b, p. 21), via processo de pura abstração lógica, com total desprezo pela realidade social em torno dos fatos. O juiz separa nitidamente direito e política, como se ambos não fossem duas faces da mesma moeda, conforme assinalado por Barcellona (1993b, p. 32-33).

Essa forma de ver o direito força-nos a classificá-lo como um subsistema menor, inserido no subsistema social mais amplo, o que será examinado no próximo item.

Jhering (1979, v. 1, p. 173) antes de Kelsen, disse que o direito é um complexo de normas coercitivas vigentes em determinado Estado, destacando, portanto, dois elementos: norma e coação, esta de exclusividade do Estado, que, por conseqüência, seria a única fonte do direito. A coação seria aspecto extrínseco do direito: a norma seu aspecto intrínseco (JHERING, 1979, v. 1, p. 178). Trata-se de uma *regra* pela qual as pessoas devem se pautar. É, pois um regramento de condutas, de natureza vinculante, daí um caráter de imperatividade positiva (comando) ou negativa (proibição). A vontade do mais forte prescreve a diretiva de conduta à mais fraca (JHERING, 1979, v. 1, p. 178). É, em resumo, um imperativo abstrato relativo à conduta humana (JHERING, 1979, v. 1, p. 179). Para, sobre o seu posicionamento, a ideologia liberal (FERRAZ JR., 1988, p. 99).

A norma jurídica é colocada no centro do direito considerado como ciência, cuja finalidade, segundo Kelsen (1996, p. 4) é a de descrever o significado objetivo que ela confere ao comportamento. Na busca da ordenação sistemática para chegar à completude, a dogmática não trabalha com conceitos de uma mesma natureza, pois há conceitos empíricos, genéricos, referentes a objetos e a diversas situações da vida comunitária, a valores éticos, como boa-fé, usos e costumes, honestidade, função social dos institutos etc. Essa multiplicidade levou Kelsen a propor uma teoria pura, cuja pretensão foi a de reduzir os fenômenos jurídicos a uma dimensão exclusivamente normativa, que seria capaz de ordená-

los de forma coerente, distinguindo entre *ser* (= mundo da natureza) e *dever ser* (= mundo das normas).

O direito é o objeto da ciência jurídica (KELSEN, 1996, p. 79), em cuja afirmação evidente está contida a afirmação menos evidente de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica. O direito deve ser tratado como ele é, não como deve ser. Kelsen parte da distinção entre *ser* (*sein*) e *dever-ser* (*sollen*) e, como não admite a possibilidade lógica de se deduzir um do outro, opôs a natureza à norma. Daí opor-se ao *jusnaturalismo* e ao *positivismo* que, do *ser* (natureza, necessidades sociais ou poder), pretendem deduzir o *dever-ser* (direito), como mostra Gusmão (1995, p. 417). É necessário frisar que o direito não prevê o que acontecerá (conseqüência inevitável) se houver a violação de uma norma. Limita-se a apontar o que deverá ocorrer (conseqüência possível) se violado for o seu preceito. Portanto, integra o reino do *dever-ser*. O princípio de *causalidade* que explica o que vai ocorrer em face de uma causa (se for A, a conseqüência será B), é estranho ao direito, regido que é pelo princípio da *imputabilidade* (se for A, a conseqüência deve ser B), juízo hipotético, que pode não vir a ocorrer, ou porque o prejudicado não buscou o Estado para a reparação do direito violado, ou porque não conseguiu provar a violação de regra jurídica ou porque o juiz interpretou a norma de modo diverso.

Enfim, são diversas as razões pelas quais pode a norma não ser aplicada a um caso concreto. Ela apenas está prevista no sistema jurídico e estabelece a condição (A) para aplicação da sanção (B) ao transgressor da norma. Em síntese, a norma apenas prescreve. Os fatores subjetivos devem ser afastados pelo jurista; só utilizados quando assim determinado pela própria norma. Apesar de sua *teoria pura*, Kelsen sabia que o direito é fenômeno envolvendo dimensões sociológicas, econômicas, históricas, psicológicas, éticas, políticas, de justiça, antropológicas e outras, mas as abstrai quando estuda cientificamente a norma. Por isso mesmo foi acusado de ser restritivo em excesso e de sua teoria aplicar-se a qualquer sistema jurídico, mesmo aqueles totalitários, sejam de direita, sejam de esquerda.

Já Bobbio, embora pareça distanciar-se de Kelsen quando diz estudar o ordenamento jurídico, está mais próximo do pensamento do autor austríaco do que admite. Pode ser enquadrado como integrante da corrente do *positivismo analítico* ou *escola analítica*, que ajudou a criar, apesar de certa matização de suas idéias (FERRAZ JR., 1994, p. 7). A princípio, Bobbio realizou estudos de cunho positivista e Kelsen pensou a norma como integrante de um sistema e, portanto, analisou-a dentro de um ordenamento.

Ainda, segundo Ferraz Jr. (1994, p. 7), Bobbio foi dos primeiros a usar a metodologia da ciência do direito em termos de análise lingüística, com o que enfrentou uma

crise que pairava sobre a ciência jurídica, tentando, nas pegadas de Kelsen, reelaborar um conceito de ciência jurídica capaz de conferir-lhe um estatuto próprio. Dentro das ciências empíricas, o direito parecia encontrar um lugar que, no entanto, não lhe conferia o estatuto próprio procurado. Assim, a partir dos anos 50, Bobbio se direcionou para uma concepção de ciência como *linguagem de rigor* e aí descobriu o caminho que procurava. Criou um novo critério ao enfrentar a questão da definição do caráter jurídico da norma como a resposta à violação externa e institucionalizada, o que significa que o direito exige uma organização, *um completo sistema normativo*² (BOBBIO, 1994, p. 27).

A sanção é um expediente em que se busca, “em um sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias; é, portanto, uma consequência do fato de que em um sistema normativo, diferentemente do que ocorre em um sistema científico, os princípios dominam os fatos, ao invés dos fatos os princípios” (BOBBIO, 2001, p. 153). Mais breve, a sanção é *a resposta à violação*, ante o que se pode dizer que todo sistema normativo implica o expediente da sanção. Enquanto sanção jurídica, ela é uma resposta externa e institucionalizada, dizendo, pois, respeito à eficácia, não à validade da norma. A questão da sanção remete à da força, logo, à de poder. Em Bobbio (1994, p. 66), a força é necessária para exercer o poder, mas não para justificá-lo, recusando-se, pois, a reduzir o direito à força. Admite que o poder possa repousar exclusivamente sobre o consenso, mas o “poder originário repousa um pouco sobre a força e um pouco sobre o consenso” (BOBBIO, 1994, p. 66).

Kelsen (1992, p. 34), ao contrário, sustenta que a força é o objeto da regulamentação jurídica, ou seja, a regra do direito não é uma regra cuja eficácia é assegurada por outra que prevê uma sanção, mesmo que a sua eficácia não seja assegurada por ela. Uma regra é jurídica simplesmente porque prevê uma sanção e não porque sua eficácia é assegurada por outra.

[...] O problema da coerção (constrangimento, sanção) não é o de assegurar a eficácia das regras, mas sim o do conteúdo das regras. O fato de ser impossível assegurar a eficácia de todas as regras de uma ordem jurídica através de regras prevendo sanções não exclui a possibilidade de se considerar apenas as regras prevendo sanções como regras jurídicas.

Em síntese, uma regra é uma regra jurídica, porque dispõe de sanção. Segundo Jhering (1979, v. 1, p. 158), a questão da organização social da coação está ancorada “no fato de colocar no lado do direito a preponderância da força” (grifo no original), cuja forma definitiva para fins humanos, está no Estado, essencial para que o direito possa cumprir com

sua função, porque só no Estado o direito pode exercer a supremacia sobre a força (Jhering, 1979, v. 1, p. 166).

No mesmo sentido Alf Ross (2000, p. 58; 1963, p. 34): “um ordenamento jurídico nacional é um corpo integrado de regras que determina as condições sob as quais a força física será exercida contra uma pessoa”, afastando qualquer discussão filosófica sobre a definição de direito (ordenamento jurídico), dizendo que a palavra Direito liga-se a uma classe de ordenamentos jurídicos individuais, não a uma classe de regras jurídicas (ROSS, 2000, p. 55; 1963, p. 31), o que jamais foi exatamente compreendido, porquanto o direito nacional vigente constitui um todo individual.

Destarte, mesmo o sistema de violência imposto por Hitler seria um ordenamento jurídico. Portanto, sem validade a forte crítica de traição moral dirigida ao positivismo jurídico por Radbruch, que, por isso mesmo, sustenta que o Direito depende de sua idéia e esta não pode ser diferente da idéia de Justiça (RADBRUCH, 1979, p. 86). Com isso, o conceito de direito liga-se mais à filosofia do direito do que à ciência jurídica (RADBRUCH, 1979, p. 97). De modo coerente, deduz que “só a moral é capaz de servir de fundamento à força obrigatória do Direito” (RADBRUCH, 1979, p. 109).

Para Ross (2000, p. 58; 1963, p. 33), as regras jurídicas são dirigidas ao juiz, enquanto que a norma (directiva na tradução argentina) para o particular é uma norma jurídica derivada, deduzida da anterior e “está implícita no fato de que ele sabe que reações pode esperar da parte dos tribunais, em dadas condições. Se desejar evitar essas reações, tal saber o levará a se conduzir da forma que está de acordo” (ROSS, 2000, p. 57; 1963, p. 33). Aduz que as regras de conduta do direito em sua totalidade determinam “em que condições o exercício da força será ordenado, como também determina as autoridades públicas, os tribunais, estabelecidos para ordenar o exercício da força” (ROSS, 2000, p. 58; 1963, p. 33).

Ao criticar a posição dos que vêem no direito regras respaldadas pela força, Ross (2000, p. 78-79; 1963, p. 52-53) aponta que isto excluiria partes essenciais do direito, como, por exemplo, todas as normas de competência, pois elas não estão amparadas pela força, além do que seria impossível edificar uma ordem jurídica se não existisse, dentro da magistratura, um sentimento vivo e desinteressado de respeito e obediência à ideologia jurídica em vigor. A maioria obedece ao direito por respeito desinteressado, não apenas por temor das sanções jurídicas e extrajurídicas (ROSS, 2000, p. 80; 1963, p. 53). O temor e o respeito, os dois motivos que caracterizam a experiência jurídica, estão reciprocamente relacionados. É verdade que o direito, para a sua realização, necessita que, por trás, esteja o poder, como bem pondera Ross (2000, p. 83; 1963, p. 57).

A sanção sempre foi estudada pela teoria jurídica como uma forma de repressão, muito mais do que como forma de sanção positiva, de recompensas, de estímulos, como já o fazia Jhering (1979, v. 1, p. 51-55), reproduzindo a distinção entre sociedade civil e Estado, e a cisão entre a esfera de interesses econômicos e políticos, entre a condição de burguês e a de cidadão, que vem de Hegel (FERRAZ JR., 1994, p. 11-12).

A função do Estado, hoje, mudou. Ele produz serviços e mercadorias, regulamenta a economia e as associações que nela atuam. Mantém, ainda, seu papel assistencial, mas este já não mais ocupa o centro de suas atenções. Instrumento largamente usado pelo Estado é o dos incentivos fiscais, que premiam, e, g., quem se estabelece com uma indústria em determinado local, encorajando a iniciativa, e, de outro lado, podem ser adotadas sanções de desencorajamento para estabelecer-se em outro local. É a função promocional do Estado, cada vez mais freqüente, que, de certa forma, interfere na autonomia da vontade. Induz a vontade do agente econômico ou social a mudar de rumo, num exercício mais sutil e mais amplo do poder. Há um controle persuasivo, ao lado de um controle coativo. O controle sobre os agentes econômicos e sociais torna-se mais sutil, menos perceptível, mas nem por isso menos eficiente.

O modo tradicional de Estado repressor, função sancionadora e negativista, conduz a uma teoria estrutural, enquanto a forma implementadora de comportamentos faz o jurista assumir um papel criador e modificador do mundo, voltado para as indagações econômicas, sociológicas, políticas, e conduz a uma teoria funcionalista. Segundo Ferraz Jr. (1994, p. 16),

No enfoque estrutural preponderam, assim, a interpretação do sentido das normas, as questões formais da eliminação de antinomias, de integração de lacunas, numa palavra, de sistematização global dos ordenamentos conforme a melhor tradição dogmática. No enfoque funcionalista, por sua vez, a problemática se volta muito mais para a análise de situações, análise e confronto de avaliações, permitindo traduzir essas duas atitudes, diríamos que, no enfoque estrutural, a relação meio/fim no estudo do Direito fica limitada a um pressuposto global e abstrato, que quase não interfere na análise do tipo, por exemplo: 'O Direito é uma ordem coativa que visa à obtenção de segurança coletiva', e isso basta. Já no enfoque funcionalista, a relação meio/fim ganha outros relevos, passa mesmo a constituir o cerne da análise, exigindo, do jurista, novas modalizações do fenômeno normativo.

No moderno enfoque da norma jurídica houve uma bipartição entre regras e princípios. Essa discussão ascendeu ao primeiro plano de revisão e de superação do positivismo jurídico pelo fenômeno que alguns autores denominam de (neo)constitucionalismo, como Streck (2005, p. 154), e permitiu, juntamente com uma revisão hermenêutica e a inserção da linguagem na filosofia, com o que "o sentido passa a se dar na e pela linguagem", como assinala Streck (2005, p. 154). Houve, para esse autor, uma

superação de três barreiras opostas ao Estado (neo)constitucional: a) uma revisão da teoria das fontes, em que a lei não vai mais aparecer como a única fonte, porém a Constituição surge como fonte auto-aplicativa; b) uma alteração na teoria da norma, dado o aparecimento dos princípios como normas, ao lado da lei; c) uma nova postura no plano da interpretação com a separação entre vigência e validade e entre texto e norma, um giro lingüístico-ontológico (*linguistic turn*), que consiste num compreender para interpretar, não mais um interpretar para compreender, afastando, por conseqüência, o método como supremo momento da subjetividade e garantia da segurança (positivista) na interpretação (STRECK, 2005, p. 159). Com isso, o direito, embora produzido pela estrutura econômica, age sobre ela e produz alterações na infra-estrutura (GRAU, 1996, p. 41), que, no entanto, não utiliza a expressão infra-estrutura.

Grau³ (1996, p. 41) expõe com precisão que a estrutura econômica do capitalismo não existiria se não houvesse um direito que “supusesse regras gerais e sujeitos abstratos, livres e iguais”. O próprio Marx (1982, p. 25-26)⁴ sempre admitiu o condicionamento da superestrutura I, em que se insere o direito, pela infra-estrutura, que são as relações de produção (sociais e econômicas), assim como reação daquela sobre esta e de ambas sobre a superestrutura II (as idéias) e desta sobre as anteriores, dentro, logicamente, de certos limites. Não seria possível alterar, em substância, as relações de produção, porque isso implicaria uma revolução impossível sem alteração do sistema econômico e sua substituição por outro.

Sublinhe-se que Streck (2005, p. 154) não admite a simples atenuação do positivismo, mas uma verdadeira ruptura entre o Estado democrático de direito e o constitucionalismo tradicional, abolindo o positivismo jurídico como método. Vai, portanto, muito além de Peces-Barba Martinez que busca um *positivismo corrigido*, a quem, por isso mesmo, critica (STRECK, 2005, p. 156-157), mas elogia Zagrebelski⁵, quando afirma “uma diferença genética entre o constitucionalismo compromissório, valorativo e principiológico, e o direito infraconstitucional” (STRECK, 2005, p. 158). No entanto, Luhmann (1990, p. 157-158) consignou que “todo o Direito pode estar de acordo com ou contrário à Constituição. Acontece que onde a Constituição constitui e restringe as competências da legislação, surge a pergunta por quem deve tomar a decisão nesse caso”. E concluiu que só os tribunais podem ser competentes, desde que sejam constituídos pela Constituição e obrigados ao respeito do seu texto, portanto com poderes limitados (LUHMANN, 1990, p. 158).

Efetivamente, se se admitir que a Constituição deva ser interpretada no sentido de alçar a validade como condição substancial do sistema normativo e não apenas como condição formal, tem-se, forçosamente, como resultado, a substituição da legalidade pela

validade. O que, no entanto, ainda não ficou claro o suficiente, é se, com isso, acaba o decisionismo voluntarista do juiz, como sustentado por Streck (2005, p. 160), isto é, a discricionariedade judicial, bastante perniciosa. Será que não se substituirá a plenipotencialidade da lei pela plenipotencialidade da Constituição, mantida a discricionariedade do juiz? O julgador não irá, através de seus pré-juízos (*Vorurteile*), já que o seu *estar-no-mundo* depende dessa pré-compreensão (*Vorverständnis*) concluir exatamente como concluiria ante sua pré-compreensão da norma? O que garante, no mundo real, esse comportamento do juiz? É verdade que a interpretação só adquire sentido na medida em que a própria interpretação é interpretada (= compreendida), como posto por Streck (2005, p. 163), mas não será essa interpretação baseada nos mesmos pré-juízos do julgador, com os mesmos resultados concretos atuais?

O modelo teórico é muito atraente, mas a hermenêutica “é modo de ser, que emerge da faticidade e da existencialidade do intérprete a partir de sua condição (intersubjetiva) de ser-no-mundo” (STRECK 2005, p. 162), nem poderia ser de outro modo, e, por isso, esses condicionamentos são extrajurídicos. Aliás, Streck (2005, p. 165) reconhece que o Supremo Tribunal Federal já cometeu seus deslizes, com o esvaziamento dos valores substanciais da legitimidade constitucional.

Enfim, as veias da norma se encontram abertas e expostas, de sorte que a revisão, ou mesmo a abolição do positivismo jurídico, são uma consequência natural e inevitável, pelo menos no concernente aos aspectos teóricos. Na prática, isso não será tão simples, dadas as inevitáveis resistências do arraigado modo de pensar do jurista em geral e do brasileiro em particular. Parece que será necessário vencer o que Gadamer⁶ chama de *historische Wirklichkeit seines Seins* (realidade histórica de seu ser).

2 ORDENAMENTO COMO UM SISTEMA

O termo *sistema* vem do grego *systema* (=conjunto, organização, ordem, totalidade) e pode ser definido como um conjunto de elementos inter-relacionados ou interdependentes. Esses elementos, segundo Macedo (1977, p. 191), podem tanto ser *conceitos*, quanto *seres reais*, ou ambos ao mesmo tempo. Mais precisamente, pode-se dizer que esse conjunto de elementos é unido por um princípio, um fim ou uma ordenação fundamental, conforme se lê em Saldanha (1977, p. 238). Esse conceito, no sentido jurídico, permite duas acepções: a) uma interna, estrutural, característica do direito objetivo, enquanto ordem normativa – as

normas devem formar um todo coerente; b) outra externa, cultural de cada ordenamento, composta de caracteres jurídicos e extrajurídicos, como fundamentos ideológicos, doutrinários, políticos, econômicos e fontes do direito (SALDANHA, 1977, p. 240). Arnaud e Dulce (2000, p. 309) repetem um conceito de Lugan⁷, comumente aceito:

Um sistema é um conjunto de elementos identificáveis, interdependentes, isto é, ligados entre si por relações tais, que se uma delas for modificada, as outras o serão também e, conseqüentemente, todo o conjunto limitado, cujos limites são definidos em virtude dos objetivos (metas, projetos, finalidades, telenomia, propriedades), que se deseja privilegiar.

A idéia de sistema foi buscada, no início do século XVII, na astronomia e no ensino da música e transposta para a teologia, a filosofia e o direito, numa relação estreita com a questão da incerteza na discussão teológica – questões mal resolvidas da fé religiosa na discussão conceitual da escolástica (LUHMANN, 1983, p. 17) e permitiu que se pudesse obter uma maior autonomia na moderna teoria do conhecimento (LUHMANN, 1983, p. 18). Com Jhering se dá a virada histórica na concepção do sistema jurídico na direção de sistema da realidade social (sistema parcial da sociedade), segundo Luhmann (1983, p. 19).

Em todos os conceitos de sistema aparecem duas características: a da ordenação e a da unidade em estreita ligação; em alguns, ainda a plenitude, conforme Canaris (1989, p. 12 e nota 12), que distingue dois prismas do sistema: o de conhecimentos, lógico ou científico e o dos objetos do conhecimento, que Eisler chama de objetivo ou real (CANARIS, 1989, p. 13). Só haverá ciência do direito quando o seu objeto (o direito) *aparente tal sistema objetivo* (CANARIS, 1989, p. 13).

Para alguns epistemólogos, o sistema é uma estrutura, que obedece a leis intrínsecas (estáticas e dinâmicas), e só mais tarde é que se admitiu o *sistema empírico*, formado pela experiência (MACEDO, 1977, p. 192), que Luhmann renega (ARNAUD e DULCE, 2000, p. 36). No entanto, Luhmann⁸ desenvolveu um estruturalismo funcional, em que enfatiza o estudo das funções em oposição ao funcionalismo estrutural de Parsons, como sustentam Arnaud e Dulce (2000, p. 164-168) apoiados por Noronha (1988, p. 71). Parece que a melhor posição é a dos que, como Bobbio (1977, p. 121), não subordinam as estruturas às funções, nem a recíproca, pois existe uma interdependência entre estruturas e funções, uma interferindo na outra.

Em síntese, o sistema tem um aspecto estrutural (compreende uma fronteira, elementos, uma malha de comunicação e diferenciais que permitem absorver os bloqueios e os arrebatamentos) e outro funcional (relações com o meio como: entradas e saídas, aberturas e fechamentos, ou descrito de maneira interna como fluxo de pessoas, bens, moeda

e informações, como centros de decisão – transformando as informações em ações – como retroação ou recorrência de uma esfera a outra, como demoras no ajuste) (ARNAUD e DULCE, 2000, p. 303).

Em Hegel (1997, p. 12, nº 4), o sistema do direito “é o império da liberdade realizada (*verwirklichten Freiheit*), o mundo do espírito produzido como uma segunda natureza”, aduzindo que o direito é “a liberdade em geral como Idéia”, porque a existência da vontade livre constitui o direito (HEGEL, 1997, p. 31, nº 29), vontade, como explica o próprio Hegel (1997, p. 31, nº 29) “do indivíduo no livre-arbítrio que lhe é próprio”. Para ele, na ciência, “o conceito se desenvolve a partir de si mesmo, progride e produz as suas determinações de maneira imanente” (HEGEL, 1997, p. 33, nº 31). Assim, não seria possível haver conhecimento científico sem o sistema⁹, que pode ser conceitual ou real, na opinião de Hegel, mas ambos são apenas *modelos lógicos*, que a filosofia continua a usar na criação dos modelos formais, como o cálculo e a linguagem formalizada, formando, respectivamente, os sistemas sintático e semântico.

Hegel acaba por atacar o normativismo dominante na ciência jurídica da época, pois não basta remeter o direito à determinação formal dos atos humanos, mas é necessário ajustar a forma ao conteúdo material, como avalia Pavón (1979, p. XXIII-XXIV) e como resulta de sua exposição (HEGEL, 1979, p. 93) ao dizer que o direito é uma ciência empírica aplicável a um *mundo realmente efetivo*, cujo sistema individual de constituição e legislação pertence a um povo concreto, num tempo determinado. Em verdade, a posição de Hegel diante do direito é ambígua, como destacado por Bobbio (1995b, p. 57), seja por problemas terminológicos, seja por razões de caráter sistemático, porque a sistemática de Hegel em relação ao direito *é estranha e sem precedentes*, não mais constitui um todo orgânico e está “desmembrada, desarticulada, fragmentada em muitas partes sem nexos entre si e disseminada por todo o sistema” (BOBBIO, 1995b, p.59-60), posição que se endossa, mas não será aqui desenvolvida.

Já Kant (1993, p. 55) afirmava que o direito, como ciência sistemática, divide-se em direito natural, fundado em princípios puramente *a priori*, e em direito positivo, cujo princípio é a vontade do legislador. Toda obra de Kant está permeada da idéia de sistema, sem a qual não há ciência¹⁰. Em uma passagem de outra obra, fica evidente essa afirmação, pois o conhecimento científico precisa de um método, sem o qual não se pode entender o modo de proceder da razão prática pura, tanto na reflexão quanto na exposição das proposições fundamentais práticas puras. Esse método é um procedimento segundo princípios da razão, “pelo qual, unicamente, o múltiplo de um conhecimento pode tornar-se

um *sistema*” (KANT, 2002, p. 239, grifo do original). A crítica da razão conduz à ciência¹¹; o uso dogmático da razão sem crítica leva a afirmações infundadas (KANT, 1974a, p. 32).

Assim, em Kant, a própria razão pura, que fornece os princípios de conhecimento *a priori*, formula uma propedêutica ao sistema da razão pura, não uma doutrina, “e sua utilidade seria realmente apenas negativa com respeito à especulação, não para servir à ampliação, mas apenas à purificação da nossa razão e mantê-la livre de erros” (KANT, 1974a, p. 33). Tal crítica transcendental do conhecimento dos objetos *a priori* formaria um *sistema de filosofia transcendental* (conhecimento analítico e sintético) vasto – um sistema completo da filosofia da razão pura (KANT, 1974a, p. 33). O esquema da filosofia como sistema, que é o *conhecimento racional por conceitos*, distingue-se de uma crítica da razão pura, que contém uma investigação filosófica da possibilidade de um conhecimento como esse, mas não pertence a tal sistema (KANT, 1974b, p. 261).

Kant, como afirma Bobbio (1995a, p. 84), elaborou uma doutrina racional do direito, uma doutrina metafísica, não uma doutrina empírica. Qualquer direito derivado do poder estatal é público, mesmo aquele que conhecemos por direito privado. Fora do direito estatal existe o direito natural, que regula as relações entre os homens no estado da natureza (BOBBIO, 1995a, p. 85). Na construção de uma sistematização racional do direito privado, Kant¹² coloca o conceito de *posse* (o meu e o teu) no centro dele, *como posto* por Bobbio (1995a, p. 91). “Os objetos exteriores do meu arbítrio”, diz Kant (1993, p. 65), “podem ser de três classes: 1. uma *coisa* (corporal) fora de mim; 2. o arbítrio de *outro* para um fato determinado (*proestatio*); 3. o estado de outro em relação a mim” (os grifos são do original). Quanto à forma do meu e teu exterior (modo de aquisição) tem-se ou um direito real, ou um direito pessoal, ou um direito misto (real pessoal) (KANT, 1993, p. 82), ou seja, este último é um direito de família (KANT, 1993, p. 104 e ss.).

Temos vários sistemas, como o empírico, o físico, o biológico, o social e o sócio-cultural. Em Luhmann (1999, p. 2), existem os sistemas de máquinas, de organismos, sociais e psíquicos. Os sistemas podem ser abertos ou fechados. Segundo Macedo (1977, p. 192), o sistema biológico, por exemplo, é aberto, ao contrário do físico, que é fechado. Os sistemas fechados devem ser abandonados nas explicações sobre os fatos em que intervém o homem. Utilizar sistemas fechados, como feito por Kelsen e pelos positivistas em geral, produziu resultados nefastos. Daí a preocupação atual de fugir dos sistemas físicos, motivo porque não se aceitam as explicações mecanicistas¹³ para os sistemas sociais, que possuem subsistemas, como o subsistema de produção, de apoio, de manutenção e de liderança.

Parsons (1969, p. 16) afirmou que a sociedade é um tipo especial de sistema social, um dos principais subsistemas do sistema de ação humana e, em seu clássico trabalho sobre

os sistemas sociais modernos (PARSONS, 1974, p. 15), considera-os integrantes de um sistema mais geral de ação, cujos outros integrantes primários são os sistemas culturais, os de personalidade e os organismos comportamentais, que, em conjunto, são abstratamente definidos com relação ao comportamento concreto de interação social. As distinções entre eles são funcionais e suas diversas funções primárias são a manutenção de padrão, a integração, a realização de objetivos e a adaptação. Ao sistema cultural cabe a primazia de manutenção de padrão e de mudança criativa de padrão, tudo organizado em torno de características de complexos de sentido simbólico. Todos se interpenetram e Parsons (1974, p. 17-19) pensa o sistema social como aberto, cuja estrutura pode ser analisada por meio de quatro tipos de variáveis: valores, normas, coletividades e papéis.

Para a manutenção, os valores são o cerne central do sistema. As normas atuam na integração destes sistemas, incluindo valores e modos específicos de orientação. As coletividades são fundamentais para os objetivos e atendem a dois critérios: um *status* definido de participação e uma diferenciação entre os participantes quanto ao *status* e às funções. O papel capaz de definir uma classe de indivíduos fundamenta a função adaptativa. Por exemplo: um pai exerce um papel específico para os filhos, mas é também pai em termos da estrutura de papel em determinada sociedade e, ao mesmo tempo, participa de outros contextos de interação, como, v. g., um papel profissional. Pondera que, talvez, a função mais geral de uma comunidade societária seja articular um *sistema* de normas com uma organização coletiva que tenha unidade e coesão (PARSONS, 1974, p. 23).

A pioneira exposição de Parsons é uma das teorias sociológicas de sistema mais reconhecidas e conhecida como *funcionalismo estrutural* (*structural functionalism*) ou apenas *funcionalismo*, imbuída de um espírito conservador, implícita em toda análise funcional, e que “tende a uma cooperação harmoniosa de todos os elementos que a compõem”, conforme Noronha (1988, p. 55), transcrevendo lição de Duverger, como se não existissem *conflitos persistentes*, que os marxistas e outros consideram *elemento essencial de qualquer sociedade*. Essa formulação teórica está imbuída de profundo conservadorismo a ser revisto (NORONHA, 1988, p. 55).

O funcionalismo explica por que as coisas subsistem, mas não explica por que mudam. O problema dos sistemas é que eles tendem para a integração, para o equilíbrio, para a harmonia, mas esses fatores permanecem frágeis e superficiais, podendo servir para que um pequeno número mantenha seus privilégios sobre a massa, graças, eventualmente, a um aparelho judiciário repressivo que permite a reprodução do modelo de opressão da minoria privilegiada sobre a maioria. Todavia, esse fato não é suficiente para desautorizar o estudo dos sistemas. Qualquer análise de coletividades, de grupos e de sistemas, exige que se

aborde a temática pelo ponto de vista funcional e organizacional, como apontado por Noronha (1988, p. 56) com fundamento em Duverger.

Os (sub)sistemas jurídicos contêm componentes constitucionais, que não são puramente morais (PARSONS, 1974, p. 31) e consistem em “apresentar decisões que impõem obrigações, quase sempre por agências oficialmente ‘autorizadas’ (*tribunais de justiça*), bem como por vários processos de aplicação por processos administrativos” (PARSONS, 1974, p. 32).

Os sistemas sociais são também sócio-culturais e podem ser básicos ou derivados. Básicos são a linguagem, a ciência, a religião, a arte, a ética, o direito. Esses sistemas podem ter dimensão maior ou menor e se integram em super-sistemas, de natureza ideológica. Fala-se, então, em super-sistema sócio-cultural cristão, em sistema jurídico ocidental e outros. Neste, incluem-se os sistemas menores, romano, continental europeu, anglo-saxônico, soviético. Ao romano se filia o continental europeu, onde localizamos o subsistema francês e o alemão e, também, o brasileiro. Igualmente, subsistemas são os direitos de família, trabalhista, previdenciário, tributário, penal etc. Outro sistema sócio-cultural básico, o semiótico, também se constitui de subsistemas, como o fonético, o sintático e o semântico.

Baseados no conceito de sistema, os estudiosos construíram a *teoria dos sistemas*¹⁴ que, para Macedo (1977, p. 194), citando ensinamento de Bertalanfy, é “uma teoria eminentemente no campo matemático [...] uma concepção operatória”, abrangendo desde a física e a biologia até as ciências sociais e a filosofia e uma *análise de sistemas*, cuja função é de controle e coordenação. O sistema geral repousa em dois postulados: a) todo fenômeno pode ser entendido pelo conjunto de finalidades num meio (conjunção cibernética); b) e pela conjunção de seu funcionamento e de suas transformações (conjunção estruturalista) (ARNAUD e DULCE, 2000, p. 302).

A teoria sistêmica é, segundo Luhmann, dotada de universalidade, reflexividade e auto-referência, que serão explicadas mais abaixo. O sistemismo, ponderam Arnaud e Dulce (2000, p. 302), tem três entendimentos possíveis: a) conjunto dos diversos tipos de análise sistêmica; b) aplicação a um campo específico da análise em termos de sistema; c) teoria ou doutrina relativa à implementação de um desses tipos de análise. O método sistêmico traduz uma ruptura radical com o método racionalista clássico de Descartes, de tipo analítico. O método sistêmico caracteriza-se por quatro preceitos: *pertinência*, *globalismo*, *teleologia* e *agregação*, como salientado por Arnaud e Dulce (2000, p. 302), que, após, explicam cada um deles, o que refoge aos objetivos deste trabalho.

A abordagem sistêmica tem relação de proximidade intensa com a sociologia do direito que, em certo sentido, se opunha à dogmática jurídica e ficou, por isso mesmo, num plano secundário em relação à ciência do direito. Ocupava-se da realidade social, dos comportamentos dos sujeitos (pessoas, sociedades, instituições, organizações sociais), em suma, do *Sein* (ser) do Direito. A ciência jurídica ficava com os aspectos formais e estruturais da norma jurídica. O direito ficaria com a pureza kelseniana, como um fato natural.

Nesse sentido, a sociologia do direito não se ocupava do direito em si e era tratada, sobretudo por sociólogos. Mais recentemente, a sociologia do direito passou a ser freqüentada por juristas. A sociologia jurídica dos sociólogos era externa, enquanto a dos juristas é interna, vê o fenômeno jurídico de dentro. A opção integradora propõe “uma transformação da ciência jurídica fundamentada em postulados empiristas e realistas”, como ciência jurídica “pelos procedimentos e pelos objetivos inerentes a outras ciências sociais” (ARNAUD e DULCE, 2000, p. 134), visando chegar a uma ciência unitária do direito. A opção separatista estuda o direito desde o exterior, com métodos e técnicas das ciências sociais e objetiva separar sociologia do direito da ciência jurídica, associando-a à sociologia geral (= direito dos sociólogos) (ARNAUD e DULCE, 2000, p. 135-136).

Arnaud e Dulce (2000, p. 137-138) propõem uma colaboração entre juristas e sociólogos e também com pesquisadores de outras ciências sociais, superando velhas polêmicas, num projeto pluridisciplinar, cujo ponto de partida seria “o desaparego do direito em relação ao ‘imperialismo do estado’, a aceitação do caráter essencialmente ‘plural’ e ‘fragmentado’ do jurídico, assim como a pesquisa de ‘novos paradigmas conceituais [...]’”.

O sistema sócio-cultural será, na opinião de Noronha (1988, p. 57), forte em Duverger, “um conjunto estruturado e coordenado de interações sociais que se comportam como uma entidade”. Se um elemento sofre mudanças, outros elementos também a sofrerão, em maior ou menor grau. É fundamental saber que todo sistema social é aberto, seja nação, escola, família ou sociedade, pois interage sobre o ambiente externo e dele sofre influências. O que age sobre um sistema é, por sua vez, um outro sistema, ou subsistema. Os processos de intercâmbio são as entradas (*inputs*) e as saídas (*outputs*), aqueles emanados do meio e estes são respostas dadas pelo sistema. O sistema social, dizem Arnaud e Dulce (2000, p. 11), “é o lugar de interseção social dos indivíduos, isto é, o lugar onde estes agem entre si, segundo os modelos normativos”, em cujo âmago há diversos subsistemas, um dos quais o jurídico, cuja função principal é a integração ou o controle social, subdividida em função de orientação dos comportamentos e função de solução de conflitos. O sistema social tem, na opinião de Luhmann (1999, p. 2), três níveis: o das interações, o das organizações e o das sociedades.

Esse sistema tem sua estrutura e suas funções. Estruturalmente, é composto por subsistemas, “ligados por canais de relacionamento, modos, ou processos de interação mútua” (NORONHA, 1988. p. 58). Funcionalmente, o sistema é dinâmico, em movimento, porque considera os processos e as finalidades por estes desenvolvidas e perseguidas. As funções, para Parsons, são quatro, que se interpenetram: de manutenção de padrões de cultura, de adaptação ao meio ambiente, de prossecução de metas ou objetivos e de integração dos membros.

Seu maior defeito, na opinião dos críticos, está na idéia de equilíbrio entre os diversos elementos, que impregna o sistema. Não se pode, todavia, ter o modelo do sistema dinâmico como uma máquina pré-programada, consoante Buckley (1976, p. 229), que aduz argumentos em favor de um modelo de sistema adaptativo complexo, superior ao modelo homeostático ou de equilíbrio. Para ele, o sistema sócio-cultural, dotado de um *alto potencial adaptativo ou de integração*, exige um nível ótimo de estabilidade e flexibilidade. Ele tem por características “a flexibilidade de relações estruturais, caracterizada pela falta de sólidas barreiras à mudança” e por uma “propensão para reorganizar a estrutura institucional corrente”, assegurando “a sua capacidade de persistir ou desenvolver-se modificando a sua própria estrutura, às vezes de maneiras fundamentais”, isto se houver “desafios ambientais ou condições internas emergentes a sugerir-lhe a necessidade” (BUCKLEY, 1976, p. 292).

Isso significa que se podem acrescer a função de adaptação para sobreviver em ambientes variados e cambiáveis, com metas externas cuja tarefa é a de alcançar essas mudanças, como afirmado por Noronha (1988, p. 62), aceitando as duas funções acrescentadas por Deutsch. Para sistemas ainda mais desenvolvidos, são importantes mais outras duas funções: a criação de metas e a perseguição de metas, que consiste na flexibilidade do sistema para estabelecer os seus próprios objetivos, possibilitando mudanças na prossecução de um elenco mais amplo de metas existentes, ou a criação de novos objetivos, antes não cogitados, sendo a autotransformação, “em certo sentido a mais elevada das nossas funções básicas de um sistema social”, pois consiste na reaplicação, por iniciativa do próprio sistema, em novos objetivos e novos padrões de comportamento (NORONHA, 1988, p. 62-63).

O direito pode ser visto sob duas faces: como expressão da vontade do grupo que exerce a hegemonia na sociedade e constitui o código racional do lícito e do ilícito, ou seja, de um lado, como luta, barganha, compromisso, negociação e, do outro, é justiça e interesse geral, conforme Noronha (1988, p. 68-69). Analisando-se o direito no modo tridimensional, observa-se que ele realiza os valores, as normas e os fatos. A finalidade última do direito é o

controle social, assegurando a convivência das pessoas dentro do grupo social e é, em princípio, o mais eficaz dos meios de controle social.

No processo social, temos a interação social, que consiste em movimentos de aproximação e de afastamento. Temos a cooperação e o antagonismo. Este último é concorrência ou conflito, conforme seja menor ou maior o índice de dessemelhança dos elementos. Mas acontece que amamos quem conosco se parece, mas o fenômeno contrário também é verdadeiro, pois nos sentimos bem com quem nos completa e não se parece conosco, como já o notara Durkheim.

Para que se possa falar em direito, é necessário que se pense numa concretização de fenômenos com certa regularidade, sentido que se vai verificar, de um modo geral, pelo tratamento dos iguais de modo igual e dos diferentes de modo diferente, de acordo com uma medida da diferença (CORDEIRO, 1989, p. LXIII). Importa a medida dessa diferença, que irá variar de país a país, mas, fundamentalmente, os confrontos de interesses devem merecer, em cada país, "saídas previsíveis, diferenciadas em função do que se entenda ser relevante" (CORDEIRO, 1989, p. LXIII). Daí uma primeira idéia de sistema de direito: "relações estáveis, firmadas entre fenômenos que se repetem, seja qual for a consciência que, disso, haja" (CORDEIRO, 1989, p. LXIV).

As correntes formalistas sustentam a absoluta autonomia da ciência do direito, sem considerações de qualquer outra natureza que não seja a do próprio sistema jurídico tomado como um sistema fechado, o que significa que o trabalho do jurista se limita praticamente à interpretação das normas identificáveis (NORONHA, 1988, p. 16). As orientações formalistas costumam ser chamadas de positivistas, cujo método sedimentou-se na dogmática tradicional e suas técnicas específicas na interpretação, na integração de lacunas e na aplicação das normas (NORONHA, 1988, p. 17). Com freqüência, o direito era estudado apenas estruturalmente, isto é, como um complexo disciplinador das interações entre pessoas, cuja função¹⁵ é a de reger determinadas interações sociais (NORONHA, 1988, p. 70).

Para os positivistas, o direito é uma ordem normativa, ou seja, um sistema exclusivo de normas que regulam a conduta dos homens, com completa separação entre direito e moral. O que confere homogeneidade às regras de direito positivo é a normatividade: o ponto de partida é normativo (a *Grundnorm* em Kelsen; a regra de reconhecimento em Hart). O sistema é garantido pela unidade¹⁶ e pela unicidade do ponto de partida; o fundamento de validade de toda norma, sua *pertinencialidade* a um sistema, reconduz à norma fundamental (VILANOVA, 1977, p. 110).

Se começarmos por Kelsen, o sistema jurídico pode ser estático ou dinâmico. No *estático*, as normas se relacionam umas com as outras como as proporções de um sistema dedutivo, o que significa que elas se relacionam entre si quanto ao seu *conteúdo*. É uma organização de normas que leva em conta sua estrutura ou a matéria normatizada em que o conjunto normativo é concebido como um dado, que abstrai sua permanente mudança (FERRAZ JR., 1988, p. 127). É como uma fotografia, em permanente equilíbrio, que não se altera. No *dinâmico*, as normas derivam umas das outras por sucessivas delegações de poder. É como um filme, em permanente mutação, que toma em consideração a variável temporal e mostra os desequilíbrios do sistema. Não é o conteúdo que importa, mas a *autoridade* que colocou as normas. A relação entre as normas é *formal*. Kelsen dá o exemplo de um pai que ordena ao filho que faça a lição. Se a justificativa do pai para a ordem for do tipo “Porque deves aprender”, “Porque precisas ser aprovado”, o modelo é estático. Se for do tipo “Porque deves obedecer a teu pai”, “Porque teu pai foi autorizado a mandar pela lei do Estado”, o modelo é dinâmico.

Os sistemas jurídicos, na opinião do autor, são do segundo tipo. Todavia, cumpre afirmar que as grandes dicotomias (direito público x direito privado, direito objetivo x direito subjetivo) permitem uma sistematização no sentido dogmático, isto é, “tópico do direito analiticamente concebido como conjunto de normas” (FERRAZ JR., 1988, p. 127), o que significa uma sistematização estática na terminologia kelseniana. No sistema dinâmico, as normas sofrem permanente mutação, ou seja, elas nascem, se desenvolvem, por vezes, procriam outras e morrem.

Em síntese, as normas perdem validade, quase sempre pela substituição por outras. “Para operar teoricamente o ordenamento como sistema dinâmico, a dogmática se utiliza de seus próprios conceitos” (FERRAZ JR., 1988, p. 179). Do ponto de vista dogmático¹⁷, o sistema jurídico é um conjunto lógico-formal de regras jurídicas, cujas características são a sistematização, a generalidade, a completude, a unidade e a coerência (ARNAUD e DULCE, 2000, p. 11). A conceptualização dogmática do ordenamento vai utilizar os conceitos de validade, vigência, eficácia e vigor, que podem concorrer simultaneamente, mas nem sempre (FERRAZ JR., 1988, p. 181).

Como dentro do critério formal da autoridade pode emanar qualquer norma, inclusive normas contraditórias, para julgar a oposição de normas será necessário examinar seu conteúdo.

Na proposta de Hart, o que importa é o processo de utilização das normas pelos órgãos encarregados de sua aplicação e não tanto o processo de sua criação no sistema jurídico (CARACCILO, 1994, p. 67). Para Hart (1994, p. 26-29), o controle jurídico é,

primariamente, um controle por *diretivas gerais*, mas não exclusivas, com características de permanência. Há, certamente, também uma crença geral de que a desobediência à diretiva será seguida pela execução da ameaça (sanção) prevista nessa diretiva. No entanto, é lícito supor que, por motivos diversos, a maior parte das ordens é, com mais freqüência, obedecida pelos afetados¹⁸ independentemente da sanção prevista, do que desobedecida. Em outras palavras, é normal que haja a obediência, que, é geral e habitual¹⁹; a desobediência será a exceção.

As regras são, em verdade, *regras primárias de obrigação*, que não satisfazem as necessidades de comunidades mais desenvolvidas, onde se fazem presentes *regras secundárias*, que tratam dos procedimentos de modificação do direito e conferem competência a certos indivíduos qualificados, aí incluída a *regra de reconhecimento*²⁰, que estipula os requisitos a cumprir pelas normas para integrarem o sistema jurídico (CARACCILO, 1994, p. 70). São regras sobre as regras. Hart sustenta que a união das regras primárias e secundárias está no centro de um sistema jurídico, porém não é o todo, pois, à medida que nos afastamos do centro, terão de ser acomodados elementos de natureza diferente (HART, 1994, p. 109). Convém frisar que não há *sistema* em que apenas existam normas primárias, como nas sociedades mais primitivas. Faltarão, certamente, a unidade, sem a qual não haverá *sistema*.

A concepção segundo a qual o conjunto de normas constitutivas da ordem jurídica deve ser reconstruída em termos da noção de *sistema* é um marco conceitual básico de aceitação geral na teoria do direito, apesar de inexistir acordo acerca do que se deva entender por esse conceito nesse contexto (CARACCILO, 1994, p. 49). A expressão *sistema* pode ter vários significados. Segundo Bobbio (1994, p. 77), no uso histórico da filosofia do direito emergem três significados de sistema:

- a) As normas de um ordenamento são deriváveis de alguns princípios gerais, o que permitiu construir o direito natural como um sistema dedutivo. Assim Leibniz, para quem a ciência do direito não depende dos fatos, mas unicamente da razão, ou seja, ela serve para dar a razão dos fatos e para regulá-los por antecipação.
- b) A jurisprudência passou da exegética à sistemática, o que a elevou ao nível de ciência. Sistema, aqui, significa um processo indutivo, partindo do conteúdo das simples normas para construir conceitos sempre mais gerais, e classificações ou divisões da matéria inteira. O procedimento típico é o da classificação e permitiu a construção da teoria do negócio jurídico, que tem como característica a manifestação da vontade com conseqüências jurídicas. Pelo relacionamento

jurídico permite-se a redução de todos os fenômenos jurídicos a um esquema único, o que vem de Savigny.

- c) O ordenamento jurídico é um sistema, porque nele não podem coexistir normas incompatíveis. A coerência não é do conjunto do ordenamento, mas entre suas partes simples. Se houver incompatibilidade entre normas, uma, ou ambas devem ser eliminadas. Bobbio acrescenta que não é exato falar de coerência do ordenamento jurídico no seu conjunto, apenas de coerência entre suas partes simples. É verdade que num sistema dedutivo a contradição faz ruir o sistema, já no sistema jurídico, a antinomia não produz a queda do sistema, mas de uma das normas ou de ambas (BOBBIO, 1994, p. 80).

Bobbio (1980, p. 269) admite a hipótese discutível de que a necessidade do direito diminui à medida que se aumenta a potência dos meios de condicionamento psicológico, dos meios de consenso. Assim, o direito é necessário ali onde os homens não são nem todos livres, nem conformistas, vale dizer, onde necessitam normas, que nem sempre conseguem observar. Nas palavras de Noronha (1988, p. 66), “O direito tende a ser tanto mais necessário quanto mais deficientes sejam os processos de ‘internalização’ nas consciências individuais dos valores normativos”.

Para Del Vecchio (1952a, p. 72-73), a necessidade de “coerência lógica leva, com efeito, a avizinhar as (normas) que, entre elas, são compatíveis ou respectivamente complementares entre si e a eliminar as contraditórias ou incompatíveis”. Como se observa, o filósofo não diz o que seja sistema. Qualquer que seja o significado atribuído à palavra sistema, nele não podem coexistir normas incompatíveis e, como o direito constitui um sistema, as eventuais incompatibilidades encontradas devem ser eliminadas, ou seja, o direito não tolera as antinomias (BOBBIO, 1994, p. 81). No entanto, Ehrlich (1986, p. 328) conclui que a “‘unidade do sistema jurídico’ nunca foi mais do que uma sabedoria teórica”, pois a jurisprudência sempre se adaptou às fortes e justificadas necessidades sociais ou econômicas, procurando novas configurações que se enquadrem na lei, numa evolução salutar.

Conforme Bobbio (1994, p. 71), sistema é “uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem”, para o que é fundamental que “não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si”. Pensar o direito como sistema cumpre a função de fornecer critérios de pertinência das normas que compõem a ordem jurídica, já que o que define um conjunto como sistema são as relações entre seus membros, ou seja, a estrutura do conjunto, pelo estabelecimento de

sua pertinência ao sistema, que equivale a um dos sentidos possíveis de *validez* (CARACCILO, 1994, p. 49-50).

O direito, na visão da doutrina tradicionalista, deve atender ao requisito da completude (isento de lacunas) e deve ser entendido como consistente (isento de contradições). Não é racional um mesmo legislador criar normas conflitantes, pois uma pessoa racional não pode contradizer-se. De modo idêntico, *ultima ratio*, sucede com a autoridade, mesmo que ela não seja fisicamente a mesma, já que não se pode conceber que ela delegue competências para criar normas contraditórias. Todavia, esse argumento é inconsistente, porque parece enxergar por detrás do processo de criação da norma um indivíduo ou conjunto de indivíduos cuja vontade seja identificável.

Ao jurista cabe a função de interpretar o direito e sua tarefa é a de assegurar a racionalidade que faltou ao legislador eliminando, de conseqüência, as contradições (antinomias) do material jurídico. O conjunto de normas jurídicas é reconstruído a partir das prescrições formando a ciência do direito através do processo de interpretação, o que significa que o direito se identifica com a expressão *sistema jurídico*. Nesse sentido, sistema jurídico é um conjunto de normas criadas pelos juristas, não pelo legislador (CARACCILO, 1994, p. 23).

O direito como experiência²¹, tomado na totalidade integrada de sentido é, como diz Vilanova (1977, p. 113), um sistema prescritivo, “que insere dentro dessa experiência a teoria científica dogmática, que também é um sistema”. São, pois, dois sistemas, um, cognoscitivo, outro, prescritivo, “Separáveis por um corte abstrato no dado-da-experiência, *o sistema da Ciência-do-Direito incorpora-se ou insere-se no próprio Direito, como fonte material sua*” (grifos no original). O conhecimento dogmático “é um sistema sobre outro sistema, não coordenado, mas supra-ordenado: nesse aspecto, é um meta-sistema”.

A formulação de um modelo teórico do sistema de normas se faz a partir do conjunto de prescrições admitido como direito vigente de uma comunidade, usualmente material normativo provindo de atos deliberados de emissão de normas (leis). A concordância geral dos critérios de pertinência ao sistema com os de identificação desse material é um requisito do uso coerente do modelo (CARACCILO, 1994, p. 52).

As normas jurídicas não são auto-aplicáveis. Destarte, no direito distingue-se uma estrutura institucional ou organizacional de outra normativa. A primeira é constituída pelos corpos sociais ou instituições, reunindo pessoas e recursos materiais para alcançarem a finalidade específica do direito, cuja componente mais característica é a organização judiciária²², enquanto a segunda é constituída pelas próprias normas consideradas em si

mesmas (NORONHA 1988, p. 72). Pode-se dizer que a finalidade precípua do direito é o controle social visando assegurar a convivência e a cooperação das pessoas na comunidade (NORONHA, 1988, p. 77), para o que, segundo Noronha (1988, p. 79-85), o direito exerce quatro funções, uma primacial, a prevenção e resolução de conflitos e três instrumentais, legitimação, interpretação e criação judicial.

As exigências atuais da ciência jurídica, indicadas por Cordeiro (1989, p. CXII e CXIII) no sentido do pensamento sistemático, são de quatro postulados: sistema aberto (extensivamente = não-pleno e intensivamente = elementos materiais a ele estranhos), móvel (proposições não hierarquizadas), heterogêneo (proposições rígidas de um lado e quebras inter-sistemáticas e lacunas sem conserto analógico) e cibernético (modificações e adaptações em função de elementos periféricos). Assim, Canaris (1989, p. 103-105), partindo de um conceito de sistema como “uma ordem teleológica de princípios gerais de Direito”, acrescenta duas qualidades importantes na atualidade: a abertura e a mobilidade. Abertura significando incompletude, entendida como a capacidade de evolução e modificação do sistema, que já demonstrou estar em constante mutação no direito privado. Essas alterações no sistema ficam mais claras se separarmos melhor o sistema científico do objetivo.

No sistema de proposições doutrinárias da ciência do direito, a abertura significa a *incompletude* e a *provisoriedade do conhecimento científico*, pois cada sistema científico “exprime o estado de conhecimento de seu tempo” (CANARIS, 1989, p. 106). No sistema objetivo, tem-se que o direito positivo é suscetível de aperfeiçoamentos em vários campos, como, e. g., o reconhecimento de novos princípios (CANARIS, 1989, p. 107), ou, como está acontecendo neste momento, a admissão de que as decisões judiciais devem respeito aos princípios constitucionais que, no melhor entendimento atual, são também normas, ao lado das regras, normas que, por sua origem constitucional, devem ser obedecidas pelas regras inferiores, mesmo no campo do direito privado. Essa *constitucionalização do direito privado* é passo fundamental na nova hermenêutica, não limitada a meras discussões acadêmicas, mas de evidentes propósitos práticos, objetivando mudar conceitos arraigados nas mentes dos juristas dogmáticos.

Para Canaris (1989, p. 107-108), “o sistema como unidade de sentido, compartilha de uma ordem jurídica concreta no seu modo de ser, isto é, que tal como esta, não é estático, mas dinâmico, assumindo, pois, a estrutura da historicidade”. Ao reconhecer a incompletude do conhecimento científico, o autor admite “a abertura como modificabilidade da própria ordem jurídica” (CANARIS, 1989, p. 109). Observe-se, no entanto, que a modificabilidade não é radical, mas gradual, sempre limitada pelo sistema jurídico vigente. Até porque também as

modificações deste pela alteração (legislativa) das regras e princípios jurídicos não são revolucionárias, porém lentas e progressivas.

A mobilidade do sistema não se deve confundir com a abertura. Consoante Canaris (1989, p. 129), com base em Wilburg²³, o sistema será móvel se houver “a *igualdade fundamental de categoria* e a *substitutibilidade mútua* dos competentes princípios ou critérios de igualdade” (grifos no original). A igualdade fundamental de categoria nega haver uma determinada hierarquia entre os diversos elementos que são do mesmo nível, não precisam surgir todos juntos e podem substituir uns aos outros.

Resta examinar se há alguma praticidade na problemática do pensamento sistêmico, isto porque a ciência do direito é voltada para a solução de casos concretos. Apesar de opiniões em contrário, com freqüência fundadas na forma acrítica da *jurisprudência dos conceitos*, tida como conceitual e, portanto, totalmente ultrapassada, mero sistema lógico ou axiomático-dedutivo; em realidade, o significado de sistema como ordem jurídica axiológica ou teleológica, pois entendida como ordenação valorativa, “é uma forma especial de fundamentação teleológica e, como tal, [...] admissível e relevante” (CANARIS, 1989, p. 153). A discussão do ordenamento como um sistema teleológico vai afetar a *essência* do fenômeno jurídico (CANARIS, 1989, p. 154), porque vai questionar o conteúdo valorativo do direito positivado, isto é, das normas jurídicas (regras e princípios). O jurista irá proceder a uma interpretação sistemática, não apenas lógico-gramatical do conteúdo da norma.

Em síntese, o ordenamento realiza uma construção de uma unidade interior da ordem jurídica, aqui incluídos os princípios e as regras constitucionais, que ao intérprete não é dado ignorar. Canaris (1989, p. 190) insere, na idéia de sistema, a da justiça material, de sorte que o sistema será um conjunto de valores fundamentais constitutivos de uma ordem jurídica, que comportam um conjunto de justiça “com referência a uma determinada forma de vida social num conjunto de princípios racionais”²⁴. Não é possível contrapor pontos de vista da justiça material a argumentos do sistema, segundo pensa Canaris (1989, p. 195). Não se deve esquecer, no entanto, que o sistema, mesmo aberto, impõe limites na obtenção do direito, são os limites da normatividade, da incompletude, das antinomias e das contradições.

Não é aconselhável falar de sistema sem mencionar Luhmann, cuja obra fundamentalmente envolve discussões sobre o sistema jurídico. Com a escola sociológica, o direito é visto como uma estrutura normativa da sociedade, ou seja, direito e sociedade passam a ser variáveis interdependentes (NICOLA, 1997, p. 222). O *punctum saliens* da sociologia do direito luhmanniana é o da adaptação do direito à crescente complexidade da

sociedade, com fulcro na positividade – questão não abordada por seus antecessores – que traduz a idéia da contingência social no campo do direito (NICOLA, 1997, p. 222).

Conforme Ferraz Jr. (1980, p. 3), em Luhmann, o sistema pressupõe um mundo circundante²⁵, com que se limita e pode ser entendido como um “conjunto de elementos delimitados segundo o princípio da diferenciação”. Esses elementos se interligam, enquanto outros são excluídos do seu convívio. A teoria sistêmica é dotada de universalidade (pode explicar tudo), de reflexividade (pode explicar até mesmo o próprio teorizar) e de auto-referência (explicar a si própria), o que faz explicando tudo como sistema, mas o que não é esse sistema, que, na proposição autopoietica de Luhmann, é o meio circundante ou ambiente (*Umwelt*). *O mundo*, afirma Luhmann (1993, p. 430), “retirou-se para o inobservável”. A diferenciação entre sistema e meio circundante é essencial para entender o pensamento luhmanniano (GUERRA FILHO, 1997, p. 57). O ambiente é trazido para dentro do sistema, o que significa que o sistema total, a sociedade, é o ambiente dos sistemas parciais, que dele se diferenciam – e se diferenciam entre si – por reunirem certos elementos, que são ligados por relações e formam uma unidade. Essa unidade pode aparecer como meio para outras unidades (GUERRA FILHO, 1997, p. 58). E a qualificadora do sistema como unidade é a organização que decorre das relações entre seus elementos.

Assim, enquanto se mantém a organização, a unidade do sistema não muda, embora os elementos e as relações entre os elementos do sistema sofram mutações (GUERRA FILHO, 1997, p. 58). Nas palavras de Luhmann (1983, p. 110-111), existe entre a auto-regulação e as relações com o ambiente²⁶ uma conexão tal que o sistema “pode adaptar-se aos acontecimentos relevantes de seu ambiente, tanto quanto mudar seu ambiente em aspectos relevantes para o sistema”. Destarte, o sistema não pode buscar sua orientação básica em determinadas situações de seu ambiente, “senão unicamente nos pontos de vista colocados em relação ao ambiente variável e o sistema variável” (LUHMANN, 1983, p. 111), o que significa que o sistema se compenetra de per si sobre a necessidade de correções na relação com o ambiente, quando algo muda ou é problemático. E, naqueles sistemas capazes de distinguir os problemas internos de *input* (entrada) e *output* (saída), “tais indicadores servem também como regras para a coordenação de *input* e *output*”, cujos passos controlam (LUHMANN, 1983, p. 111).

É preciso pontuar que Luhmann preconiza uma progressiva abstração na compreensão da sociedade com o objetivo de, ante o maior distanciamento, “aumentar teoricamente as possibilidades de abarcar o mundo, e ao mesmo tempo, desenvolver mecanismos para reduzir a complexidade” (NICOLA, 1997, p. 223), sugerindo a formulação de

modelos jurídicos conduzidos *de forma normativa decidível* (LUHMANN, 1983, p. 97), neles inserindo os fatos sociais e estruturas sociais. Ora, a formulação de modelos implica uma redução da realidade, o que aumenta o grau de abstração da teoria. No entanto, o próprio Luhmann (1999, p. 2-3) distingue entre a abstração do modelo (abstração conceitual) da auto-abstração (*self-abstraction* na tradução norte-americana) estruturalmente direcionada, pois as abstrações conceituais permitem comparações, enquanto auto-abstrações possibilitam a reaplicação da mesma estrutura no interior do próprio objeto.

Por isso, deve-se tomar cuidado para manter estritamente separadas as duas espécies de abstração. Explícita, mais adiante, que comunicações são apenas comunicações e comunicações científicas nada mais são do que comunicações científicas. Porém, ao menos na teoria dos sistemas, elas se referem ao mundo real (LUHMANN, 1999, p. 12). Aduz que há um plano de relação entre sistema jurídico e sistema social que, naquele, se refere à dogmática como mecanismo de direção mais abstrato e, por parte da sociedade, se refere a exigências mais gerais, sem que a correlação seja mediada por efeitos alternativos concretamente indicados (LUHMANN, 1983, p. 98).

O sistema autopoietico²⁷ é autônomo, porque não é determinado pelo ambiente, mas por sua própria organização, vale dizer, pela relação entre seus elementos. Em outras palavras, "Cada operação gera um elemento do sistema e a unidade do mesmo, ou seja, a sua diferença em relação ao ambiente" (NICOLA, 1997, p. 227), de modo que a produção de novos elementos "depende das operações precedentes e constitui pressuposto para as operações posteriores. A cada operação o sistema entra em contato consigo mesmo" (NICOLA, 1997, p. 227-228). É também fechado do ponto de vista de sua organização, sem *inputs* e *outputs* para o ambiente (GUERRA FILHO, 1997, p. 58-59). Sistemas sociais têm comunicações, que produzem outras comunicações existentes apenas na sociedade, porém inexistentes no ambiente. Para a teoria do sistema, na relação de sistema e ambiente devem existir não-arbitrariedades (ordem) (LUHMANN, 1983, p. 96).

O sistema comunicativo global é formado por sistemas parciais também chamados funcionais, que funcionam como ambiente uns para os outros. Ele não pode funcionar sem que exista um ambiente, mas a moral, a economia, a política etc. apenas podem afetar o direito na medida em que sua estrutura os possa tolerar. Todavia, esse ambiente externo não entra no direito, mas sofre por assim dizer uma *decodificação* jurídica. Acrescente-se que a teoria dos sistemas permite uma interpretação autológica, isto é, aplicada à própria teoria, cuja função é cumprida pela dupla contingência (LUHMANN, 1993, p. 431). O sistema se auto-restringe e, assim, "se autodiferencia frente a outras contingências, que constituem então ambiente para o sistema" (LUHMANN, 1993, p. 430).

Fundamentalmente, Luhmann introduziu duas novidades na teoria dos sistemas do ponto de vista funcionalista: a) inverteu o binômio *estrutura/função* com a conseqüente rejeição das definições organicistas do conceito de função; b) abandonou o conceito de ação social, que trocou pelo de sistema, inserindo a formulação na teoria geral dos sistemas, mais exatamente na teoria dos sistemas autopoieticos (ARNAUD e DULCE, 2000, p. 164-165).

A estrutura do sistema é o que o garante contra a contingência das possibilidades escolhidas (FERRAZ JR., 1980, p. 3). Até certo ponto, Luhmann pode ser inserido entre os seguidores da concepção decisionista da legitimidade: normas jurídicas concebidas como decisões só podem ser fundadas em outras decisões, mas evita o regresso a uma decisão última, sustentando que a legitimidade não está aí, mas no próprio procedimento de tomada de decisão (FERRAZ JR., 1980, p. 3-4). Sublinha que a distinção entre legislação e jurisprudência logrou firmar-se cada vez mais, porque relacionada e materializada na organização, distinção que se justifica tanto do ponto de vista da estrutura do sistema, quanto no da estrutura da sociedade, que vê no sistema social de organizações, funcionalmente diferenciado, um tipo diferente de sistemas sociais (LUHMANN, 1990, p. 155).

A função da distinção entre legislação e jurisprudência se localiza no sistema jurídico da sociedade, não no plano organizacional, e ajuda a distinguir entre direito e não-direito de um lado e, de outro, distingue normas jurídico-positivas. Serve de pressuposto para que o sistema jurídico se diferencie do mundo circundante e para que "possa, enquanto sistema fechado, reproduzir suas próprias operações através da rede de operações próprias" (LUHMANN, 1990, p. 155). Olhando superficialmente, a partir de uma descrição oficial, há um modelo hierárquico entre legislação e jurisprudência, em que aquela tem precedência sobre esta, porquanto a jurisprudência deve tomar em consideração a legislação, mas não a recíproca.

Todavia, conferindo com mais atenção, verifica-se que o legislador deve buscar a *justiciabilidade* de suas leis, sob pena de lhes faltar a aceitação: o legislador remete aos tribunais e estes ao legislador, numa verdadeira ligação de *feedback* recíproco (LUHMANN, 1990, p. 156-157). Em caso de colisão entre lei e decisão judicial, prevalece aquela, ao menos em teoria. Mas, qualquer advogado sabe, na prática, que nem sempre é assim. No entanto, mais adiante, giza que os tribunais constituem o centro do sistema jurídico; tudo o mais, inclusive a legislação, representa a periferia. Parte do suposto de que só o sistema jurídico coage os tribunais à decisão, o que nem o legislador, nem as partes podem fazer, porque a *não-decisão* não é permitida nos modernos ordenamentos jurídicos (LUHMANN, 1990, p. 160). A legitimidade do procedimento está na certeza de que haverá uma decisão, com o que

se contorna a insegurança, mesmo que não se saiba qual decisão ocorrerá. Portanto, a legitimação pelo procedimento não leva ao consenso, nem entre as partes diretamente envolvidas, nem em relação à coletividade. O fundamental, no procedimento judicial, é a imparcialidade do julgador²⁸.

Resta dizer que o jurista sociólogo de Bielefeld nega a dicotomia ser e dever-ser, conjecturando que as normas só existem como orientação da comunicação, com apego nas expectativas (antecipações a respeito de fatos futuros²⁹). Como sistema de comportamentos, o direito se ocupa do conjunto dos direitos e obrigações decorrentes da norma e dos decorrentes desvios (= comportamento não conformista à norma jurídica existente³⁰).

Em síntese, cabe consignar, também, que o (sub)sistema jurídico deve ser necessariamente aberto, porque a norma jurídica não pode fechar-se sobre si mesma. É-lhe imprescindível receber as contribuições das diversas instituições sociais, dos negócios jurídicos, da vivência social das pessoas naturais, das decisões judiciais, das contribuições doutrinárias não só dos juristas, mas também dos sociólogos, economistas, filósofos, historiadores e políticos, enfim, do “mundo da vida”, porque este é o ar que vivifica e renova o (sub)sistema. Tirar-lhe o entorno seria como tirar do ar que o ser humano respira, vale dizer, ele deixaria de respirar, deixaria de sofrer as alterações necessárias para se adaptar às novas realidades.

A atividade negocial das empresas, por exemplo, criou inúmeros instrumentos contratuais novos, que há menos de cem anos eram totalmente desconhecidos. Ora, o direito observou a nova realidade e passou a legislar sobre esses novos contratos, teve que encaixá-los nos modelos existentes, quando possível, quando não, criou novos conhecimentos doutrinários, inovou nas sentenças. Discutiu – e ainda discute – essas propostas doutrinárias e jurisprudenciais não só à luz das técnicas jurídicas e da legislação, como também à luz da filosofia do direito, que, também ela, passou e passa por inovações quotidianas.

Embora a dogmática jurídica tradicional pense realizar uma apreciação sistemática de neutralidade ideológica do direito, desvinculado das preocupações sociológicas, econômicas, filosóficas, antropológicas, políticas e históricas, tal não é possível pela simples razão de ser o direito uma normatização da vida num momento histórico determinado. Portanto, o direito deve resolver conflitos concretos, que acontecem num mundo real, com seres humanos de verdade. Assim, mesmo para o pensamento dogmático o direito posto é também uma estratégia de persuasão (MELO, 1996, p. 97), com suas regras e proposições, e não uma mera sistematização sua. “A sociedade com sua dinâmica: seus conflitos, aspirações, mudanças e juízos de valor” (MELO, 1996, p. 101) é o ambiente externo do sistema jurídico e

não há como negar a indispensabilidade de sua eficiente colaboração para alimentar o ambiente jurídico interno.

NOTAS

- ¹ *Tatbestand* dos alemães; *fattispecie* dos italianos; suporte fático na linguagem pontiana.
- ² O autor desloca a controvérsia do que seja norma jurídica, para indagar o que seja ordenamento jurídico, de sorte que “o problema da definição do Direito encontra sua localização apropriada na teoria do ordenamento jurídico e não na teoria da norma”, porque “norma jurídica é aquela que pertence a um ordenamento jurídico” (BOBBIO, 1994, p. 28).
- ³ De modo correto, Grau (1996, p. 35 e 39) avalia que é equivocada a leitura que alguns fazem de que Marx via o direito como mero reflexo da economia.
- ⁴ Nem todos dão essa interpretação ao texto de Marx.
- ⁵ O autor radicaliza sua formulação teórica sustentando que o verdadeiramente fundamental, pelo simples fato de sê-lo, nunca pode ser posto, mas deve ser sempre pressuposto. Os grandes problemas jamais se encontram na Constituição, nas leis, nas decisões judiciais, enfim, no direito positivado, como bem o sabem os juristas. É preciso buscar mais no fundo, ou mais acima, lá onde não aparece expresso. O que conta é a idéia da Constituição, da lei, da sentença (ZAGREBELSKY, 1997, p. 9). O autor nos fala da “soberania da Constituição”, uma visão aberta da Constituição (ZAGREBELSKY, 1997, p. 12-14). Valores e princípios necessariamente têm feição constitucional (ZAGREBELSKY, 1997, p. 14), de sorte que, na atualidade, o princípio da constitucionalidade é que deve assegurar a consecução do objetivo de unidade, de manter unidas e em paz comunidades inteiras, pois a lei cedeu passo à Constituição, mas essa unidade não significa unificação (ZAGREBELSKY, 1997, p. 40).
- ⁶ Temos intencionalmente evitado entrar na análise de Gadamer que ficará para outra oportunidade.
- ⁷ A crítica ao conceito pode ser conferida em Arnaud e Dulce (2000, p. 309).
- ⁸ Luhmann (1999, p. 12-58) desenvolve a relação entre sistema e função, apontando que a relação de sistema auto-referente leva a uma imensa extensão dos limites de adaptabilidade estrutural e o correspondente escopo de sistema interno de comunicação pode ser induzido (p. 40). A causalidade estrutural torna possível a auto-determinação (p. 41). Assim o sistema cria seu próprio passado e sua própria base causal, que o habilita a obter distância da pressão causal do ambiente, sem determinar, desde logo, via causalidade interna, o que irá ocorrer mediante confronto com acontecimentos externos (p. 41).
- ⁹ “A figura verdadeira na qual a verdade existe somente pode ser o seu sistema científico. Trabalhar no sentido de que a filosofia se aproxime da forma da ciência [...], eis o propósito que me atribuí” (HEGEL, 1974, p. 13). É necessário que o saber seja ciência, que terá que ser sistemática para apontar “a verdadeira figura da verdade”, que se encontra apenas no conceito, ou seja, o que é o mesmo, na cientificidade (HEGEL, 1974, p. 14).
- ¹⁰ Como exposto por Caygill (2000, p. 295), a unidade sistemática “eleva o conhecimento vulgar à categoria de ciência”, ou seja, “transforma um simples agregado de conhecimento em sistema”. Ainda segundo o mesmo autor, em Kant, a unidade sistemática do conhecimento é uma idéia regulativa, o que o distingue de Hegel, cuja obra lhe é posterior Caygill (2000, p. 296).
- ¹¹ O que significa que ela formula um sistema.
- ¹² Kant (1993, p. 60) não admite classificar o direito natural em *natural* e *social*, mas em *natural* (= direito privado) e *civil* (= direito público), porque “o direito social ou privado não se opõe ao estado de natureza, porém, sim, o direito civil ou público porque pode certamente haver uma sociedade no estado da natureza, mas não uma sociedade civil (que garanta o Meu e o Teu por meio de leis públicas)” (grifos no original).

- ¹³ Ótimo estudo do desenvolvimento da escola mecanicista é proporcionado por Sorokin (1951, p. 1-65), iniciando pelos predecessores gregos, passando pela física social, pela mecânica social e pela energética social, para chegar até Vilfredo Pareto.
- ¹⁴ Arnaud e Dulce (2000, p. 301-302) falam em “ciência dos sistemas” (*General System Science* em inglês), que surgiu por volta da década de 1950, numa época em que a cibernética se impõe como engenharia, posteriormente anexada pela ciência dos sistemas.
- ¹⁵ As funções do direito eram inteiramente descuradas, como mostra Noronha (1988, p. 70).
- ¹⁶ A unidade de que se trata é apenas formal. O que interliga as proposições normativas é o fundamento de validade (pertinência) de cada uma, sem dependência com os conteúdos empíricos.
- ¹⁷ Visto de um ângulo sócio-jurídico, o sistema jurídico é polissêmico, concebido como lugar de interação, isto é, como um sistema de comunicação (símbolos normativos com função persuasiva), de um lado, e, de outro, ele age como elemento causal dos comportamentos sociais (ARNAUD e DULCE, 2000, p. 11-12).
- ¹⁸ “Hábito geral de obediência”, na expressão de Austin.
- ¹⁹ Hart faz a distinção entre a ordem do Estado como contraponto à ordem de um assaltante.
- ²⁰ Regra de reconhecimento (*rule of recognition*) é o remédio mais simples para a “incerteza” das regras primárias e especifica algum(ns) aspecto(s) cuja existência mostra que uma dada regra pertence ao grupo de regras e deve ser apoiada pela pressão social que ela exerce (HART, 1994, p. 104). Essa regra é, no entanto, mais complexa do que as regras primárias e, em sua forma mais simples, ela apenas confere poderes a alguém do grupo para introduzir novas regras primárias (HART, 1994, p. 104-105). Nas formas mais avançadas, as regras secundárias também definirão o processo a seguir nos julgamentos, podendo criar deveres e poderes judiciais e um estatuto especial para as declarações judiciais (HART, 1994, p. 106).
- ²¹ “Concebida a experiência do direito como um processo de concreção axiológico-normativa, já está implícita a sua exigência de unidade ou de totalidade” (REALE, 1992, p. 31-32).
- ²² A estrutura administrativa, a polícia, a classe dos advogados, os registros públicos etc. são outras instituições importantes para o funcionamento do sistema judicial.
- ²³ Wilburg é colocado por Viehweg (1979, p. 99) e por Wieacker (1980, p. 691, nota 48) entre os representantes do pensamento tópico, mas como ele aceita a característica da unidade e, de conseqüência, a da ordem (ordem interior, consciência interna), Canaris (1989, p. 130-134) vai incluí-lo entre os juristas sistemáticos.
- ²⁴ É uma referência de Canaris a um texto de Coing.
- ²⁵ Mundo circundante é o que não pertence ao sistema, e suas possibilidades são infinitas, ao contrário do sistema, que é uma redução seletiva de possibilidades (FERRAZ JR., 1980, p. 3).
- ²⁶ A tradução espanhola utilizou o vocábulo “entorno”, cujo sentido, na filosofia, segundo o *Diccionario actual de la lengua española* (1995, p. 657) é o “Conjunto das coisas que se relacionam com um ser sem nele tomar parte”. Todavia, os autores brasileiros costumam utilizar a palavra “ambiente”, que, por isso, utilizo aqui, apesar de conhecermos, em língua portuguesa, o termo “entorno” (o que rodeia, ambiente).
- ²⁷ O conceito de autopoiese vem de dois biólogos chilenos (MATURANA e VARELA) para caracterizar seres vivos e os definiram como auto-organizados, e dele se apropriou Luhmann, significando que nesse sistema existe uma (re)produção a partir dos próprios produtos (NICOLA, 1997, p. 226). Nos sistemas sociais, a autopoiese se dá pela via da comunicação.
- ²⁸ Curioso é que, no processo judicial inglês, o juiz deve estar inteiramente despreparado para o julgamento ao comparecer para os debates, cujos detalhes lhe são comunicados na forma verbal, sob pena de recusa por “parcialidade” (LUHMANN, 1980, p. 98).
- ²⁹ Arnaud e Dulce (2000, p. 311).
- ³⁰ Conformismo x desvio (ARNAUD e DULCE, 2000, p. 314).

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução de Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 456 p. (Título Original: não consta).

BARCELLONA, Pietro. La formación del jurista. *La formación del jurista: capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, de Pietro Barcellona, Dieter Hart e Ulrich Mückenberger. Tradução de Carlos Lasarte. 3. ed. Madrid: Civitas, 1993b, p. 19-56.

BARCELLONA, Pietro. Prólogo de Pietro Barcellona. *La formación del jurista: capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, de Pietro Barcellona, Dieter Hart e Ulrich Mückenberger. Tradução de Carlos Lasarte. 3. ed. Madrid: Civitas, 1993a, p. 15-16.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001, 192p. (Título Original: Teoria della norma giuridica).

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. 184 p. (Título Original: Teoria dell'ordinamento giuridico).

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. 168 p. (Título Original: Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant).

BOBBIO, Norberto. *Estudos sobre Hegel: direito, sociedade civil, Estado*. Tradução de Luiz Sérgio Henriques e Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista : Brasiliense, 1995b. 229 p. (Título Original: Studi hegeliani).

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977. 278 p.

BOBBIO, Norberto. *Contribucion a la teoria del derecho*. Tradutor não consta. Valencia: Fernando Torres, 1980. 404 p. (Título Original: não consta).

BUCKLEY, Walter. *A sociologia e a moderna teoria dos sistemas*. Tradução de Octavio Mendes Cajado. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1976. 307 p. (Título Original: Sociology and the modern systems theory).

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. 311 p. (Título Original: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz).

CARACCILO, Ricardo. *La noción de sistema en la teoría del derecho*. México: Fontamara, 1994. 77 p.

CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. 353 p. (Título Original: A Kant dictionary).

CORDEIRO, António Menezes. Os dilemas da ciência do direito no final do século XX. Introdução à edição portuguesa da obra de Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa:

Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. IX-CXIV. (Título Original: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz).

DEL VECCHIO, Giorgio. Sobre a estadualidade do direito. *Direito, estado e filosofia*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Politécnica, 1952a, p. 63-92. (Título Original: não consta).

DEL VECCHIO, Giorgio. Sobre os princípios gerais do direito. *Direito, estado e filosofia*. Tradução de Clóvis Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Editora Politécnica, 1952b, p. 113-182. (Título Original: não consta).

DICCIONÁRIO ACTUAL DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Coordenador: E. de Moragas i Maragall. Barcelona: Vox, 1995. 1668 p.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. 388p. (Título Original: Grundlegung der Soziologie des Rechts).

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Apresentação: o pensamento jurídico de Norberto Bobbio, *in Teoria do ordenamento jurídico*, de Norberto Bobbio. 5. ed. Brasília: UnB, 1994, p. 7-18.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988. 335 p.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Bem comum. *Enciclopédia Saraiva do direito*. Coordenação de R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 10, p. 397-400.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Apresentação *in Legitimação pelo procedimento*, de Niklas Luhmann. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 1-5.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996. 209 p.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução da uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 116 p.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 476 p.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. 348 p. (Título Original: The concept of law).

HEGEL, G. W. F. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes. 1997. 329 p. (Título Original: Grundlinien der Philosophie des Rechts).

HEGEL, G. W. F. A fenomenologia do espírito. *Os pensadores*. Tradução de Henrique Cláudio de Lima Vaz. São Paulo: Abril Cultural, 1974, v. 30, p. 7-81. (Título Original: Die Phenomenologie des Geistes).

HEGEL, G. W. F. *Sobre las maneras de tratar científicamente el derecho natural: su lugar em la filosofía practica y su relacion constitutiva com la ciência positiva del derecho*. Tradução de Dalmacio Negro Pavón. Madrid: Aguilar, 1979. 183p. (Título Original: Über die Wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der Praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den Positiven Rechtswissenschaften).

JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Tradução de José Antonio Faria Correa. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, v. 1. 303 p. (Título Original: Der Zweck im Recht).

- KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 294 p. (Título Original: Kritik de praktischen Vernunft).
- KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993. 224 p.
- KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. *Os pensadores*. Tradução de Valério Rohden. 1. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1974a, p. 7-63. (Título Original: Kritik der reinen Vernunft).
- KANT, Immanuel. Primeira introdução à crítica do juízo. *Os pensadores*. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1974b, p. 257-297. (Título Original: Erste Fassung der Einleitung in die Kritik der Urteilskraft).
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 427 p. (Título Original: Reine Rechtslehre).
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. 433 p. (Título Original: General theory of law and state).
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. 202 p. (Título Original: Legitimation durch Verfahren).
- LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Tradução de Ignácio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. 153 p. (Título Original: Rechtssystem und Rechtsdogmatik).
- LUHMANN, Niklas. *Social systems*. Tradução de John Bednarz Jr. e Dirk Baecker. Stanford: Stanford University Press, 1999 (impressão original de 1995). 627 p. (Título Original: Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie).
- LUHMANN, Niklas. Por que uma "teoria dos sistemas"? *Dialética e liberdade: Festschrift em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima*. Organizadores: Ernildo Stein e Luís A. Boni. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 430-441.
- LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Ajuris*. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre, nº. 49, ano 17, jul. 1990, p. 149-168.
- MACEDO, Silvio de. Sistema. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Coordenação de R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 69, p. 191-194.
- MARX, Karl. Para a crítica da economia política: prefácio. *Para a crítica da economia política; Salário, preço e lucro; O rendimento e suas fontes: a economia vulgar*. Tradução de Edgard Malagodi et al. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 2-132. (Título Original: Zur Kritik der politischen Oekonomie). (Os Economistas).
- MELO, Osvaldo Ferreira de. Dogmática jurídica e política jurídica: uma relação necessária. *Novos estudos jurídicos*. Itajaí, a. 2, nº 4, dezembro de 1996, Encarte Especial, p. 95-101.
- NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do direito na teoria da sociedade. *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997, p. 219-242.
- NORONHA, Fernando. *Direito e sistemas sociais: a jurisprudência e a criação do direito para além da lei*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1988. 208 p.

- PARSONS, Talcott. *Sociedades: perspectivas evolutivas e comparativas*. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira, 1969. 191 p. (Título Original: Societies: evolutionary and comparative perspectives).
- PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira, 1974. 189 p. (Título Original: The system of modern societies).
- PAVÓN, Dalmacio Negro. Introduccion. *Sobre las maneras de tratar científicamente el derecho natural: su lugar em la filosofia practica y su relacion constitutiva con la ciencia positiva del derecho*. Tradução de Dalmacio Negro Pavón. Madrid: Aguilar, 1979, p. IX-LII). (Título Original: Über die Wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der Praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den Positiven Rechtswissenschaften).
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979. 430 p. (Título Original: Rechtsphilosophie).
- REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. fac-similar São Paulo: Saraiva, 1992. 294 p.
- ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Tradução de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. 364 p. (Título Original: On law and justice).
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000. 432 p. (Título Original: On law and justice).
- SALDANHA, Nelson. Sistema jurídico. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Coordenação de R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. (v. 69, p. 238-243).
- SOROKIN, Pitirim. *Teorías sociológicas contemporáneas*. Tradução de Elvira Martín. Buenos Aires: Depalma, 1951. 875 p. (Título Original: Contemporary sociological theories).
- STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Organizadores: Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 153-185.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. 166 p. (Título Original: Topik und Rechtsphilosophie).
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais / Educ, 1977. 259 p.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespánha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. 768 p. (Título Original: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der Deutschen Entwicklung).
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gas, cón. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997. 156 p. (Título Original: Il diritto mitte: legge diritti giustizia).