

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC - SP

Rogério Moreira Orrutea

O Direito como sistema fechado e sua efetividade jurídica

Doutorado em Direito

São Paulo

2016

Rogério Moreira Orrutea

O Direito como sistema fechado e sua efetividade jurídica

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Filosofia do Direito sob a orientação da Profa. Dra. Márcia Cristina de Souza Alvim.

São Paulo

2016

Banca Examinadora

A Marcelo Souza Aguiar (In Memoriam).

AGRADECIMENTOS

À Profª Drª Márcia Cristina de Souza Alvim, pela orientação, atenção, apoio e confiança, desde o próêmio até o epílogo da jornada.

À Profª Drª Maria Helena Diniz.

Ao Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho.

Ao Prof. Dr. Thiago Lopes Matsushita.

Ao Ex-Coordenador Prof. Dr. Paulo de Barros Carvalho.

Ao Coordenador Prof. Dr. Wagner Balera.

Aos Coordenadores-Secretários, Sr. Rui de Oliveira Domingos e Sr. Rafael de Araújo Santos.

RESUMO

O trabalho tem como foco, e de forma específica, discutir a teoria do Direito com sua estrutura voltada para o papel do Sistema, e naquilo que ele providencia a moldura da própria clausura. Neste contexto há uma preocupação em desvendar também no seu eixo, e como desdobramento, a sua efetividade. Daí a afirmação **O Direito como Sistema Fechado e sua Efetividade Jurídica**. A motivação é uma preocupação com a teoria jurídica sob um alcance científico, naquilo que é necessário para a sua preservação. Nesse desiderato coloca-se em pauta alguns paradigmas básicos para um alcance teórico, e com vistas em explicar o fenômeno jurídico como um sistema fechado envolvendo tudo aquilo que emana deste último. Sem deixar de lado o aspecto da positividade no Direito, coloca-se como ponto de partida os conceitos inaugurados no âmbito da Filosofia do Direito com seus desdobramentos. Na dimensão da sistematicidade o que se faz é compreendê-la e aceitá-la como algo indispensável ao Direito, e com um papel tanto na significação da sua organização estrutural, como também com um papel cognitivo sobre o fenômeno jurídico positivo. Da sistematicidade sobressai o Sistema Jurídico com propensão para um modelo fechado, o que se extrai e se afirma a partir de uma trilogia composta pela ideia de sistema jurídico e autonomia jurídica, sistema jurídico e valoração jurídica, e ainda pela ideia de sistema jurídico e linguagem jurídica. Destes setores básicos assiste-se uma afirmação teórica que dá ao Direito a condição de um sistema fechado, de cuja conjuntura deparamos a sua efetividade tanto no sentido *interna corporis*, com um efeito de estabilidade, como no sentido *externa corporis*, com um efeito de eficácia social.

Palavras-chave: Direito. Direito Positivo. Sistema. Sistematicidade. O Direito como Sistema Fechado. Efetividade do Direito.

ABSTRACT

The work is focused, and specifically, discussing the theory of law with its structure focused on the role of the system and what it provides the frame of the enclosure itself. On this context there is a concern also unravel on its axis, and as unfolding, its effectiveness. Hense statement **The Right to Closed System and its Legal Effectiveness**. Motivation is a concern with the legal theory under a scientific reach, what is necessary for its preservation. This desideratum is placed on the agenda some basic paradigms for a theoretical range, and in order to explain the legal phenomenon as a closed system involving everything emanating from the latter. Without forgetting the positive aspect of the law is placed as a starting point the concepts inaugurated under the Philosophy of Law with its consequences. The systematic dimension of what we do is understand it and accept it as something indispensable to the law, and with a role in both the significance of its structural organization, as well as a cognitive role on the positive legal phenomenon. The systematic stands the legal system prone to a closed model, which is extracted and it is stated from a trilogy composed by the idea of the legal system and autonomy legal, legal system and legal valuation, and also the idea of the legal system and language legal. Of these basic sectors are witnessing a theoretical assertion that entitles the condition of a closed system, which situation faced its effectiveness in both *corporis inner end*, with a stability effect, such as *corporis outer end*, with an efficacy effect social.

Keywords: Law. Positive Law. System. Systematic. System Law. The Law to Closed System. Effectiveness of Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
2 DIREITO E SISTEMATICIDADE	14
2.1 O PAPEL DO SISTEMA NO DIREITO	14
2.1.1 A Ideia (Conceito) de Sistema. Os Elementos do Sistema e a Sua Estática Estrutural...	21
2.1.2 A Dinâmica do Sistema na sua Estrutura Funcional-aplicativa: Conjunto, Relação e Função	25
2.1.2.1 As Funções Básicas do Sistema	29
2.1.3 O Sistema Fechado e o Sistema Aberto	30
2.2 O SISTEMA JURÍDICO	33
2.3 A EFETIVIDADE DO DIREITO COMO SISTEMA FECHADO. A ESTRUTURA DO DIREITO E A SUA FUNÇÃO SOCIAL	37
3 SISTEMA JURÍDICO E AUTONOMIA JURÍDICA	42
3.1 SISTEMA JURÍDICO E AUTONOMIA JURÍDICA. OS ASPECTOS PONTUAIS DA AUTONOMIA JURÍDICA	42
3.1.1 A Unidade no Sistema Jurídico: Racionalidade e Direito. A Inteligência Jurídica e o Legicentrismo	46
3.1.1.1 A Autonomia Jurídica pela função dos Axiomas, dos Princípios, das Regras e Normas Jurídicas	51
3.1.1.2 Os Axiomas Jurídicos e os Princípios Jurídicos	52
3.1.1.3 As Regras Jurídicas	55
3.1.1.4 As Normas Jurídicas	56
3.1.2 A Autorreferencialidade (Autorreferência) no Sistema Jurídico. A Contribuição da Autopoiese	64
3.1.2.1 A Autorreferencialidade no Direito	72
3.1.3 O Sistema Jurídico (Direito) pela sua Autocriação (Autoprodução ou Autorreprodução)	76
3.1.3.1 Fatores Materiais e Fatores Formais da Autocriação Jurídica	78
3.1.3.2 A Autocriação no Direito por Hans Kelsen	80
3.1.3.3 A Autocriação no Direito por Norberto Bobbio	86
3.1.4 O Sistema Jurídico (Direito) pela sua Autointerpretação e Autoaplicação	91
3.1.4.1 A Interpretação	94

3.1.4.2 A Aplicação	98
3.1.5 O Sistema Jurídico como Norma Jurídica e como Proposição Jurídica. Proposição Jurídica Prescritiva e Proposição Jurídica Descritiva.....	102
3.1.6 Ser e Dever Ser: Relação de Causalidade e Relação de Imputação	104
4 SISTEMA JURÍDICO E VALORAÇÃO JURÍDICA	108
4.1 SISTEMA JURÍDICO E VALORAÇÃO JURÍDICA	108
4.2 SISTEMA JURÍDICO E VALOR JURÍDICO	111
4.2.1 Valor Jurídico: Objetividade e Dogmática Jurídica. O Papel da Eficácia Normativa: a efetividade do Direito. Relação entre Vigência e Eficácia	114
4.2.2 O Sistema Jurídico e a Hierarquia dos Valores Jurídicos.....	118
4.2.3 Motivação Valorativa Anteposta para a (e <i>na</i>) Norma Jurídica, e para o (e <i>no</i>) Sistema Jurídico. O <i>Justo Filosófico</i> , o <i>Justo legal</i> , e a Moralidade Social	121
4.3 SISTEMA JURÍDICO E MODALIDADES VALORATIVAS JURÍDICAS: JUSTIÇA, SEGURANÇA JURÍDICA, PREVISIBILIDADE JURÍDICA, ESTABILIDADE JURÍDICA E DEFINITIVIDADE NAS SOLUÇÕES JURÍDICAS	126
4.4 VALOR JURÍDICO: DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA	131
4.5 O DIREITO COMO ORDENAMENTO JURÍDICO OU NORMA JURÍDICA, E O VALOR JURÍDICO	132
4.6 CIÊNCIA JURÍDICA E VALOR JURÍDICO	137
5 SISTEMA JURÍDICO E LINGUAGEM JURÍDICA.....	140
5.1 SISTEMA JURÍDICO E LINGUAGEM JURÍDICA	140
5.2 A LINGUAGEM HUMANA E O DIREITO	142
5.3 O PAPEL DA LINGUAGEM NA CIÊNCIA	147
5.4 A LINGUAGEM CIENTÍFICA DO DIREITO E A LINGUAGEM FILOSÓFICA DO DIREITO	149
5.4.1 A Linguagem Jurídica pela Linguagem Científica do Direito	151
5.5 O DIREITO COMO LINGUAGEM JURÍDICA E A CIÊNCIA DO DIREITO COMO METALINGUAGEM JURÍDICA	153
5.5.1 A Linguagem Jurídica no Direito	154
5.5.2 A Ciência do Direito e a Metalinguagem Jurídica	155
5.6 A METALINGUAGEM JURÍDICA COMO LINGUAGEM USUAL DOS ESTUDOS JURÍDICOS.....	158
5.6.1 Metalinguagem Jurídica: Gramática, Semântica e Sintaxe	159
5.6.1.1 A Semântica. Semântica Jurídica	160

5.6.1.2 A Sintaxe	164
5.7 METALINGUAGEM JURÍDICA, SISTEMA E RETÓRICA. RETÓRICA JURÍDICA E COMUNICAÇÃO JURÍDICA.....	166
5.7.1 Retórica Jurídica e Semiologia Jurídica	172
5.8 Semiologia Jurídica, Conceito Jurídico e Definição Jurídica.....	175
5.8.1 Semiologia Jurídica e Sistema Jurídico	182
5.8.1.1 Semiologia Jurídica e Sistema Jurídico: Signo, Símbolo, Codificação e Ordenamento Jurídico	184
5.8.1.2 Semiologia Jurídica e Sistema Jurídico: A Codificação Jurídica e o Vernáculo Jurídico.....	188
5.8.1.3 Semiologia Jurídica e Sistema Jurídico: O Ordenamento Jurídico	197
5.9 LINGUAGEM JURÍDICA E UNIDADE JURÍDICA. A PALAVRA JURÍDICA, A CONSCIÊNCIA JURÍDICA, E A EFETIVIDADE DO DIREITO	202
CONCLUSÃO.....	206
REFERÊNCIAS	214

INTRODUÇÃO

Procurar compreender o fenômeno jurídico sob uma prospecção contumaz é uma tarefa que acompanha a atuação do jurista sempre. Entre estes compromissos, o que destacamos no presente estudo é aquele que busca discutir a teoria do Direito com uma atenção voltada para o papel desempenhado pelo sistema, e naquilo que a desenvoltura deste último possa propiciar tanto sob uma visão estrutural, como também sob uma visão cognitiva. É que se percebe em períodos mais hodiernos uma claudicação e mesmo uma incerteza não só com relação aos conceitos jurídicos, mas também com relação às verdades jurídicas, afastando-se com isto de um purismo que se faz necessário, necessidade esta, aliás, que acompanha qualquer ramo científico. Uma preocupação assim tem, como proposta basilar, a afirmação da teoria científica do Direito. E para a consagração disto culmina-se por uma circularidade no sistema jurídico reconhecendo-o como um sistema fechado, juntamente com a efetividade do Direito que daí emana. Esta realidade da experiência jurídica se percebe não só pela necessidade de pressupostos previamente estabelecidos - para fundamentar a ideia de metodologia e a ideia de objeto próprio -, mas também porque se verifica nisto características que levam a este entendimento. Daí o enfoque sob o título **O Direito como Sistema Fechado e sua Efetividade Jurídica**, e a observância teórica no caso é com um alcance crítico sob uma visão de epistemologia jurídica.

Advirta-se que discutir a ideia de sistema no Direito, e sob a égide da sua clausura, pode parecer para alguns alguma coisa reconhecida como um fato anacrônico. Mas registre-se que isto não é e não será jamais um tema anacrônico para as inquietações da atualidade. Ao contrário, trata-se de uma preocupação atual e moderna para os padrões de hoje, principalmente quando se trata de examinar a teoria do Direito para uma prevenção de caráter científico, diante das incertezas e dos pontos dubitativos que a pragmática jurídica tem apresentado. E isto tem ocorrido, pelo que se percebe, em três sintomas básicos. O primeiro deles é a prática inadvertida de se importar modismos, como acontece com os modelos jurídicos anglo-saxônicos imitados - que são possuidores de um pragmatismo e de um utilitarismo que não se coadunam com a moldura da nossa tradição jurídica -, os quais nem sempre correspondem à realidade da experiência jurídica que é necessária a uma determinada sociedade. Isto pelos incontáveis fatores que forcejam esta última a uma realidade jurídica própria. Como adverte Bulygin, não é porque uma determinada teoria está em moda seja ela

garantia de uma boa teoria, ou a melhor teoria¹. E isto se explica principalmente diante de opções alienígenas onde determinadas teorias não correspondem a uma expectativa de otimismo nacional. O modelo brasileiro vive esta experiência. O segundo sintoma foi o fenômeno da globalização a partir dos anos 80 do Século XX, com uma intromissão de fatores culturais, econômicos, tecnológicos, e também jurídicos, que haveriam de forcejar uma flexibilização sem fronteiras para as experiências jurídicas localizadas. O terceiro sintoma envolve uma tendência conceitual generalizada de “publicização” ou mesmo de “constitucionalização” do Direito, e que busca alcançar inclusive a natureza do Direito Privado nos tempos atuais. Daí a necessidade, em face destas situações que emergem, de uma discussão sistêmica no Direito, e sob uma clausura na forma como entendemos.

Diante dos impasses que a experiência jurídica possa vivenciar torna-se necessário, pois, tratar com a sistematicidade no Direito. Isso porque, com a sistematicidade que aponta o papel do sistema, providencia-se como primeiro arranjo a sua organização (do Direito), algo que é essencial ao mundo jurídico, deixando perceber no sistema jurídico como sua principal característica a “unidade”, esta que será também uma decorrência da relação entre os elementos do sistema. Ademais disso, como consequência desta relação entre os elementos do sistema, e onde podemos incluir a relação que é desenvolvida entre o todo e as suas partes, podemos deduzir com isto um estado de ordem. Ainda, com esta relação entre o todo e as suas partes e donde surge um estado de ordem, assistimos ocorrer também uma certa coerência.

Veja-se, pois, o papel do sistema no Direito, em cujo contexto deixa entrever que mais importante que os elementos no seu isolamento são os elementos na relação que desenvolvem entre si. Isso nos coloca sob um aviso inicial acerca da função desempenhada pelo sistema no Direito. E isto é sintomático pela realidade que acompanhou a sociedade ocidental desde o seu passado longínquo, já partir de períodos vetustos e com uma conformação mais acentuada em épocas mais modernas, onde a característica predominante foi sempre a assunção de um racionalismo para os modelos institucionais, o que não é diferente quanto à organização do Direito, seja quando se busca uma teorização sob uma concepção de jusnaturalismo, seja quando se busca uma teorização sob uma concepção de juspositivismo. Ademais, a própria efetividade do Direito, por seu turno, vai depender desta organização sistêmica.

¹ BULYGIN, Eugenio. **Uma Discussão Sobre a Teoria do Direito**. 1. ed. Trad. de Sheila Stolz. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 119.

Essas são as ideias básicas para uma convicção inicial donde parte a investigação que desenvolvemos no trabalho, e onde a ideia de sistema não descuida da sua fisionomia sob clausura mediante uma providência com efetividade em dois sentidos básicos: um sentido intrassistêmico, com efeito estrutural para o Direito em especificidade, e um sentido extrassistêmico, com efeito de eficácia social para a sociedade em geral. Neste último caso é oportuno lembrar que para a sua efetividade concorre a convicção de que o Direito é o único ente que se intromete em todas as searas da vida social, pelo que comprova o seu papel teleológico-finalístico. A confirmação dessas providências é levada a efeito em três setores teóricos básicos no desenvolvimento do nosso estudo analítico, envolvendo com isto a ideia de sistema jurídico e autonomia jurídica, a ideia de sistema jurídico e valoração jurídica, e ainda a ideia de sistema jurídico e linguagem jurídica, cada um deles com suas particularidades inerentes.

Com os três setores teóricos acima referidos e devidamente conjugados, confirma-se no Direito tanto o papel do sistema jurídico como também a clausura que apresenta este último, juntamente com a sua efetividade, e com isto propiciando ao mundo jurídico a condição de um fenômeno peculiar diante do mundo fenomênico em geral. Para isto se desenvolve uma epistemologia onde se discute a Teoria do Direito reconhecendo, ao lado do ôntico e do ontológico, também como destaque algo que evolui para uma deontologia, e mais propriamente para uma deontologia jurídica como foco principal, mas como aquilo que é possível se extrair do sistema jurídico e apenas dele. E se quisermos associar a esta providência um conceito peculiar, podemos denominar a isto de deontologia kantiana em face do seu vínculo ético à ideia de dever, e mais própria e especificamente, à ideia de dever-ser.

2 DIREITO E SISTEMATICIDADE

2.1 O PAPEL DO SISTEMA NO DIREITO

Ao buscarmos no âmbito da Teoria do Direito um acertamento deste último, sobressai uma necessária discussão acerca do papel desempenhado pelo sistema. Ao lado da positividade como uma forma de necessidade comparece uma segunda viga de sustentação para este desiderato. Trata-se de um equacionamento teórico que é a sua *sistematicidade*, um conceito cuja etiologia é uma derivação de sistema. Ao envolver a ideia de sistema no âmbito de uma teoria científica em geral, implicando especialidades como a Física, a Química e a Biologia (Bertalanffy, Maturana e Varela), passando pelas Ciências Sociais (Talcott Parsons, Niklas Luhmann), e daí evoluindo de forma purista e lúcida para a Ciência Jurídica (Kelsen, Bobbio), isto constituiu algo que não passou despercebido aos teóricos das respectivas áreas especializadas de conhecimento. Por isso temos uma peculiar forma de necessidade à teoria do Direito que é a necessidade da sua sistematicidade, principalmente quando a perspectiva visa a assunção de um caráter científico como forma de sanear e viabilizar a sua efetividade inclusive. E isto se explica na dimensão do Direito Positivo onde constatamos uma necessária ligação entre positividade e sistematicidade, sobretudo quando temos o enfoque no sistema jurídico, eis que, conforme adverte Losano, quando se fala em sistema jurídico, independentemente de uma elaboração doutrinária, o que devemos compreender é um “conjunto de normas próprias de um certo ordenamento”². Por isso é que se anuncia as especificidades dos sistemas jurídicos na história do pensamento jurídico, e onde se verifica como nota comum o indicativo de uma necessária vinculação que se estabelece entre o positivo e o sistêmico. Com isto se constata uma verdade inquebrantável no sentido de que a positividade no Direito se consagra e se afirma com a sua sistematicidade. Daí verificarmos os acontecimentos com o sistema jurídico romano, o sistema jurídico brasileiro, o sistema jurídico alemão, o sistema jurídico americano, etc.

² LOSANO, Mario G. Losano. **Os Grandes Sistemas Jurídicos - Introdução aos Sistemas Jurídicos Europeus e Exta-europeus**. 1. ed. Trad. de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 12.

Tratar com a ideia de sistematicidade se torna uma verdade absoluta porque o que colocamos em pauta é uma preocupação em verificar aqui o Direito pela ótica da teoria científica. Para se realizar isto é próprio que a Ciência em geral - e a Ciência Jurídica em especial -, no processo da sua observação, deverá necessariamente estar constituída como um sistema³. Não há como se abrir mão disso, mesmo que tratássemos com a hipótese do seu exercício por um pretendente amador, e mesmo assim para se fazer ciência haveria de se constituir mecanismos encarregados de pesquisas sistemáticas⁴. Isto é devidamente compreensível porque, pela sistematicidade, *mais importante que os elementos em si, no seu isolamento, são eles quando considerados numa situação de relação entre eles*, o que leva a um processo de compreensão sobre coerência, ordenação e harmonia, aspectos necessários a um estado de ordem, como já insinuaram os pitagóricos ao discutirem a cosmovisão⁵, uma pertinência que não seria ausente também em Aristóteles, para quem os fatos como pontos de partida numa investigação são constituídos de verdades racionais⁶. Neste caso não é exagero estabelecermos uma ligação ou relação direta entre razão (humana) e sistema, na firme convicção de que o sistema aqui é um desdobramento da razão. Assim, toda explicação científica - e a teoria científica por consequência - está presa a esta circularidade. Dessarte, sistematizar é racionalizar, algo que comparece como essencial também numa tratativa de teoria jurídica científica. Por isso reconhecer a necessidade da sistematicidade no Direito é algo conclusivo, da mesma forma como acontece em outras províncias do conhecimento, desde os pontos mais elementares. Como reconhece Bertalanffy, os sistemas estão em toda parte envolvendo desde o pensamento popular, pontos esotéricos, até os vários campos científicos, culminando-se como necessário o enfoque sistêmico⁷.

³ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 3. ed. Trad. de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Editora Vozes, 2011, p. 77.

⁴ TAYLOR, F. Sherwood. **Pequena História da Ciência**. 1. ed. Trad. de Milton da Silva Rodrigues. São Paulo: Livraria Martins, 1941, p. 137.

⁵ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**. 5. ed. Vol. I. Trad. de H. Dalbosco e L. Costa. São Paulo: Paulus, 1990, p. 41. e 45.

⁶ BOUTROUX, Émile. **Aristóteles**. 1. ed. Trad. de Carlos Nougé. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 47.

⁷ BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria Geral dos Sistemas**. 4. ed. Trad. de Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 21 - 22.

Mas é oportuno lembrar também que já mesmo antes de uma dimensão jurídica os acontecimentos não são ações individuais, mas ocorrências como sistemas sociais, que possam envolver grupos de pressão, tendências sociais, e desenvolvimento civilizatório⁸. E ao estendermos a compreensão do fenômeno jurídico como um fenômeno social, haveremos de compreendê-lo como um sistema⁹, que tende por se afirmar como um sistema próprio. Aliás, esta tentativa de compreender o Direito como sistema não se constitui em algo meramente diletante, mas em algo que alcança um *status* de ontologia jurídica perene, por ser o Direito algo que sempre acompanhou a vida jurídica e não se limitando apenas ao agora. Esta é uma realidade constatada já a partir da Antropologia Jurídica, e que se impõe porque existe nas sociedades em geral um elemento comum que são as regras obrigatórias de conduta, com uma organização objetivamente dotada de sanção¹⁰. E esta constatação se dá porque “desde as sociedades pré-letradas às pós-industriais, os homens se movem no interior de sistemas de regras”¹¹, com uma complexidade proporcional ligadas a fatores relevantes para a sua organização sistêmica. Portanto, a sistematicidade é da essência da vida jurídica.

Como desdobramento investigatório, não há como compreender o arcabouço jurídico essencial ao Direito sem que tenhamos em pauta tanto uma dimensão da sua *explicação teórica*, como também uma dimensão da sua aceitação enquanto um *ordenamento*. E em ambos os casos isto vai acontecer pela via da sistematicidade. Se assim não for o seu reconhecimento teórico - do Direito - para uma dimensão de teoria científica, esta haverá de sofrer um vício de origem. Não se faz, então, teoria científica do Direito sem uma observância ao papel da sistematicidade. É que com a sistematicidade - ao lado da positividade - é possível se assegurar uma autonomia ao Direito enquanto Ciência - o Direito como objeto de uma Ciência própria. Duas, portanto, devem ser as linhas de análise na seara da sistematicidade. Uma primeira que cuida por compreender o papel do sistema como uma *forma explicativa*, na qual se esclarece um estado de coerência das proposições jurídicas com todas as implicações daí resultantes. Sobre este papel explicativo que podemos extrair da sistematicidade já se compreendeu a sua importância de forma oportuna e fundamentada pelo fato de que podemos encontrar nisto uma análise teórico-sistemática, e que se verifica nas reprises históricas desde

⁸ BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria Geral dos Sistemas**. 4. ed. Trad. de Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 27.

⁹ *Ibid.*, p. 26.

¹⁰ BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. op. cit., p. XIX.

¹¹ LOSANO, Mario G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos - Introdução aos Sistemas Jurídicos Europeus e Extra-europeus**. op. cit., p. 3.

o passado e até na contemporaneidade¹². Nesta primeira linha de análise o sentido técnico de sistema implica num corpo ordenado e coeso de conhecimento científico-jurídico, que é oriunda da filosofia grega clássica¹³. Uma segunda linha é aquela que cuida em compreender o papel do sistema como a *organização* de um ordenamento composto no seu arcabouço por *normas jurídicas*. Nesta segunda linha de análise o sentido técnico de sistema indica o conjunto de normas “reunidas por um elemento unificador, graças ao qual elas não apenas estão umas ao lado das outras, mas se organizam num ordenamento jurídico”¹⁴.

Num primeiro momento tratar o mundo da compreensão, do conhecimento enquanto uma elaboração teórica, isto constitui algo que exige uma cautela quanto ao papel da sistematicidade, que pode e deve ser observada já mesmo antes e fora de uma discussão específica sobre o Direito, isto é, antes de uma discussão jurídica na sua especialidade. Isto como forma de se reconhecer a sua função indispensável mesmo entre outras searas do conhecimento. Esta indispensabilidade deve ser considerada tanto no campo da Filosofia Geral - e também nos casos específicos como é a Filosofia do Direito -, como no campo da Ciência em Geral - e também nos casos específicos como é o caso da Ciência do Direito. Então, uma teorização científica do Direito, como forma especial de conhecimento, não pode dispensar a sua organização sistêmica, e neste contexto epistemológico o sistema age mediante um procedimento analítico em que se estuda uma entidade em partes, para em seguida reconstituí-la numa reunião destas partes - face a interação - no interior do próprio sistema¹⁵.

É bem verdade que na compatibilização sistêmica do conhecimento podemos deparar com aqueles que nesta dimensão olvidam de uma observância à ideia de sistema, ou seja, tratam com descaso este problema. Na verdade o que fazem é confundir a mudança do conceito de sistema com a falência dos sistemas no conhecimento¹⁶. Esta última hipótese inexistente. Não há dúvida que podemos encontrar modelos teóricos assim desenvolvidos quando deparamos com razões explicativas formuladas como é o caso dos *aforismos*, caracterizadamente formas discursivas nas quais as ideias são apresentadas de maneira

¹² HÖSLE, Vittorio. **O Sistema de Hegel**. 1. ed. Trad. de Antonio Celiomar Pinto de Lima. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 20 - 21.

¹³ LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito. Vol. I**. 1. Ed. Trad. de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. XIX - XX.

¹⁴ *Ibid.*, p. XIX.

¹⁵ BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria Geral dos Sistemas - Fundamentos, Desenvolvimento e Aplicações**. op.cit., 2009, p. 39.

¹⁶ DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **O que é a Filosofia**. op. cit., p. 15.

isolada, sem se estabelecer uma necessária relação entre elas nos tópicos desenvolvidos. Os aforismos tratam de tópicos não associados. Nesta tratativa as sentenças, as máximas e as afirmações, são formas provocativas de conhecimento que gozam de enunciações soltas sem uma necessária ligadura por uma organização sistêmica. As ideias são apresentadas no seu isolamento sem uma comunicação no interior de um arcabouço geral. Por isso acontecem de formas despidas de afirmações categóricas conclusivas. Um aforismo pode tratar de assunto filosófico, mas não é suficiente e eficaz para constituir, necessariamente, uma Filosofia, e o mesmo processo vai ocorrer no âmbito da Ciência.

Em modelos de conhecimento tanto filosófico como científico uma prática dissociada de um compromisso sistêmico não é salutar, visto que a organização sistêmica nestes setores é fundamental se se quiser ter tanto uma linha filosófica definida como também uma Ciência definida. É que, como já lembramos alhures, no caso específico da Ciência isto vai estar de conformidade em equacionar tanto o seu objeto como a sua metodologia, e o papel do sistema sobressai como essencial quanto a isto. Neste caso ele constitui uma *theoria*, um conhecimento racional dotado de um conjunto de noções e princípios fundamentais.

Então, para o conhecimento e uma explicação tanto filosófica como científica, a organização sistêmica é fundamental. Isto é significativo na história do pensamento como demonstraram tanto o *quadrivium* - uma denominação dada aos estudos pitagóricos envolvendo a aritmética, a geometria a astronomia e a música - como o *trivium* - as artes da gramática, da retórica e da lógica -, que combinados iriam compor as artes liberais dos currículos das academias e das universidades, por aproximadamente dois mil anos. Aliás, se verificarmos este problema no campo da Filosofia vamos deparar o fato de que as grandes e permanentes explicações foram sistêmicas, sempre com observância a um sistema, este que vai demonstrar o perfil e a identidade de um conhecimento em especificidade.

Assim e apenas para exemplificar, no passado clássico da Filosofia podemos dizer que tanto a Filosofia de Platão (328 - 348 a. C.), como a Filosofia de Aristóteles (384 - 322), ambas foram sistêmicas. Também num período moderno, e apenas para citar, as Filosofias de René Descartes (1596 - 1650), Immanuel Kant (1724 - 1804), Friedrich Hegel (1770 - 1831) e de Arthur Schopenhauer (1788 - 1860), entre outras, foram todas sistêmicas.

Esta realidade sistêmica também não é estranha ao mundo das Ciências Naturais - tanto às Ciências Naturais *sem* vida (a Física, a Química, a Geologia, etc.) como às Ciências Naturais *com* vida (a Biologia, a Botânica, a Entomologia, etc). Aliás, neste setor do conhecimento, pelo que demonstram de forma generalizada os cientistas, os fenômenos naturais comumente apresentam certas leis básicas onde se denota lógica e ordem no universo

numa organização sistêmica, cujas leis vão estar num processo de conexão ou mesmo de identidade e relação (Galileu Galilei, Isaac Newton), podendo aqueles fenômenos ser expressos em linguagem ou termos matemáticos. Esta configuração explicativa é de um alcance amplo, mas basta verificar como ordem sistêmica sugestiva neste sentido através dos monumentais trabalhos desenvolvidos no campo da Astronomia pelo polonês Nicolau Copérnico (1473-1543), seguido por Galileu Galilei (1564 - 1642) e Johannes Kepler (1571 - 1630), este último que formularia as leis da mecânica celeste responsáveis por introduzir ordem e harmonia com respeito da concepção de Universo¹⁷. A teoria de Nicolau Copérnico e de Johannes Kepler fora confirmada por Galileu Galilei, onde o sistema heliocêntrico haveria de substituir a teoria aristotélica de concepção geocêntrica. A concepção sistêmica no mundo da Física não haveria de abandonar grandes mentes que seguiriam na posteridade como Isaac Newton (1642 - 1727), Ernest Rutherford (1871 - 1937), o maior dos experimentalistas, Max Planck (1858 - 1947), Albert Einstein (1879 - 1955), Niels Bohr (1885 - 1962), Werner Heisenberg (1901 - 1975), entre outros. E esta visão sistêmica também não passa *a latere* no mundo da Biologia, sem um comprometimento no mesmo sentido. Isto ficou suficientemente demonstrado em tempos contemporâneos pelos biólogos Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela, os quais demonstram pelo sistema da autopoiese celular, também uma organização metacelular comportamental, bem como uma forma operacional do sistema nervoso, para daí verificar um sistema explicativo como um fenômeno que é próprio dos seres vivos. Isto com desengate no campo dos fenômenos sociais, e mesmo linguístico¹⁸.

Pelos modelos teóricos deixados, acrescenta-se ao estado de ordem que se busca um dado a mais. Trata-se de uma realidade geral que vai acontecer num contexto onde a Ciência da Natureza, enquanto um diálogo *com a natureza*, pode ainda nos propiciar um conhecimento onde se tenha não só uma diferença entre o passado e o futuro, mas também a “realidade do devir” como condição desse diálogo¹⁹. Não é demais lembrar ainda que com a atenção na natureza, e mesmo na condição de um Universo em evolução (Evolucionismo), a mensagem que daí extraímos é no sentido de que isto também se enraíza em leis fundamentais da Física, e nas quais se identifica a existência de sistemas²⁰.

¹⁷ BRENNAN, Richard P. **Gigantes da Física**. 1. ed. Trad. de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.,p. 19.

¹⁸ MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A Árvore do Conhecimento**. 9. ed. Trad. de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena Editora, 2011, p. 261.

¹⁹ PRIGOGINE, Ilya. **O Fim das Certezas**. 1. ed. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996, p. 158.

²⁰ *Ibidem*, p. 159.

Transcendendo ou indo além do mundo das Ciências naturais, uma organização sistêmica é possível se verificar como próprio também no mundo das Ciências Formais - Matemática, Lógica -, e no mundo das Ciências Sociais - Sociologia, Economia, História. No âmbito das Ciências Sociais vamos contar com o monumental trabalho desenvolvido por Niklas Luhmann, cuja Teoria dos Sistemas, após assinalar a diferença entre sistema e meio, procura demonstrar ainda o papel do sistema como diferença nas estruturas para o surgimento de sociedades distintas, e com isto assenta a ideia de *diferença* ao invés da ideia de uma *unidade* cosmológica geral²¹. Este é um ponto de partida salutar como forma de compreender os compartimentos institucionais nas suas individualidades. Com isto há um ensaio onde podemos assinalar com a possibilidade das autonomias cognitivas e estruturantes na dimensão das Ciências reconhecidamente sociais, entre as quais comparece a Ciência Jurídica como uma ciência normativa.

O Direito vai então se encontrar nesse contexto, e a necessidade da sua organização pela sistematização se impõe por ele existir como uma realidade na consciência desde o homem primitivo ou selvagem, sendo que esta realidade pede já uma organização. Com lembra Malinowski, o homem primitivo agarra-se aos seus bens e segue este princípio, mas “o código social das leis que regulam o dar e receber suplanta sua tendência aquisitiva natural”²². Neste desiderato, o Direito na sua especificidade, acontecendo como uma Ciência normativa e como uma questão jurídica, será objeto de uma análise melhor esmiuçada envolvendo tanto o aspecto do seu conhecimento, como também o aspecto da sua estruturação, adjuntando-se ainda a isto uma visão como fenômeno funcionalista - fenômeno funcional - de autoprodução jurídica, e também como algo aplicativo. Nesta providência envolvendo ambos os aspectos é essencial lançar mão da organização sistêmica, como forma de abranger todas as formas de acontecimento e que possa refletir tanto uma sociedade singular como uma sociedade plural, e neste último caso sedimentando o que podemos denominar de *pluralismo jurídico*. Assim, se numa sociedade singular é providencial sistematizar o Direito, numa sociedade plural esta necessidade comparece com maior intensidade. Pode-se dizer que neste último caso sem a sistematicidade é impossível a vida jurídica, o que torna impossível a vida em sociedade. Com isto, e como vamos considerar em outra oportunidade, na sua dialética será possível compreender e reconhecer ao Direito o universo da sua *autonomia* enquanto Ciência.

²¹ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 3. Ed. Trad. de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Editora Vozes, 2011, p. 81.

²² MALINOWSKI, Bronislaw. **Argonautas do Pacífico Ocidental**. 3. ed. Trad. de Anton P. Carr e Lígia Aparecida Cardieri Mendonça. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 81.

Veremos esta problemática noutro momento e com uma consideração a partir de pontos os mais elementares.

2.1.1 A Ideia (Conceito) de Sistema. Os Elementos do Sistema e a sua Estática Estrutural

Ao colocarmos em pauta a ideia de sistema podemos nos perguntar: por que isto? A resposta a esta pergunta sob uma convicção acerca do seu papel e da sua realidade não comporta qualquer dúvida. E a resposta é no sentido de que o mundo em que vivemos é um mundo sistêmico. Basta observar o Universo e contemplar os grupos estelares e as nebulosas. Uma realidade que vai envolver tanto o mundo natural *sem* vida como o mundo natural *com* vida. Tudo é sistêmico. Assim, existimos, agimos e reagimos num mundo sistêmico. Esta é uma abrangência que no mundo dos seres vivos - compreendendo tanto o mundo unicelular, entomológico e também os mamíferos, como se verifica na organização da linha da vida entre herbívoros, insectívoros, carnívoros e omnívoros, numa divisão de gênero e espécies, e onde sob uma reunião em verticilo deixam entrever um comportamento marcado por uma necessidade de subsistência e também por uma congênita tentativa de propagação²³ - ela vai atingir tanto os seres irracionais como os seres racionais (o homem). Se no primeiro caso contamos com a presença e a eficácia de forças químicas e físicas para que isto aconteça, no segundo caso contamos com forças químicas, físicas e também intelectuais, ao que podemos adjuntar ainda fatores morais, psicológicos e também espirituais - o espiritual aqui deve ser compreendido como uma disposição ou predisposição para um determinado fim. Em ambas as formas - forma irracional e forma racional - não há como se dispensar o papel do sistema. Dessarte, ao mesmo tempo em que devemos compreender a ideia de sistema na ordem cósmica, devemos compreendê-la também na ordem social como um peculiar modo de pensar, como já faziam os gregos clássicos que nisto demarcam a cultura ocidental ainda nos dias de hoje²⁴. Por causa da realidade existencial envolvendo todos estes aspectos e da necessidade em equacioná-los, somos levados a compreender a explicação teórica disto, no

²³ CHARDIN, Pierre Teilhard de. **O Fenómeno Humano**. 1. ed. Trad. de Léon Bourdon e de José Terra. São Paulo: Editora Helder, 1965, p. 118-120.

²⁴ LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito**, op. cit., p. 15.

âmbito da teoria dos sistemas, como uma disciplina teórica puramente formal²⁵. Ademais, é sistêmico tanto o mundo natural em que vivemos sem qualquer adjunção do homem, como também o mundo que elaboramos, entre os quais devemos incluir o mundo do Direito - o Direito Positivo haverá de se constituir num sistema responsável por uma abrangência e acerto de todos aqueles fatores anteriormente referidos.

Considerar o papel do sistema isto é uma verdade da qual não podemos descuidar, e que vai ser um condicionante básico para a vida da Ciência - em qualquer ramo - e também da própria Filosofia. Tanto assim que um dos aspectos fundamentais que é observado pela Ciência é tratar com os instrumentais da Taxonomia, a Teoria das Classificações, esta que constitui um recurso fundamental da Ciência. Exercer a Taxonomia foi uma prática contumaz exercida já por Aristóteles (384 - 322 c.C.) num passado longínquo, por volta do Século IV a.C., e é a partir dele que vamos assistir a uma reunião sistemática dos dados do mundo ao elaborar não só a classificação dos objetos componentes de um determinado ramo científico, mas também quando concebeu a Ciência sob um aspecto enciclopédico, ao mesmo tempo em que providenciou classificar o conhecimento em geral²⁶. Frise-se que ao se organizar a classificação numa atividade cognitiva, tanto no seu aspecto de *exterioridade comparativa* - com juízos disjuntivos em que há uma relação não de derivação, mas de oposição lógica (Kant), apartando-se realidades que não se confundem -, como no seu aspecto de *interioridade constitutiva*, o que se faz é sistematizá-la pelos mecanismos teóricos de uma implicação sistêmica.

O vocábulo sistema vem do grego (*systema*) e tem o alcance de sugerir um conjunto de elementos materiais e mesmo ideais nos quais podemos definir ou encontrar um método, um processo, ou uma relação. Segundo Tércio Sampaio Ferraz há no termo uma pluralidade de sentidos que pode levar a equívocos quando da sua interpretação, e a sua composição etimológica se dá de início pelo vocábulo *syn-istemi*, significando aquilo que é composto ou construído. Posteriormente adjuntou-se a ele a ideia de ordem, organização²⁷. As suas raízes pelo étimo remontam ao grego numa associação dos vocábulos “conjunto” e “estar”, donde se verifica a sua derivação para qualquer forma de organização, tanto no mundo natural como no

²⁵ BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria Geral dos Sistemas - Fundamento, Desenvolvimento e Aplicações**. op. cit., p. 62.

²⁶ BOUTROUX. Émile. **Aristóteles**. 1. ed. Trad. de Carlos Nougué. Rio de Janeiro: Editora Record, 2000, p. 45.

²⁷ FERRAZ Júnior. Tércio Sampaio. **O Conceito de Sistema no Direito**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976. p. 8-9.

mundo social²⁸, cuja concepção sistemática encontrou aplicação em outras áreas além do Direito, como foi o caso da Astronomia, Gramática, Retórica, Geometria, Arquitetura, Matemática²⁹ etc. A ideia de organização é o ponto de partida.

Ao tratarmos com a ideia de sistema isto tem a ver com duas preocupações básicas. A primeira delas é quanto a uma atitude explicativa de alcance teórico que pode ter significação tanto no campo da teoria científica, como no campo da teoria filosófica. Assim, seria de se considerar um conjunto de ideias tanto científicas como filosóficas, consideradas do ponto de vista de uma coerência. Isto pela implicação que dele - sistema - devemos extrair na providência acerca tanto da coerência como da congruência que irá sobressair dos seus enunciados para uma organização conclusiva. Em última análise o que podemos reconhecer da providência sistêmica é exatamente uma constatação sobre a possibilidade explicativa dos accertamentos que daí são extraídos, mediante uma produção teórica apresentada. A segunda delas é também considerar o conjunto dos seus elementos numa composição recíproca de inter-relação para uma unidade tomada por inteiro (global), e donde se extrai um todo organizado com a possibilidade de se reconhecer um arcabouço existindo positivamente (sistema solar, sistema viário, sistema nervoso, sistema jurídico positivo, etc).

Assim, da conformação sistêmica enquanto teoria, vamos então deparar com o arranjo e o equacionamento lógico que os enunciados irão providenciar neste contexto. Várias são as situações nas quais podemos identificar uma conformidade neste sentido. Basta considerar as convicções oriundas da Lógica Formal, a Ciência encarregada de estudar e compreender as leis do raciocínio humano. Consideremos, por exemplo, a ideia de método lógico oriundo do raciocínio como no caso - entre outros - do método *indutivo*. Neste agir o processo do accertamento sistêmico acontece no âmbito do conhecimento como um verdadeiro princípio para o conhecimento científico. Como comenta Reichenbach, este método como princípio “determina a verdade das teorias científicas. Eliminá-lo da Ciência significaria nada menos que privá-la do poder de decidir quanto à verdade ou falsidade de suas teorias. Sem ele, a Ciência perderia indiscutivelmente o direito de separar suas teorias das criações fantasiosas e arbitrarias do espírito do poeta”³⁰. Isto é o que se verifica também, quando da utilização de outros métodos lógicos, como é o caso da *dedução* e da *analogia* em outras searas do

²⁸ LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito**. op. cit., p. 9 - 10.

²⁹ *Ibidem*, 12.

³⁰ POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. Trad. de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 28.

conhecimento, mesmo que não seja apenas o conhecimento científico - esta é uma realidade que se constata também no âmbito do conhecimento filosófico.

Com o equacionamento que acima lembramos, somos também levados a compreender algo relacionado com os elementos básicos constituintes da ideia de sistema. Num primeiro momento sobressai, como fundamento basilar da sua sustentação, aquilo que podemos caracterizar sob a ideia de *organização*. Enquanto organização o sistema providencia uma conformação nas estruturas tanto no sentido explicativo, como também no sentido de identificação composicional de um fenômeno ou de um ente reconhecidamente existente. Nada pode acontecer fora desta organização sob pena de se frustrar tanto a explicação como também a identificação ontológica de um determinado ente. Se por um lado ele deixa notar uma explicação, por outro ele deixa notar também uma estrutura. Assim, do sistema extrai-se um primeiro resultado peculiar que é sempre levar a uma organização, cujo papel é caracterizadamente elevado, a ponto de propiciar a existência de um “princípio unificador”³¹. Esta organização vai se compor de certos e determinados componentes reconhecidamente essenciais, o que redundará num segundo componente e que são as *partes essenciais* do sistema, as quais atuam de forma combinada, sincronizada, e devidamente equacionada, de cuja atuação extrai-se sempre um resultado certo, determinado. Essas partes essenciais são assim denominadas porque indispensáveis para a composição sistêmica, sem as quais o sistema não se realiza do ponto de vista da sua funcionalidade aplicativa (funcionalidade instrumental). Assim e apenas para elucidar, se num corpo físico (natural) temos os órgãos como partes do todo, por outro lado temos o organismo que constitui o sistema, e neste caso órgão e organismo não se confundem. Ao lado daqueles dois primeiros elementos (organização e partes essenciais) comparece ainda mais um terceiro componente que deve ser levado em consideração que é a ideia da sua *finalidade*. Com a finalidade o que se faz é pressupor uma meta futura que já se faz presente e que direciona a ação³². Assim, o sistema sempre visa a um fim, conforme sugere de forma similar o pensamento aristotélico com a ideia de causa final (ou objetivo), ao lado de uma causa material (matéria ou substrato), de uma causa formal (forma) e de uma causa eficiente (motriz), ao determinar os princípios do *ser* para uma explicação do devir³³. Registre-se que o fim visado pode ser um fim explicativo, mas pode também, como veremos, ser um fim fenomênico existencial.

³¹ BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria Geral dos Sistemas - Fundamentos, Desenvolvimento e Aplicações**. op. cit., p. 76.

³² *Ibidem*, p. 113.

³³ BOUTROUX, Émile. **Aristóteles**. op. cit., p. 69.

Então, *organização, partes essenciais* (ou elementos essenciais) e *finalidade* vão compor as características teóricas que nos dá uma visão estrutural acerca do que podemos reconhecer como sistema, lembrando sempre que esta sua visão estrutural vai possibilitar uma noção sobre o que podemos reconhecer, ou não, como uma atividade cognitiva e também fenomênica. O papel do sistema é eficaz em ambos os sentidos, e no caso específico do Direito, ao atuarmos com os olhos no sistema jurídico, o proveito teórico que alcançamos nos possibilita concluir com “os grandes problemas comuns, as escolhas possíveis, as noções e as instituições fundamentais, os processos intelectuais e os meios materiais ou formais de toda organização jurídica”³⁴, juntamente com um programa aplicativo que daí emana na conformidade com a ordem jurídica.

2.1.2 A Dinâmica do Sistema na sua Estrutura Funcional-aplicativa: Conjunto, Relação e Função

Registre-se que esta noção composicional do que possa constituir uma visão estrutural de um Sistema, através das características dos seus componentes, serve tanto para o seu reconhecimento numa existência e aplicação geral - presente em todas as formas de compreensão -, mas também quando se pretende verificar a sua presença e aplicação em determinado campo específico. E conforme alinhavamos, reconhecemos nele a existência de elementos composicionais pelas suas partes essenciais. Isto nos remete à ideia de *conjunto, relação, e função*.

No Sistema identificamos esses pontos. Enquanto um *conjunto*, ele se caracteriza como uma coleção ou um ajuntamento de elementos que são próprios e pertinentes a um determinado conjunto, sobressaindo nele a ideia de conjunto com sua identidade. Assim, se dissermos *o conjunto dos países da América do Sul*, temos um conjunto de países da América do Sul; se dissermos um conjunto de *livros de Direito* de uma biblioteca, temos um conjunto de livros de Direito. No caso, *países* e *livros* constituem os objetos do conjunto, reconhecidamente os elementos pertencentes aos respectivos conjuntos, estes que comparecem diferenciados na identidade e na qualificação. Podemos dizer que há uma implicação recíproca entre a ideia de conjunto e os seus elementos na caracterização e na

³⁴ BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. op. cit., p. XXII.

identidade do próprio conjunto. Por isso não podemos compreender a ideia de conjunto sem os seus elementos, mas também não podemos compreender a ideia de elemento fora do conjunto, porque os elementos por seu turno irão apresentar as suas características por pertencerem a um determinado conjunto³⁵. Trata-se de uma via implicativa de mão dupla. Aplicando-se isto ao Sistema isto será eficaz também na identificação e na qualificação da essência do Sistema. Daí a qualificação e identificação de modelos especiais de Sistemas na Física, na Química, no Direito, etc.

Também não se pode deixar de lado, quando vamos ao Sistema, a ideia de *relação* que a ele é pertinente. Isto é fundamental para a constituição da sua essência. O Sistema se nutre do mecanismo da relação, como forma de equacionar determinado fenômeno que possa com ele identificar-se e por ele ser albergado. Pela relação o conjunto dos seus elementos serão devidamente ordenados. A relação leva a um estado de ordem. Do ponto de vista teórico podemos dizer que a relação é o pensamento em ato, através do qual o espírito não só aproxima, mas também justapõe dois termos³⁶ numa elaboração lógica. Numa dimensão teórica, a ideia de relação ao lado de outras categorias, ao tratar do entendimento dos juízos, foi ela devidamente considerada por Immanuel Kant (1724 - 1804) sob uma função lógica. Na sua admissão considera ele a existência da relação com a presença de proposições categóricas, hipotéticas e disjuntivas³⁷, donde se extrai o papel de uma implicação recíproca de proposições. Já numa dimensão estrutural do sistema e pelo mecanismo da relação é possível se reconhecer a sua ocorrência de ordem fenomênica. Assim, com a Física por exemplo é possível constatar uma verdade no espaço e no tempo mediante o movimento constante de um objeto, envolvendo instantes e posições. Da mesma forma é possível se estabelecer uma relação entre duas variáveis, como no caso em que se considera a condição de uma temperatura relacionada com um determinado instante (hora do dia). Na Química isto será possível (reação química) quanto a um resultado levando-se em consideração a pressão desenvolvida em certas condições de temperatura e tempo.

³⁵ TROPER, Michel. **A Filosofia do Direito**. op. cit., p. 83.

³⁶ LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. op. cit., p. 942.

³⁷ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 2. ed. Trad. de Valério Rohden e e Udo baldur Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 69-71.

No caso do Direito o problema não será diferente quando de uma verificação no âmbito do Direito Positivo. Do ponto de vista teórico o jurídico é compreendido mediante uma *relação* entre proposições jurídicas. Já do ponto de vista estrutural o arcabouço haverá de se focalizar tanto pela *criação* do Direito, como também pela sua *aplicabilidade*. Quando da sua criação devemos considerar, como fatores da relação, os condicionantes circunstantes *indutivos*, ou seja, os fatos concretos ou os casos concretos, os quais haverão de ensejar a formação e a imposição de um preceito jurídico posto (lei). Quando da sua aplicabilidade devemos considerar, como fatores da relação, os condicionantes circunstantes *dedutivos*, ou seja, por um lado um caso concreto, e por outro a disposição normativa como hipótese para uma incidência, esta última que deve ser compreendida como uma “subsunção de um fato a uma hipótese legal, com conseqüente e automática comunicação ao fato das virtudes jurídicas previstas na norma”³⁸. Neste mecanismo relacional a norma jurídica é que dá o fato como um *fato jurígeno*, aplicando-lhe um qualificativo especial e retirando-o da condição de um fato meramente casual, comum ou vulgar do ponto de vista fenomênico geral, como comumente ele possa comparecer diluído entre os demais fatos da vida social. Dessarte, o mecanismo da relação torna-se nítido na medida em que ele acontece no âmbito do sistema jurídico.

Ao lado da ideia de conjunto e da ideia de relação o Sistema conta, na sua aplicação estrutural funcional-aplicativa, também com a ideia de *função* (que apodemos chamar também de aplicação), e que será indispensável para o mecanismo da relação. Numa acepção geral o vocábulo *função* vem do latim (*functio-onis*), que podemos ligar a uma ideia de prática, uso, emprego, desempenho, papel exercido por alguém, utilidade, atividade ou encargo, etc. Mas, numa acepção especial sempre que procuramos a *função* de alguma coisa, a atenção vai estar voltada para a contribuição que esta coisa possa desempenhar de maneira equacionada no contexto de um conjunto, ou mesmo no âmbito de um sistema maior ao qual ela pertence, ao que podemos atribuir o conceito de *função sistêmica*.

A função sistêmica, então, é algo que acontece no interior do sistema e a sua atuação neste caso é uma atuação não dissociada do conjunto, e para isto se pretendermos condicionar a sua compreensão por mecanismos de subordinação (verticalização) e mesmo de coordenação (horizontalidade), conforme se verifica em uma organização sistêmica, podemos dizer que a função que é desempenhada vai estar de conformidade com estas balizas. Daí que em todos os ramos do conhecimento é possível encontrar o papel da *função* que é desincumbido por todos os entes pertencentes às respectivas especificidades, e que se tornarão

³⁸ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 40.

objeto de conhecimento. Assim, por exemplo, se voltarmos os olhos para o mundo da Biologia, vamos deparar com as funções aí desempenhadas por uma célula, por um órgão - como se verifica pelo trabalho ou atribuição desempenhada pelos diversos órgãos como coração, pulmão, fígado, rins, glândulas, que executam diversas funções como a digestão, circulação, locomoção, entre outras - ou por um tecido celular, por uma fisiologia, etc. Da mesma forma isto vai se dar no campo da Física, da Química, da Antropologia, etc, com os respectivos pontos peculiares ligados ao exercício da função que é pertinente a cada um deles. Se relacionarmos este acontecimento também com a ideia de função social não há dúvida de que nisto sobressai a contribuição para um sistema mais abrangente e que toca a Sociedade como um todo, mas que no processo funcionalista a função haverá de comparecer como uma parte providencial deste todo. De forma assemelhada e mesmo analógica é o que vamos constatar também com relação ao Sistema Jurídico visto que no seu bojo iremos verificar os institutos jurídicos com perfis de identificação própria e com funções próprias, além daquilo que comparece como função geral do Sistema.

Registre-se que esta noção inicial que devemos desenvolver acerca da ideia de *função* não seria suficiente caso a sua compreensão fosse dissociada da ideia de Sistema. É que o seu papel funcionalista deve ser sempre focalizado dentro de uma organização sistêmica, independentemente do modelo que deve ser levado em consideração, e com isto reconhecendo sempre que o ponto de partida é um *ponto comum* - inerente à ideia de função - que comparece em todas as modalidades compreensivas, sobretudo quando a atuação discursiva tem como compromisso um alcance teórico.

Acrescente-se ainda à função sistêmica um mecanismo relacional que devemos identificar. Trata-se de uma atuação de filtragem (função seletiva) quanto ao que será objeto de admissão no bojo de um determinado Sistema. Assim, se considerarmos a ideia de um conjunto A e um conjunto B (ambos como Sistema), nos seus elementos constituintes, a função vai comparecer como um processo próprio de associação desses elementos para uma admissão no conjunto A (sistema A) de todos ou de alguns elementos (subconjunto) do conjunto B (sistema B). Assim, é possível reconhecer um processo de correspondência entre os elementos y de B , aos elementos x de A . Nisto há uma função de correspondência. Na busca da correspondência pode-se dizer que os elementos do conjunto B , e a ele pertencentes, são possuidores de *pertinência* com relação ao conjunto A . Isto haverá de acontecer mediante uma observância a determinados critérios que são postos pelo próprio Sistema, quando da admissão dos elementos que lhe são ainda estranhos. Ademais, neste processo onde se destaca a função sistêmica de correspondência devemos levar em consideração a natureza dos

conjuntos ou sistemas envolvidos. É que nesta correspondência dos conjuntos podemos deparar com conjuntos homogêneos, mas também com conjuntos heterogêneos. No primeiro caso temos um confronto onde os elementos dos conjuntos são semelhantes ou se identificam; no segundo caso temos um confronto onde os elementos dos conjuntos são variados (total ou em parte), diversos e não se identificam. Em ambos os casos caberá à função sistêmica o papel de tentar equalizar os elementos dos conjuntos. Esta busca de equalização é providencial para que tenhamos uma compreensão com relação aos modelos de sistema aberto e sistema fechado como veremos adiante.

2.1.2.1 As Funções Básicas do Sistema

No contexto geral devemos ver o Sistema com um desempenho em torno de duas funções básicas que se destacam. A primeira no sentido de se reconhecê-lo como um mecanismo cognitivo, e a segunda no sentido de significar um mecanismo que poderá retratar um fenômeno funcional. No primeiro caso é o exercício teórico explicativo - cognição -, ou seja, o Sistema enquanto teoria aplicada a um determinado fenômeno que precisa ser explicado. Aqui é a teorização que se torna um Sistema pelo necessário acerto proposicional. No segundo caso é o próprio fenômeno acontecendo enquanto algo que existe, um fenômeno funcionalista. Aqui, diferentemente, é o arcabouço componente de uma estrutura fenomênica que se torna um sistema. Para se ter uma noção disto envolvendo o mundo de um ser vivo, é possível reconhecer esta realidade fenomênica. Dessarte, mesmo no seu início a partir de uma estrutura unicelular constituindo o seu ponto de partida, seguindo-se com uma *ontogenia* em constante transformação estrutural, vai ele se caracterizar como um processo onde não se interrompe a sua identidade, e neste caso mesmo que haja um acoplamento com o meio³⁹. Isso acusa um indicativo salutar no sentido da preservação de um Sistema que é inerente a um organismo vivo. Esta dimensão é própria do mundo natural.

³⁹ MATURANA R. Humberto; VARELA. Francisco J. **A Árvore do Conhecimento**. op. cit., p. 143.

Se pegarmos para a noção de ambas as situações, e como exemplo o Sistema Solar, vamos ter no primeiro caso a vocação com uma tratativa no âmbito da Física enquanto a Ciência que estuda os fenômenos físicos, envolvendo as leis da Mecânica Celeste - atividade teórica. Por outro lado e no segundo caso vamos ter um reconhecimento acerca do fenômeno existencial, pela composição estrutural - através dos seus componentes - e pelo arcabouço funcional dos astros neste sistema. Uma intuição neste sentido levaria René Descartes (1596 - 1650) a ver o Universo como um mecanismo complexo, assemelhado ao mecanismo de um relógio⁴⁰. Assim, pelas funções que devemos reconhecer aplicadas à ideia de Sistema não se limita a convicção apenas e tão somente a um mecanismo teórico, mas também há que se adjuntar o seu conceito presente em uma estrutura funcional pertinente a um determinado ente. Esta tentativa de compreensão que é própria de uma noção geral do que possa representar a ideia de Sistema nas funções consideradas, não será diferente também no caso especial de uma organização jurídica.

2.1.3 O Sistema Fechado e o Sistema Aberto

Uma providência organizacional do sistema na compreensão geral, e de conformidade com os fenômenos acontecendo fora dele, pode ser classificada sob dois modelos clássicos. Um reconhecidamente fechado, e daí a ideia de *sistema fechado*, e outro reconhecidamente aberto, e daí a ideia de *sistema aberto*. No primeiro caso o que se verifica é um mecanismo de autoconservação diante dos fenômenos ocorridos fora do sistema, e cuja organização vai obedecer aos processos das suas próprias convenções, não se admitindo com isto algo que o transcende, senão pela admissão do próprio sistema e mediante as regras postas por ele mesmo. Enquanto sistema fechado ele “não pode aceitar nenhum tipo de *input* de uma ordem que não esteja contida nele próprio”⁴¹. Neste caso a atitude do sistema é de forma mediata e indireta, com um programa previsível nas suas formulações convencionais, e onde sobressai uma característica na qual ele “tende para o estado de distribuição mais provável”, em que “o estado final é inequivocamente determinado pelas condições iniciais”⁴². Diferentemente, o

⁴⁰ BRENANN, Richard. **Gigantes da Física**. op. cit., p. 34-35.

⁴¹ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. op. cit., p. 62.

⁴² BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria Geral dos Sistemas - Fundamentos, Desenvolvimento e Aplicações**. op. cit., p. 64 - 65.

sistema aberto vai estar sensível aos fenômenos fora dele, numa relação que seja possível intercambiar com as inovações acontecidas na exterioridade e inclusive com outros sistemas. Sob tal condição a atitude do sistema será receptiva e de forma imediata e direta, “na medida em que os estímulos provenientes do meio podem modificar a estrutura do sistema: uma mudança não prevista, no caso do biológico; uma comunicação surpreendente, no social”. Com isto as inovações ocorridas “devem levar à seleção de novas estruturas”⁴³.

Ao estabelecermos um comparativo oportuno entre os dois modelos sistêmicos constatamos que o sistema fechado é de vocação em estabelecer limites e barreiras aos acontecimentos que se lhe rodeiam, assumindo um caráter ou um comportamento rígido quanto a uma possível assimilação das inovações, providência que acontece apenas após um processo de verificação mediante critérios a serem observado e impostos pelo próprio sistema. Não que ele seja refratário, totalmente hermético para um mundo que lhe rodeia e nunca sofrendo inovações. O que acontece é que as possíveis inovações haverão de obedecer a propriedades ou requisitos formais e rígidos, mas também a uma ordem ou sistema hierárquico⁴⁴, e após uma verificação procedimental onde são observados mecanismos de sobrevivência do próprio sistema. Há nele uma seletividade. Pode-se dizer que o sistema fechado exerce uma convivência e uma existência concomitante com as circunstâncias que lhe rodeiam, porém sem se contaminar por elas, aceitando-as apenas após um procedimento de filtragem e naquilo que com ele é pertinente. Com isto ele demonstra que ele é cioso de si mesmo enquanto sistema, e pelos pontos valorativos que ele elege como relevante. O sistema fechado atua mediante um processo de autopreservação. Por isso, e como dissemos, o seu comportamento é seletivo. Ao se comportar desta maneira ele pede exclusividade do ponto de vista existencial diante do mundo fenomênico em geral. Como resultado, o que se verifica é uma providência já anteriormente lembrada e que está relacionada com as diferenças constatadas nos *N* sistemas, os quais poderão ser catalogados nas mais diversas formas de identificação pelos perfis que apresentam. Assim, cada ramo científico ou cada linha de pensamento filosófico irão apresentar sistemas próprios.

⁴³ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**, op. cit., p. 63.

⁴⁴ BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria Geral dos Sistemas - Fundamentos, Desenvolvimento e Aplicações**. op. cit., p. 40 e 51.

Ao se pretender buscar qualquer relação que aconteça ente o sistema e o meio, nomeadamente o modelo fechado, dessume-se que este pode reagir de forma padronizada aos diferentes acontecimentos ou estímulos recebidos, elegendo formas homogêneas de reação, mas também apresentar reações diferentes diante de situações homogêneas mediante condições apenas internas (dele mesmo), e sem vinculação imediata com o meio⁴⁵, o que demonstra o seu caráter de autonomia. Ademais disso, a compreensão das vigas básicas para uma sustentação ao modelo de sistema fechado, quando a teoria sistêmica apresenta o conceito de sistema diferenciando-o do meio, elege pontos fundamentais como “fechamento de operação, a recursividade, a autorreferência e a circularidade”. Com uma abordagem assim a Teoria dos Sistemas haveria de admitir “um sistema de auto-observação, recursivo, circular, autopoietico, dotado de uma dinâmica intelectual própria e fascinante, capaz de equiparar-se às abordagens problemáticas”⁴⁶. Dessume-se, pois, da possibilidade conceitual não só de autonomia, mas também de encontrarmos no sistema fechado uma possibilidade conceitual de autosuficiência para a condução e o dirigismo das contingências e circunstâncias a serem equacionadas.

Já o sistema aberto comparece como paradoxal ao sistema fechado, visto que na sua organização ele não estabelece um limite às possíveis inovações automáticas e diretas que lhe digam respeito, embora possa comparecer com certa observância de critério. Com este comportamento ele “mantém-se em um contínuo fluxo de entrada e saída”, como comumente se verifica dos organismos vivos⁴⁷. O sistema aberto não é cioso de exclusividade, visto que é sensível a um mundo que está em constante transformação, inclusive subsumindo-se às mudanças imediatas, e daí podendo ser surpreendido diante das inovações ocorridas.

Ao estabelecermos uma relação entre sistema e Direito, extrai-se que o Sistema Jurídico propende para o modelo fechado, ao estilo de Kelsen e de Bobbio. Isso se explica a partir da sua construção formal e que culmina pela sua dimensão, tanto estática como dinâmica, donde se verifica a sua conduta seletiva acerca do que é por ele eleito como verdade jurídica. Isto é sintomático quando se coloca em pauta o procedimento legislativo na construção legislativa por um lado - como é o modelo da Constituição Brasileira de 1988 em seu artigo 59 -, e de outro o cuidado no constitucionalismo universal - numa tendência generalizada - quanto ao controle de constitucionalidade, tanto com relação às decisões

⁴⁵ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**, op. cit., p. 64.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 73-79.

⁴⁷ BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria Geral dos Sistemas – Fundamentos, Desenvolvimento e Aplicações**. op. cit., p. 65.

judiciais como com relação às decisões administrativas. Em ambos os casos (procedimento legislativo e controle de constitucionalidade judicial e administrativo) o sistema jurídico cuida da observância seletiva mediante critério formal e critério material, envolvendo tanto a elaboração das leis como também o cuidado com relação às antinomias normativas.

2.2 O SISTEMA JURÍDICO

Da mesma forma como assistimos uma consideração sobre a existência da teoria científica em geral, tratar com o Sistema Jurídico em especial envolvendo a dimensão do Direito Positivo neste sentido é tratar, juntamente com a sua positividade, também com a sua sistematicidade. Estas duas providências vão estar umbilicalmente ligadas. Com isto sobressai com a devida acomodação técnica uma tratativa do Direito Positivo em sede de teoria científica. A atenção então volta a sua totalidade explicativa para o que o sistema possa corresponder, com suficiência teórica, àquilo que envolve a compreensão do fenômeno jurídico enquanto Direito Positivo. Com isto o que se faz é uma ligadura entre Direito Positivo e sistema, na firme convicção de que o Direito Positivo inexistente sem a presença da organização sistêmica, da mesma forma como isto acontece também com a teorização científica geral, conforme já comentamos alhures. E frise-se, ademais, que a necessidade do sistema jurídico como exclusividade é uma realidade que se impõe, pelo que se extrai do fenômeno jurídico como um fenômeno próprio. É que se atinarmos para o mundo jurídico, e na esfera das relações tanto entre indivíduos como entre indivíduos e grupos, e mesmo entre grupos, forjam-se sistemas especiais sob normas distintas e relevantes em outras esferas que não o Direito, como são as normas morais, religiosas, políticas, econômicas, etc. Mas, destinado para assegurar a boa marcha da ordem social no interior de um determinado grupo, sob os mais elevados auspícios e com apoio no sentido de ser possuidor e detentor do poder público, temos para isto um sistema exclusivo e que é denominado de *sistema jurídico*⁴⁸.

⁴⁸ ARNAUD, André-Jean. **Critique de la Raison Juridique - Où va La Sociologie du Droit?** 1. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981, p. 20.

A ressonância de uma ligadura envolvendo Direito e sistema, leva a uma consequentialidade tanto teórica como também estrutural na sua significação enquanto fenômeno ontológico. Ademais, esta visão se alicerça ainda mais na medida em que compreendemos o papel do sistema como via condutora para uma compreensão científica do Direito. Com isto o que se faz é providenciar uma forma suficiente para uma tratativa especial do Direito na órbita da teoria científica, conforme procuramos fundamentar nos tópicos anteriores quando de uma tratativa geral. Esta é uma preocupação que deve fazer parte do mundo do jurista na atualidade, ou seja, pensar o Direito sistematicamente como forma de providenciar as normas em harmonia entre si, e com isto evitar sobre ele tanto uma composição (produção) como uma interpretação inarmônicas, ao mesmo tempo em que se providencia afastar decisões jurídicas contraditórias. Assim, entre pensar o Direito de forma tópica ou pensar o Direito de forma sistemática, quando da solução dos casos singulares, cientificamente prevalece a segunda hipótese. Como sentencia Karl Larenz, a Ciência do Direito atua “genericamente de um modo sistemático, mesmo quando aqui e acolá argumenta ‘tópica’”⁴⁹. Esta é uma realidade, e também uma necessidade teórica da qual não se pode alhear o jurista.

Adverta-se que todos os conceitos produzidos anteriormente, com vistas à ideia de sistema, são eles observados no caso específico do mundo jurídico positivo, e com a observância ainda mais das peculiaridades que tocam este ramo científico de forma especial, que a partir daí se apresenta como algo próprio, como acontece com os demais ramos em geral. Para este desiderato é fundamental um descortino no que o sistema providencia na vida do Direito Positivo, verificando-se desde um aspecto inicial que é a sua organização diante dos demais entes na ordem existencial, até os desdobramentos consequentes disto, e para isto envolvendo pontos fundamentais como a sua *autonomia jurídica* (pela sua criação como autoprodução e pela sua aplicabilidade como autonomia aplicativa), a sua *valoração jurídica* (reservada, própria), e também a sua *linguagem jurídica*, esta última que deve comparecer como uma linguagem peculiar. Daí podermos dizer Sistema Jurídico como autonomia jurídica, Sistema Jurídico como valoração jurídica, e Sistema Jurídico como linguagem jurídica. É exatamente nestes pontos teóricos onde devemos buscar a afirmação das características diferenciadoras do Sistema Jurídico, dando-o como um fenômeno peculiar numa dimensão privativa.

⁴⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 6. ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 171-172.

Pode-se alinhar que nessas três áreas, individualmente - autonomia jurídica, valoração jurídica e linguagem jurídica -, o papel do sistema é essencial nas respectivas formas de organização, com as peculiaridades que são próprias de cada uma. Mas podemos dizer ainda mais que neste contexto a caracterização delas vai acontecer no que podemos denominá-las de subsistemas, estes que uma vez conjugados irão compor um sistema maior - Sistema Jurídico - e que abrange a todos eles. Este sistema maior é o Direito Positivo na sua composição plena. Isolados estes subsistemas nada significam para o Direito, mas devidamente equacionados vão constituir os seus elementos estruturais de essência, tanto na sua forma *estática* como na sua forma *dinâmica*, ambas constitutivas e ao mesmo tempo responsáveis pela manifestação da positividade jurídica na sua plenitude. Assim, o Direito Positivo ao ser compreendido como estruturado no seu *ser* em completude fenomênica - sem a necessidade de caminhar à reboque de qualquer outro ente na ordem existencial -, encontra nesta trilogia o tripé para os fundamentos da sua realidade ontológica. Com isto o que temos é uma trilogia capaz e ao mesmo tempo eficaz para preencher os espaços necessários da organização jurídica geral, de forma plena e autossuficiente, permanecendo daí sem depender de qualquer outro modelo de sistema oriundo de qualquer outra dimensão - quer natural, quer cultural, quer social, etc. - que não seja o próprio mundo jurídico. Neste contexto o que divisamos é o fundamento para ir além diante daquilo que já se considerou até então no âmbito do Positivismo Jurídico. E rememore-se que destes meandros - e apenas deles - é que sobressaem de forma generalizada as forças inquietas tanto da sua organização sistêmica como da sua autonomia jurídica.

Com uma convicção na forma como alinhavamos acima, envolvendo três áreas fundamentais e dotadas de implicação tanto estática como dinâmica - autonomia jurídica, valoração jurídica e linguagem jurídica -, não é demais considerar como crédito ao Direito a possibilidade de reconhecê-lo como um sistema cioso da sua condição, o que culmina por caracterizá-lo mais como um sistema fechado pelo que ele mesmo se lhe propicia, do que propriamente como um sistema aberto. Esta caracterização percebe-se em dois pontos fundamentais. O primeiro deles é o fato de que o Sistema Jurídico não se confunde com um sistema natural, este que é próprio em existir na natureza e reconhecidamente aberto por permitir - em estado de submissão - trocas de energia, informação e matéria⁵⁰. Assim, diferentemente do sistema natural que é próprio do mundo do ser, o sistema jurídico trata com uma dimensão teórica que é própria do mundo do dever ser, e por isso com ideias

⁵⁰ PUGLIESI, Márcio. **Teoria do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 60.

preconcebidas e propostas por uma ética jurídica peculiar. Se compararmos os dois modelos sistêmicos na circularidade dos movimentos por eles desenvolvidos podemos dizer que o sistema natural age por um movimento *ondulatório*, dotado de um ciclo aberto com ondas projetando-se no espaço e que sugerem o imprevisível, enquanto que o sistema jurídico age por um movimento *rotatório*, dotado de um ciclo fechado em si mesmo e projetando-se numa substancialidade (matéria) que demarca o previsível. O Sistema Jurídico então não é um sistema natural do mundo do ser, mas um sistema do mundo do dever ser, onde na sua consequencialidade profilática o que se verifica não é simplesmente uma relação de causalidade, mas uma relação de imputabilidade (Kelsen), esta última cuja complexidade não se confunde com o nível relacional da primeira.

O segundo ponto fundamental que propende para o fechamento do sistema é que a condição hermética do sistema jurídico é perfeitamente identificável por força de uma adequação lógica em todo o funcionamento sistêmico. Isto na medida em que todas as ações jurídicas são determinadas por uma relação implicativa nas funções deonticas *permitido (não-proibido)/proibido*, algo que emana do próprio sistema jurídico. Neste segundo caso, então, como é possível o fechamento do sistema? O seu fechamento se dá por uma equação lógica de implicação automática entre uma função deontica e outra, afastando com isto a contrariedade lógica do sistema e que se resume na fórmula: tudo o que é permitido não é proibido, e tudo o que é proibido não é permitido. Assim, uma norma que proíbe determinada conduta retira, em sentido contrário e de forma automática, a possibilidade da sua permissão, e por sua vez a norma que permite determinada conduta retira automaticamente a possibilidade da sua proibição. Quando a lei civil diz que a maioria absoluta se dá aos dezoito anos completos, isto significa que o sujeito *A* nesta condição tem, por exemplo, o permissivo para a elaboração de um contrato de compra e venda, afastando-se dele a proibição quanto à prática deste ato jurídico.

O que não pode ocorrer, conforme comentamos acima, é a acomodação de uma contrariedade lógica no sistema *X*, em que a norma *p* permita a conduta *a*, quando a norma *q* do mesmo sistema proíbe a conduta *a*. A esta mecânica na funcionalidade do sistema jurídico podemos reconhecer a existência de um princípio que podemos denominar de *princípio binário*, por uma implicação de polaridade, e onde deparamos com um limitador lógico que emana do sistema e que se expressa pelos conceitos *jurídico/não-jurídico* ou *legal/ilegal*, ou ainda *Direito/não-Direito*. Este princípio é inerente a todo o sistema normativo jurídico, cuja providência básica de ordem funcional e prática é afastar dele as antinomias jurídicas. Dessarte, o sistema não aceita as antinomias. Tanto assim que como conseqüência deste

equacionamento lógico, medidas existem e são previstas pelo próprio sistema como forma de afastar as contrariedades normativas. Daí porque se aceitar numa relação lógica entre normas a ocorrência de normas válidas e normas inválidas, com base no fundamento de validade das normas em geral, estas que tratam com proposições prescritivas, diferentemente quando se as comparam com os enunciados das proposições descritivas que são reconhecidas como verdadeiras ou falsas, com base nos dados da ordem real, e onde o verdadeiro na concepção clássica significa algo que corresponde à realidade⁵¹. A um sistema jurídico assim que abrange todos os atos humanos, atos estes sujeitos a uma ordem normativa sem lacunas, podemos denominá-lo, como faz Von Wright, de sistema fechado⁵².

De forma resumida podemos compreender o sistema jurídico por duas realidades gerais básicas. Se por um lado o sistema jurídico existe como um conjunto normativo mediante normas gerais abstratas, dotado de organização sob um caráter lógico-dedutivo, por outro ele também existe “como instrumento metódico do pensamento, ou melhor, da ciência jurídica”⁵³.

2.3 A EFETIVIDADE DO DIREITO COMO SISTEMA FECHADO. A ESTRUTURA DO DIREITO E A SUA FUNÇÃO SOCIAL

Como consideramos acima o Direito propende para a condição de um sistema fechado ante os sintomas que lhe são próprios, desde suas características próprias mas também pela funcionalidade que apresenta. Isto traz uma consequencialidade básica que está numa relação direta com sua *efetividade*. Podemos mesmo dizer que a sua efetividade tem crédito num primeiro momento, porque oriunda de um sistema que é fechado e que resulta nele conceitualmente uma preservação ontológica, mas também pela providência que leva a efeito tanto por um alcance interno (no Direito) como também por um alcance externo (na Sociedade, de caráter social).

⁵¹ TARSKI, Alfred. **A Concepção Semântica da Verdade**. 1. ed. Trad. de Celso Reni Braida, Cesar Augusto Mortari, Jesus de Paula Assis e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Editora Unesp, 2006, p. 149 e 160.

⁵² WRIGHT, Georg Henrik Von. **Norm and Action - A Logical Enquiry**. 1. ed. London: Routledge & Kegan Paul, 1963, p. 87.

⁵³ FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. **O Conceito de Sistema no Direito**. op. cit, p. 34.

Buscar etiologicamente a ideia de efetividade do Direito isto nos coloca de conformidade em estabelecê-lo como algo que se efetiva pela concretização da sua *aplicabilidade*, mas também é o que é providencial, pela sua *estabilidade*. Ambos os aspectos devem ser considerados numa discussão de efetividade do Direito, onde o jurista não deve se deixar por isso contaminar apenas por aspectos superficiais que comumente comparecem nas sustentações imediatistas e relativistas sobre o fenômeno. Buscar a efetividade do Direito, então, é vê-lo como algo que se efetiva tanto na sua aplicabilidade como na sua estabilidade.

Mas não devemos deixar de lado o fato de que a sua efetividade (do Direito) conta também com o papel da eficácia jurídica da norma. Neste caso, as raízes do problema estão diretamente ligadas com o que podemos reconhecer aqui como *função social* do Direito, um aspecto teórico intrincado que tecnicamente está relacionado à questão da eficácia da norma jurídica. Neste caso, eficácia jurídica, efetividade e função social do Direito são coisas que se implicam. Isto constitui algo que não passou despercebido a juristas clássicos como Hans Kelsen (1881 - 1973), Norberto Bobbio (1909 - 2004) e Miguel Reale (1910 - 2006), que tangenciaram o problema sob a tratativa de eficácia da norma jurídica.

Com Hans Kelsen o que se percebe é uma construção doutrinária na qual se constata forte preocupação com um mundo normativo equacionado do ponto de vista lógico. Há uma relação lógica entre normas. Esta relação não deixa de observar um ponto basilar de hierarquia entre norma superior e norma inferior. Neste contexto destaca-se também um *ponto nuclear de fundamentação de validade* para todo o ordenamento que é a existência da norma fundamental (*Grundnorm*), esta que é fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa. Trata-se não de uma norma posta, mas de uma norma pressuposta, e neste caso uma lógica transcendental que ao configurar um plano *lógico-jurídico*, vai conseqüentemente fundamentar e consubstanciar um plano *jurídico-positivo*.

A despeito da peculiar forma de construção lógica kelseniana, quando se coloca em pauta a questão da função social do Direito o problema não é de todo algo estranho a este jusfilósofo. Isto se percebe quando ele põe em discussão o problema da eficácia da norma jurídica com implicação no mecanismo da sua validade. Aliás, neste âmbito reconhece ele que este tema é “um dos problemas mais importantes e ao mesmo tempo mais difíceis de uma teoria jurídica positivista”, e isto acontece porque esta questão constitui um caso de relação entre “o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural”⁵⁴.

⁵⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5. ed. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 292.

Para Kelsen a questão da eficácia está ligada à observação e a aplicação de uma norma, perdendo pois, sua eficácia, quando deixa de ser observada ou aplicada, caindo em desuso. Com isto podemos encontrar no autor o papel da função social da norma jurídica. Assim, devemos compreender que Kelsen não é de todo alheio a isto ao afirmar que “a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são - tal como o ato que estabelece a norma - condição da validade”, embora o fato da *validade* neste caso não se confunda com o fato do *fundamento de validade* oriundo da norma fundamental pressuposta, a qual justifica o *porquê* se deve observar as normas da ordem jurídica⁵⁵, esta última circunstância ligada, repita-se, à ideia da norma fundamental. Há que se consignar, então, duas formas de validade. Uma que se alicerça na norma fundamental (*Grundnorm*), e outra que se assegura na eficácia. Mas ambas não se confundem.

Também na linha de Norberto Bobbio é possível se reconhecer uma relação de Direito com a ideia de função social. Isto quando o jusfilósofo italiano reconhece na norma jurídica o papel da eficácia ao lado do papel da justiça e da validade. Segundo ele, estes três valores na teoria da norma jurídica são três valores distintos, onde se percebe peculiaridades que vão caracterizar cada um deles. De conformidade com seu entendimento, o problema da eficácia da norma “é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou”⁵⁶, reconhecendo com isto que uma norma pode ser eficaz sem ser válida (normas que não sendo seguidas habitualmente), e mesmo sem ser justa (a justiça é independente da eficácia).

Ao tratar da eficácia da norma jurídica Norberto Bobbio reconhece a sua importância relacionada com a sua observância e aplicação, numa relação direta com os “comportamentos efetivos dos homens que vivem em sociedade, dos seus interesses contrastantes, das ações e reações frente à autoridade, dando lugar às investigações em torno da vida do direito, na sua origem, no seu desenvolvimento, na sua modificação”⁵⁷, o que não deixa de perceber nisto algo diretamente implicativo e relacionado com o que podemos chamar de uma função social.

⁵⁵ *Ibidem*, 297.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 4. ed. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2008, p. 47.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 51-52.

Também ganha destaque o escólio do jusfilósofo brasileiro Miguel Reale, em cuja produção doutrinária verifica-se uma estruturação teórica com peculiar compreensão do fenômeno jurídico, o qual é caracterizado na sua forma composicional por três elementos básicos e fundamentais e que são: *fato*, *valor* e *norma*. O objeto de estudo da Teoria Tridimensional do Direito é verificar o fenômeno jurídico em três dimensões ao mesmo tempo, considerando aqueles três elementos de forma não apartada, mas ao mesmo tempo reconhecendo-os heterogêneos. Os elementos citados serão considerados em condições de igualdade sem se incomodar com prevalência ou prioridade de qualquer um deles diante dos demais. O método utilizado é um método lógico-dialético por um processo de implicação recíproca. Isto se conforma de maneira que a correlação entre os citados elementos vai se dar por uma “natureza funcional e dialética dada a ‘implicação-polaridade’ existente entre *fato* e *valor*, de cuja tensão resulta o momento *normativo*, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo”⁵⁸. Ademais disso, acrescenta-se que no procedimento da sua aplicabilidade - do Direito - há de se observar como critério o *decisionismo* (a convicção da decidibilidade), onde na solução do caso concreto será viável aquela decisão que comparecer como a menos traumática para a vida social.

No processo que é pertinente ao Direito e que se origina da teoria de Miguel Reale, é possível reconhecer com relevância e destaque o *papel da função social* que nele é de ser reconhecido. Isto se verifica porque, embora os elementos composicionais referidos na configuração dialética em retratar o fenômeno jurídico compareçam eles de forma a se respeitarem mutuamente, o fato social ganha um reconhecimento relevante por parte do Autor. Como comenta Maria Helena Diniz, enquanto aqueles elementos estão atraídos de forma permanente, “o fato tende a realizar o valor, mediante a norma”⁵⁹. Em sua afirmação propedêutica da compreensão fenomênica do Direito, Miguel Reale deixa claro que um dos requisitos essenciais desta tratativa consiste em “atender às exigências da sociedade atual, fornecendo-lhe categorias lógicas adequadas à concreta solução de seus problemas”⁶⁰. E estas exigências, devemos admitir, vão acontecer pela manifestação do fato social. Por isso, não há nada mais sugestivo e claro do que as palavras providenciais do Autor, no sentido de se reconhecer o comprometimento da sua teoria em ver o Direito diretamente envolvido com uma função social.

⁵⁸ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 57.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 157.

⁶⁰ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. op. cit, p. VII.

Como sistema fechado o sistema jurídico é responsável por propiciar ao Direito a sua autonomia jurídica, a sua valoração jurídica (que não se confunde com outro tipo de valoração), e também a sua linguagem jurídica como uma linguagem própria do Direito, juntamente com sua efetividade, tanto estrutural como social. E isto é necessário que se faça porque a sociedade como sistema social complexo e contingente vai encontrar apenas no sistema jurídico, através das questões jurídicas, a chave para a seletividade nas relações complexas provenientes do sistema/ambiente, conformando-lhe a estrutura⁶¹. Daí a sua necessária clausura pelos critérios que estabelece, juntamente com a efetividade que emana. Então, como sistema fechado ele é responsável por sua efetividade em dois sentidos básicos. Num primeiro sentido por uma providência *interna corporis* ou intrassistêmica, e que envolve a sua autonomia, a sua valoração e a sua linguagem, aqueles pontos acima referidos. Num segundo sentido por uma providência *externa corporis* ou extrassistêmica, cuja melhor tradução neste último caso é reconhecê-lo por uma efetividade social e que é oriunda daqueles mecanismos como a autonomia, a valoração e a linguagem. Então, dois efeitos básicos se originam da efetividade do Direito. O primeiro quanto à sua estabilidade, com uma eficácia interna para o sistema e com uma providência *estrutural* do próprio Direito. O segundo quanto à sua concreção, cujo efeito fora do sistema vai ao encontro de uma *eficácia social*, com uma efetividade do Direito na sociedade (para a vida social).

Veremos nos tópicos subsequentes e sob uma cognição analítica os referidos aspectos estruturais, com implicação tanto na clausura do sistema jurídico, como na sua efetividade jurídica para uma ordem intrassistêmica e para uma ordem extrassistêmica.

⁶¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1. ed. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 168.

3 SISTEMA JURÍDICO E AUTONOMIA JURÍDICA

3.1 SISTEMA JURÍDICO E AUTONOMIA JURÍDICA. OS ASPECTOS PONTUAIS DA AUTONOMIA JURÍDICA

Quando buscamos compreender a relação entre Sistema Jurídico e autonomia jurídica, como um primeiro ponto de sustentação envolvendo o Direito Positivo, isto se percebe como uma realidade que se manifesta na linha do pensamento jurídico ao longo do tempo. Há nisto uma característica que não se ausentou em todo momento que o homem buscou pensar o Direito, desde a forma mais insipiente do ponto de vista teórico, seguindo-se até às formas mais adequadamente elaboradas na conformidade dos recursos metodológicos. Esta fora uma característica do pensamento jurídico positivo como uma espécie de inquietação, e no sentido de propiciar a existência do Direito sob uma envergadura autônoma diante dos demais entes e das demais elaborações teóricas, com vistas à explicação de um fenômeno que passou a existir sob o édito de algo caro para os juristas, e a todos aqueles que procuraram pensar o Direito com a relevância que a ele deveria ser creditado como instrumento de pacificação social.

Diante do problema que se divisava mesmo que intuitivamente, seria necessário um recurso disciplinador das relações sociais sob um fundamento institucionalizado, e com um calibre no qual as demais instituições deveriam render-lhe as homenagens de reserva, coisa que já era reconhecida com relação a outras províncias científicas tanto do ponto de vista explicativo, como do ponto de vista estrutural, como fora o caso da Sociologia, da Economia, da História, da Filosofia, da Linguística e Literatura etc., mas que no Direito as assertivas da sua constatação e da sua afirmação ainda sofriam de uma claudicação e de uma falta de certeza e convicção. Não pelo fato de que o Direito não fosse ainda uma coisa certa na vida dos homens - porque como já demonstramos alhures mesmo nas sociedades as mais primevas ele já se manifestava e já fazia o seu papel -, mas pelo fato de que a sua assunção técnica sob uma convicção científica era ainda algo a desejar. As consciências dos homens que se apresentaram como juristas, a partir de determinado momento na história do pensamento jurídico, culminariam por alterar o rumo das coisas. E esta realidade haveria de se impor no processo evolutivo através da autonomização do Direito, por força de estruturas de expectativas jurídicas próprias diante da complexidade que a sociedade apresenta, e daí

liberando-o (o Direito) de outros entes como a linguagem, a interpretação global das coisas, bem como de outras naturezas normativas⁶².

Ao consideramos o Direito na sua autonomia jurídica, sobressai um enunciado básico no sentido de que ele não é um subsistema como pretendem alguns, aqueles que se deixam dominar por uma orientação sociológica. Diferentemente, o Direito é um sistema, um sistema próprio, dotado de configuração própria, tanto pela ótica do seu arcabouço jurídico, como também pela ótica da sua teorização envolvendo a ideia de objeto e de metodologia.

Tratar com a autonomia do Direito enquanto portador de um sistema próprio que o credencia diante dos demais modelos sistêmicos no mundo fenomênico, isto passa por um necessário reconhecimento de que existem *aspectos pontuais de essência* que informam esta realidade. Entre os aspectos pontuais com esta natureza, e que devemos alinhar na compreensão disso, sobressaem mecanismos como *unidade, autorreferencialidade, autocriação, autointerpretação, e autoaplicação*, o que culmina também, e por consequência, numa modalidade especial de sistema que é o Sistema Jurídico fechado de um lado, bem como na ideia de *supersistema* (jurídico) de outro, este último com um alcance e mesmo com uma abrangência que avança sobre os demais subsistemas sociais abarcando-os.

No primeiro caso - sistema fechado -, basta atinar para o princípio estático e também para o princípio dinâmico, os quais sempre vão estar reunidos numa mesma norma jurídica, e que dão ao sistema jurídico tanto a norma fundamental como também o poder de delegar autoridade no sentido de criar normas⁶³, fazendo-o de forma direcionada a autoridades certas. Sobre este tema, se por um lado é possível admitir-se no sistema jurídico a sua abertura cognitiva através da qual se processa as demandas externas, por outro ele é operacionalmente fechado em que ele processa e fundamenta as decisões judiciais através dos próprios elementos, e cuja comunicação jurídica é providencial para dirimir sobre o que é Direito e o que não é Direito, com consequências sobre a própria segurança jurídica. Ademais, a proibição do *non liquet* por parte do órgão julgador resulta também neste fechamento⁶⁴. Mas frise-se que o que nos interessa é a sua condição como operacionalmente fechado porque é daqui que se origina a realidade jurídica, e focá-lo cognitivamente aberto significa apenas ver o mundo e como o fato se equaciona (enquadra) ao sistema. Nisto temos que o fato deve se

⁶² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1. ed. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 122 - 123.

⁶³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. op. cit, p. 272.

⁶⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 81 - 82.

equacionar ao sistema jurídico e não o contrário. Registre-se ainda que esta constatação como sistema fechado acontece também pelo caráter de definitividade que devemos reconhecer nas decisões levadas a efeito pelo Direito, por causa do instituto da coisa julgada (vide tópico 4.3), esta que uma vez existindo não permite a interferência de qualquer fator modificativo alienígena, salvo aquelas impostas pelo próprio sistema. Neste caso a força da coisa julgada não pode mais ser colocada em questão, assumindo uma validade definitiva⁶⁵. Esta é uma característica da qual somente o Direito é detentor, no que o distinguimos com essência no mundo do *dever ser*, diferentemente do mundo do *ser* ou mundo natural. Por isso se no mundo do ser (natural) contamos com o caos pelo imprevisível, no mundo do dever ser (Direito) contamos com a ordem (ordenação) pelo previsível. Por situações como esta se justifica “libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos”⁶⁶.

No segundo caso, a constatação de um supersistema vem a lume através da análise sistêmica do Direito que possibilita verificar a sua coerência global sem se abstrair da realidade que abrange, e “sem ocultar os subsistemas múltiplos dos quais se compõe”⁶⁷. Na verdade a abrangência do Sistema Jurídico sobre os demais subsistemas acontece porque o Direito existe praticamente em todo momento para resolver problemas surgidos nos demais subsistemas⁶⁸. Então este último aspecto envolvendo um supersistema se explica por uma particularidade metodológica da sua aplicação, e que se afirma no fato de constituir o Direito o único ente - e nenhum outro - que se intromete em todas as searas da vida social. Basta atinar quanto a isto para a sua missão profilática envolvendo os conflitos - de qualquer natureza - na vida social, e mediante um critério teleológico-finalístico que o torna imbuído deste papel. Neste caso o Direito se constitui num ente que com seus tentáculos vai estar em todos os pontos da vida social. E isto acontece porque ele atende à necessidade de expectativas normativas que devem ser generalizadas de forma congruente, onde sistemas parciais como economia, política, família, ciência, finanças, planejamento, etc., ao mesmo tempo que são dependentes e independentes, tornam-se potencialmente conflitantes, e daí a necessidade de serem regulamentados detalhadamente, e onde os atritos e compensações atingem uma superação somente através do Direito⁶⁹. Por isso nenhum setor da vida consegue um ordenamento social com estabilidade e com duração sem o Direito, envolvendo

⁶⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. op. cit, p. 365.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 18.

⁶⁷ BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. op. cit, p. XXVI.

⁶⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. op. cit, p. 180.

⁶⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. op. cit. p. 226 - 227.

isto desde a família, a religião, passando pela pesquisa científica e culminando até com a própria organização dos partidos políticos com suas orientações políticas⁷⁰. Isto apresenta e explica o Direito como um espírito que ronda todas as cercanias e as circunstâncias que tocam as inquietações humanas. Sem ele, com sua onipresença, nada é possível existir, funcionar, ou mesmo atingir a um finalismo. Com isto o que interessa é reconhecê-lo na centralidade de um plano para a totalidade social⁷¹. Esta é uma realidade que tangencia a vida em sociedade em suas instituições postas pelo homem, mas que tangencia também o mundo natural. Assim temos que ao constatarmos o fenômeno jurídico como um supersistema o que se verifica é o fato de que existem diferentes sistemas (sociais ou não) com estruturas distintas de assimilação da experiência, mas que todos convergem para o Sistema Jurídico, o que fundamenta a necessidade de um ordenamento como é o Direito. Como resultante podemos reconhecer este último como algo “congruente, ou seja, como generalização de estruturas de expectativas coerentes em todas as dimensões”⁷², e que por isto se projeta para todas as instâncias e direções da vida social. Diante desta realidade a leitura que deve ser feita quando de uma compreensão jurídica é num sentido a partir do Direito para o social, e não o contrário como fazem equivocadamente os adeptos do sociologismo.

Os aspectos pontuais citados inicialmente são uma constatação que passa, não só pela presença deles como vigas de sustentação do Sistema Jurídico, mas também pela sintomatologia que deles é percebível, e que o jurista depara convivendo e vivenciando em todo momento da análise fenomênica do Direito. Pode-se dizer que com eles estamos diante de uma força condicionadora eficaz, diante da qual a teoria científica do Direito não pode se comportar com indiferença ou mesmo com negligência. Ainda mais porque é exatamente através deles que podemos dimensionar no Sistema Jurídico uma fundamentação teórica de suficiência tanto estrutural como teleológica. Neste último caso, aliás, pela providência que o finalismo aponta, é possível reconhecer inclusive nos estudos filológicos - partindo da antiguidade desde os romanos e culminando com uma determinação moderna sobre a Ciência do Direito -, um propósito de legitimidade espiritual do próprio Direito⁷³. Esta realidade última, confirmando uma disposição própria de afirmação do mundo jurídico, haveria de se manifestar nos mais diversos modelos sistêmicos do Direito, mesmo pelo que se verificou da

⁷⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. op. cit. p. 7.

⁷¹ *Ibidem*, p. 147.

⁷² *Ibidem*, p. 45.

⁷³ WIEACKER, Franz. **Historia Del Derecho Privado de la Edad Moderna**. 1. ed. Trad. de Francisco Fernández Jardón. Madrid: Aguilar, 1957, p. 122 - 123.

última geração após a primeira guerra mundial, e envolvendo a ordenação jurídica em regulamentações como propriedade e economia, democracia pluralista, forma de organização social ou socialista, e ainda forma de organização econômica liberal. Esta configuração geral fora uma constatação verificada mesmo diante de uma evolução rápida e dinâmica da legislação⁷⁴, uma particularidade que ainda na atualidade coloca a legislatura como lugar central no Sistema Jurídico. Para isto basta atinar para as atuações típicas das funções estatais.

Todos os indicativos citados dão conta da eficácia daqueles aspectos pontuais anunciados no início quanto à afirmação da autonomia do Direito. E isto se verifica ainda mais quando se coloca em destaque a sua realidade autopoietica (vide tópico 3.1.2), com a autonomia do Sistema Jurídico na relação com os demais subsistemas, estes cujas normas só adquirem validade jurídica após uma seleção pelo próprio Sistema Jurídico⁷⁵.

3.1.1 A Unidade no Sistema Jurídico: Racionalidade e Direito. A Inteligência Jurídica e o Legicentrismo

Entre os aspectos pontuais de essência que caracterizam o Sistema Jurídico comparece o primeiro deles que se corporifica na ideia de *unidade*. Talvez seja o mais significativo deles na configuração da autonomia do Direito. Isto porque os elementos que houveram de compor o Direito ao lado e outros objetos nos diferentes povos e em diferentes épocas, providenciando “ordem” na conduta (ou condutas) humana, têm a sua força haurida da unidade. Através da unidade, que se constitui em razão do fato de que todas as normas têm como mesmo fundamento de validade a *norma fundamental* (kelsen, Bobbio), a ordem das condutas humanas transmuda-se num sistema de normas⁷⁶.

Da unidade é possível uma ilação inicial com relação ao conjunto geral da sua organização. E ressaltar-lhe o caráter como elemento integrante do Sistema Jurídico é indispensável porque caminha lado a lado com o fechamento operacional do sistema. Como no caso do Direito, e nas palavras oportunas de Campilongo, “todos os sistemas diferenciados

⁷⁴ WIEACKER, Franz. **Historia Del Derecho Privado de la Edad Moderna**. 1. ed. Trad. de Francisco Fernández Jardón. Madrid: Aguilar, 1957, p. 485.

⁷⁵ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. 1. ed. Trad. de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. XXIV.

⁷⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. op. cit, p. 57.

possuem um código próprio que lhes confere unidade e fechamento operacional”⁷⁷, e o código próprio do Sistema Jurídico é reconhecido pelo enunciado binário Direito/não Direito, cuja distinção resulta no seu fechamento operacional⁷⁸, ao mesmo tempo que contribui para a sua unidade. Trata-se, então, de um requisito mesmo, este que não podemos dispensar neste seu propósito. É que a unidade é eficaz para que se tenha uma convicção quanto à existência do Sistema. E isto é sintomático quando ele exerce um papel seletivo e de conformação dos elementos jurídicos na sua organização, de cuja presença haverá de acontecer uma providência quanto à teoria científica do Direito.

O papel da unidade no Sistema Jurídico é o papel de uma função lógica. É que do ponto de vista lógico devemos ver na unidade do sistema uma espécie de *vis attractiva*, uma força capaz de manter e preservar o que é pertinente a um determinado Sistema Jurídico e afastar aquilo que não é. Com isto se materializa a própria consistência do Direito mediante uma ausência de contradições, o que propicia e fundamenta inclusive as decisões que dele são originadas e a ele são inerentes⁷⁹. Esta é uma constatação que se verifica quando comparamos desde um Sistema Jurídico Nacional com um Sistema Jurídico Internacional, ou ainda os sistemas Jurídicos dos Estados *A*, *B*, ou *C*, e indefinidamente (*N’...*), ainda mais e principalmente quando a investigação tem um propósito teórico na conformidade daquilo que é agasalhado no âmbito do Direito Positivo.

Numa linguagem figurativa devemos compreender a ideia de unidade como tentáculos que irão viabilizar a preservação da configuração de um determinado sistema. Com ela o que conseguimos como efeito é traçar o perfil caracterizador maior do sistema, que é compreender a sua identidade e ainda a sua própria personalidade - do sistema - com os traços que lhe são próprios. Esta é a sua funcionalidade lógica de essência. Com o papel da unidade podemos alinhar e equacionar tanto os modelos jurídicos com seus institutos jurídicos personalizados e com funcionalidade própria, pautados pelos regimes jurídicos que lhes são inerentes, como também os modelos de Estado que irão existir pelos reflexos da sua configuração lógica. Mas com seu resultado, o que se providencia além de uma conceituação de dimensão eminentemente positiva é o que podemos alinhar ainda com o seu alcance, e que transcende às significações ou representações fragmentárias da realidade diretas e imediatas. Estas dimensões são aquelas que vão estar vinculadas às situações de tempo e de espaço, e

⁷⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. op. cit, p. 75.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 77.

⁷⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. op. cit, p. 97.

sujeitas a constantes mudanças, mas que se modificam para se acomodar em uma condição de estabilidade e imutabilidade. Neste contexto, e com isto acontecendo, podemos a partir daí chamar a unidade de *unidade transcendente*.

Tanto o traço de identidade como de personalidade do Sistema Jurídico acontecem porque com a unidade o que se faz é providenciar uma relação e ao mesmo tempo um liame nos seus elementos jurídicos componentes, afastando estas coisas de uma condição dispersa e ao mesmo tempo colocando-as num estado de ordem. A unidade, então, providencia um estado de ordem ao Sistema Jurídico, não permitindo que os seus elementos permaneçam no limbo de uma situação caótica e desordenada, ou sob uma cadeia de elementos separados, disseminados, e indevidamente fracionados, para em sentido contrário reuni-los num estado de ordem. Com a unidade afasta-se uma situação de caos para se seguir a um estado de ordem mediante uma vinculação ou liame, que redundará numa interdisciplinaridade. Assim, os elementos jurídicos singulares e individualizados não mais haverão de existir isoladamente, mas deverão *coexistir*. Isto num processo de inteligibilidade que passa a ser uma propriedade oriunda do próprio Sistema Jurídico.

Quanto ao seu caráter de inteligência jurídica que promana do sistema, por força da sua unidade, tem ela como inspiração última uma contribuição do que podemos chamar de racionalidade jurídica. Esta inteligência jurídica oriunda de uma racionalidade que é própria do Direito, ao lado da missão em organizar o Direito, tem também a missão aplicativa de solucionar os problemas jurídicos que são submetidos ao Jurista na dimensão de um caso concreto. Sempre quando se soluciona um problema jurídico o que temos é uma atuação da inteligência jurídica, que não se confunde com uma inteligência sociológica, inteligência biológica, inteligência química, inteligência antropológica, etc. Neste contexto é possível se equacionar, então, unidade com razão jurídica, na medida em que ela ao lado de providenciar uma redução nos elementos jurídicos dispersos e caóticos num estado de ordem (ordenação como organização), também providencia o que constitui a inteligência jurídica. Doravante é próprio equacionar Razão e Direito.

Ao chegar no estágio em relacionar Razão e Direito, tendo como causa anteposta o papel desempenhado pela unidade no Sistema, nisto o analista depara com o fato de que se constata uma especial forma de sabedoria em que se verifica uma integração entre o *uno* e o *múltiplo*. Esta integração do uno e o múltiplo vai estar numa peculiar forma de dependência do que significa a ideia de Razão, compreendendo esta como a própria Razão Humana, que no seu desdobramento aplicativo haverá de conseguir no âmbito do Sistema Jurídico o que podemos conceituar como *Razão Jurídica*. Com isto podemos ter noutra dimensão do

problema, por força da unidade no sistema, um maior grau de racionalidade e de confiabilidade⁸⁰ juntos. Com isto, e agora já institucionalizados, temos aquilo que podemos conceituar como Racionalidade e Direito.

Mas, compreender Racionalidade e Direito, há nisto antes de tudo o componente da Razão Humana. A Razão enquanto elemento de essência do homem, no processo da sua caracterização, vai ser responsável por colocá-lo num contingenciamento da sua diferenciação quando comparado com todos os demais seres vivos. Com ela deparamos o principal traço de diferenciação do homem com os demais animais, aquilo que o credencia para o crescimento das suas habilidades com a demonstração de uma capacidade em transpor a realidade direta e imediata em abstração indireta e mediata. O homem não é o mesmo que um molusco, uma bactéria ou uma ameba. Dessarte, não é o fato de ser o homem um animal bípede, caminhar de forma ereta ou porque é possuidor de dois braços e mãos apenas, mas é pelo fato de ser dotado de Razão. Esta que providencia no homem uma exigência explicativa com finalidade de um estado de ordem. Desde o momento em que o homem tornou-se racional no período do *pleistoceno* em diante, esta vocação tenderia a se manifestar pelos vestígios deixados e demonstrados como fora o uso de vestuário, a construção do abrigo (casa), o uso do fogo e a utilização de ferramentas instrumentais. Nesta sua caminhada evolutiva, o que se assiste ainda é a presença de certas formas metodológicas de estratégia tanto para a caça como também para organização grupal com fins de hostilidades (ou defesa) em relação aos grupos alienígenas. A convivência coletiva nas formas sedentárias seria responsável por forcejar, ao lado da domesticação de animais e a prática da agricultura, também forjar um regramento desta convivência.

Em outro estágio do desenvolvimento na história da humanidade o fenômeno da urbanização seria responsável para, num período mais evoluído, estabelecer a *lei* como uma instituição de essência na vida do homem, esta que seria a melhor forma entre todas as fontes do Direito em manifestar o processo da racionalidade em relação a este último. Isto é perceptível diante dos grandes movimentos intelectuais no mundo. Apenas para afirmar este entendimento, basta lembrar o que se verificou com o Renascimento Italiano por volta dos Séculos XIV, XV e XVI, onde assistimos uma peculiar característica que fora a substituição do *teocentrismo* pelo *antropocentrismo*, cuja providência seria no sentido em se substituir as convicções místicas e sobrenaturais pelas convicções racionais inerentes ao próprio homem. E o seu alcance neste sentido seria em todas as dimensões da compreensão, desde o movimento

⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 3. ed. Trad. de Ana Paula Zomer Sica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 38.

literário, artístico, filosófico, científico, até às concepções jurídicas. Ao lado do Renascimento é providencial também considerar o Iluminismo que haveria de se consagrar com o advento da Revolução Francesa no Século XVIII, e onde os seus postulados filosóficos haveriam de se confirmar através de um princípio basilar tomado pela convicção da lei, ou seja, aquilo que se aceitou sob o conceito de *Legicentrismo* como princípio, através do qual se confiou à lei a determinação do conteúdo do Direito. É bem verdade que a legislação não é uma invenção da atualidade, sendo que a sua prática já era levada a efeito na Mesopotâmia e entre os antigos, com vistas à manutenção da ordem e aplicação do Direito de forma independente diante das disputas locais e da influência do poder⁸¹, o que demonstra o papel da significação da lei. Mas com o Legicentrismo vamos deparar com a mais pura forma de racionalidade do Direito com uma reconstrução da razão nas construções jurídicas. Daí porque ao considerarmos num comparativo as fontes do Direito, a lei sobressai entre as demais. Quando por um lado elegemos para um comparativo, fontes como o costume, a jurisprudência e a doutrina, o que deparamos é com juízos de dúvida. Diferentemente, neste comparativo quando levamos em consideração a lei como fonte do Direito, o que deparamos é com juízos de certeza. Esta realidade haveria de apresentar seus sintomas já no Século XVIII para uma assunção no Século XIX em diante, com uma transmutação para a positivação da vigência em que se verifica processos mais longos de permanência da legislação - codificação da legislação -, e com os quais se condicionou a vigência da lei, mediante o que se garantiu a racionalidade do Direito⁸². Tudo isso tendo como anteposto os processos legislativos com duas consequências básicas: a reorientação do Direito como positivação e como premissa das decisões, e a positivação tanto no plano conceitual geral como no plano conceitual jurídico-científico⁸³. Frise-se, ademais, que a vinculação da unidade à legalidade é tão significativo que atuar com ilegalidade não é só a negação da unidade no Sistema Jurídico, mas a negação do próprio Direito⁸⁴. Dessume-se, pois, que com o Legicentrismo como princípio a fonte primacial do Direito e o centro de gravidade no Sistema Jurídico, assegurando-lhe a unidade, passa a ser ocupado pela lei em detrimento do decisionismo.

⁸¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. op. cit, p. 228.

⁸² *Ibidem*, p. 230.

⁸³ *Ibidem*, p. 235.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 137.

Ao focarmos a dimensão da Razão Jurídica, naquilo que podemos compreendê-la como uma pertinência da unidade no Sistema jurídico, a sua constatação objetiva é possível através de determinados entes basilares que realizam um papel fundamental neste sentido. Estes entes bases são os *axiomas* jurídicos e os *princípios* jurídicos por um lado, mas também as *regras* jurídicas e as *normas* jurídicas com seus enunciados por outro.

3.1.1.1 A Autonomia Jurídica pela função dos Axiomas, dos Princípios, das Regras e Normas Jurídicas

Ao buscar a autonomia do Direito - autonomia jurídica - diante dos demais entes - que se dá na sua ocorrência pelo Sistema Jurídico -, na dimensão da sua unidade, a sua concretização se percebe mediante as funções desempenhadas na sua estruturação através dos axiomas jurídicos, dos princípios jurídicos, das regras e das normas jurídicas. É fundamental compartimentar cada um destes entes nas suas configurações próprias, visto que não se confundem tanto conceitualmente como também pelo papel que desempenham na organização sistêmica. Apesar das possíveis características e diferenciações que podemos creditar a cada um deles, sobressai entre eles um ponto comum que é um espírito prescritivo, sempre. Assim, tanto no axioma e no princípio, como na regra e na norma jurídica, existe o que podemos identificar como *prescrição jurídica*, uma característica comum que os diferencia de uma vocação meramente descritiva ou meramente enunciativa como se constata em outras províncias explicativas. Sempre que tratamos destes entes, é reconhecê-los com uma dimensão prescritiva, dado o papel que desempenham no Sistema Jurídico, nomeadamente porque a preocupação aqui é focar a missão deles em assegurar a unidade deste último.

3.1.1.2 Os Axiomas Jurídicos e os Princípios Jurídicos

Entre os entes básicos de asseguramento do Sistema Jurídico queremos nos referir ao primeiro deles que são os axiomas, e porque fazem parte deste sistema devemos reconhecê-los como *axiomas jurídicos*. Como noção ou ideia anteposta, um axioma (do grego: *axioma*; *axio* = valor, *axios*= estar em equilíbrio, válido, apropriado) pela sua significação e importância se apresenta como uma máxima, um adágio, ou mesmo um brocardo admitido como universalmente verdadeiro, sem uma necessidade de demonstração ou mesmo de comprovação. Em certas áreas do conhecimento como na Matemática ele existe como uma verdade que não exige demonstração, como uma verdade evidente por ela própria. Pela sua dimensão, uma vez que conceito e definição não se confundem do ponto de vista da Lógica Formal, se por um lado devemos dizê-lo deficiente na sua definição, por outro lado devemos dizê-lo suficiente enquanto conceito.

Os axiomas são aceitos intuitivamente e constituem fundamentos para uma ciência lógica e dedutiva. Por isso eles comparecem como pontos iniciais, ou hipóteses iniciais, como uma luz que ilumina determinados rumos a serem seguidos nas várias dimensões da compreensão, entre as quais não se coloca como exceção também o Direito. O papel do axioma jurídico tem um grau de importância destacado porque surge como aquele que batiza o caráter etiológico do Sistema Jurídico, permitindo a elaboração dele enquanto um sistema formal. Ele se antepõe a todos os demais fatores, criando um nível não só de estruturação, mas de compreensão do Direito demarcando-lhe um caráter ontológico diante dos demais fenômenos. O axioma jurídico deve ser entendido como uma máxima inicial evidente que dispensa qualquer providência demonstrável, e por isso afirmando-se por si mesmo, sendo que a sua aceitação se impõe para a organização do sequenciamento lógico no sistema. A sua presença no sistema jurídico é percebida e sentida em pontos gerais de arranjo que irão informar aspectos como *determinação*, *ordenação*, e mesmo de *contiguidade* (aproximação) nas disposições normativas e nos modelos (institutos) jurídicos.

Sobre um axioma jurídico há um implícito estado de consciência para a sua aceitação e admissão automáticas. Talvez seja o recurso lógico que mais atingiu um nível elevado de abstração para gozar de um padrão de imposição na dimensão da consciência jurídica. É que pelo seu caráter de abstração ele vai apresentar certa independência em maior ou em menor

grau de um condicionante material⁸⁵. Por esta extensão ao nível da consciência jurídica em geral, deve ele ser tido como evidente e ao mesmo tempo admitido como verdadeiro sem a necessidade de ser demonstrado. O axioma jurídico pode existir de forma posta no sistema, mas pode existir mesmo antes do sistema posto, para inspirar neste os seus mecanismos regulamentares. Se verificarmos, por exemplo, a máxima romana no sentido de que na elegante definição de Celsus o Direito é a arte do bom e do equitativo (*ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*), e que a ideia de Direito vem de *ius*⁸⁶, deparamos nestes casos com matrizes axiomáticas jurídicas. Aqui o axioma comparece já como algo anteposto ao próprio sistema.

Fazendo parte do sistema um axioma jurídico não comporta uma contraposição, em razão do *status* da sua convicção afirmada no sistema. Pode-se dizer que num carácter de generalidade ele vai constituir a premissa maior do sistema, e para a sua constatação prática em um sistema hipotético-dedutivo ele deixa um sintoma que podemos diagnosticar através de “toda proposição, evidente ou não, que não se deduz de outra, mas que é posta pelo espírito no início da dedução”⁸⁷. Ademais, ao discutir a dimensão de um axioma como um produto do espírito, devemos enxergar nisto a resultante em três operações básicas que é a simples apreensão, o juízo e o raciocínio⁸⁸. Aplicando isto ao Direito temos a *apreensão jurídica*, o *juízo jurídico* e o *raciocínio jurídico*. No primeiro caso podemos ter uma ideia ou conceito jurídico; no segundo caso podemos ter uma proposição jurídica; e no terceiro caso podemos ter uma argumentação jurídica. Com esses alcances, um axioma, então, será interpretado existindo tanto *fora* do sistema como *no* interior do sistema, mas em ambos os casos ele vai compor vigas de sustentação do sistema.

Devemos compreender e aceitar na composição sistêmica do Direito, ao lado dos axiomas, também o papel e a presença dos princípios reconhecidamente como *princípios jurídicos*. Embora os princípios possam ter uma fonte de inspiração nos axiomas, ambos não se confundem quando se trata de identificar os primeiros, principalmente se a tratativa busca uma atenção no Direito Positivo. Os princípios, diferentemente dos axiomas, são facilmente identificáveis no ordenamento, comparecendo de forma dispositiva e expressa na condução do regramento geral. De um modo geral um princípio serve de regra fundamental para as

⁸⁵ TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Tratado da Consequência**. 5. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 74.

⁸⁶ JUSTINIANO. **Digesto**. 7. ed. Trad. de Hécio Maciel França Madeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 19.

⁸⁷ LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. op. cit, p. 120.

⁸⁸ TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Tratado da Consequência**. op. cit, p. 75.

explicações tanto de alcance filosófico como científico (neste último caso uma regra positiva), podendo se assumir como uma lei de caráter geral que regula um determinado fenômeno. Nisto ele é o mesmo que uma regra-mestra (ou regra matriz), podendo comparecer como regra de comportamento, preceito ou diretriz, materializando-se em lei ou em norma. E quando focalizamos o problema no âmbito do Direito Positivo isto deve ser uma recomendação tanto para os princípios gerais do Direito como também para qualquer modelo de princípio especial que comparece expressamente encartado no sistema. Ambos assumem um caráter normativo mesmo no caso dos princípios gerais de Direito, que segundo Norberto Bobbio eles constituem “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema”, ou seja, “são normas como todas as outras”⁸⁹.

No âmbito do Sistema Jurídico positivo os princípios se destacam de um axioma assumindo-se como um poder regulamentar de forma expressa, direta e imediata, apresentando-se como regras matrizes do sistema. Podemos dizer que os princípios comparecem como regras estruturantes no sistema, o que se percebe pelo alcance da sua eficácia programática. Eles existem como componentes fundamentais do Sistema Jurídico na medida em que este se constitui numa construção de princípios e normas, e cuja estrutura ordenada conserva seus princípios próprios, estes que vão constituir o fundamento da vida jurídica⁹⁰. Daí a força da autonomia jurídica. O princípio no Sistema Jurídico positivo então é de alcance determinado como viga de sustentação e de asseguramento da própria positividade. Não há como se dissociar, no Direito, esta função elevada que é reservada aos princípios. Neste seu papel estruturante eles se projetam sobre o sistema normativo positivo propiciando-lhe o entendimento num padrão lógico e racional. Neste caso, como lembra oportunamente Celso Antônio Bandeira de Mello, a sua violação “é muito mais grave que transgredir uma norma”⁹¹.

Para se ter uma ideia do comprometimento que é reservado aos princípios, quando falamos na ideia de princípios gerais do Direito na índole positivista, eles haverão de corresponder aos princípios gerais de determinado Direito Positivo, os quais emanam necessariamente de um determinado texto legal e do sistema normativo referentes a um

⁸⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, p. 158.

⁹⁰ PALASI, José Luis Villar. **La Interpretacion y los Apotegmas Jurídicos-Logicos**. 1. ed. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1975, p. 47 - 48.

⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Editora RT, 1980, p. 230.

Estado específico⁹². Por isso os princípios jurídicos positivos não devem ser confundidos com outras naturezas de princípios, quando se coloca em pauta a compreensão do fenômeno jurídico. Neste contexto devemos nos advertir que na sua função técnica da dimensão sistêmica os princípios são, na essência, normas que não assumem distinção quanto a isto quando comparadas com as demais categorias normativas, diferenciando-se apenas quanto ao grau de generalidade ou quanto ao aspecto programático⁹³ que nutrem no sistema e para o sistema.

3.1.1.3 As Regras Jurídicas

Também é oportuno lembrar o desempenho deixado tanto pelas regras jurídicas como pelas normas jurídicas, quanto ao asseguramento da autonomia do Direito no processo da sua unidade. Advirta-se que na composição conjuntural da organização sistêmica, com vistas à autonomia jurídica, a regra jurídica não pode ser confundida com uma norma jurídica, ante a peculiaridade que caracteriza cada uma delas. É bem verdade que o conceito de regra jurídica pode acontecer de forma a abranger dois aspectos. Um primeiro envolvendo a norma enquanto algo criado por uma autoridade jurídica, e um segundo envolvendo a ideia de um instrumento ou meio que é utilizado pela Ciência Jurídica para delinear e explicar o Direito Positivo⁹⁴. Mas advirta-se que há um núcleo diferenciador entre ambas que merece registro. Este núcleo está em função da presença, ou não, do caráter determinativo e de comando no enunciado ou dispositivo articulado. Ao compreendermos a diferenciação entre a regra jurídica e norma jurídica devemos reconhecer que a primeira tem a missão de estabelecer um padrão ou um modo a ser seguido, na condução das coisas a serem observadas quando da execução dos atos, tanto pelo particular como pela coletividade. A regra trata do modelo de conduta a ser seguida, estabelecendo uma espécie de moldura das condutas, deixando entrever um discurso ou uma mensagem na sua substanciação sob um caráter de recomendação.

⁹² MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 404.

⁹³ TROPER, Michel. **A Filosofia do Direito**. 1. ed. Trad. de Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 95.

⁹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. op. cit., p. 71.

Mas não se pode dizer que a regra seja possuidora de poder ou autoridade de comando ou de imposição do enunciado, coisa que fica reservada à norma jurídica. Assim, se a regra jurídica constitui algo que vai estar ligado à substanciação ou à mensagem do enunciado, o que podemos relacionar com a ideia de um valor jurídico, a norma jurídica por seu turno constitui algo que vai estar ligado a uma significação prescritiva dotada de poder e autoridade para impor esta prescrição. Dessarte, enquanto na regra jurídica podemos encontrar uma qualificação jurídica que acontece pela interpretação do fato em semelhança (equacionamento) com a interpretação do enunciado, na norma jurídica encontramos uma qualificação jurídica que acontece pela interpretação do seu poder e da sua autoridade como um comando ou uma imposição.

3.1.1.4 As Normas Jurídicas

Conforme comentamos acima a regra jurídica não se confunde com a norma jurídica. Se a regra comparece como um *referencial* ou recomendação geral que brota do seu enunciado, a norma comparece como uma *imposição* especial com uma ilação lógica ligada à ideia de sanção. Por isso as normas são “mais diretamente comprometidas com os comportamentos observáveis do que as regras”⁹⁵. Elas servem para observar, corrigir e recompor comportamentos, em função da autoridade que assumem e que possuem.

Na diferenciação entre regra jurídica e norma jurídica, reconhecendo esta última como um mandamento, uma ordem, uma prescrição⁹⁶ ou um comando, isto nos remete necessariamente e de forma preliminar ao reconhecimento de um fundamento básico o qual se coloca como um pressuposto a tudo que possa assegurar à norma jurídica um traço demarcador normativo. Trata-se de um condicionante que pode ser elevado à condição de um princípio jurídico, e que podemos denominar de princípio deontológico. Este princípio nos indica a norma jurídica como algo complexo e devidamente caldeado, algo a ser observado porque pautado na ideia de dever ser. A fundamentação disto está no fato de que a norma jurídica é produto de fatores determinantes como realidade social, costumes normatizados, experiência histórica, mas também valores relevantes e eleitos, e daí a necessidade de regular

⁹⁵ LIVET, Pierre. **As Normas**. 1. ed. Trad. de Fábio dos Santos Creder Lopes. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 40.

⁹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. 1. ed. trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 1.

e conformar a sociedade, não se confundindo isto com simples imaginação ou meros conceitos⁹⁷. Por abranger estes aspectos a norma jurídica deve ser reconhecida como algo dotado de *normatividade*, esta que comparece como um qualificativo e que conforme Friedrich Müller, pressupõe uma concepção da norma como “um modelo ordenador materialmente caracterizado e estruturado”, envolvendo uma qualidade dinâmica para ordenar a realidade a ela subjacente, ao mesmo tempo em que também é condicionada por esta mesma realidade⁹⁸, pontos estes que legitimam a sua autoridade. Já num anteposto disto e que evolui para isto, devemos reconhecer que a normatividade faz parte da natureza humana como uma característica de essência, diretamente relacionada à condição de ser vivo. Como lembra Pierre Livet “o vivo é essencialmente normativo, porque o normativo consiste em impor seleções às interações possíveis”⁹⁹. O homem é normativo. Por isso, para se exercer o seletivo no contexto das interações humanas a norma jurídica exerce um papel insubstituível.

Na compreensão do princípio deontológico não podemos confundir a ideia do *ôntico*, do *ontológico* e do *deontológico*. Um ente ôntico é algo que se considera estável ou paralisado em determinado momento sem qualquer função exercida. Um ente ontológico exerce uma função lógica e que é desempenhada em determinado momento, transmudando-se o seu conceito em razão de um papel atribuído ou acrescido, e por ele desenvolvido. A norma jurídica não deve ser compreendida como um ente apenas ôntico ou mesmo apenas ontológico, mas deontológico. É que pelo seu caráter deontológico a norma jurídica é colocada numa condição de transcender ao ôntico e ao ontológico. O ôntico e o ontológico são momentos pretéritos ao deontológico. Com a presença deste último, ao fazermos um comparativo entre a natureza (mundo natural) e o Direito Positivo, a natureza é o que *é*, enquanto que o Direito é o que *deve ser*, uma particularidade que será responsável por determinar o perfil ontológico do mundo jurídico. Esta é uma necessária diferenciação que devemos ter em mente para bem definir o caráter ontológico do Direito, sobretudo quando o focalizamos na sua teleologia pela sua essência¹⁰⁰. É bem verdade que podemos equacionar o ontológico na norma jurídica pela função lógica que nela devemos localizar, mas devemos

⁹⁷ PALASI, Jose Luis Villar. **La interpretación y los Apotegmas Jurídico-Logicos**. 1. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1975, p. 9.

⁹⁸ MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito - Introdução à Teoria e Metódica Estruturantes**. 3. ed. Trad. de Ana Paulo Barbosa-Fohrmann, Dimitri Demoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Mioto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Galdes Ferreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 35-36.

⁹⁹ LIVET, Pierre. **As Normas**. op. cit, p. 8.

¹⁰⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. op. cit, p. 121.

reconhecer nisto uma função jurídica pelas formas como eleitas pelo Direito. E neste caso haverá uma ligação umbilical com o deontológico pela ideia de *dever-ser* que daí se reconhece, conforme lembramos anteriormente. Ao mesmo tempo devemos reconhecer também que é através da norma jurídica que identificamos o deontológico. Conforme comenta Norberto Bobbio: “Estou de acordo com os que consideram o direito como uma figura deôntica, que tem um sentido preciso somente na linguagem normativa”.¹⁰¹

Quando tratamos do caráter deontológico que demarca o espírito da norma jurídica dando a ela a essência de *dever-ser*, diferenciando-a de um caráter meramente ôntico dominado apenas pela ideia de *ser*, o que fazemos é providenciar na dimensão do Sistema Jurídico a autonomia como uma propriedade (qualidade especial) aplicada ao Direito. E esta autonomia se assegura através de certas funções lógicas propiciadas pela Deontologia. Estas funções lógicas são retratadas pelos operadores deontológicos tidos como *obrigatório*, *proibido* e *permitido*. O jusfilósofo George Henrik Von Wright, membro da Academia da Finlândia e fundador da lógica deontológica, após abalizada reflexão sobre a lógica deôntica numa investigação lógica (Logical Enquiry), afirma que estes operadores (obrigatório, proibido e permitido) estão relacionados às hipóteses prescritivas da norma jurídica, sendo que no entendimento disto comparece como primeiro problema aquele que está conectado com a natureza dos condicionantes que vão caracterizar estas hipóteses (prescritivas). Segundo ele, e ao lado disto, podemos assegurar também como causa deste fenômeno um mecanismo de “formalização” que normalmente acontece no processo da formulação normativa¹⁰². Uma investigação assim não constitui algo que acontece como um mero capricho ou sabor de diletantismo teórico, mas trata-se de uma necessidade real na vida do Direito, visto que estudar uma civilização do ponto de vista normativo, quanto às ações determinadas, isto significa considerar ações proibidas, ações ordenadas e ações permitidas como condutoras na vida dos indivíduos¹⁰³.

Com o fenômeno da formalização culminamos com um aspecto fundamental que é o ponto central de partida para o reconhecimento das operações normativas em geral. Há nisto um resultado lógico no Sistema Jurídico, e que não se consegue senão por uma organização formal na estruturação do Direito. Assim, as hipóteses prescritivas em geral, haverão de se

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1. ed. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p. 8.

¹⁰² WRIGHT, Georg Henrik, Von. **Norm and Action - A Logical Enquiry**. 1. ed. London: Routledge & Kegan Paul, 1963, p. 168.

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 4. ed. Trad. de Fernando Pavan Baptista e de Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2008, p. 15.

estabelecer num caldeamento lógico da proposição (prescritiva e não meramente descritiva) com uma consequencialidade na caracterização da norma jurídica, e que é retratada por aquelas operações funcionais (obrigatório, proibido e permitido). Com isto o espírito e a ousadia da predisposição deontológica, na organização jurídica, haverá de manifestar a sua força tanto na ação como na conduta dos destinatários da norma jurídica, condicionando tanto o caráter - pela determinação de uma ação - como o conteúdo - pela ação a ser praticada - desta última. Mas esta força deontológica haverá de se manifestar também pelas condições de aplicação da norma neste caso - envolvendo as circunstâncias da execução da ação -, podendo manifestar-se aqui ora de natureza *categorica* (condições pressupostas pelo próprio conteúdo da norma: “Feche a porta”, havendo apenas uma porta para ser fechada), ou ainda de natureza *hipotética*, que acontece nesta última hipótese quando a norma sugere outras condições ainda mais a serem observadas para se compor o seu comando obrigatório, proibido ou permissivo¹⁰⁴.

Dessarte, na sua generalidade, as normas de Direito em geral voltam-se por se consorciar com os destinatários delas, os quais deverão observar a forma imposta pelos seus comandos tanto em fazer qualquer coisa (um preceito objetivo ou obrigatório como pagar imposto, prestar serviço militar, etc), como a forma imposta de evitar de fazer qualquer coisa (um preceito negativo como não matar, não roubar, etc.), como também uma forma imposta de permitir fazer qualquer coisa (um preceito permissivo como redigir um testamento, efetuar uma doação, efetuar um empréstimo, etc.)¹⁰⁵. Verifica-se nisto comandos normativos positivos, comandos normativos negativos e comandos normativos permissivos, que se verificam nos modais deônticos do obrigatório, do proibido e do permitido, reconhecidos por Kelsen como funções normativas. Estes comandos quando não observados espontaneamente haverão de ser assegurados pela garantia de uma autoridade superior, com o poder de fazê-los valer, e se necessário, com a força da coação. A autoridade detentora do poder neste caso é o Estado¹⁰⁶.

Frise-se que o procedimento levado a efeito quanto aos modais operativos será eficaz para uma exata conclusão acerca da autonomia jurídica que devemos creditar ao Direito diante dos demais entes, e também da autonomia que devemos assegurar à teoria jurídica (científica) diante das demais formas teóricas em geral.

¹⁰⁴ TROPER, Michel. **A filosofia do Direito**. op. cit, p. 85.

¹⁰⁵ OSPITALI, Giancarlo. **Istituzioni di Diritto Pubblico**. 5. ed. Padova, Itália: Casa Editrice Dott, 1966, p. 23 - 24.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 24.

Quanto ao papel da norma jurídica em providenciar a autonomia jurídica que é creditada ao Direito, outros aspectos da sua caracterização também merecem ser levadas em consideração. Um primeiro aspecto refere-se aos sujeitos a quem ela é destinada dando-lhe por isso um caráter de *heteronomia*. Isto acontece porque o Direito tem o seu fundamento em algo externo (Kant), ou seja, não se trata de um regulamento ensimesmado, não só porque destinado a pessoa diversa daquela que emite a norma, mas também porque o seu fundamento leva em consideração fatores objetivos exteriores aos sujeitos em geral, do mundo objetivo. Enquanto heteronomia, a norma jurídica não se confunde com a norma moral, esta que é conduzida pela ideia de *autonomia* para a concretização da autonomia da vontade (neste caso as pessoas obedecem a si mesmas). Pode-se dizer que com a heteronomia o Direito, na lapidar lição extraída da concepção kantiana, providencia uma liberdade exterior onde se verifica a relação das liberdades, e com isto não se limitando a uma liberdade interna ou moral, ou a uma independência da vontade traduzida em impulsos, necessidades e paixões do sujeito¹⁰⁷. Isto levaria Kelsen a afirmar que a norma jurídica enquanto ordem normativa, constitui-se em algo que regulamenta a conduta de uma pessoa humana sob a condição em que ela se encontra em relação com as outras pessoas¹⁰⁸.

Ao lado da heteronomia, oportuno torna-se registrar ainda a *sanção*, e a *promulgação* (edição) como características da norma jurídica, responsáveis por compor o patrimônio que vai fundamentar a autonomia do Direito. Ao focalizarmos o papel da sanção como algo de essência da norma jurídica ela comparece como uma força diferenciadora eficaz em distinguir uma norma jurídica de uma norma moral e mesmo de uma norma de comportamento. Podemos dizer que todas estas formas normativas são normas com um alcance social. Todavia não podemos dizer que a sanção percebida em todas elas são iguais pelo alcance e relevância que desempenha no processo de ordem, enquanto ordenamento na vida da sociedade. É que a intensidade e relevância da sanção nestes casos assumem padrões diferenciados.

Numa visão geral a ideia de sanção deve ser compreendida como uma resposta ou um resultado que se verifica pelo cumprimento ou pelo descumprimento de uma norma, por força de um princípio reconhecido como *princípio retributivo* (Kelsen). Mas esta resposta ou resultado verificado pelo cumprimento ou descumprimento naquelas modalidades normativas acima referidas não são da mesma forma. Assim, a sanção quando do descumprimento tanto de uma norma moral, como de uma norma de comportamento, não vai assumir o mesmo tipo

¹⁰⁷ HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. 1. ed. Trad. de Christian Viktor Hamm e Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 236.

¹⁰⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. op. cit, p. 48.

de sanção quando do descumprimento de uma norma jurídica. A norma moral, como sabemos, traz para aquele que a descumpra uma sanção de foro íntimo, e quando esta sanção transcende o foro íntimo para um alcance das relações humanas, quando muito, o que se verifica é uma reprovação sem mecanismos de reparação coercitiva. Também com a norma de comportamento social (como um cumprimento, um aperto de mão, ou um traje relativamente adequado a um determinado ambiente), uma vez ocorrendo a sua inobservância, basicamente o que o que se verifica é um alcance reparador que permanece no nível de uma constatação ou de uma observação refletida ou mesmo comentada. Diferentemente, com o descumprimento de uma norma jurídica o resultado será uma desvantagem, e com o seu cumprimento o resultado será um prêmio. No primeiro caso estaremos diante de uma situação na qual a reparação pela sanção poderá envolver uma conduta passível de uma aplicação coercitiva.

Com a norma jurídica verifica-se a aplicação de uma coação quando do seu descumprimento. A coação constitui já uma nota distintiva do Direito em relação a outras ordens sociais, e ele Direito enquanto coação deve significar, entre outras providências jurídicas, medidas como privação da liberdade, privação de bens econômicos, integridade corporal, privação da vida em alguns casos, deportação, proibição de frequência a determinados locais ou estabelecimentos, etc., por critérios e pressupostos previamente estabelecidos pela própria ordem jurídica. Através dela se justifica inclusive a utilização de força física caso seja necessário por parte do Estado. Isto é um traço diferenciador entre uma sanção jurídica que é própria da norma jurídica de uma sanção não jurídica, pertinente a qualquer outra categoria normativa. Como comenta com proficiência Roberto José Vernengo - após uma análise sobre autores como Von Wright, Alf Ross e Hans Kelsen -, que de uma forma geral as ações de uma pessoa estão sujeitas a provocar uma reação por parte de outra, mas somente as sanções jurídicas estão legitimadas em agir com reações mediante as quais é possível o uso efetivo ou potencial da força física, na medida em que esta pode incidir na perda da qualidade humana ao influir sobre a autodeterminação dos indivíduos. Em tal situação a sanção jurídica vai implicar em uso permitido da força como uma outorga às autoridades incumbidas de manter a ordem social, as quais assim agirão pautadas por dever e obrigação¹⁰⁹. Daí que o uso sancionador da força física como algo intrínseco ao Direito, providenciando a ele não só uma exposição mas também uma confiança¹¹⁰, não será admitido a outros entes que não a comunidade jurídica com seus órgãos, o que haverá de acontecer

¹⁰⁹ VERNENGO, Roberto José. **Curso de Teoría General del Derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1995, p. 181.

¹¹⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. op. cit, p. 64.

como uma imanência nos termos da norma jurídica sob pena de incidência em abuso. A norma jurídica positiva então, como referência, haverá de enumerar a sanção neste caso, tanto na esfera civil como na esfera penal, e com os respectivos atos de força. Este é o critério apropriado, pesando-se o *antes* e o *depois* da norma, com uma análise das circunstâncias afastando-se o caráter imutável e perene nas soluções a serem aplicadas aos casos concretos.

Assim, no caso da norma jurídica, diferentemente de qualquer outra categoria normativa, sanção e coação (coerção) são institutos jurídicos que caminham juntos no processo de equacionamento envolvendo o fenômeno da institucionalização jurídica. Nisto se verifica uma diferenciação da norma jurídica que se concretiza na dimensão da sanção, quando comparada com as demais categorias normativas como são as normas morais, de comportamento, religiosas, etc., e que dá a ela uma necessária compreensão sobre a sua identidade e legitimação, para daí existir, necessariamente, pelos mecanismos de uma organização própria, constituindo na sequência uma força determinante sobre a autonomia do Direito.

Acrescente-se ainda como forma caracterizadora da norma jurídica na composição da autonomia do Direito, aquilo que constitui a sua promulgação (edição). Entenda-se a promulgação não como o mero ato de publicação da lei, mas a consequentialidade jurídica deste ato. Trata-se de uma providência que previne a exigibilidade da norma jurídica, como salvaguarda do Direito quanto à sua observância num sentido geral na conformidade do princípio latino *nemo jus ignorare censetur*, afastando com isto a escusa ao cumprimento da lei. Com a promulgação o que se faz é divulgar e dar conhecimento do Direito aos seus destinatários para um alcance de obrigatoriedade necessária à norma jurídica. Há nisto uma presunção do seu conhecimento geral, e que não pode ser diferente no padrão da sua organização formal (do Direito). Mediante a promulgação o que se faz é providenciar a eficácia do Direito sob um procedimento formal envolvendo dois pontos fundamentais. O primeiro deles é quanto à pessoa legitimada na sua edição, e o segundo é quanto à dimensão do seu alcance relacionado aos fatores de tempo e de espaço, afastando com isto seu desconhecimento por qualquer um que seja e aos quais a norma é dirigida.

Ao definir o papel da legitimidade da pessoa habilitada em editar o Direito, não temos dúvida que a sua providência é no sentido de restringi-la à pessoa do Estado. Não há como substituir a pessoa do Estado nesta missão - sobretudo nesta quadra da História do pensamento jurídico e principalmente diante de um mundo globalizado como o que experimentamos neste Século XXI -, embora possam existir opiniões pautadas por uma visão partidária de teorias como a Teoria Pluralista ou mesmo a Teoria do Paralelismo, ou ainda a

Teoria do Negócio Jurídico ao desvendarem as fontes do Direito. Estas formas são formas que não vingam, eis que não há a menor possibilidade em se acatar modelos jurídicos à revelia no Estado, visto que em *ultima ratio*, e em qualquer hipótese, competirá ao Estado dizer o Direito, seja quanto à sua criação, seja quanto à sua execução, seja quanto à sua preservação.

Ao afirmarmos que compete ao Estado em dizer o Direito, definindo este último pela sua promulgação (edição), e com isto reconhecendo a pessoa do Estado como legitimado para isto, a legitimação deste se constata pela prática em duas situações básicas. A primeira pelo ato legislativo com a atuação do Parlamento através da elaboração da lei. A segunda através da atuação jurisdicional pela atuação do Judiciário através das decisões judiciais. No primeiro caso temos a criação do Direito pelas *normas gerais* (ato legislativo), e no segundo caso temos a expedição do Direito pelas *normas individuais* (ato judicial) que haverão de ser expedidas com observância às normas gerais (kelsen). Na compreensão da organização sistêmica do Direito, ambas as formas devem ser compreendidas como formas de promulgação do Direito, pela providência que se verifica em ambos os casos. No primeiro caso se verifica uma promulgação que pelo sentido abstrato da norma o seu alcance é geral. No segundo caso o que se verifica é uma forma de promulgação pelo sentido concreto da norma que é elaborada a partir dali, e cujo alcance é especial, mas que também pode ser dotada de efeito *erga omnes* para um alcance diante da coletividade, prevenindo esta quanto à solução do caso concreto.

Por derradeiro é oportuno e providencial lembrar que o papel da norma jurídica no asseguramento da autonomia jurídica do Direito, faz dela uma necessária ligadura com o sistema jurídico. Pode-se dizer que ela tem uma relação de dependência com o sistema jurídico para ser caracterizada como norma jurídica, visto que o Direito enquanto um conjunto coordenado de normas resulta no fato de que “uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo”¹¹¹. Por isso uma característica básica que sobressai é o fato de que ela produz sentido e efeito no conjunto com outras normas, o que as capacita no papel das instituições e onde as obrigações são firmadas numa rede de normas¹¹². Dessarte, pode-se dizer da impropriedade e mesmo da impossibilidade em se definir uma norma jurídica de forma isolada, havendo a necessidade de se buscar a sua conformação com outras normas, observando-se nisto tanto uma relação de autoridade com relação à sua colocação no mundo normativo jurídico, como uma relação de

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Trad. de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 21.

¹¹² LIVET, Pierre. **As Normas**. op. cit, p. 9 - 10.

conteúdo norma/norma. Assim, é um mundo de relação das normas umas com as outras. Deste modo uma norma será jurídica se pertencente a um sistema jurídico. Por isso é sugestivo reconhecer, no papel da autonomia do Direito, a norma jurídica fazendo parte integrante do sistema jurídico, porque como dissemos, é neste ambiente onde ela vai conseguir a sua conceituação como tal. Ademais, numa interpretação extensiva a própria ideia de sanção, tendo a coerção como suporte fazendo parte da norma jurídica, ambas vão encontrar a sua caracterização na dimensão do sistema jurídico. Se uma determinada norma jurídica não trazer consigo uma sanção em especial, o sistema jurídico no seu conjunto providenciará por fazê-lo. Daí porque Bobbio ao procurar definir o Direito pela noção de sanção, e ao tratar do caráter distintivo do primeiro, o faz não em razão de um elemento da norma isolada, mas em razão de “um complexo orgânico de normas”¹¹³. Isto é ligar a noção de Direito, com fundamento na sanção, ao sistema jurídico.

3.1.2 A Autorreferencialidade (Autorreferência) no Sistema Jurídico. A Contribuição da Autopoiese

Satisfeitos os pontos básicos pelos quais devemos compreender e aceitar a unidade do Direito, comparece seguidamente no acertamento da sua autonomia o que devemos compreender como *autorreferencialidade*. A autorreferencialidade enquanto uma qualidade do mundo jurídico identifica para nós a sua qualidade de autorreferência. Isto é um sintoma da sua animação ontológica em que o Direito se constitui num ente que existe em si mesmo e por si mesmo. É o mesmo que reconhecermos a sua autossuficiência, e por isso no contexto da satisfação que deve ele dar, enquanto um ente próprio, esta satisfação é apenas para ele mesmo. Esta é uma vocação que deve ser assim compreendida porque é exatamente isto que faz a existência de um objeto científico próprio, juntamente com uma metodologia científica própria. Se não tratarmos teoricamente o problema com este enfoque estaremos dificultando o propósito científico do Direito.

¹¹³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. op. cit, p. 27.

A autorreferência é um sintoma da tratativa científica do Direito, que nos possibilita reconhecer que com ele aconteceu e acontece o que se verificou com todos os demais ramos científicos em geral, na ordem explicativa dos fenômenos, os quais tiveram o cuidado quanto ao seu encaminhamento neste sentido. Isto é o que se constatou no mundo das ciências naturais sem vida (Química, Física, Astronomia, etc), no mundo das ciências naturais com vida (Biologia, Botânica, etc), no mundo das ciências formais (Matemática, Lógica, etc), no mundo das ciências sociais (Sociologia, Economia, História, etc), etc. O Direito não se coloca como exceção no seu processo compreensivo, visto que a isto vai estar jungido por força da imposição que a ele se lhe verifica. Uma imposição que não está na sua escolha, mas numa relação imediata com uma *apresentação* envolvendo a existência do fenômeno jurídico.

Na medida em que o fenômeno jurídico existe não por escolha ou por preferência deste ou daquele sujeito, mas porque o mundo fenomênico assim o determina, o problema assume uma dimensão que não está, repita-se, no plano da escolha e tampouco no plano da preferência. O caráter científico do Direito, então, como algo que se percebe pelo fundamento da autorreferência, não acontece por um mero diletantismo ou um mero *sentimento jurídico*, visto que isto não é fonte do conhecimento do Direito¹¹⁴, mas sim pelo fato da sua constatação enquanto fenômeno. Isto forceja o *algo jurídico* mesmo que não se deseja este algo. Esta é a raiz justificadora num primeiro momento do que devemos reconhecer para um fundamento da autorreferência no Direito, principalmente quando a tratativa deste é desenvolvida no âmbito do Direito Positivo, e com as peculiaridades que daí podemos extrair. Ademais, numa dimensão científica, para justificar o papel da autorreferência, o Direito então também deve ser cioso e ao mesmo tempo tutor sobre os mecanismos teóricos envolvendo tanto a ideia de objeto próprio como a ideia de metodologia própria. Pela autorreferência, então, sobressai por um lado não só uma ilação automática intuitiva, mas também por outro uma demonstração discursiva de que o Direito existe em ambos os casos.

Quando falamos no Direito como autorreferência, com vistas ao que é próprio do Direito Positivo, isto implica num primeiro momento e de forma pressuposta com a possibilidade de uma *referência*, ou seja, um ponto de base e sustentação a ser observado quando dos desdobramentos dos incontáveis atos jurídicos a serem produzidos. Neste contexto somos levados a reconhecer o Direito como referência para ele mesmo em todas as dimensões possíveis do que podemos compreender para uma implicação jurídica. Tanto no que diz respeito com relação aos encaminhamentos gerados pelo próprio Direito, como

¹¹⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. op. cit, p. 170.

também pelos atos a serem praticados por iniciativa dos destinatários de uma norma jurídica. Em ambas as situações a atenção vai estar concentrada no Direito. É o mesmo que dizer que o Direito vai constituir a pertinência jurídica, ou não, de um ato praticado, ou ainda dizer se um determinado ato praticado pertence, ou não, à categoria de *ato jurídico*, diferentemente de um ato químico, de um ato sociológico, de um ato econômico, etc.

Ao se focalizar a ideia de referência que se extrai do Direito para os futuros atos jurídicos, isto implica também no fato de que os seus preceitos haverão de funcionar de maneira a propiciar no sistema uma certa estabilidade. Com isto haverá de concorrer também, na dimensão da organização sistêmica, uma cadeia causal donde se poderá pressupor e extrair um efeito teleológico¹¹⁵, na conformidade daquilo que o próprio sistema sugere. Dessarte, com isto o que se verifica é uma circularidade dos acontecimentos jurídicos na conformidade de um comportamento gravitacional em torno do Sistema Jurídico, o que pode bem ser compreendido e encaminhado pelo que sugere a sua autorreferencialidade.

Mas advirta-se que ao tratarmos da ideia de autorreferência no Direito verificamos mesmo antes disto já uma longa trajetória. Na modernidade quando buscamos as raízes da autorreferência nos sistemas, a sua fundamentação teórica num primeiro momento remonta ao trabalho desenvolvido pelos biólogos chilenos Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela (*De Máquinas e Seres Vivos, Autopoiese: A organização do Vivo; A Árvore do Conhecimento: As Bases biológicas da Compreensão Humana*). O início da trajetória é uma preocupação biológica, onde o estudo e a afirmação teórica destes biólogos no campo da Biologia, com vistas não só em compreender e explicar a vida mas também dizer a vida enquanto um sistema, haveriam de afirmar uma convicção teórica por eles denominada de Autopoiese. Com a autopoiese (do grego *autós* = de si mesmo, por si mesmo, espontaneamente, e *poiesis* = criação, produção) temos um conceito teórico que enfeixa uma providência autorreferencial, que os nominados biólogos compreenderam a sua aplicação sobre a ideia de vida, quando até então, por ausência de um conceito preciso de vida contentava-se com a ideia de movimento ou *animação* própria¹¹⁶, além do reconhecimento de algumas características peculiares capazes de reger os organismos vivos, e donde é possível se extrair a lógica molecular da vida¹¹⁷. Maturana e Varela reconhecem que para se saber se um organismo é vivo, na história

¹¹⁵ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. op. ct, p. 69.

¹¹⁶ BOLSANELLO, Aurélio; BOSCARDIN, Nicolau. **Caminho do Cientista**. 32. ed. São Paulo: Editora Coleção FTD, 1965, p. 14.

¹¹⁷ NELSON, David L.; COX, Michael M. **Princípios de Bioquímica de Lehninger**. 5. ed, Trad. de Fabiana Horn. Porto Alegre: Artmed Editora S.A., 2011, p. 1 - 2.

da Biologia foram adotados critérios como composição química, capacidade de movimento e reprodução, todos com certas propriedades. Mas eles preferem trabalhar com a ideia de *organização*¹¹⁸, e isto vai ser o passo primordial e ao mesmo tempo determinante para uma modulação sistêmica. A etiologia disto vai estar no fato de que a organização de um ente - ou de algo - vai implicar necessariamente nas relações - as relações que constituem a organização - que devem existir para que este ente exista ou para que ele *seja*, uma situação que é universal quando de uma cognição básica no processo da indicação ou distinção dos entes. A esta organização que se caracteriza por um modo de produção *própria* e *contínua*, aqueles autores a definem como *organização autopoietica*, uma forma implicativa para um modelo de sistêmico fechado e oriundo da sua própria dinâmica, onde os seres vivos deverão de ser reconhecidos como unidades autônomas e em sistemas ditos também autônomos. Neste contexto a autopoiese significa a providência de uma autoprodução da vida através de elementos certos, os quais são também reproduzidos pela própria vida. Há nisto uma circularidade. Mas lembre-se que a ideia desta forma de organização não é algo pertencente apenas aos seres vivos, mas deve ser compreendido como algo comum a tudo que possa ser averiguado e mesmo investigado como sistema¹¹⁹.

Saindo e transcendendo o domínio da Biologia, a autopoiese haveria de atingir e alcançar o mundo das Ciências Sociais. A atuação eficaz neste sentido fora levada a efeito por Niklas Luhmann ao reconhecer a autorreferência nos sistemas sociais, os quais, como sistemas auto-organizados deverão de produzir e reproduzir os próprios elementos sob um modelo de forma circular e fechado. Com isto, ao lado da auto-organização, os sistemas sociais serão capazes de produzir a própria ordem, e eles serão credenciados também como autorreprodutivos, capazes de reproduzir os próprios elementos. Na continuidade de uma autopoiese social própria e particular, diferente de um processo biológico, comparece o processo da comunicação. Segundo Luhmann a operação aqui se dá mediante a comunicação, compreendida esta como uma “realidade emergente, um estado de coisas *sui generis*”, que é produto da síntese de três formas seletivas, quais sejam, uma seleção que se faz sobre a informação, uma seleção que se faz sobre o ato de comunicação, e uma seleção que se faz sobre o entendimento quanto ao ato de informação e quanto ao ato de comunicação¹²⁰. Para

¹¹⁸ MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A Árvore do Conhecimento. As bases Biológicas da Compreensão Humana**. 9. ed. Trad. de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 48 - 49.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 52 - 57.

¹²⁰ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. op. cit. 297.

isto se exclui qualquer determinação psicológica da unidade dos elementos que compõem o sistema. Segundo ele, a comunicação tem “todas as propriedades necessárias para se constituir no princípio de autopoiesis dos sistemas sociais”, comparecendo como uma “operação genuinamente social” compreendendo vários sistemas de consciência e não sistema de consciência isolada¹²¹. No contexto da comunicação os sistemas sociais são noéticos (a *noesis* como disposição reflexiva da consciência) movidos por um sentido (dois tipos: sistema de consciência que experimenta sentido e sistema de comunicação que reproduz sentido¹²²), e onde a comunicação aqui é capaz de se auto-observar, na firme convicção de que os sistemas sociais são construídos como sistemas que se auto-observam¹²³, sendo que é preciso pressupor neles a observação como uma operação que se executa e se efetiva no próprio sistema. E isto se dá porque na teoria do sistema fechado, o sistema desenvolve um processo pelo qual diferencia a observação como forma de aumentar a sua capacidade frente ao meio, o que é possível mediante instâncias e unidades de reflexão pertencentes ao próprio sistema. Então, a observação sobre o meio se realiza no próprio sistema, de forma interna, cujas operações oriundas do próprio sistema implicam em compreender e aceitar uma diferença lúcida entre autorreferência (própria do sistema) e heterorreferência. Enquanto auto-observação, a observação é uma emanção da autorreferência, afastando a observação exterior. Mas ao mesmo tempo é oportuno advertir que na providência disto o processo da comunicação nos sistemas, conforme Talcott Parsons, possui já como anteposto e base comum a própria conduta humana, cuja compreensão tem por atenção “o estudo da estrutura e do funcionamento da personalidade como sistema, em relação com outras personalidades, e o estudo do funcionamento do sistema social enquanto sistema”¹²⁴. A socialização no caso será possível mediante a generalização da significação emocional com sua comunicação - numa relativa divergência com Luhmann -, juntamente com uma categorização envolvendo um sistema de normas morais reguladoras. Sobre isto ele reconhece também o papel do superego na estrutura da personalidade envolvendo a relação entre personalidade e cultura comum geral, em razão do que se torna possível um sistema estável de inter-relação social envolvendo os seres humanos em sociedade. No processo desta estabilidade sistêmica comparecem, então, não somente as significações morais, mas também os componentes da cultura comum que

¹²¹ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. op. cit. p. 293.

¹²² *Ibidem*, p. 231.

¹²³ *Ibidem*, p. 20.

¹²⁴ PARSONS, Talcott; BALES, Roberts F.; SHILS, Edward A. **Apuntes Sobre la Teoría de la Acción**. 1. ed. Trad. de María Rosa Viganó de Bonacalza. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1953, p. 13.

farão parte (internalizados) da conduta e do comportamento social. Daí reconhecer neste último caso que um sistema social se constitui numa “função da cultura comum, que não só forma a base da intercomunicação de seus membros, mas que também define - e em certo sentido determina - os *status* em relação a estes membros”¹²⁵.

Do ponto de vista da observação como uma imanência do sistema, após considerar as teorias analíticas e concretas, Luhmann supera a controvérsia entre ambas em dois pontos básicos. O primeiro ao lembrar que o observador, ao observar qualquer sistema (químico, físico, orgânico, psíquico ou social), vai estar previamente condicionado por ele. O segundo ao lembrar que tanto a observação como o observador são considerados previamente como sistema, uma vez que a observação se realiza mediante um conjunto de conhecimentos, e com restrição a outras formas (operações) de observação. Neste último caso a consideração do sistema implica na própria compreensão psicológica do sujeito, cuja representação se afirma em razão da operação sistêmica¹²⁶. Daí Luhmann admitir no sistema - de conformidade com a Teoria dos Sistemas - características como auto-observação, recursivo, circular, e autopoietico, com uma dinâmica própria que o credencia em enfrentar na modernidade os problemas que se anunciam na dimensão dos sistemas sociais.

Dos sistemas sociais gerais a nossa atenção se transfere para o sistema jurídico em especial, onde a autorreferência comparece como uma emanção da autopoiese, esta que se apresenta como um modelo teórico peculiar diante da Teoria Pura do Direito (Kelsen) e das teorias sociológicas do Direito, sobretudo quando a tentativa é estabelecer a autonomia deste último, juntamente com seu fundamento, ao lado de uma providência teórica para um alcance científico.

Na dimensão dos sistemas sociais, e conforme Luhmann, o sistema jurídico sobressai como um sistema próprio e autônomo, gerado na ambiência dos atos de comunicação social (próprios da sociedade), chegando a esta condição por força de peculiar complexidade e de uma necessária forma própria de organização autorreprodutiva. Com a sua complexidade peculiar o passo imediato ao sistema jurídico é a sua autonomia, cuja funcionalidade se dá graças a um código binário *legal/ilegal*, dotando-o numa rede circular e fechada de operações para uma autorreprodução dos seus elementos. Nisto consagra-se o caráter autorreferencial do Direito. O Direito, então, como um sistema autorreferencial, não recebe a intromissão de outros subsistemas, preservando-se na sua função que é uma função jurídica diante das

¹²⁵ PARSONS, Talcott; BALES, Roberts F.; SHILS, Edward A. **Apuntes Sobre la Teoría de la Acción**. 1. ed. Trad. de María Rosa Viganó de Bonacalza. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1953, p. 16.

¹²⁶ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. op. cit, p. 74 - 76.

demais formas funcionais de outros subsistemas existentes na estrutura multifacetária funcional da sociedade no seu todo. E isto é necessário que se compreenda desta forma diante do crescimento da complexidade social, para a qual não resta outra alternativa que não o fundamento basilar do avanço da *diferenciação* funcional no sistema social - ou nos sistemas sociais - em geral¹²⁷.

Conforme sumária e caldeada interpretação de José Engrácia Antunes, nesta dimensão fenomênica e na visão de Luhmann, o Direito é um “subsistema social autopoietico de comunicação, que se autonomizou do sistema social geral graças à emergência de um código próprio e diferenciado suficientemente estável para funcionar como centro de gravidade e princípio energético de um processo de autoprodução recursiva, fechada e circular”¹²⁸, e onde as comunicações daí originadas serão comunicações já especiais, e por isso podendo ser reconhecidas como comunicações jurídicas, não se dissolvendo no contexto das comunicações sociais gerais. Se adjuntarmos o cuidado de reconhecer à comunicação jurídica em especial a forma como faz Luhmann às comunicações sociais em geral, é oportuna a afirmação no sentido de que à comunicação jurídica deve concorrer, também, a seleção da informação jurídica, a seleção do ato de comunicação jurídica, e ainda a seleção sobre o entendimento da informação jurídica e da comunicação jurídica.

Com a providência seletiva na dimensão sistêmica do Direito o que podemos afirmar é que o mundo do Direito se afirma e se caracteriza como um entre diferencial dos outros modelos sistêmicos, numa clara demonstração daquilo que é a vocação dos sistemas em geral, em que a ideia de sistema jurídico culmina por se apresentar também como uma *diferença*. Isto é fundamental no caso jurídico quando se atina para a reflexão em que se procura normatizar o mundo jurídico, visto que nesse caso “a instauração de mecanismos reflexivos torna necessário um certo isolamento contra a interferência de processos diferentes”¹²⁹, o que significa no caso um isolamento quanto a outros sistemas estranhos - sistemas não jurídicos - à dimensão jurídica, reconhecidamente diferenciados e especificados na pluralidade social. Há, pois, uma diferença em que o mundo jurídico torna-se cioso, uma diferença que não é medida e considerada apenas entre os vários modelos sistêmicos de comparação com o mundo jurídico como é o mundo econômico, o mundo sociológico, o mundo psicológico, o mundo

¹²⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. op. cit, p. 225.

¹²⁸ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. 1. ed. Trad. de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. Prefácio, p. XXI.

¹²⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. 1. ed. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 17.

político, o mundo histórico, etc, diferenciando-os, mas também e principalmente uma diferença que deve ser reconhecida entre sistema e meio. Aqui “o sistema é a *diferença* resultante da *diferença* entre sistema e meio”¹³⁰, e onde o núcleo que fundamenta isto é reconhecer e admitir num primeiro momento uma desigualdade entre sistema jurídico e meio.

É bem verdade que quando lembramos essa peculiaridade do acontecimento fenomênico acontecendo entre estes dois entes - sistema jurídico e meio -, devemos nos advertir que isto não é uma peculiaridade apenas deles. Na fenomênica em geral isto acontece em todo momento. Daí porque desde longínquo período já houvera uma preocupação nos intelectos - quando da compreensão do mundo e no sentido de teorizar a classificação das coisas - acerca dos fenômenos, dos processos, etc, o que forcejaria a Taxonomia como Ciência. Aristóteles já num passado longínquo é um exemplo clássico neste sentido. Esta é uma realidade que vamos assistir acontecer ainda mais na modernidade com os vários setores do conhecimento, o que se apresenta como uma necessidade teórica. Se assim não for não há como se compreender o mundo. Para se ter uma noção disto, basta considerar no campo da comunicação - tanto social como jurídica - como é que incontáveis setores da compreensão se diferenciam em especificidade, como é o caso da linguagem envolvendo a forma escrita pela gramática (com suas subdivisões sintática, morfológica, etc.), e a forma falada pela Retórica e a Dialética, além da Semiótica, da Etimologia, da Semântica, etc. Ante esta característica do mundo fenomênico que exige compartimentos explicativos envolvendo o sistema no seu conceito geral, devemos cuidar também para a sua conformidade com o sistema jurídico em especial, em que este haverá de se colocar sob uma orientação diferenciadora enquanto um ente jurídico, e o que possa ser emanado do meio. Este traço diferenciador, entre outras características, credencia o sistema jurídico na sua autorreferencialidade.

Assinale-se, por derradeiro, que a contribuição da autopoiese no Sistema Jurídico, e de forma especial, coloca-o sob um fechamento, providenciando a ele com isto o próprio limite e a própria referência diante da complexidade do meio ambiente, e daí produzindo os próprios elementos por força da autonomia que assume¹³¹.

¹³⁰ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. op. cit, p. 81.

¹³¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 215.

3.1.2.1 A Autorreferencialidade no Direito

Registre-se que autorreferencialidade no Direito como um traço diferenciador, que assegure ao Direito Positivo a sua autonomia jurídica, tem sua etiologia demonstrada já no próprio processo de fixação das expectativas normativas. Podemos chamar a isto de autorregulação. Há nisto uma atitude da qual é cioso o Direito no sentido de normatizar as suas normas, de forma que para isto a sua estrutura se assegure quanto à interferência sistêmica alienígena, e daí a necessidade de um isolamento do seu mecanismo. A sua perspectiva será uma perspectiva normativa, cuja interpretação será equacionada e ajustada aos preceitos de natureza jurídica, afastando-se de outras naturezas preceituais. Isto até como forma de se evitar uma transgressão jurídica, cuja resultante neste caso poderá ser uma desnaturação incauta e inadvertida quanto à dimensão do caráter ontológico que deve ser observado ao Direito. Esta cautela haverá de repercutir numa diferenciação e também numa autonomização funcional do Direito, enquanto compreendido como Direito Positivo, o que será possível mediante a “instauração de processos em um sistema jurídico diferenciado”¹³², ou seja, o que temos é uma formação e geração do próprio Direito mediante decisão de caráter eminentemente jurídico, o que justifica inclusive a sua coerção física¹³³ no âmbito da sua aplicabilidade. Esta é uma qualidade, entre outras, oriunda da sua autopoiese. Daí a oportuna e providencial definição de Gunther Teubner ao afirmar que o Direito “constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição autorreferencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo”¹³⁴, e onde o sistema jurídico como sistema autopoietico haverá de produzir não só os seus elementos, juntamente com suas estruturas e processos, mas também a sua unidade e os seus limites. Assim, considerar o Direito como um sistema autopoietico é considerá-lo como um sistema que determina as próprias operações, mediante estruturas que lhe são próprias e também específicas, ao mesmo tempo em que se torna altamente seletivo com uma sobrevivência peculiar de inclusão e também de exclusão na sua relação com o meio¹³⁵. Como consequência, a extensão e o alcance do Direito vai muito mais além disso, para então ser erigido à condição instrumental

¹³² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. op. cit, p. 18.

¹³³ *Ibidem*, p. 21.

¹³⁴ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. op. cit, p. 53.

¹³⁵ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**, op. cit, p. 274 e 280.

de mudança e implantação da própria realidade em incontáveis pormenores e minudências da vida social¹³⁶.

Sobre este processo de autonomização do Direito, numa franca compreensão sobre ele moldado pela autorreferencialidade em função de uma natureza sistêmica autopoietica, deveríamos perguntar sobre a nova perspectiva que a autopoiese haveria de trazer e sugerir para uma dimensão teórica envolvendo o fenômeno jurídico. A resposta a esta preocupação é de caráter inovador com os contornos característicos da autopoiese, conforme responde o próprio Gunther Teubner: “sem autorreferência, sem ‘circularidade básica’ e clausura organizacional, a estabilização de sistemas auto-subsistentes torna-se impossível. Apenas a autonomia recursiva de um processo autorreferencial que remete continuamente para si próprio (...) torna possível a reconstrução de todo esse mesmo processo de acordo com *regras imanes de funcionamento*”¹³⁷. E isto vai incluir subciclos de reação repercutindo numa formulação geral na ideia de um sistema fechado, em que ao lado da autorreferencialidade haverão de comparecer também pontos estruturais como autodescrição, flexibilidade, auto-organização e autorregulação, com uma evolução compreensiva do fenômeno em que Gerhard Roth houvera já por reconhecer mediante categorias sucessivas originadas a partir da auto-organização, isto é, categorias compreendidas como autoprodução, autossubsistência e autorreferencialidade¹³⁸. Dessume-se daí a instauração de processos de normatização que dão ao Direito, conforme comentamos acima, a condição de sistema jurídico diferenciado dos demais modelos sistêmicos sociais.

A angústia em equacionar o problema sob uma visão autorreferencial no sistema de forma mais geral e abrangente, levaria Teubner com sua atenção aos mecanismos de circularidade e recursividade, onde uma unidade entra em relação consigo mesma podendo abranger fenômenos como causalidade circular, *feedback* (retorno), reenvio, autorregulação, autocatálise, referência intradiscursiva, auto-observação, criação espontânea de ordem, autorreprodução, além de relações lógicas circulares envolvendo tautologias, contradições, retornos infinitos e paradoxos. Referindo-se a isto sugere ele um quadro conceitual com tipologia própria para uma ideia de autorreferência, incluindo nisto a auto-observação, a autodescrição, a auto-organização, a autorregulação, a autoprodução, a autorreprodução, e a autossubsistência. Importante frisar que na tipologia da autoprodução, ao considerar o sistema

¹³⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. op. cit, p. 11.

¹³⁷ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. op. cit, p. 33.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 36.

jurídico, sobressai o entendimento de que não há como se aceitar a ideia do Direito ser dominado, ou estar sujeito ou mesmo regulado (“condicionado”) por sistemas alienígenas como o político, o econômico ou o social, sendo que os condicionantes daí considerados na forma como repercutem no sistema, e pelo caráter autoprodutivo deste último, haverá de produzir “novas unidades que são depois articuladas seletivamente com os elementos da sua própria estrutura” - do sistema. Há nisto, portanto, um mecanismo de seleção (seletividade) que é levado a efeito pelo próprio sistema jurídico numa providência de filtragem na acomodação daquilo que possa ser admitido, ou não, no bojo da sua conformação (morfologia) sistêmica. Como lembra oportunamente Luhmann, “só se torna direito aquilo que passa pelo filtro de um processo e através dele possa ser reconhecido”¹³⁹. Assim, dados e informações de sistemas alienígenas (quer político, econômico ou social) deverão passar por um processo de filtragem quando da sua admissão envolvendo futuras unidades e elementos composicionais do sistema jurídico, na medida em que cria novas unidades e novos elementos somente “a partir das unidades já existentes, que então se tornam elementos básicos do sistema”¹⁴⁰. Após um esforço de síntese para um alcance conceitual da autopoiesis, Teubner adiciona os aspectos da autoprodução envolvendo seus elementos, estrutura, processos, limites, identidade e imunidade do sistema, juntamente com o ciclo de autoprodução numa produção cíclica (conexão do primeiro ciclo com o segundo ciclo para a condição da própria produção, que pode ser caracterizado como um hiperciclo) no sentido de se alimentar a si mesmo, e que com isso implica na sua automanutenção. Em seguida o autor apresenta um elenco resumido dos principais pontos, reconhecidamente caldeados, e que podemos adjuntar à realidade do sistema jurídico: “a) Autoprodução de todos os componentes do sistema; b) Automanutenção dos ciclos de autoprodução através de uma articulação hipercíclica; e c) Autodescrição como regulação da autorreprodução”¹⁴¹.

Registre-se que com vistas ao asseguramento da autonomia jurídica do Direito, enquanto sistema jurídico como algo próprio pela autorreprodução, oportuna é a concepção de Teubner ao fazer uma afirmação inexorável e ao mesmo tempo categórica neste sentido, e que como forma de sustentação de algo caro para a identidade do Direito merece ser trazida à colação. Para isto há que se atinar em primeiro momento para o fato de que a *autopoiese jurídica* - diferentemente da autopoiese biológica - comparece como dotada de propriedades

¹³⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. op. cit, p. 19.

¹⁴⁰ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. op. cit, p. 47.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 38 - 52.

apenas dela - próprias -, ao que ele denomina de “círculos autorreferenciais novos e de diferente tipo”, comprometidas na produção de elementos que não se restringem à ideia de uma comunicação jurídica apenas - como podemos encontrar em Luhmann -, mas a todos os elementos pertencentes ao sistema como sejam as estruturas, os processos, os limites, a própria identidade jurídica, as funções, e também as prestações, etc., onde as agentes jurídicos haverão de desempenhar tanto um papel na construção semântica do sistema jurídico, como também um papel em assegurar a este último uma autopoiese eminentemente do próprio meio jurídico (sistema jurídico). E esta autopoiese jurídica, como novo tipo de autonomia jurídica, acontece em função da “constituição de relações circulares” onde, se houver interdependência entre sistema jurídico e sistema social, esta interdependência haverá de se submeter a uma nova forma de interpretação envolvendo as influências externas. Ademais, as relações circulares culminarão na condição de um hiperciclo, consumando daí a autonomia pela autopoiese jurídica, o que acontece quando os componentes do sistema jurídico se articulam numa composição entre eles mesmos¹⁴², o que possibilitará a existência de uma clausura no Direito mediante a constituição dos seus próprios elementos. Para isto é fundamental ainda uma compreensão diferenciadora no fenômeno onde se possa distinguir *auto-observação*, *autoconstituição* e *autorreprodução*, sendo que numa relação entre estes aspectos do sistema é que vai estar a *chave* para um reconhecimento autônomo do sistema jurídico. O resultado será o confronto com uma distinção legal/ilegal, separando com isto uma comunicação jurídica de uma mera comunicação social, em que a primeira será responsável por apresentar elementos como a sua estrutura, processos, limites, meio jurídico, identidade própria, operações próprias, etc., providenciando com isto os seus próprios componentes e conduzindo ao que Teubner chama de “círculos autorreferenciais”, os quais compreendem os atos jurídicos, as normas jurídicas, os processos jurídicos e também a dogmática jurídica, o que possibilita ao próprio Direito determinar por si próprio consequencialidades como relevância jurídica acerca de um determinado fato, validade jurídica de uma determinada norma, etc. Ademais disso, o fenômeno da autorreprodução existe quando os componentes reconhecidos como círculos autorreferenciais se apresentem de forma interligada e de forma articulada, envolvendo ato jurídico e norma jurídica, e onde processo jurídico e doutrina jurídica providenciem estas inter-relações¹⁴³.

¹⁴² TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. op. cit., p. 56 e 58.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 68-71.

Assim, como forma de afirmação da autonomia do Direito (autonomia jurídica), comparece como fenômeno fundamental e norteador disto a feição da circularidade na produção do Direito, não se restringindo o problema a uma questão de relação causal, o que coloca em pauta o problema de uma “interação entre abertura e clausura do sistema jurídico enquanto sistema autopoietico”. Dessarte, ao se alinhar a ideia de uma abertura isto significa apenas uma abertura cognitiva, e se restringe apenas e tão somente em relatar “significados sociais”. Diferentemente, na vocação daquilo que nos interessa, com vistas a uma autonomia do Direito e na conformidade de um sistema autorreferencial fechado, por força dos seus componentes, isto se resolve mediante uma integração normativa. E isto acontece porque “o conteúdo normativo dos elementos integrados é produzido dentro do próprio sistema por intermédio de normas constitutivas de referência”, e por isso restando sempre às possíveis “incursões sociais” uma sujeição ao mecanismo da “reformulação jurídica”¹⁴⁴. Daí que, e a partir daí, o jurídico não será mais apenas o social (sociológico) e com ele deixando de se confundir.

3.1.3 O Sistema Jurídico (Direito) pela sua Autocriação (Autoprodução ou Autorreprodução)

Nesta dimensão do nosso estudo a atenção deve ser tomada por um ponto nuclear de essência no asseguramento da autonomia do Direito. Trata-se de considerar na sua organização estrutural e de funcionalidade, o que está diretamente ligado à ideia da sua *criação*, esta que se lhe possibilita uma afirmação como um ente próprio na condição de algo reconhecidamente ontológico. Este chamamento comparece como fundamental para aquilo que se pretende e que é estabelecer uma reserva de reconhecimento científico à teoria jurídica, o que será possível mediante o asseguramento da sua espacialidade teórica no âmbito da epistemologia geral, com vistas tanto a um objeto próprio como a uma metodologia explicativa para isto. Para esta afirmação a ideia de criação comparece sob a convicção de uma *autocriação*, um termo oportunamente utilizado para abranger tanto a noção de autoprodução como também a noção de autorreprodução. Então, autocriação significa para nós tanto autoprodução como autorreprodução.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 75.

Ao lembrarmos o fenômeno da criação no Direito, já antes da sua autocriação, é oportuno considerar se a sua ocorrência está, ou não, numa relação direta com um ato de vontade, como normalmente busca às vezes se atribuir à vontade de um soberano ou à vontade coletiva como é o caso da vontade geral. Numa tratativa de *natureza positiva* do Direito a questão vai muito mais além disso, para se descaracterizar qualquer inquietação quanto a uma dimensão da vontade humana. O problema não se restringe ou se resume nisto, demonstrando um caráter mais complexo. É que incontáveis e mesmo imprevisíveis são os fatores condicionantes do Direito no seu caráter ontológico, quando se focalizam os aspectos composicionais da norma na sua disposição discursiva (enunciado da norma). O fenômeno então extrapola além da previsão da vontade de um homem, de alguns homens, ou mesmo dos homens na sua manifestação coletiva geral. E isto acontece porque não é a vontade real dos homens que cria ou produz a norma, mas sim uma espécie de vontade elaborada por *n* fatores como contingências, imprevisões, circunstâncias, ou situações, ou mesmo presunções necessárias que determinam e forcejam a existência da norma. Dessarte, esses fatores como imanência de expectativas diversas que podem sofrer contrariedades, forcejam no Direito mecanismos de institucionalização com a produção de normas e controle, principalmente diante das necessidades de inovações¹⁴⁵.

Quando se coloca em pauta o papel da vontade como condicionante jurídico, a questão então foge dos quadrantes psicológicos de uma dimensão subjetiva para uma assunção nos quadrantes de uma dimensão objetiva. A ordem jurídica posta não poderá, por isto, estar sujeita ao alvedrio e à vontade de um, uns, ou mesmo alguns homens. O fenômeno jurídico é algo que transcende a isto. Daí porque é profusa a discussão doutrinária quando se busca tratar das fontes no Direito na dimensão de um positivismo jurídico, alinhavando-se nesta investigação como fontes determinados aspectos pontuais como a lei, o costume e a jurisprudência. Uma realidade assim constatada leva necessariamente a um estado de compreensão teórica em que apenas e somente o Direito poderá criar e produzir o Direito, o que enseja o fato de que apenas ele Direito haverá de reger e regulamentar a sua criação, e sob o conseqüente da sua autocriação. Conforme comenta Hans Kelsen (1881 - 1973) de forma oportuna, “a ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais relacionadas entre si de acordo com o princípio de que o Direito regula a sua própria criação”¹⁴⁶. É providencial uma verificação e análise desta ocorrência no âmbito do Direito Positivo.

¹⁴⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. op. cit, p. 132 e 146.

¹⁴⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4. ed. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 193.

3.1.3.1 Fatores Materiais e Fatores Formais da Autocriação Jurídica

Advirta-se de início que ao tratarmos da autocriação do Direito - e no Direito - na forma como o sistema jurídico possa apresentar uma providência neste sentido, oportuno torna-se lembrar que não estamos de vocação com uma inquietação em desvendar fatores condicionantes fora de uma dimensão positivista - por força de uma teorização própria em sede do Direito Positivo. Assim, não devemos perguntar nesta oportunidade, ao desvendar sobre a funcionalidade da criação jurídica, se neste fenômeno comparece, ou não, forças fora de uma dimensão positiva do Direito. Portanto, não se pergunta dos condicionantes políticos (condicionantes envolvendo a ideia de poder político), dos condicionantes naturais (condicionantes envolvendo valores de Direito Natural), ou mesmo dos condicionantes sobrenaturais (condicionantes oriundos do mundo místico ou religioso ao algo similar). Devemos perguntar apenas sobre fatores positivos acerca da criação do Direito e sob a convicção de uma autocriação (autoprodução), uma realidade que não devemos olvidar e que vai repercutir também no que podemos traduzir como a *autosuficiência* do Direito e *no* Direito. A partir desta convicção será possível ao Jurista se conformar com uma teoria científica do Direito. Fora disto, a busca de um sucesso teórico será marcada pela falta de prosperidade, e mesmo pela falta de desenvolvimento teórico nos quadrantes do Direito. Seja para uma dimensão formal, seja por uma extensão desta para uma dimensão concretista. Tratar deste problema é tratar dos fatores formal e material (positivos), os quais haverão de comparecer no mecanismo próprio e funcional do sistema jurídico, quando da providência da autocriação jurídica.

Para tentar dimensionar os fatores positivos que fizemos referência acima, devemos compreender inicialmente da presença deles numa relação direta com os mecanismos da produção jurídica, o que se nos apresenta mediante a funcionalidade que é possível identificar no sistema jurídico quando daquela produção. Isto se dá mediante dois critérios básicos que podemos reconhecer, por um lado um *critério formal*, e por outro um *critério material*, ambos comumente observados e constatados sempre que se procura de forma empírica a funcionalidade do sistema. Para se ter uma noção disto, e se considerarmos como exemplo a Constituição Federal do Brasil de 05 de outubro de 1988, podemos reconhecer a existência do que estamos falando em função do que estabeleceu o regime jurídico constitucional ali encartado. A partir do seu artigo 59 e seguintes está regulamentado o processo legislativo, compreendendo a elaboração de vários modelos legislativos como Emendas à Constituição,

Leis Complementares, Leis Ordinárias, Leis Delegadas, Medidas Provisórias, Decretos Legislativos e Resoluções. Cada um destes modelos legislativos deverão de observar, para uma assunção de alcance jurídico, tanto a critérios formais como a critérios materiais. Este exemplo é providencial na medida em que permite identificar tanto o critério formal como o critério material dos quais fizemos referência. No primeiro caso - critério formal - a sua constatação é possível através dos requisitos procedimentais estabelecidos pelo regime jurídico para a produção de qualquer daquelas modalidades legislativas. Assim, figuras como o poder de iniciativa legislativa reservado a determinado órgão, a composição do *quorum* com o número legislativo em maioria absoluta ou relativa, a competência legislativa das casas legislativas, a sequência legislativa numa ordem de prioridade, prazo de elaboração, promulgação, etc., são mecanismos funcionais que comparecem como critérios formais a serem observados. No segundo caso - critério material - a sua observação haverá de acontecer no momento em que se estabelece uma relação de conteúdo norma/norma numa relação de implicação, e onde é possível se reconhecer uma subsunção de uma norma particular a uma norma geral. Neste caso, por exemplo, a norma ordinária - lei ordinária ou infraconstitucional - não pode contrariar a norma constitucional - Constituição. Da mesma forma é o caso de uma decisão judicial - norma individual - devendo observar a regra de uma lei ordinária pelo seu conteúdo - norma geral.

As hipóteses acima lembradas tendo-se por base o regime jurídico constitucional, são enunciativas de uma necessária observância tanto ao critério formal como ao critério material, hipóteses que manifestam sintomas do mecanismo autoconstutivo do Direito, e que são da essência do sistema jurídico. Este fenômeno não escapou tanto à atenção de Hans Kelsen (1881 - 1973) como à atenção de Norberto Bobbio (1909 - 2004).

3.1.3.2 A Autocriação no Direito por Hans Kelsen

Aquilo que estamos tratando como critério formal, próprio do sistema jurídico, Hans Kelsen (1881 - 1973) retratou como Dinâmica Jurídica, onde numa relação entre normas - superior e inferior - o que se verifica é um mecanismo de elaboração normativa - construção normativa - estabelecida pelo próprio sistema jurídico positivo, onde num fundamento de validade sob uma relação de implicação a norma inferior extrai sua habilitação da norma superior, até culminar na ideia de Norma Fundamental pressuposta (*Grundnorm*). Pela dinâmica e na salvaguarda da validade o que se faz é cuidar e focalizar a forma como as normas foram criadas. Este processo de relação donde se verifica o fundamento de validade das normas se espalha tanto num plano *jurídico-positivo* (norma posta) como num plano *lógico-jurídico* (norma pressuposta). Por outro lado, aquilo que estamos tratando como critério material, o mesmo Hans Kelsen retratou como Estática Jurídica, onde numa relação entre normas - superior e inferior - o que se verifica é um mecanismo no qual é possível se estabelecer uma relação de conteúdo.

Ao tratar da dinâmica jurídica Kelsen deixa entrever os aspectos pontuais que ensejam o processo da autocriação no Direito em que ele busca desde o fundamento de validade das normas, passando pela unidade do Direito, além de definir a atuação dos órgãos criadores do direito tanto numa dimensão de uma norma geral como na dimensão de uma norma individual, ao mesmo tempo em que aparta o ato criador do Direito do ato aplicador do Direito. Neste último caso, implicitamente faz referência ao papel produtivo do Estado através das funções estatais. Toda sua preocupação - e que podemos relacionar com a um critério formal da produção jurídica -, pode ser extraída nos seus contornos gerais ao tratar da Dinâmica Jurídica encartada na Teoria Pura do Direito.

Segundo Kelsen ao compreendermos o Direito como um sistema de normas, há que se verificar em primeiro momento o que é que fundamenta a *unidade* da pluralidade das normas - isto fazendo parte de uma ordem - e também porque uma determinada norma vale (validade), ou seja, verificar qual o seu fundamento de validade. Este é o ponto de partida donde segue o jusfilósofo. Kelsen afirma que o fundamento de validade de uma norma pode apenas ser a validade de uma outra norma, ou seja, uma norma superior. Nisto podemos encontrar um silogismo onde o dever ser da norma superior vai implicar, por fundamentar, o dever ser da norma inferior. Um primeiro ponto para isto é exatamente reconhecer que apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas, e onde a competência é também oriunda de normas que conferem poder para isso. Frise-se que um sequenciamento de

validade na norma superior não pode “perder-se no interminável”, sendo que o fundamento de validade abica naquilo que Kelsen chama de “norma fundamental (*Grundnorm*)”¹⁴⁷. A norma fundamental constitui algo lógico, pressuposto, visto que não pode ser posta por uma autoridade e vai constituir a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem.

Segundo Kelsen, quanto ao fundamento de validade são dois os tipos de sistema de normas: estático e dinâmico. No primeiro caso a conduta é considerada como devida por força de um conteúdo reconduzido às outras normas do ordenamento em geral, por uma operação lógica de conclusão do geral para o particular (partindo da norma fundamental). Esta dedução de uma norma fundamental como pressuposta é um *sistema estático de normas*, e o seu princípio é um princípio estático. Não há que se observar a ideia de uma norma imediatamente evidente, que pressupõe um conceito de razão prática (uma razão legislativa). Ao tratarmos do conteúdo de validade das normas fundadas na norma fundamental, essas normas não constituem um sistema dinâmico de normas, cujo princípio é um princípio dinâmico. É que este sistema providencia a instituição de um fato produtor de normas, com atribuição de poder a uma autoridade legislativa, ou seja, uma regra como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado na norma fundamental, que fornece o fundamento de validade e não o conteúdo das normas do sistema, ligando-se isto à ideia de autoridade competente. Com isto o princípio dinâmico confere poder à autoridade para expedir normas.

A norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material. Registre-se que enquanto a Constituição determina por quais órgãos devem ser produzidas as normas gerais da ordem jurídica, a norma fundamental por seu turno é aquela pressuposta, antes da Constituição (que faz esta surgir), quando o costume ou quando o ato constituinte são interpretados como fatos produtores de normas, ou quando a assembleia de indivíduos é considerada como autoridade legislativa. É uma constituição no sentido *lógico-jurídico*, diferentemente da Constituição no sentido *jurídico-positivo*. Qualquer norma de uma determinada ordem jurídica tem seu fundamento de validade na norma fundamental desta mesma ordem. Registre-se que neste processo a norma fundamental como pressuposta implica num *sentido subjetivo* dos fatos, que transmuda-se para um *sentido objetivo* sempre que esses fatos são geradores de normas postas de conformidade com a Constituição. Disto extrai-se

¹⁴⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra, Portugal: Arménio Amado, 1979, p. 269.

uma proposição fundamental no sentido de que devemos nos conduzir de acordo com a Constituição, ou seja, “como a Constituição prescreve”¹⁴⁸.

É bom lembrar que permanece fora de questão o conteúdo que tem a Constituição posta e a ordem jurídica erigida com base nela, não sendo afirmado qualquer valor transcendente de Direito Positivo, e ao se admitir a pressuposição da norma fundamental com um sentido subjetivo do fato constituinte, e dos fatos de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, pode a sua descrição científica ser qualificada como “condição lógico-transcendental desta interpretação”¹⁴⁹. A função da norma fundamental é fundamentar a validade objetiva de uma ordem objetiva positiva, isto é, das normas postas por atos de vontade humana, ou seja, interpretar o sentido subjetivo destes atos como seu sentido objetivo. No procedimento geral é possível identificar um subjetivismo com premissa maior, premissa menor e uma conclusão.

A norma fundamental também propicia a *unidade* da pluralidade das normas do ordenamento, este que pode ser descrito em proposições jurídicas que não se contradizem. Uma contradição entre normas incide como consequência em ausência de validade.

Como imanência da norma fundamental Kelsen lembra também que sobressaem para o sistema dois princípios básicos: o da efetividade e o da legitimidade. Uma Constituição é eficaz se suas regras são globalmente aplicadas e observadas. Como consequência da eficácia da Constituição resulta o governo legítimo do Estado.

Ao tratar da validade e da eficácia das normas Kelsen lembra que a conexão de ambas envolve um dos problemas mais importantes, mas também mais difíceis do positivismo porque envolve “um caso especial da relação entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural”¹⁵⁰.

Na sua preocupação sistêmica Kelsen trata ainda da ideia da constitutividade que surge a partir da construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. Nisto resulta na própria ideia de unidade onde há uma conexão de dependência pela validade oriunda do fato de uma norma ser produzida com base noutra norma. Neste processo a Constituição representa o nível ou escalão do Direito Positivo mais elevado, sendo assim compreendido num sentido material, e sua elaboração por ser por um ato legislativo será por norma consuetudinária. A Constituição será registrada num documento, e daí a Constituição

¹⁴⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra, Portugal: Arménio Amado, 1979, p. 277.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 279.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 292.

escrita. Ao lado da Constituição material Kelsen admite também a Constituição formal, aquela que contém normas de produção das normas gerais (legislação), e também normas que se referem a outros assuntos. Registre-se que a Constituição escrita poderá conter procedimento especial de alteração ou revogação das normas constitucionais, mediante condições mais rigorosas do que se verifica na legislação comum.

Seguidamente ao escalão constitucional comparecem o escalão legislativo, o processo judicial e o processo administrativo. Na atuação legislativa Kelsen lembra o papel dos indivíduos. Com apenas um indivíduo caracteriza-se a autocracia, e com vários indivíduos (assembleia) o que se caracteriza é a democracia. Ainda neste contexto é fundamental lembrar a ideia de Direito formal e Direito material. No primeiro caso há um compromisso com a produção de normas no sentido geral e individual. No segundo caso há uma observância quanto ao conteúdo criativo desta produção. Daí que a aplicação das normas gerais tem duas funções: a determinação aos órgãos jurisdicionados e administrativos, com observância ao processo da elaboração, e a determinação do conteúdo das normas produzidas. Há que se observar que o Direito formal e o Direito material estão inseparavelmente ligados e nisto pode-se ver uma conexão sistemática, onde o processo haverá de observar a sanção imposta pela norma. A atividade legislativa e a atividade jurisdicional e administrativa estão subordinadas à Constituição, com uma diferença em que as normas gerais gozam de uma extensão quanto ao conteúdo normativo, enquanto que a atividade jurisdicional tem uma margem restrita de atuação.

Frise-se que na *criação* do Direito sobressai o papel do Estado, e na *aplicação* é possível se reconhecer tanto a criação (norma individual) como a execução, não se esquecendo que *todo ato criador* do Direito *deve ser um ato aplicador de uma norma jurídica pré-existente*. Há apenas um ato de criação jurídica que não é aplicação jurídica positiva. Aquele que trata da fixação da primeira Constituição histórica, com aplicação da norma fundamental pressuposta¹⁵¹.

Na organização sistêmica Kelsen faz referência à Teoria das Lacunas que no entendimento da doutrina tradicional acontece quando inexistente uma norma específica ao caso concreto. Sobre isto o jusfilósofo a entende como uma teoria errônea porque, segundo ele, não há que se confundir, quando da aplicação, a ordem jurídica com uma norma jurídica singular. Aplica-se, então, a ordem jurídica, eis que a aplicação do Direito não está logicamente excluída. A ocorrência ou admissão de “lacuna” poderá acontecer via ótica do aplicador por

¹⁵¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra, Portugal: Arménio Amado, 1979, p. 326 - 327.

questão de *política jurídica* (ausência de equidade). Frise-se que é possível aos tribunais a criação de normas gerais desde que receba competência para isto, fazendo através da jurisprudência com decisões vinculantes, com generalizações através dos precedentes judiciais, buscando sempre os casos iguais. Ao contrapor a criação do Direito pelo ato legislativo com normas gerais e o ato dos tribunais com normas individuais (qual a fórmula mais apropriada) Kelsen prefere uma equação entre estes dois sistemas, reconhecendo a atuação de ambas as formas, com a convicção de que as normas individuais se desdobram das normas gerais, sendo que a oposição entre ambas se reduz por força do “caso julgado” da decisão judicial.

Ao lado da atuação dos tribunais, Kelsen lembra ainda como desdobramento da ordem jurídica o “negócio jurídico”, reconhecido este como ato produtor de norma, ou a norma produzida pelo ato, tipicamente neste caso o contrato que pode ser bilateral ou plurilateral.

No papel da organização sistêmica Kelsen faz referência também à participação do Estado com suas funções estatais em número de três, ou seja, a administração, a legislação e a jurisdição. Nisto reserva-se ao Estado, com seus “órgãos”, uma função especial que é assegurar a unidade da ordem coercitiva para a comunidade. Um ponto basilar que o Autor ressalta é o fato de que a natureza da administração é em grande parte igual à legislação e à jurisdição, isto é, com a função jurídica de criação e aplicação de normas jurídicas. Na administração ganha destaque o Governo que assegura participação na atividade legislativa, no exercício do poder de concluir tratados internacionais e publicação de ordens administrativas e decretos aos órgãos da administração e aos súditos (criação e aplicação de normas gerais e individuais). Nesta relação entre Estado e administração, Kelsen considera o conceito de Estado num sentido lato e num sentido restrito. No primeiro caso temos a personificação da ordem jurídica total que regula a conduta de todos os indivíduos que vivem no território do Estado, enquanto que no segundo caso temos a personificação da ordem jurídica parcial que regula apenas a função dos indivíduos na condição de funcionário público.

Um dos problemas fundamentais da organização sistêmica é exatamente aquele que surge do conflito entre normas. A verificação disso envolve algo relacionado à ocorrência e ao equacionamento das normas, como forma de salvaguardar a unidade do sistema. Kelsen enfrenta o tema ao tratar da decisão judicial “ilegal” e da “inconstitucionalidade da lei”. Para isto há que se reconhecer inicialmente que a ordem jurídica apresenta uma construção escalonada de normas, *supra* e *infra* ordenadas, uma em relação às outras, e por isso há uma hierarquia. Na verificação do conflito o problema surge ao se definir quando uma norma não

está em harmonia com a norma que determinou a sua produção. A decisão judicial ilegal se caracteriza pelo fato de que o processo em que foi produzida a norma individual (decisão judicial) não corresponde à norma geral criada por via legislativa, e a questão pode ser decidida pelo próprio tribunal ou por um tribunal superior, e a decisão é anulável através de um processo fixado pela ordem jurídica. Com relação à inconstitucionalidade da lei temos que toda lei válida assim é porque está de conformidade com a Constituição. Lei em contrariedade à Constituição é lei inválida na medida em que não possui, por isso, fundamento de validade. A inconstitucionalidade da lei, segundo Kelsen, pode se verificar tanto num caso concreto - subsistindo a lei neste caso em relação aos demais casos -, mas também pode ser reconhecida para todos os casos, hipótese em que se anula e se exclui a lei da ordem jurídica. Ao se referir tanto à ideia de conteúdo da lei, como à ideia de competência acerca da sua expedição por órgão competente, isto está numa relação direta com o *princípio da legitimidade*, que é limitado pelo *princípio da eficácia*.

Um derradeiro ponto que merece ser destacado na visão sistêmica de Kelsen é aquele que está relacionado à ideia de nulidade e de anulabilidade. Frise-se de antemão que a ordem jurídica, na sua vocação, não fixa condições sob as quais algo que se apresenta com a pretensão de ser norma jurídica, tenha de ser considerado *a priori* como algo nulo. É que tudo o que o Direito se refere assume o caráter de jurídico. Inobstante isso uma norma que não foi posta pelo órgão competente, ou que tenha um conteúdo que a Constituição exclui, deve ser considerada nula *a priori*, e a verificação disto significa a sua anulação com efeito retroativo, até então considerada válida. Dessarte, dentro de uma ordem jurídica a nulidade “é apenas o grau mais alto da anulabilidade”¹⁵².

Se na ótica da dinâmica jurídica o sistema deixa entrever regras e mecanismos de competência e de regulação da produção normativa, na ótica da estática jurídica o que se percebe na avaliação de Kelsen são relações de conteúdo entre normas envolvendo aspectos como sanção, ilícito, dever jurídico, responsabilidade, direito subjetivo, capacidade jurídica, relação jurídica, sujeito jurídico, etc. Embora da sua lavra deduz-se a compreensão de que o sistema normativo se apresenta como uma ordem essencialmente dinâmica, não é menos verdade que o sistema estático, cujas normas estabelecem a conduta dos indivíduos através do conteúdo normativo, não participe também do processo de validade normativa. É que a validade neste caso pode ser “reconduzida a uma norma a cujo conteúdo pode ser subsumido

¹⁵² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra, Portugal: Arménio Amado, 1979, p. 376.

o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral”¹⁵³. Desta forma a relação de conteúdo leva o fundamento de validade às normas do sistema (sistema estático), aspecto este que por isso não pode também ser negligenciado no mecanismo sistêmico quando da autocriação jurídica.

3.1.3.3 A Autocriação no Direito por Norberto Bobbio

Quando focalizamos o fenômeno da autocriação jurídica, e como o sistema jurídico se comporta com relação a isto, não mesmo importante é também o trabalho do jusfilósofo italiano Norberto Bobbio (1909 - 2004). Na profusão constitutiva das suas elaborações teóricas de forma mais elástica, Bobbio quando comparado com Kelsen procura ir às raízes mais distantes para uma explicação do problema, partindo dos conceitos jurídicos os mais elementares possíveis, demonstrando uma exaustiva vocação analítica ao desnudar o problema. A sua incursão quanto ao problema estrutural e de autoprodução no Direito ficou bem demarcada na obra Teoria do Ordenamento Jurídico (1960) que haveria de complementar o seu trabalho anterior Teoria da Norma Jurídica (1958). Na sua Teoria do Ordenamento é possível se verificar de forma bem demarcada uma preocupação sistêmica do Direito com um desengate lúcido em relação aos mecanismos próprios da autocriação jurídica. Neste incurso o autor focaliza aspectos pontuais desde a conceituação da norma jurídica e do Direito, suas fontes, estrutura escalonada do ordenamento com suas implicações, limites formais e materiais, sistema estático e sistema dinâmico, norma fundamental, coerência no ordenamento jurídico, antinomia, etc., donde é possível se identificar neste conjunto composicional as vigas para uma sustentação da autocriação no Direito.

A forma vinculativa e intensa do Direito a um sistema jurídico fica bem demarcada nas ideias de Bobbio. Para ele o ordenamento jurídico é um sistema - sistema jurídico -, este que é “uma *totalidade ordenada*, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem”. Ademais, para que haja esta ordem “é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relação com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre

¹⁵³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra, Portugal: Arménio Amado, 1979, p. 270.

si”¹⁵⁴. Não há dúvida, pois, que como ponto de partida toda sua convicção é no sentido imprescindível da organização sistêmica para o Direito, com todas as implicações necessárias, entre as quais devemos colocar também o problema da autoprodução jurídica. E isto se afirma ainda mais quando o autor vincula tanto o conceito jurídico de norma jurídica como o próprio conceito de Direito sob uma tutela vinculativa ao ordenamento jurídico. Para ele norma jurídica é a norma assim definida na medida em pertence ou faz parte de um ordenamento jurídico, enquanto que o próprio Direito será assim definido apenas no âmbito da teoria do ordenamento jurídico¹⁵⁵.

Da mesma forma que o Autor vincula a definição de norma jurídica e a definição do Direito numa relação direta com ordenamento jurídico, também é da sua lavra a caracterização jurídica da ideia de sanção, validade e eficácia, aspectos jurídicos que encontram força no conjunto do ordenamento.

Após lembrar a categorização clássica das normas jurídicas que pelo seu alcance deontico são classificadas em normas proibitivas, permissivas e obrigatórias (Von Wright), oportunamente Bobbio faz referência a um caldeamento das normas jurídicas - em geral - em normas de conduta, e em normas de estrutura ou de competência (fixa as condições e os procedimentos para a elaboração de normas validades de conduta), uma consideração providencial e oportuna para uma discussão acerca não só da unidade do ordenamento jurídico, mas que desemboca também na hierarquia e nas antinomias das normas, além da completude normativa do ordenamento jurídico.

Ao tratar da unidade do ordenamento jurídico Bobbio não deixa de reconhecer a sua complexidade em função da multiplicidade das fontes normativas, que numa visão de estrutura escalonada ao se descer na hierarquia aumenta-se o número e a especificidade normativa, e ao se subir nesta mesma hierarquia diminui-se o número e o caráter genérico das normas até culminar numa referência geral. Esta referência geral constitui um poder originário que justifica o ordenamento jurídico e que é responsável por sua unidade. A este poder originário o Autor caracteriza como a “fonte das fontes”, reconhecendo as fontes em geral como “fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas”. Assim, na visão do jusfilósofo a produção jurídica levada a efeito pelo ordenamento jurídico está diretamente ligada às fontes, sendo que pertence ao primeiro - ordenamento jurídico - regulamentar tanto o comportamento ou a conduta das pessoas como

¹⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 71.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 28.

também regulamentar a forma ou modo de produção das normas - regras - jurídicas¹⁵⁶, que neste último caso sobressaem as normas de estrutura, denominada também por Bobbio de normas de segunda instância. Aqui o ordenamento jurídico é o próprio sistema jurídico, a quem compete estabelecer a autocriação jurídica regulando a própria produção normativa.

Após atinar para o fato da própria produção jurídica como uma imanência do sistema, Bobbio já neste contexto faz questão de lembrar a pertinência de uma estrutura escalonada e ao mesmo tempo hierarquizada, própria do âmbito do ordenamento jurídico, e cuja unidade é assegurada por uma norma especial na base do sistema que é a *norma fundamental*, esta que se caracteriza como uma norma jurídica e que providencia por colocar todas as demais normas do sistema num conjunto unitário, como também faz Kelsen. Frise-se que nesta estrutura escalonada do sistema jurídico Bobbio amadurece um ponto teórico fundamental. É que daí é possível se assistir, segundo ele, tanto os processos de *produção normativa* como os processos de *execução normativa*¹⁵⁷, sendo que ambos os casos não se confundem naquilo que constituem os compromissos básicos do sistema jurídico. No primeiro caso identifica-se o fenômeno - produção normativa - numa relação direta com uma consideração hierárquica de cima para baixo, e no segundo caso identifica-se o fenômeno - execução normativa - numa consideração hierárquica de baixo para cima.

No desenvolvimento de uma concepção onde é possível se afirmar a realidade de uma autocriação (autoprodução) no Direito, vamos deparar com pontos derradeiros quanto a isto quando Bobbio assinala tanto os limites formais como os limites materiais, estes que vão envolver o poder normativo que é atribuído aos órgãos encarregados tanto da produção como da execução jurídica. Estes limites são oriundos do próprio sistema jurídico e Bobbio define o primeiro - limite formal - como aquele que estabelece o processo, a forma ou o modo que deve ser observado pelo órgão competente na expedição da norma inferior, e o segundo - limite material - como aquele que estabelece o conteúdo que deve ser observado pelo órgão competente também quando da expedição a norma inferior. Estes limites deverão ser observados em concomitância quando da produção normativa¹⁵⁸. Dessarte, a produção jurídica como imposta pelo sistema jurídico deverá cuidar de ambos os limites sob pena de inconstitucionalidade - em se tratando de norma geral como no caso de ato legislativo com a produção de uma lei ordinária -, e mesmo de ilegalidade - em se tratando de norma individual,

¹⁵⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 45.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 51.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 54.

como no caso de uma sentença na jurisdição em que o conteúdo da decisão deve observar o conteúdo da lei. A observância e o cuidado quanto a esses limites vai implicar na validade normativa que é dirigida tanto aos cidadãos no âmbito da conduta como aos órgãos no âmbito da produção e respectiva execução da norma, visto que pela sua validade a norma produzida será reconhecida como pertencente ao ordenamento jurídico.

Como conceitos ampliados daquilo que é possível reconhecer como limite formal e limite material na produção jurídica, e conduzido por uma ideia de coerência no ordenamento jurídico, Bobbio faz referência ainda a dois sistemas básicos que é o *sistema dinâmico* e o *sistema estático*, cada um deles com implicação funcional e própria nesta missão sistêmica de elaboração normativa. Com estes modelos de sistema ele reafirma o papel reservado ao sistema jurídico - e só a ele - em protagonizar a produção do Direito e *no* Direito, e com isto conseguir uma noção sistêmica suficiente no mundo jurídico. Há com esta admissão uma ultimação quanto aos sintomas que possam ser identificados no sistema jurídico, envolvendo a autonomia do Direito na condução da produção jurídica e sob uma ação própria. Para isto, e no entendimento do jusfilósofo, o sistema dinâmico é apresentado como aquele que faz com que as normas derivem umas das outras por delegação de poder, como uma espécie de autoridade juridicamente reconhecida. Há, pois, uma ligação formal entre normas, e onde se repassa autoridade normativa de uma escala superior para uma escala inferior. Com isto o sistema se caracteriza como uma racionalização e continuidade sucessiva em cadeia acerca das competências. Nisto o sistema dinâmico como apregoado por Bobbio apresenta certa similaridade com a norma secundária de Herbert Hart (1907 - 1992), que confere no sistema poderes para se criar, modificar ou mesmo ab-rogar obrigações estabelecidas pela norma primária, fazendo-o na estrutura do sistema mediante a regra de reconhecimento, a regra de câmbio e a regra de adjudicação¹⁵⁹. Por sua vez o sistema estático como entendido por Bobbio vai identificar uma relação entre normas onde umas são deduzidas de outras levando-se em conta os seus conteúdos¹⁶⁰. Se no primeiro caso - sistema dinâmico - nós temos uma relação formal entre normas, no segundo caso - sistema estático - nós temos uma relação material.

¹⁵⁹ HART, Herbert. **El Concepto de Derecho**. 2. ed. Trad. de Genaro R. Carrio. Mexico: Editora Nacional, 1980, p. 121.

¹⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. op. cit, p. 76.

As duas formas sistêmicas acima descritas - sistema dinâmico e sistema estático - enfeixam o sistema num sistema geral, suficiente e devidamente equacionado para o enfrentamento das questões jurídicas numa dimensão de positivismo jurídico. Daí porque Bobbio trata ainda, como sequência a esta forma de organização, uma tratativa envolvendo também aspectos pontuais como a ocorrência das *antinomias* normativas - sempre que se verificar normas contraditórias e incompatíveis, com suas respectivas formas de solução utilizando-se critérios como o cronológico, o hierárquico e o da especialidade -, a *completude* do sistema - o ordenamento é completo podendo-se encontrar nele qualquer norma para a solução dos casos -, as *lacunas* - que se resolvem pelo método da auto-integração com a utilização da analogia e dos princípios gerais de Direito, estes últimos reconhecidos por Bobbio como “normas fundamentais e generalíssimas do sistema”-, até culminar ainda mais com as relações entre os vários tipos de ordenamento jurídicos (pluralidade dos sistemas). O que se verifica como uma sintomatologia ampla e plena, mesmo nos embates envolvendo estes aspectos pontuais, é o que se percebe como uma implícita forma de reconhecimento na qual o sistema jurídico no seu todo haverá de se apresentar de forma diferente dos demais modelos sistêmicos em geral, e afirmando-se sempre na condição de uma autonomia satisfatória em resolver não só os problemas jurídicos que comparecem para ser revolvidos - sem se recorrer a uma seara alienígena -, mas também com uma proficiência no campo da autocriação (autoprodução) jurídica. Nada se resolve, portanto, fora de uma dimensão do sistema jurídico, e este é sempre reconhecido e caracterizado com vistas àquilo que é devidamente organizado em sede do Direito Positivo. Assim, tanto o sistema jurídico como o Direito Positivo constituem ambos dois entes que combinados resulta na seara de um referencial para as providências necessárias envolvendo por um lado a produção normativa (jurídica), e também por outro a execução normativa (jurídica).

3.1.4 O Sistema Jurídico (Direito) pela sua Autointerpretação e Autoaplicação

Ao reconhecermos a autocriação jurídica como obra do próprio Direito, fenômeno este que emana tanto do sistema dinâmico - por uma relação de competência entre normas - como também do próprio sistema estático como pudemos perceber - por uma relação de conteúdo entre normas -, assistimos ocorrer como consectário do fenômeno jurídico, e a isto ligado, também tanto o processo da interpretação jurídica como o processo da própria aplicação jurídica. E porque fazem parte do sistema jurídico a interpretação e a aplicação merecem uma conceituação como auto-interpretação e como auto-aplicação.

Como compreender a mecânica nos dois casos, e por que a denominação assim desejada? A primeira convicção que devemos ter para isto é quanto ao fato de que tanto a interpretação como também a aplicação são providências que não ocorrem à revelia e de forma indiferente ao sistema jurídico. Qualquer forma interpretativa ou qualquer forma aplicativa do Direito haverá de se conduzir pelos parâmetros previamente estabelecidos e pressupostos pelo sistema jurídico posto como referência inicial. Ambas constituem um desdobramento do sistema jurídico. Assim, uma verdade, como verdade jurídica, será aquela baseada no sistema jurídico posto (positivo), sem qualquer inquietação com sugestões ou provocações alienígenas não estabelecidas pela racionalidade jurídica oriunda do próprio sistema jurídico. Não se diga, é bem verdade, da ausência de um exercício cognitivo em relação a um determinado caso concreto fora do sistema jurídico, mas este é um reconhecimento do fato por ele mesmo enquanto um fato natural ou social. Apenas isto. E isto não é suficiente do ponto de vista jurídico para tornar um fato não jurídico como jurídico. Para uma relevância jurídica haverá a necessidade de uma transposição destes fatos (natural ou social) para a dimensão do mundo jurídico, ou seja, uma transposição para o sistema jurídico, visto que tanto o mundo natural como o mundo social serão apenas e tão somente um mundo natural e um mundo social enquanto não realizada esta transposição. Assim, reconhecer *cognitivamente* o fato natural (mundo natural) e o fato social (mundo social) não significa necessariamente a descaracterização do sistema jurídico (Direito) como algo próprio e autônomo, cerrado em si, e sob o fundamento de uma propalada estruturação em abertura como pode ser o desejo de alguns. Ao se providenciar uma investigação tanto no campo da interpretação jurídica como no campo da aplicação jurídica, este reconhecimento no qual são abstraídas duas realidades que não se confundem - mundo jurídico por um lado e mundo natural e mundo social por outro -, torna-se fundamental para se evitar em ambos os casos

manipulações não jurídicas como jurídicas, ou mesmo manipulações jurídicas como não jurídicas, situações intoleráveis e mesmo insustentáveis em uma dimensão de ontologia jurídica. Com isto já se percebe que o jurídico é cioso da sua condição *como* jurídico, e nisto apresenta-se de forma inflexível. É que ele é possuidor das suas amarras e vigas próprias de sustentação.

Ao tratarmos com esta reserva do jurídico, como algo próprio do mundo jurídico para um trabalho interpretativo e aplicativo, comparece como componente inicial o fato de que o mundo jurídico deve ser compreendido como pertencente ao universo dos sistemas normativos em geral, ou seja, pertencente a um sistema de normas como sói acontecer também com sistemas normativos morais, sistemas normativos religiosos, sistemas normativos educacionais, sistemas normativos lúdicos, sistemas normativos esportivos e competitivos, etc., mas não se confunde com nenhum deles. O sistema normativo jurídico é um sistema próprio, e apenas ele será referencial tanto para uma atividade interpretativa como aplicativa diante de um problema que pede uma solução jurídica. A interpretação e a aplicação serão conduzidas pelas balizas do sistema jurídico. Aqui, então, comparece um elemento fundamental da demarcação para ambos os casos envolvendo a interpretação e aplicação, e que podemos traduzir pelo seu papel teleológico ou finalístico, papel este que vai definir também o próprio *objeto* de observação enquanto referencial jurídico de solução. Assim, a mente do jurista vai estar circunscrita quando da interpretação e da aplicação pelo sistema jurídico, afastando-se na sua missão profilática qualquer outro modelo sistêmico. Se assim não for descaracterizada estará a solução jurídica, porque inquinada já com vício de origem afastando a sua pureza que é essencial a qualquer seguimento, modalidade ou ramo científico, entre os quais não se coloca como exceção também a ciência jurídica.

Este papel de circunscrição que devemos creditar ao sistema jurídico, quando da interpretação e da aplicação, deve-se ao fato de que o intérprete e o aplicador jurídico atuam em ambos os casos de conformidade com a norma jurídica e nenhuma outra natureza normativa. E o que define a natureza normativa da norma jurídica é o sistema jurídico, ou seja, de forma mais direta e concretista é o fato dela norma jurídica pertencer ao sistema jurídico ou a ele estar devidamente ligada ou equacionada. Toda norma jurídica é jurídica pelo fato de estar ligada ou pertencer a um sistema jurídico. Neste caso não há como se definir uma norma jurídica - em sendo este o propósito - de uma forma isolada e independente do sistema jurídico, e isto é um pressuposto básico tanto no exercício da interpretação como no exercício da aplicação jurídica. Para se obter uma constatação disto basta considerar a condição providencial em que se reconhece a peculiaridade sistêmica na qual uma determinada norma

preserva uma conformidade com outra norma, tanto por força da sua criação em virtude de um poder conferido norma a norma, como também pelo fato de que o seu conteúdo é deduzido de outra norma. Por este contexto uma norma vai pertencer ao sistema na medida em que é produzida de conformidade com uma norma superior (modelo dinâmico), sendo que seu conteúdo cuidará por não contrariar uma norma superior (modelo estático).

Sistemicamente, pois, qualquer norma jurídica sempre vai estar ligada a outras normas jurídicas. Não há como fugir a esta premissa básica da organização sistêmica e de fundamentação normativa. É como comenta com proficiência Norberto Bobbio ao afirmar num primeiro momento que o Direito é “um *conjunto de normas*, ou regras de conduta”¹⁶¹. Semanticamente, por conjunto devemos compreender a ideia de reunião de partes que vai constituir um todo, uma totalidade, ou mesmo uma união e ligação. Daí porque noutro momento o jusfilósofo deixa entrever de forma complementar o que possa implicar na ideia de conjunto normativo ao afirmar que “as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”¹⁶². A esta afirmação podemos adjuntar como critério a ser considerado ainda o fato de que ao lado das relações particulares existem mesmo relações coletivas de interdependência múltipla, onde as implicações assumem um caráter coletivo em que *todas* as normas do sistema, se existem de forma casuística na sua particularidade, elas existem também e ao mesmo tempo de forma complementar nas suas significações interativas (interações). Trata-se de um fenômeno em que o alcance haverá por abranger, entre outras coisas, normas e princípios, para um encerramento suficiente do que deve ser compreendido pela ótica do próprio arcabouço jurídico. Esta deve ser a preocupação do jurista na busca de uma teorização científica com vistas tanto a uma organização jurídica - o que redundará na própria ideia de ordenamento jurídico -, como também na busca saneadora de uma interpretação e aplicação do Direito.

¹⁶¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 4. ed. Trad. de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Editora Edipro, 2008, p. 23.

¹⁶² BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. op. cit, p. 19.

3.1.4.1 A Interpretação

A interpretação (do latim *interpretatio, onis*: Expressão explicada por outra expressão) jurídica deve ser entendida como um pressuposto da aplicação jurídica. A interpretação é um instituto que visa a busca dos ocultos como forma de aclarar enunciados vagos ou ambíguos, e que por isso necessitam ser interpretados. Quando o enunciado por si só é claro dispensa-se, por obvio, a interpretação, visto que aquilo que já está claro já está definido e esclarecido, um entendimento já firmado no adágio latino *in claris cessat interpretatio*, sugerindo que naquilo que está claro a interpretação é dispensada e desnecessária.

Num alcance geral interpretar é providenciar esclarecer dando o sentido de um vocábulo, e também reproduzir com palavras diversas um pensamento, bem como a verdade de uma expressão, providenciando-se com isto não só a intenção mas também e por consequência a própria validade de um determinado ato. Aplicando-se esta providência interpretativa a uma norma jurídica é tentar determinar o pensamento e a intenção nela contidos para sua aplicação, e daí extrair e buscar tudo o que ela possa significar ou o que ela contém¹⁶³, o que vai permitir compreender a sua função objetiva no sistema jurídico. E devemos entender desta forma em sede de Ciência Jurídica porque esta, compreendida como uma ciência empírica descreve um fato empírico, ou seja, aquilo que de conformidade com uma determinada norma é visto como obrigatório, uma obrigatoriedade atribuída por uma autoridade. A proposição constatada do seu enunciado é verificada de forma empírica, e a significação extraída do enunciado dando a ele uma significação objetiva assume o papel de uma interpretação jurídica, que podemos chamar também de interpretação no Direito. Dessarte, entre uma interpretação subjetiva por parte do agente que interpreta, e uma interpretação objetiva indicando o sentido da experiência jurídica, deve prevalecer esta última. E isto se explica porque é o tipo do texto a ser interpretado que condiciona a interpretação, tendo-se como um princípio inicial de que deve se “aceitar que aquilo que foi escrito realmente faz sentido”¹⁶⁴. Esta prática se prende ao fato, como entende Friedrich Schleiermacher (1768 - 1834), que a interpretação levada a efeito pelo intérprete não é um processo criativo e subjetivo, visto que “todo enunciado tem uma relação dupla, com a totalidade da linguagem e com todo o pensamento de seu originador”, vinculando-se com isto

¹⁶³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 9.

¹⁶⁴ SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. 1. ed. Trad. de Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 15.

a compreensão àquilo que foi manifestado na forma escrita¹⁶⁵. Isto é o que culmina por acontecer principalmente se tratamos na dimensão do Direito Positivo onde sobressai o Direito escrito.

Entre as formas interpretativas num trabalho de hermenêutica podem ser sugestivas - como comumente acontece numa discussão doutrinária -, ao lado de uma interpretação sistêmica, também modalidades como interpretação gramatical, semiótica, lógica ou teleológica (finalista). A nossa atenção se prende a uma interpretação sistêmica com vistas ao descortino da teoria científica do Direito, numa relação direta com o sistema jurídico, o qual comparece como um canal imediato com o Direito Positivo e para a apresentação deste último. Portanto a interpretação sistêmica aqui é a via eleita como um método admitido como o mais apropriado na conformidade de uma vocação positivista, na medida em que é através dele que se torna possível aquilatar uma estruturação palpável do arcabouço jurídico reconhecidamente posto. E ao falarmos na ideia de uma interpretação sistêmica o conceito evolui para o reconhecimento da autointerpretação, esta que emana da própria estrutura sistêmica, e onde o Direito se autoriza desenvolver uma interpretação que é só dele e mesmo que seja sobre ele. Esta autointerpretação acontece e se impõe como necessária porque diante das expectativas normativas em sociedades complexas e ricas em alternativas, reduz-se a complexidade com soluções intrínsecas ao próprio sistema pela sua seletividade (do sistema). Com isto há uma opção pela ação do sistema sem se questionar o porquê desta ação, numa providência em que há um equacionamento das subculturas com apoio no quadro jurídico dominante, do qual deriva a autointerpretação¹⁶⁶ pautada pelo sistema jurídico. Por isso é exatamente na dimensão sistêmica que podemos enxergar fenomenicamente o ordenamento jurídico. E isto é sintomático até pelas raízes históricas da compreensão jurídica. Já quando foi possível se aquilatar uma ponta de reminiscência com vocação científica entre os romanos, sintomas da interpretação sistêmica compareceram ao se admitir a necessidade de se considerar as partes componentes de uma disposição legal, levando-se em consideração inclusive um princípio. O jurista romano culminaria por afirmar neste contexto, e de forma categórica, que num trabalho interpretativo “não é conveniente julgar ou mesmo responder com base em uma pequena parte proposta da lei, não tendo sido examinada toda a lei”¹⁶⁷.

¹⁶⁵ SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. 1. ed. Trad. de Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 26 - 27.

¹⁶⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. op. cit, p. 141 - 142.

¹⁶⁷ JUSTINIANO, **Digesto**, Livro Primeiro, 2, 1, e Livro Primeiro, 3, 24. 7. ed. Trad. de Hécio Maciel França Madeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 23 e 55.

Uma exegese assim, mesmo que longínqua, mas que se aponta uma visão de conjunto, indica o papel do sistema na interpretação.

A pergunta que devemos fazer é como conduzir a interpretação sistêmica para que se tenha satisfatoriamente a interpretação jurídica? Como afirmamos anteriormente ela não se confunde com a interpretação gramatical, lógica ou teleológica. Para isto ela deve corresponder aos arranjos e aos fatores que são próprios e funcionais de uma organização sistêmica. Neste caso é salutar lembrar como critério inicial aquilo que Lawrence Schmidt denomina de “círculo hermenêutico”, onde “as partes só podem ser compreendidas a partir de uma compreensão do todo”, ao mesmo tempo em que “o todo só pode ser compreendido a partir de uma compreensão das partes”¹⁶⁸, numa demonstração lúcida de circularidade compreensiva e que é imanente à organização sistêmica. Ao lado disto é salutar considerar também que a expressão deve se apartar do uso comum, para que ela apresente o verdadeiro sentido da norma ou do texto preservando-os, e sem modificá-los¹⁶⁹, e com isto seguir na conformidade daquilo que o sistema jurídico compreende e sugere. Com esses cuidados comparecem os primeiros condicionantes da sua função interpretativa. Mas registre-se que embora a interpretação sistêmica seja possuidora de um perfil próprio pelos recursos que apresenta, isto não significa todavia que em vários momentos e oportunidades da sua avaliação não leve em consideração também informações oriundas de uma prática gramatical, lógica ou mesmo teleológica. Circunstancialmente estes mecanismos também poderão comparecer. Não há como excluí-los de todo sob uma prática exclusivista, visto que ao lado de se reconhecer aqui uma teoria argumentativa (gramatical e lógica), também as suas conclusões haverão de atingir a uma finalidade (teleologia).

Para corresponder aos arranjos que são próprios da interpretação sistêmica, cuida-se num primeiro momento em se considerar entre as normas jurídicas, juntamente com os institutos ou modelos jurídicos, uma justaposição tanto de *coordenação* - esta que podemos denominar também de uma relação horizontal -, como de *subordinação* - esta que podemos denominar também de relação vertical. Dessarte, os elementos da interpretação, porque esta obedece a uma organização sistêmica, deverão ser considerados tanto por um processo de coordenação como por um processo de subordinação.

¹⁶⁸ SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. op. cit, p. 16.

¹⁶⁹ ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **El Lenguaje Del Derecho - Definiciones Y Normas**. 1. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, p. 17.

No primeiro caso - coordenação -, ainda sem se estabelecer uma relação de subordinação hierárquica, tanto as normas jurídicas como os institutos do sistema serão colocados lado a lado de forma interativa entre eles, ao mesmo tempo em que são preservados também cada um deles naquilo que são identificados. Neste caso é sintomático se perceber no sistema jurídico algo que constitui uma área própria pertencente a cada um deles na composição geral. É que eles são partes do sistema, mas também exercem o papel de compor o sistema. A isto podemos reconhecer um princípio basilar que é o princípio de reserva institucional. Não há como se descuidar disto quando da interpretação. No mecanismo da coordenação uma norma individualizada (e não isolada) influencia no sistema, mas dele também recebe influência. Assim as menores particularidades haverão de se equacionar com as maiores particularidades o que redundará no caráter coletivo oriundo do sistema. Por isso um artigo de lei não será de forma alguma interpretado de forma isolada dos demais, ou isolado do contexto global imposto pelo sistema. Para se ter uma noção disto basta lembrar, por exemplo, o fato de que se vamos procurar compreender a ideia de um contrato específico como um contrato de locação, venda ou permuta, devemos fazer disto uma inserção no campo das obrigações, além de uma sucessão recorrente de ordem sistêmica caso isto seja necessário.

No segundo caso - subordinação - a interpretação dentro do sistema impõe uma observância a um critério de hierarquia que deverá ser observada entre normas e entre institutos jurídicos. As normas de escalão superior haverão de estabelecer uma observância às normas de escalão inferior. Assim, no campo das normas gerais a expedição da lei observa a Constituição, e no campo das normas individuais (decisão judicial e decisão administrativa) devem estas observar a Constituição e as leis.

Num caldeamento geral pela justaposição que se verifica do arranjo causado pela coordenação e pela subordinação sobressaem sintomas típicos da organização sistêmica, que deverão ser considerados quando da interpretação. Por isso os órgãos com as suas funções diversas, embora reconhecidos com certa autonomia, não existem totalmente separados, operando-se coordenados, e onde um é conhecido e reconhecido, e daí conhecendo-se e compreendendo-se os outros, concorrendo para isto não só um recurso comparativo, mas também uma verificação e constatação de interdependência recíproca. Por isso a interpretação sistemática deixa perceber o Direito não como um ajuntamento caótico de preceitos, mas sob uma unidade em que ele é entendido como um “conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio”¹⁷⁰. Na

¹⁷⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. op. cit., p. 128.

concretização do procedimento interpretativo é peculiar proceder-se mediante a confrontação entre os preceitos e prescrições positivas que irão fundamentar a relação de origem justificadora da validade das normas, e onde será detectado um nexo entre o que é oriundo do geral para fundamentar o particular, e cujo resultado é um trabalho de síntese¹⁷¹. Nesta avalanche interpretativa leva-se em consideração os preceitos, as normas nos seus alcances extensivos - e também contidas nas exceções -, os institutos jurídicos, os princípios gerais e os princípios especiais. Nisto tudo se verifica e se constata a positivação pelo sistema. Ademais disso, registre-se que numa interpretação convencional que emana do sistema jurídico com uma separação entre a lei genérica e a regulamentação concreta, a participação dos órgãos atuantes acontece mediante decisões - sobre o mesmo Direito - através das quais no primeiro caso o legislador constrói o Direito enquanto que no segundo caso o julgador age na sua aplicação.¹⁷²

3.1.4.2 A Aplicação

A aplicação do sistema jurídico - que comparece ao lado da interpretação na confirmação da autonomia do Direito -, tem a interpretação como um pressuposto. Da interpretação jurídica segue-se a aplicação jurídica. Esta é a sequência a ser seguida e não o contrário, donde se verifica uma dependência da aplicação em relação à interpretação. Como um anteposto à aplicação, a interpretação surge como “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”¹⁷³, de forma que interpretação e aplicação estarão ligadas de forma umbilical. Podemos mesmo dizer, repita-se, que há um estado de dependência entre os dois institutos, sobretudo da segunda em relação à primeira.

A partir do momento em que confirmamos a interpretação jurídica como uma imanência do sistema jurídico, não há muita dificuldade para se compreender o caminho a ser trilhado também pela aplicação jurídica, visto que a autonomia assegurada pela primeira de igual forma será eficaz e vinculativa para a segunda na metodologia a ser observada,

¹⁷¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Heremênutica e Aplicação do Direito**. op. cit. p. 129.

¹⁷² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**, op. cit., p. 34.

¹⁷³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. op. cit., p. 463.

sobretudo quanto à seleção da verdade jurídica a ser seguida diante de um problema jurídico, e que pede uma solução. Neste caso os fatos extraídos da vida social, enquanto casos concretos para serem resolvidos, haverão de se equacionar como hipóteses fáticas à incidência do sistema jurídico - veja-se que estamos falando de sistema jurídico e não de norma jurídica apenas -, considerando-se com isto desde os preceitos jurídicos e as normas jurídicas, os modelos jurídicos e os institutos jurídicos, até os princípios gerais e os princípios especiais, que são elementos de essência no Direito. Com isto o equacionamento metodológico é uma providência no sentido de que o fato social é que deverá se enquadrar ao sistema jurídico recebendo por isto uma qualificação de natureza jurídica, e não o contrário com o sistema jurídico se enquadrando ao fato social. Dessarte, a predicação jurídica parte do sistema (jurídico) e não do fato (social).

Com o alcance metodológico de forma estrutural, com uma imanência do sistema no seu todo diante de um problema, ele sistema coloca-se imediatamente de prontidão tanto para a confirmação do problema, como também para a solução a ser aplicada ao problema que se confirmou. E isto é assim que acontece porque o Direito se conforma e se coaduna com condutas com ele equacionadas, e não com condutas em desconformidade com as verdades por ele albergadas. Assim, com a sua aplicação o Direito propicia uma custódia às verdades jurídicas, ao mesmo tempo em que afasta as inverdades jurídicas, num processo seletivo que haverá de ser observado em todas as dimensões nas quais ele exerça o seu alcance para uma concretização profilática. Com isto sobressai a sua missão saneadora na vida social. E as hipóteses quanto a isto são ilimitadas, porque como já tivemos a oportunidade de comentar alhures, o Direito quando comparado com os demais entes é aquele que peculiarmente comparece como o único que se intromete em todas as searas da vida social, o que cobra dele um universo aplicativo que não se confunde na sua intensidade e amplitude com nenhum outro. Ademais, a complexidade deste seu papel mais se constata ainda quando devemos compreender o Direito na sua aplicabilidade como uma proficiência diversa das demais formas científicas, visto que enquanto em outras searas (Medicina, Odontologia, Geologia, Física, Química, Biologia, etc.) constatamos apenas uma profilaxia aplicada, diferentemente no Direito o que constatamos é uma profilaxia dialética pela sua natureza em resolver conflitos humanos.

Ao resolver conflitos o Direito o faz através de uma imanência daquilo que lhe é próprio, atuando como referencial pelo sistema jurídico na forma positiva. A mecânica que deve ser observada quando da aplicação pelos órgãos jurídicos se reduz numa relação de vinculação e determinação entre normas de escalão superior e normas de escalão inferior, ou seja, numa relação entre Constituição e Lei e entre Lei e sentença judicial¹⁷⁴. Esta é uma regra matriz ou o ponto de partida da organização sistêmica e que será observada sempre. Mas é bem verdade que as determinações hipotéticas para as regulamentações normativas nem sempre são abrangentes para todas as peculiaridades e circunstâncias da vida, que poderão ser preenchidas diante de situações que possam surpreender tanto o órgão legislativo, como também o órgão jurisdicional e o órgão executivo. Diante desta realidade é sugestiva a ideia, como faz Kelsen, de “um quadro ou moldura” a ser preenchido pelos atos jurídicos praticados por esses órgãos. Mas é bom lembrar que este permissivo trata de peculiaridades jurídicas em que em hipótese alguma poderão agir com uma prática de contrariedade jurídica, e sim sempre com observância pela norma de escalão inferior àquilo que é pertinente ao espírito da norma de escalão superior, ou seja, viabilizar a expectativa desta última no seu alcance teleológico. Qualquer hipótese de contrariedade quanto a isto haverá de incidir em inconstitucionalidade ou em ilegalidade. Assim, as circunstâncias a serem preenchidas não significam obviamente qualquer possibilidade de contrariedade à norma superior. O que ocorre na essência são observações a mecanismos necessários para o cumprimento da norma superior, visto que, como dissemos, nem todas as circunstâncias da vida podem ser previstas por ela. O sistema jurídico positivo não tolera qualquer vocação fora disto. Assim, embora possamos reconhecer quando da aplicabilidade a ocorrência de várias possibilidades - pela plurissignificação que pode acompanhar a norma jurídica na sua pluralidade de significações (kelsen) -, tais possibilidades haverão de seguir sempre aquela “moldura”, e portanto de conformidade com o Direito com vistas à observância da norma de escalão superior. Isto é o mesmo que dizer de uma inaplicabilidade contrária às previsões expressas no sistema normativo. E isto assim se compreende porque da disposição sistêmica, quando do estabelecimento de uma norma geral, *sempre* a norma individual dela resultante, com vistas a sua aplicação - da norma geral -, constitui um processo de continuação da estruturação escalonada ou graduada das normas¹⁷⁵. Esta é uma vocação de disposição da organização do sistema jurídico. Nesse contexto podemos dizer ainda, como faz Kelsen, que diante da

¹⁷⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. op. cit., p. 464.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 465.

existência de várias possibilidades da aplicação, a norma individual como no caso da sentença judicial, poderá por um processo de conhecimento interpretativo fazer opção por uma possibilidade, mas sempre com observância à “moldura” estabelecida pela lei¹⁷⁶. Neste caso, não é dado ao órgão jurídico jurisdicional contrariar a lei quando da elaboração da norma individual, que tem sempre como modelo a norma geral como referência.

É oportuno considerar que o mecanismo da aplicação jurídica na órbita da positividade deve conduzir sempre e em conformidade com o que possibilita o sistema por um sequenciamento interpretativo/aplicativo, considerando o aplicador ao verificar o caso concreto equacioná-lo com os casuísmos hipotéticos da norma expressa em um artigo de lei. Seguidamente a isto se observa a lei na sua composição sistêmica nos articulados em geral com seus princípios especiais, e se para a aplicação isto ainda não for suficiente recorre-se à Constituição com suas normas, princípios especiais e princípios gerais. Com este curso sistêmico extraído da positividade a aplicação não terá qualquer frustração ou qualquer forma de inviabilidade quando da solução do caso concreto. É que neste curso previne-se a hipótese do caso concreto, afastando-se qualquer forma de vacância, de ilegalidade e de inconstitucionalidade na solução aplicada. Com um cuidado assim abre-se espaço também em cuidar da ordem jurídica aplicativa como um todo, que por um critério *teleológico-finalístico* na aplicação, o que se verifica é a atuação de todos os ramos jurídicos positivos colocarem-se à disposição para a solução de um conflito num caso concreto, envolvendo concomitantemente tanto os ramos substanciais (ou materiais) como os ramos processuais (ou instrumentais) do Direito.

¹⁷⁶ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. op. cit., p. 467.

3.1.5 O Sistema Jurídico como Norma Jurídica e como Proposição Jurídica. Proposição Jurídica Prescritiva e Proposição Jurídica Descritiva

O conceito de sistema no Direito é um conceito abrangente que pode ser aplicado tanto à ideia de ordenamento - ordenamento jurídico como conjunto de normas devidamente organizadas -, como também à ideia teórica de investigação e compreensão deste ordenamento que é a Ciência Jurídica. Assim, podemos reconhecer o Sistema Jurídico como um gênero, de cujo gênero destacam-se como espécie por um lado um Sistema Normativo, este que compreende as normas jurídicas, mas por outro também um Sistema Propositivo, este que compreende proposições jurídicas. Na compreensão sistêmica do Direito, estas duas naturezas não podem ser confundidas pelo papel diferenciado que desempenham cada uma delas na identificação do fenômeno jurídico. Um sistema normativo não é o mesmo que um sistema propositivo, mas ambos são compreensíveis de um ponto de vista sistêmico.

Registre-se que um sistema normativo que retrata o Direito entre as várias modalidades normativas como a moral, a religião, etc, tem a missão de retratar sob uma forma peculiar o alcance normativo dotado de uma significação jurídica. Por sua vez o sistema propositivo que procura retratar o Direito, entre as várias proposições assertivas, tem também o seu papel estabelecido de um alcance propositivo para uma significação jurídica. Assim, num caso é descortinar uma pertinência envolvendo a *norma jurídica*, e noutro caso é descortinar uma pertinência envolvendo a *proposição jurídica*, que como já frisamos não se confundem.

Estabelecer o reconhecimento do Direito quanto ao seu sistema normativo - com a ideia de ordenamento -, e quanto ao seu sistema propositivo - com a ideia de cognição deste ordenamento -, isto providencia a sua autonomia jurídica na medida em que o coloca como um ente próprio, como também o coloca no universo do conhecimento geral dotado de teoria própria diante dos demais entes. Ao fazermos este aparte entre sistema normativo e proposição isto é um indicativo de uma necessária distinção entre Direito e Ciência do Direito. Nesta diferenciação, na medida em que o Direito não comparece como ciência, a ele resta o comparecimento como objeto da Ciência Jurídica, esta que tem como tarefa o papel de descrevê-lo. Por isso a teoria jurídica toma o Direito como objeto e se restringe, repita-se, em descrevê-lo, e no papel bifurcado do sistema jurídico deparamos com disposição normativa por um lado, e com disposição proposicional (proposição jurídica) de outro. O sistema jurídico, enquanto um sistema de normas, deixa perceber a estrutura do ordenamento jurídico

onde o equacionamento das normas haverão de obedecer tanto a um funcionamento estático como a um funcionamento dinâmico, conforme comentamos acima, mas também culminará por fazê-lo através dos institutos e modelos jurídicos, juntamente com o papel teleológico que é reservado à norma jurídica.

No primeiro caso que é o sistema normativo ele identifica o ordenamento jurídico. Sempre que falamos em ordenamento este vocábulo sugere um derivado de um estado de “ordem”, e ordem na dimensão normativa tem duas funções básicas que é tanto a sua significação para uma providência de *comando*, de *determinação*, ou de *mandamento*, características próprias da norma jurídica, como também a sua significação para uma providência de *organização*. No ordenamento identificamos também um estado de organização, em que se providencia a colocação das coisas nos seus devidos lugares. Assim, no ordenamento jurídico é possível se reconhecer ambas as providências, visto que mesmo no segundo sentido não é salutar se admitir a disposição das normas fora de uma organização, visto que na dimensão do Direito Positivo é exatamente o que se constata tendo em vista que o processo racional nele providencia não só a colocação compartimentada das normas, mas também busca equacioná-las cada uma no seu devido lugar e com a devida função conforme comumente se verifica da sua disposição sistemática. Com isto o conceito de ordenamento nas normas forceja também aqui o conceito de sistema jurídico.

Se no primeiro caso - sistema normativo - com as normas jurídicas temos o próprio ordenamento jurídico, no segundo caso com as proposições jurídicas temos a teorização sobre este ordenamento com espaço à possibilidade da Ciência Jurídica. Compreender isto é antes de tudo compreender o mundo da linguagem, cuja construção se opera mediante juízos proposicionais que deixam perceber uma estrutura lógico-linguística. Várias são as formas de proposições que podem ser identificadas na linguagem, mas que podem ser reunidas em três funções básicas na sua configuração discursiva para um alcance formal. Assim, num caldeamento geral da linguagem, e segundo Norberto Bobbio, temos a função descritiva, a função expressiva e a função prescritiva, com uma correspondente linguagem científica, uma linguagem poética e uma linguagem normativa¹⁷⁷. Com isto temos também proposição *descritiva*, proposição *expressiva* e proposição *prescritiva*.

No âmbito da dimensão jurídica envolvendo o sistema jurídico podemos afirmar da pertinência tanto da proposição prescritiva como também da proposição descritiva. Quando tratamos do sistema jurídico com atenção na norma jurídica - ela como proposição na

¹⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. op. cit, p. 77.

estrutura do ordenamento jurídico - estamos tratando de *proposição prescritiva*. Nesse contexto a norma jurídica enquanto proposição prescritiva vai estar conduzida por um princípio deontológico com as funções deônticas do obrigatório, do permitido e do proibido. Diferentemente quando tratamos do sistema jurídico com uma atenção teórica em construí-lo mediante conceitos jurídicos que são extraídos e deduzidos das normas jurídicas positivas, bem como providenciar a solução de problemas jurídicos - donde se percebe em ambas as situações uma tratativa de cognição teórica -, estamos tratando de *proposição descritiva*. Assim, a natureza da norma jurídica, na classificação que fizemos, deve ser reconhecida como de proposição prescritiva, enquanto que a natureza da ciência jurídica, na conformidade da mesma classificação, deve ser conhecida como de proposição descritiva, esta que relata e descreve proposição prescritiva. A este conceito geral devemos estender ainda mais o conceito para proposição prescritiva jurídica e para proposição descritiva jurídica. É que em ambas as situações a atuação do jurista é de trânsito na seara de uma organização que traduz para ambos os casos a existência de um sistema jurídico. Assim, em qualquer das formas de atuação o jurista age por um sistema jurídico, e daí a afirmação de juízos por proposições jurídicas.

3.1.6 Ser e Dever Ser: Relação de Causalidade e Relação de Imputação

Com as normas jurídicas temos o ordenamento jurídico; com as proposições jurídicas temos a teorização sobre o ordenamento jurídico, com espaço neste caso a uma condução para a Ciência Jurídica. Compreender isto é compreender, como consideramos acima, o mundo da linguagem que vai tratar com proposições descritivas - ou de relatos - na medida em que descreve o Direito como um dado extraído do mundo positivado - Direito Positivo. Nisto a metodologia da Ciência Jurídica não difere da metodologia da Ciência em geral, onde é possível compreender o seu caráter empírico em descrever algo palpável e próprio do mundo fenomênico. É que a Ciência Jurídica, na órbita do Positivismo, trata também com algo posto (positivado), como sói acontecer com a Física, a Química, a Biologia, a Astronomia, etc., que se aproxima destas enquanto ciência descritiva, mas delas se diferencia por não assumir a condição de ciência causal. Mas é bom considerar o fato de que a proposição descritiva, que é própria da Ciência Jurídica, em momento algum é eficaz para enunciar prescrição - como

também não o faz a Ciência Jurídica -, uma particularidade lógica que acompanha as normas jurídicas pelo poder de comando e de império de que são portadoras estas últimas.

Como uma emanção lógica da proposição prescritiva que acompanha a autoridade da norma, surge a ideia de *dever ser*, que coloca de forma determinante o traço diferenciador do mundo jurídico quando comparado com o mundo do *ser* com os respectivos ramos científicos. No caso das ciências naturais, estas tratam com o mundo do *ser*, e devem ser reconhecidas como ciências causais. Diferentemente no caso da Ciência do Direito, esta trata com o mundo do *dever ser*, e não deve ser reconhecida como uma ciência causal embora descritiva, conforme comentamos acima. Ademais disso, com a proposição prescritiva surge a ideia de que alguma coisa deve ser, independentemente de ser, numa demonstração de vocação do espírito normativo que é próprio do Direito. Mas não se pode aqui negar o fato de que a descrição disto não seja levada a efeito mediante proposições descritivas, estas que são próprias do discurso da Ciência Jurídica. Para isto comparece um componente ainda mais, e significativo, como justificador no papel descritivo que faz parte da Ciência Jurídica, e que se traduz por um princípio básico que é o *princípio da imputação* (Kelsen). Devemos entender o princípio da imputação como aquele que se fundamenta numa possibilidade lógica em que pode ser verificado empiricamente um descumprimento à disposição jurídica da norma. Com o princípio da imputação se reconhece uma relação oriunda da ideia de dever ser que é a relação de imputação. Se no âmbito das ciências naturais porque ciências causais, assistimos a existência da relação de causalidade que se dá entre causa e efeito (Se *A*, é *B*), diferentemente no mundo do Direito, porque se trata de uma ciência não causal, o que se verifica é uma relação de imputabilidade (Se *A*, deve ser *B*, com a possibilidade de que efetivamente não ocorra *B*). Nisto a imputação é uma criação da norma, e com a relação de imputabilidade, que é próprio do mundo jurídico, não se segue que necessariamente a uma determinada situação fática ocorra o cumprimento da norma, embora seja este o caráter determinante desta última. Por isso se estabelece consequências jurídicas mediante as quais se verifica a aplicação de sanção, o que justifica inclusive, caso necessário, a utilização do recurso coercitivo. É que a Ciência Jurídica não trata com o mundo natural, mas na sua condição de ciência normativa extraída de um positivismo jurídico trata com o mundo normativo.

Tratar com as duas formas de relação apontadas, ou seja, com a relação de causalidade e com a relação de imputabilidade isto nos remete a duas naturezas proposicionais conforme os juízos produzidos. Quando da relação de causalidade o que verificamos são proposições verdadeiras ou falsas, e quando da relação de imputabilidade o que verificamos são proposições prescritivas válidas ou inválidas. No primeiro modelo - relação de causalidade - há uma dependência de verificação quando da relação entre fatos, como relação causal, se com o antecedente verifica-se, ou não, o conseqüente esperado. Se na descrição da realidade afirmo, por exemplo, que “a água ferve a uma temperatura de 100 graus centígrados”, estou tratando de uma proposição verdadeira; se afirmo diferentemente que “a água ferve a uma temperatura de cinco graus centígrados” estou tratando neste caso de uma proposição falsa. No segundo modelo - relação de imputabilidade -, porque há uma dependência da criação normativa, o que se verifica é uma necessária presença de um fundamento de validade da norma, e daí tratarmos de proposição prescritiva válida ou não, não se ligando isto à ideia de proposição falsa ou verdadeira. Dessarte o mecanismo que devemos compreender disto é o fato de que o Direito como um sistema de normas em vigor, tem no seu fundamento uma tratativa de lógica formal, onde devemos encontrar uma funcionalidade de relação entre normas. Neste mecanismo sistêmico, onde se verifica uma relação entre normas, o seu alicerce de asseguramento vai estar na denominada Norma Fundamental (Kelsen), tanto para o sistema em geral como para uma norma na sua individualidade.

Com a Norma Fundamental há o fundamento de validade justificador da relação de imputabilidade, na medida em que a ocorrência desta última seguiu com observância a uma norma válida, esta última cuja proposição normativa deixa perceber uma configuração que é extraída do sistema jurídico, e não em dados extraídos fora do sistema ou como uma relação causal oriunda do mundo material. Esta situação é afirmativa da autoridade da norma como ela compõe o sistema enquanto ordenamento jurídico - manancial de comando, determinação, imperatividade normativa. Mas é bom lembrar que tanto o relato como a descrição teórica desta fundamentação no âmbito do sistema jurídico, vai estar a cargo da ciência jurídica mediante proposições descritivas. Aqui o sistema normativo será objeto de uma compreensão teórica cuja interpretação poderá transpor-se para a dimensão de proposições verdadeiras ou falsas. É que das proposições prescritivas derivam-se, por inferência dedutiva, as proposições descritivas. Se existe uma proposição prescritiva existindo no sistema como um comando enquanto norma válida do sistema, a proposição descritiva acerca dela será verdadeira ao descrevê-la como dispõe o seu enunciado. Portanto, é a partir e através de uma verdade jurídica posta (positiva) que a proposição jurídica descritiva haverá de ser verdadeira ou falsa.

Dessume-se, pois, do sistema jurídico, a ocorrência de vinculação de proposição jurídica descritiva surgindo de proposição jurídica prescritiva. Caso a proposição descritiva venha a retratar algo que exista no sistema jurídico positivo, na condição de proposição prescritiva, tratar-se-á de uma proposição verdadeira. Em sentido diverso tratar-se-á de proposição falsa. Suponhamos o artigo 121 do Código Penal Brasileiro (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) que estabelece para ao crime de homicídio: “Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos”. Com este enunciado estamos diante de uma proposição prescritiva porque imperativa, e não se trata de considerar aqui uma proposição verdadeira ou falsa. O que temos é uma proposição prescritiva oriunda de uma norma válida, que é válida porque pertencente ao sistema jurídico e que por isso deve ser obedecida. Neste contexto é a sua validade que vai determinar a condição da sua existência como norma. Sabemos que o homicídio é uma prática em que há a destruição ou eliminação da vida de um indivíduo (pessoa) por outro, e quando o artigo 121 estabelece uma pena em razão desta prática, o que se deve entender é exatamente que este ato não deve ser praticado, como forma de se preservar a vida das pessoas em geral sem qualquer distinção. Quando da sua descrição teórica, abre-se espaço à condição de proposição verdadeira ou falsa. Assim, caso a sua interpretação teórica siga a orientação acima estaremos diante de uma proposição verdadeira, e caso siga noutro sentido estaremos diante de uma proposição falsa. Reafirme-se que a existência de proposição verdadeira ou falsa é uma realidade que não deve ser deixada de lado quando de uma atividade descritiva do sistema jurídico.

Frise-se, por derradeiro, que tratar das antinomias normativas, situações onde constatamos uma contrariedade lógica entre normas, é um problema que diz respeito a proposições prescritivas, aquelas que retratam juízos normativos oriundos de normas válidas, e não diz respeito a proposições verdadeiras ou falsas que apenas descrevem os enunciados das normas válidas. No primeiro caso considera-se a verificação lógica no campo eminentemente normativo enquanto comando, equacionando com isto a coerência dos comandos; no segundo caso considera-se a verificação lógica no campo eminentemente teórico, e quanto ao relato e à descrição interpretativa que são apresentados a partir dos enunciados da norma.

4 SISTEMA JURÍDICO E VALORAÇÃO JURÍDICA

4.1 SISTEMA JURÍDICO E VALORAÇÃO JURÍDICA

Conforme comentamos acima (tópico 2.2), comparece ao lado de uma autonomia jurídica que deve ser creditada ao Direito, também um segundo ponto fundamental à experiência do Direito Positivo e que constitui a *valoração jurídica*. Discutir a questão da valoração jurídica isto pode parecer num primeiro momento algo incompatível com a teoria científica no Direito, para relegá-la apenas a uma discussão de teoria filosófica. Mas a questão não é tão simples assim quando se trata de focar o Direito como um universo valorativo. Para isto a ciência jurídica desenvolve seus métodos próprios. Daí o oportuno escólio de Karl Larenz no sentido de que “a ciência do Direito desenvolve por si métodos de um pensamento ‘orientado a valores’, que permitem complementar valorações previamente dadas, vertê-las no caso singular e orientar a valoração que de cada vez é exigida”¹⁷⁸. Só por isto se verifica, de início e como indicação inauguradora, três circunstâncias básicas valorativas que são impostas pelo próprio Direito na dimensão de uma discussão científica, quais sejam, quando trata da complementação das valorações previamente dadas, ao vertê-las nos casos singulares, e ainda ao orientá-las. Para isto registre-se que tratar sobre valor jurídico na seara do Direito Positivo isto coloca em pauta uma necessária consideração sobre Sistema Jurídico e Valoração Jurídica, esta última que é uma providência levada a efeito pelo primeiro. Com isto podemos afirmar que o Sistema Jurídico tem a ver com a valoração jurídica, na medida em que é ele que leva uma organização a esta peculiar e especial forma de valoração.

Valoração como entendemos aqui implica no ato de valorar, uma prática em se atribuir um valor a determinada coisa ou a determinado objeto. O mundo jurídico na sua especificidade não se coloca como exceção a este processo, pelo que compreendemos da sua existência e da sua própria subsistência diante dos demais entes. É que o Direito, ao mesmo tempo que comparece como um conjunto de regras para regulamentar as ações dos homens entre si, ele também constitui o “fundamento do que é exigível do homem que vive em

¹⁷⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. op. cit, p. 3.

sociedade”, sendo que por isso as regras de Direito expressam valores fundamentais¹⁷⁹. Isto é uma prática valorativa, o que levaria Herbert Hart a reconhecer numa taxonomia de variedades normativas do sistema jurídico, o fato de que as ações produzidas com base nas regras jurídicas serem criticadas ou valoradas, dependendo do seu reconhecimento como juridicamente corretas ou incorretas¹⁸⁰. Há, pois, uma relação entre Sistema Jurídico e valoração jurídica, e se considerarmos as normas jurídicas do ponto de vista das pessoas por causa dos deveres, vamos deparar com elementos reconhecidamente valiosos para a sociedade. Nisto sobressai o papel relevante do sistema jurídico visto que através dele aparecem elementos adicionais que são introduzidos pelo Direito na vida social, e com um controle coercitivo¹⁸¹.

O Direito, então, tem a sua permanência pela afirmação da valoração, uma atuação funcionalista através da qual se assegura na vida social determinados aspectos que são levados à condição de algo precioso, digno de estimação e de preservação *da e para* a sociedade. A sua configuração - da valoração - se dá no contexto jurídico, fazendo parte do sistema jurídico e também pela ideia de ordenamento jurídico, e pode ser compreendida por aquilo que Karl Larenz relata como “Jurisprudência de Valoração”. Esta jurisprudência, conforme o jusfilósofo, é ainda hoje tida e reconhecida pacificamente na atividade jurisprudencial, sendo que resulta como uma emanção da “Jurisprudência dos interesses” e permite que as valorações do legislador propiciem resultados tanto com relação à interpretação da lei, como com relação à solução de casos não regulamentados mediante analogia por um critério de valoração. A sua percepção se dá a partir de situações de ordenação e de casuísmos como interesses individuais ou de grupo, o estabelecimento de prazos, exigência do tráfego, a segurança jurídica, etc. Segundo Larenz, a maioria dos defensores da Jurisprudência de Valoração sustentam “a possibilidade de enunciados suscetíveis de fundamentação sobre as valorações adequadas (no sentido de um dado ordenamento jurídico), mesmo que os fundamentos não sejam cogentes de um ponto de vista lógico”. Assim, o caráter cogente da valoração jurídica emanado do ordenamento não se prende a uma elaboração lógica, subsistindo como um ente próprio. Ademais, no seu entendimento a Ciência Jurídica atua ainda com critérios pontuais de pensamento de valoração como é o caso da analogia, da comparação de casos, da conformação de tipos, os quais propiciam uma abordagem neste

¹⁷⁹ BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. op. cit, p. 6 e 21.

¹⁸⁰ HART. H. L. A. **El Concepto de Derecho**. op. cit, p. 40 - 41.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 51 - 52.

sentido¹⁸². Aspectos como estes e outros mais, como veremos, anunciam uma relação por uma ligação umbilical entre sistema jurídico e valoração jurídica.

A ideia de valoração - ou valor para a sua significação e extensão geral - perde-se nos meandros do mundo fenomênico em geral, como se verifica da Filosofia Pura ou Geral, mas quando se trata da sua consideração em especial naquilo que diz respeito ao Direito Positivo, a sua caracterização como padrão de referência para o mundo jurídico vai acontecer numa relação direta com uma realidade ontológica que emana apenas do Sistema Jurídico. Podemos dizer que as valorações que culminam na valoração jurídica é uma construção do próprio sistema jurídico. Esta implicação na identidade do valor jurídico haverá de abranger tanto o sistema enquanto ordenamento jurídico - mandamento, prescrição, autoridade normativa -, como também o sistema como algo responsável do ponto de vista teórico para desnudar, numa reflexão, os processos e os fundamentos que vão envolver o seu conhecimento, para neste caso esclarecer determinados pressupostos lógicos de coerência, verdade e de não-contradição. É que a explicação dos valores jurídicos não pode acontecer de uma forma solta e descomprometida, mas deverá obedecer a uma organização sistêmica, um cuidado que merece atenção em ambas as formas de aplicação, o que recomenda a sua ocorrência no interior do sistema jurídico para daí desdobrar-se na sua aplicação referencial fora do sistema. Então, valor jurídico aqui constitui algo que emana do próprio sistema jurídico positivo, sem se inquietar com as possíveis configurações que possam acontecer fora e além disto. E isto se explica porque naquilo que estamos tratando, a preocupação teórica que emerge desta equação tem uma relação direta com uma objetivação de teoria científica do Direito, e não uma objetivação de teoria filosófica do Direito, embora possamos nos utilizar de conceitos oriundos desta última para o aprimoramento da primeira.

Nesse desiderato, e num trabalho interpretativo com vistas à aplicação do Direito, quando da valoração jurídica, não há espaço para qualquer profilaxia na qual se conta a participação de “sentimento jurídico”, este que se descaracteriza como fonte de conhecimento do Direito. Dessarte, o órgão julgador não pode descuidar deste aspecto “sob pena de incorrer na censura de parcialidade ou de decisão ‘arbitrária’”. O enfrentamento das possíveis dificuldades neste setor da valoração jurídica, pela teoria da argumentação jurídica, irá se deparar com questões como “a interpretação da lei, critérios de valoração supralegais, o alcance dos ‘precedentes’ ou do ‘argumento sobre as consequências’”, ou seja, “a maior parte

¹⁸² LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. op. cit., p. 163 - 167.

das questões da metodologia ‘clássica’¹⁸³. De forma sumária podemos dizer que a valoração jurídica, porque emerge do sistema jurídico, coloca este último sob uma prática ciosa acerca dos valores por ele construídos e albergados. E isto se explica porque o ambiente normativo constitui um conglomerado de elementos estruturais em conexão, previamente constituídos juridicamente a partir de uma perspectiva seletiva e ao mesmo tempo valorativa que é oriunda de um programa normativo¹⁸⁴. A isto podemos chamar de programação condicional que emerge dos condicionamentos das normas jurídicas positivas, e através da qual o jurista procura com argumentos teleológicos colocar em evidência tanto o processamento lógico como o controle lógico do Direito¹⁸⁵.

4.2 SISTEMA JURÍDICO E VALOR JURÍDICO

Sempre que alinhavarmos uma discussão envolvendo pontos de axiologia jurídica, vamos ter a oportunidade de considerar numa linguagem elástica da dimensão filosófica do Direito, vários aspectos envolvendo a ideia de valor, e naquilo que ele possa influenciar de forma aplicativa no mundo jurídico. É oportuno lembrar desde sua noção conceitual até o seu caráter de objetividade, o qual possa comparecer como condicionante da norma jurídica. É bem verdade que todos esses conceitos nos auxiliam também neste momento da investigação, cuja atenção agora transcende de uma dimensão filosófica para se concentrar numa dimensão científica. E isto se faz com uma pertinência ao Direito Positivo, compreendendo este último envolto com valores, porque como lembra Bergel, o Direito, juntamente com os princípios e os instrumentos técnicos, “é um *sistema organizado* de valores”¹⁸⁶, de cujas regras não se pode descuidar com os fundamentos tanto concretos como formais. Ademais disso, se o condicionarmos a uma expectativa comportamental como intencionalidade experimental, ele haverá de se referir não só a pessoas concretas, a papéis e a programas, mas também a

¹⁸³ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. op. cit., 170 - 171.

¹⁸⁴ MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito - Introdução à Teoria e Metodologia Estruturantes**. op. cit, p. 27.

¹⁸⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. op. cit, p. 28.

¹⁸⁶ BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. op. cit, p. XXVI.

valores, estes que haverão de se constituir como “julgamentos sobre a preferibilidade de ações”¹⁸⁷. O valor jurídico então acontece no Sistema Jurídico como um condicionante.

Sempre que se fala na ideia de valor a sua discussão sugere uma permanência na dimensão filosófica. Platão (427 a.C.- 347 a.C.) discute e reflete de forma longa e profunda sobre a ideia de bem, que para ele é um valor, este como uma qualidade das coisas mas já existente e a partir do Mundo das Ideias. Aristóteles (384 a.C. - 322 a.C.) por seu turno ao relacionar o valor das coisas com seus fins deixa ver o fato de que todos os seres vivos agem em termos valorativos. Não é exatamente desta forma que pretendemos ver o problema, mas considerar a ideia de valor por um alcance teórico em que ele possa se fazer presente também numa discussão científica, e tentar descortinar a possibilidade disto. Neste último caso providencia-se situar a ideia de valor jurídico apenas no âmbito do sistema jurídico, e pelo papel que assim venha ele a desempenhar, inclusive nas possíveis modalidades valorativas em que ele comparece como vigas de sustentação do próprio sistema. Assim, é equacionar valor jurídico e sistema jurídico, desnudando-se o asseguramento e sustentação deste último por um arcabouço que não é focado agora apenas por um arranjo normativo, mas que juntamente com isto conta também com a referência de uma valoração.

No fenômeno da valoração jurídica o conceito de valor jurídico, enquanto algo existente e posto pelo sistema, comparece como um referencial que retrata um estado de *não-indiferença*, este que afasta sua neutralidade e que toca as subjetividades das pessoas em geral, na firme convicção de que um estado de *indiferença* não encontra significação alguma para a conduta humana. Logo, a ideia de valor jurídico tem a ver com aquilo que deve encontrar resposta numa relação direta com a conduta humana. Uma referência que causa uma não-indiferença é uma existência de valor jurídico; uma situação que leva a uma indiferença é uma inexistência de valor jurídico. Aquilo que é posto pelo sistema jurídico reflete a primeira hipótese formulada.

Como uma imanência do sistema jurídico um valor jurídico assume a condição de um valor objetivo, ou seja, um valor jurídico objetivo, na medida em que a sua caracterização (qualificação, classificação) e mesmo a sua quantificação (limites, intensidade), vão estar numa relação direta com o contexto da organização posta pelo arcabouço sistêmico. Nisto encontramos a *objetividade* do valor jurídico que é produto de vários fatores ingredientes, e ao mesmo tempo responsável pelo seu balanceamento como posto pelo sistema. Assim, na organização sistêmica constatamos não só a colocação dos valores num nível de congruência,

¹⁸⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. op. cit, p. 96, 99 - 103.

homogeneidade (também de heterogeneidade quando for o caso) e de compatibilidade, como também num nível de colocação pelo acertamento das prioridades sob uma planificação de hierarquia, tanto num plano vertical como num plano horizontal. A constatação desta planificação num plano vertical deixa perceber uma *subordinação* valorativa, onde a qualificação dos valores é flagrante por força de que de uma disposição geral se extraem disposições especiais para o atendimento de casuísmos e particularidades. Com a constatação da planificação num plano horizontal percebe-se uma *coordenação* valorativa. Nesta conjuntura é possível se dizer que uns valores dentro do sistema são desdobramentos de outros valores, constituindo uma ramificação que forceja a quebra da cadeia do isolamento, ou dos possíveis isolamentos, mas ao lado disso é possível se dizer também de uma interação valorativa no edifício geral do sistema jurídico. Uma organização assim sempre obedece à ideia de uma organização sistêmica, esta em cujo equacionamento são eficazes os mecanismos de verdade, coerência, compatibilidade, e ausência de contradição lógica.

Mas é bom lembrar que esse valor jurídico objetivo, como considerado acima, não se confunde com o valor subjetivo (ou valores subjetivos) das pessoas. Há uma significativa diferenciação entre ambos pela natureza que apresentam, na medida em que este último, diferentemente do primeiro, vai estar numa relação direta com as preferências ou necessidades pessoais de cada pessoa. Com este último encontramos um subjetivismo axiológico, enquanto que no primeiro encontramos um objetivismo axiológico. Com o subjetivismo axiológico a atenção transferiu-se da coisa para o sujeito (Kant). No contraponto entre uma forma valorativa e outra, sobressai a objetividade do valor jurídico como uma referência de conduta com um papel dotado de autoridade, de comando, de ordem, colocando-o acima do valor subjetivo para um alcance de legitimidade e asseguração geral. É que o valor jurídico como propalado pelo sistema, transcende as fronteiras de um mundo apenas pessoal ou individual, para condicionar com eficácia inclusive as próprias pessoas ou os próprios indivíduos. Esta é a vocação vinculativa do Direito, sob pena da sua descaracterização e mesmo inexistência diante das pessoas ou dos indivíduos.

Com os valores objetivos, orientados por uma objetividade peculiar, o que se providencia na dimensão jurídica é uma forma de se buscar a preservação da individualidade numa conformidade interativa com o bem-estar coletivo, onde este último culmina por oferecer os alicerces fundamentais àquela preservação. Há nisto uma necessidade de equação e conformação entre as duas dimensões, que por causa das diferenças entre ambas as figuras torna-se fundamental o papel do Direito na conciliação, arranjo e combinação entre elas. A este balanceamento axiológico podemos creditar ao Direito, pela sutileza das implicações que

daí emergem, uma tratativa cuja linguagem é tributar-lhe - como fazem alguns - o exercício de uma *arte*, dada a dificuldade e também as minudências que daí ocorrem no momento da sua constitutividade, embora o ponto de partida sempre seja uma fundamentação técnica de formatação sistêmica. Esta angústia denunciada por certa dificuldade já é longínqua e talvez seja por isso que Celsus, o jurista romano, na sua elegante definição deu ao Direito uma assertiva como “a arte do bom e do equitativo” (“ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi”)¹⁸⁸. Mas devemos registrar que a despeito desta significação complexa do Direito, a ponto de se lhe colocar como um enigma à condição de uma Arte, ele Direito não é algo que se confunde com a Arte. É que a Arte na sua essência, embora se constitua de expressividades estéticas oriundas das realizações humanas, não abrange por constituir o Direito na sua plenitude. Enquanto significação valorativa, o Direito vai muito mais além disso, para corresponder a uma universalidade no mundo dos valores. Portanto não são apenas os valores estéticos que comparecem na sua configuração, como sói acontecer também de forma adicional uma abrangência valorativa Ética, religiosa, Política, social, psicológica, econômica, histórica, Cultural, Física, biológica, Química, etc. de cujo complexo valorativo teremos um caldeamento no que se condensa no ápice abrangendo a todos eles, e que culmina no final por constituir o *valor jurídico*.

4.2.1 Valor Jurídico: Objetividade e Dogmática Jurídica. O Papel da Eficácia Normativa: a efetividade do Direito. Relação entre Vigência e Eficácia

O valor jurídico é o embate interativo de todos aqueles valores acima referidos. Mas aqueles referenciais gerais nada apresentam de jurídico, senão quando postos pelo próprio sistema (jurídico) naquilo que este elege à condição do jurídico, produto de uma interatividade intra-sistêmica. Isto é a *objetividade jurídica*, que nasce dentro do próprio sistema, produto de uma seleção e filtragem que haverá de plasmar com uma autoridade mandamental nas condutas, e sob uma condição dogmática.

Sob uma condição dogmática e ao admitirmos o papel dos valores dogmáticos pelo seu caráter preempatório, sentencioso e decisivo, e que fundamentam uma adesão a um certo tipo ou número de ideias que já não passam mais pelo crivo de um questionamento – ao

¹⁸⁸ JUSTINIANO. *Digesto*. Livro I, Título I, ítem 1. op. cit., p. 19.

mesmo tempo em que existem para assumir a partir daí uma relevância na dimensão do mundo jurídico –, deparamos com a “dogmática jurídica” que acontece pela força dos valores que dão sustentação à imposição da norma jurídica, ou seja, o seu ponto fundamental. Podemos encontrar então nos valores os fundamentos para uma dogmática jurídica. E a sedimentação disto tanto no caso de normas específicas, como no caso de uma norma geral pelo significado que o enunciado desta apresenta, podemos buscar mesmo as soluções desejadas e imprevistas em razão de prescrições dotadas de julgamentos de valor. A dogmática jurídica como prescrição valorativa compõe o Direito. E a contribuição valorativa neste caso é no sentido de, ao lado da aplicabilidade jurídica pelo alcance da sua eficácia, também organizar e sistematizar o Direito com os textos aí produzidos numa relação entre as regras aplicáveis e os casos que haverão de receber a aplicação destas regras.

Sob essa organização, e tendo pressupostos valorativos na sedimentação da dogmática jurídica, é necessário contar com formas de encaminhamento sistêmico apropriado para isto, visto que, do ponto de vista de uma necessária legitimidade ao Direito, uma providência assim comparece como fundamental. Isto é tão verdadeiro que considerado o Direito pela ótica da sua legitimidade, um dos pontos básicos para a concreção disto é focar a sua ocorrência - se legítimo ou não - tendo como referencial a sua eficácia diante daqueles aos quais ele é direcionado. A legitimidade do Direito neste caso cobra a sua eficácia diante daqueles a quem ele é posto para a regulamentação das respectivas condutas. E tratar o Direito com eficácia, é reconhecer a necessidade dos integrantes da comunidade jurídica correspondente em agir de conformidade com o Direito. Ao caldearmos este equacionamento deparamos com a efetividade do Direito.

Caracteriza-se a eficácia do Direito de conformidade com a aceitação geral em relação àquilo que é posto *como* Direito. Uma prática assim necessita, não há dúvida, de um componente valorativo condicionante para a dogmática jurídica. Para se verificar este caráter de eficácia jurídica, diante da consciência social, basta comparar como uma sociedade compreende um comando para uma prática criminosa e um comando para uma prática lícita, e daí termos a noção clara e diferenciada que poderá ser extraída das duas formas de comando normativo, na conformidade da expectativa desta sociedade. Nisto estaremos diante de condicionantes valorativos diferenciados, onde a eficácia dos comandos em ambos os casos haverá de apresentar resultados também diferenciados. Em tais hipóteses a questão do valor jurídico é colocada sob uma avaliação crítica no reboło da preferência geral. Não há como fugir desta realidade. E não se diga que este aspecto pontual, como aqui considerado, não seja

fundamental também na caracterização ontológica do Direito numa perspectiva de Positivismo Jurídico.

Conforme a lição de Hans Kelsen (1881 - 1973), considera ele o Direito como uma ordem dotada de um constrangimento eficaz, e o reconhecimento do Direito enquanto Direito, passa por uma assunção, ao lado da sua *validade* e da sua *vigência* como requisitos de essência, também da sua *eficácia* e com o mesmo destaque. Segundo este jusfilósofo a validade de uma norma jurídica comparece através do fundamento de validade mediante uma relação lógica entre normas e que culmina na norma fundamental. Por sua vez, a vigência comparece mediante a existência específica da norma, como ela nos é dada e como ela se apresenta, por observância aos requisitos necessários (tanto formais como materiais) para a sua positividade, como é a prática do órgão legislativo. Vigência então é considerar a norma como regularmente posta. Por seu lado a eficácia, que se distingue tanto da validade como da vigência, comparece “pelo fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada”, isto é, em razão de se constatar uma situação em que se percebe a “circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”¹⁸⁹. Assim, há que se equacionar conduta humana e norma jurídica como um fato verificável, e que se reduz a uma observância à norma. Por isso é necessário que ela seja efetivamente aplicada pelos órgãos jurídicos, e também respeitada pelos indivíduos subordinados à ordem jurídica (mediante uma conduta como forma de se evitar a sua sanção)¹⁹⁰. Se assim não for, e permanecendo a norma sem eficácia de forma duradoura, tal situação poderá influenciar na sua própria vigência¹⁹¹. Neste caso, pela implicação recíproca que se denota, é possível se falar de uma relação entre vigência e eficácia, mesmo porque a vigência pela sua índole acontece como um caldeamento resultante das experiências extraídas, e que são levadas à condição de positividade pelos órgãos legislativos. É que a vigência, em última análise, deve ser compreendida como resultado da complexidade e da contingência no campo da experimentação, e onde se verifica uma espécie de redução (resumo, sumário, seleção) exercendo o seu papel e a sua função¹⁹² para uma disposição normativa.

¹⁸⁹ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. op. cit, p. 29.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 30.

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. op. cit, p. 53.

A tratativa destes pontos como requisitos de essência foi considerada também por Norberto Bobbio (1909 - 2004) como “valorações distintas” e de formas independentes umas das outras, e sob o reconhecimento de *justiça, validade, e eficácia*. Para o jusfilósofo italiano o primeiro problema que é o da justiça consiste na correspondência de uma norma aos valores que motivam e inspiram um determinado ordenamento jurídico. Por sua vez a validade vai estar ligada à “existência da regra enquanto tal”, com uma verificação se uma regra jurídica pertence ao sistema jurídico, observando-se para isto a autoridade de quem a expediu, a condição de não ter sido ab-rogada, e ainda a sua compatibilidade com as demais normas do sistema (principalmente com uma norma superior e com uma norma posterior). Quanto à eficácia da norma Bobbio trata como um problema de ela “ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida”, e “no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou”¹⁹³. Neste último caso tanto a sua inobservância como a sua ausência de aplicação, geram a ineficácia da norma. Percebe-se em ambos os autores um nítido reconhecimento de um alcance, na dimensão da eficácia normativa, aquilo que vai significar uma peculiar forma de relevância para o anseio social, ou seja, uma ressonância de algo que significa em última *ratio* reconhecer a presença de um padrão valorativo, seja pela natural aceitação, cumprimento e observância da norma, seja pela sua aplicação mesmo que por meios coercitivos.

Com a verificação do valor jurídico como um estado de não-indiferença tangenciando o mundo das pessoas e moldando as respectivas condutas, constata-se uma verdade conceitual no sentido de que ao lado das formas positivas aparecem também as formas negativas, estas que não escapam também à apreciação do sistema jurídico. Na forma positiva temos o que se deseja; na forma negativa temos o que não se deseja. Assim, na forma negativa que comparece como conduta proibida (operação deontológica de proibição que acompanha a norma) constata-se o reconhecimento de uma forma negativa do ponto de vista valorativo. Uma norma jurídica, então, preocupa-se com um contingenciamento generalizado para abranger inclusive as situações não permitidas, que neste sentido podem ganhar tanto uma regulamentação de forma expressa (como é o caso das tipologias penais, cuja compreensão lógica é no sentido de não se praticar o fato típico) como uma regulamentação de forma subentendida (como no caso de contrariedade lógica ao que dispõe o Direito Civil, onde a compreensão lógica diferentemente é no sentido de se praticar o fato típico).

¹⁹³ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. op. cit, p. 46-47.

4.2.2 O Sistema Jurídico e a Hierarquia dos Valores Jurídicos

Tratar com o sistema jurídico no seu papel de enfeixar as modalidades valorativas que dele devem fazer parte é um ponto de significativa consideração quanto a um aspecto essencial para o Direito. É que o Direito pela sua vocação seletiva haverá de selecionar as modalidades jurídicas valorativas na condição de fundamentais para a sociedade. Há nisto um processo de inclusão, mas também um processo de exclusão. Com a inclusão o que temos é a caracterização de um valor jurídico e com a exclusão o que temos é a caracterização de um *antivalor* jurídico. No primeiro caso é ir a um valor e no segundo caso é afastar um não valor. Para a constatação disto devemos nos advertir e reconhecer de início o valor como uma “qualidade pela qual uma coisa ou ação possui dignidade, é merecedora de consideração, apreço, respeito”¹⁹⁴. Na dimensão jurídica, em sede de um Positivismo Jurídico, competirá apenas ao Direito e a nenhum outro ente estabelecer a interpretação acerca disto. Neste projeto o Direito atua num campo onde o universo dos valores é vasto, competindo a ele caldear as possibilidades em torno daquilo que deve ser levado à condição de um valor jurídico.

É bem verdade, como comenta Lalande, que “o sentido exato de *valor* é difícil de precisar rigorosamente, porque esta palavra representa o mais das vezes um conceito móvel, uma passagem do fato ao direito, do desejado ao desejável”¹⁹⁵. Esta dificuldade pode ser apontada ainda mais quando um fato no processo desta passagem deve ser eleito à condição do jurídico, sendo que esta dificuldade só é afastada mediante o trabalho desenvolvido pelo sistema. O que conta para isto num primeiro momento é compreender um valor como fundamental tanto para os indivíduos como para a sociedade, e que vão compor as várias modalidades valorativas no Direito. E identificar um valor como fundamental isto pode se perder num labirinto quando deparamos com as possíveis modalidades que assim possam se caracterizar. Do lado do indivíduo o campo é vasto e “abrange muitas ramificações, das quais a mais importante se refere aos valores espirituais, absolutos e perenes”¹⁹⁶. Com estes pontos objetivos da caracterização dessume-se uma aceitação cristalina no sentido de se concretizar aspetos que estão relacionados em concretizar algo pertinente ao que é próprio de uma

¹⁹⁴ MONDIN, Battista. **Os Valores Fundamentais**. 1. ed. Trad. de Jacinta Turolo Garcia. Bauru: Edusc, 2005, p. 25.

¹⁹⁵ LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. op. cit, p. 1.190 - 1.191.

¹⁹⁶ MONDIN, Batista. **Os Valores Fundamentais**. op. cit., p. 22.

humanística, naquilo que é caro em todos os sentidos para a condição humana. O Direito na sua missão elevada não pode fechar os olhos para esta realidade, sob pena de se colocar em contrariedade lógica com a sua principal função que é realizar o mundo do homem, numa conformidade com as condições humanas e naquilo que lhe é mais congênito. É que em última análise não se constitui e não se realiza o Direito senão com o propósito de realização do ser humano. Mas também pela ótica da sociedade não há como o Direito descuidar disto na medida em que a sociedade com o beneplácito dele Direito haverá de assimilar referências valorativas como a justiça, a verdade, a liberdade, a honestidade, a vida, etc, valores estes que haverão de estar acima de qualquer arbítrio ou disposição dos grupos sociais que deverão reconhecê-los, assimilá-los e até defendê-los¹⁹⁷.

Na sua missão em assimilar os valores o Direito haverá de circular por diferentes dimensões, onde culminará por se debater desde aspectos morais, religiosos, espirituais, numa dimensão de transcendentalidade superior e sublime, até aspectos históricos, sociais, econômicos, políticos e culturais, numa dimensão onde o transcendente e metafísico cede espaço também ao que é físico, concreto e experimental. Esta circularidade valorativa vai contar com formas e fórmulas que poderão assumir caráter e assunção absolutos (valores absolutos), mas também caráter e assunção relativos (valores relativos), numa extensão que pode contar com o previsível e também com o imprevisível, os quais passam a fazer parte da caracterização ontológica do Direito. O sistema jurídico haverá de se imbuir desta realidade, tanto no propósito da criação jurídica como no propósito da aplicação jurídica.

No processo de caldeamento a cargo do sistema jurídico, o valor jurídico já fazendo parte do sistema jurídico como algo ontologicamente jurídico - significando o *ser* do Direito -, merece uma classificação como uma entidade objetiva, diferentemente das classificações que possam reconhecê-lo como uma entidade subjetiva ou transcendental. Como uma entidade objetiva, um valor enquanto valor, deve ser admitido como algo já subsistente em si mesmo¹⁹⁸, e transmutando-se para valor jurídico na dimensão do Direito Positivo deve o valor jurídico assim também ser admitido, para cuja subsistência e fazendo parte do enunciado da norma jurídica tem ele nesta última a viga da sua sustentação. Dessarte, observa-se um valor jurídico porque imposto pela norma jurídica que a ele dá asseguração. Assim, todo enunciado normativo - da norma - é um enunciado valorativo, embora não devamos confundir norma jurídica e valor jurídico. Se na primeira contamos com um

¹⁹⁷ MONDIN, Batista. **Os Valores Fundamentais**. op. cit., p. 22 - 23.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 26.

exercício de uma autoridade - comando -, no segundo contamos com um exercício de referência ou sugestão valorativa. Neste caso, o valor embora um ente subsistente como valor - que serve também para um valor jurídico -, torna-se impositivo não por ele mesmo, mas pela autoridade jurídica da norma.

Com a assunção assimiladora levada a efeito pelo sistema jurídico, os valores jurídicos numa acepção geral podem ser conceituados, quando jurídicos, como Direitos Fundamentais da sociedade. Dessarte, não será impróprio se relacionarmos a significação de valores fundamentais com Direitos que fundamentam a sociedade. Se determinado valor foi levado à condição de valor jurídico é porque esse valor assume uma condição necessária e indispensável naquele momento. São valores, pois, que ganham destaque com certa elevação. Daí porque tratar com este problema na dimensão do sistema jurídico é, como lembra com proficiência Canaris, tratar “com celeridade, perante a problemática dos ‘valores jurídicos mais elevados’ e da relação entre eles”¹⁹⁹. Então, dois pontos aqui comparecem e merecem a nossa atenção. O primeiro é reconhecer os valores jurídicos como os mais elevados a ponto de serem alçados à condição do jurídico; o segundo deles é nominá-los pela relação implicativa que desempenham entre eles na função de um mecanismo de arranjo e de estabilidade no sistema.

Nesta constatação dual de uma colocação dos valores jurídicos no sistema jurídico - valores mais elevados e relação implicativa de estabilidade do sistema -, isto leva o jurista a reconhecer uma existência de hierarquia entre os valores que comparecem de uma forma graduada no comparativo entre um e outro. E nisto é possível reconhecê-los, conforme Max Scheler (1874 - 1928), sob a condição de objetos objetivamente admitidos numa ordem hierárquica, ao mesmo tempo em que podem ser reconhecidos de forma associada na linha de Nicolai Hartmann (1882 - 1950) como algo objetivamente realista, dotados de fundamento em si mesmo e daí subsistentes. Para isto o primeiro grau de hierarquia que comparece, e que devemos levar em consideração, é o fato de que aquilo que é absorvido e admitido no arcabouço sistêmico tem prioridade, como verdade e relevância jurídica, diante daquilo que não faz parte do sistema. Dessarte, uma hipótese fática deve se equacionar com uma hipótese jurídica prevista. Os demais graus em geral deverão ser compreendidos e interpretados na conformidade como são colocados no interior do sistema onde, no contraponto entre um valor jurídico e outro, deverá prevalecer aquele que goza de prioridade.

¹⁹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 5. ed. Trad. de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 6.

Frise-se que ao se estabelecer essa prioridade, várias são as situações onde é possível se constatar esta realidade positivada no próprio interior do sistema jurídico. Esta constatação não é estranha também ao mundo valorativo em geral onde é possível se verificar esta diferença de graduação, na medida em que os valores podem ser considerados numa relação direta com o mundo diferenciado dos seres, e onde um é mais reconhecido como prioritário diante de outro numa contextualização de ontologia geral. É que não há paridade entre os seres na ordem existencial, sendo que por isto o grau de um determinado valor corresponde ao grau de um determinado ser, e daí uma colocação diferenciada dos valores numa relação com o mundo dos seres. Assim, se compararmos um homem com um molusco - ou com algo entomológico -, dessume-se já uma prioridade do primeiro em relação ao segundo. Diante disto é possível se estabelecer uma adjunção entre ontologia e axiologia. Neste reboło comparativo, para se estabelecer uma hierarquia dos valores, leva-se em consideração o que uma determinada coisa ou uma determinada ação possa repercutir na realização “do projeto-homem”²⁰⁰, e não em relação a outro tipo de finalismo.

4.2.3 Motivação Valorativa Anteposta para a (e *na*) Norma Jurídica, e para o (e *no*) Sistema Jurídico. O *Justo Filosófico*, o *Justo legal*, e a Moralidade Social

Não podemos olvidar do fato de que tanto a norma jurídica como o sistema jurídico sejam preenchidos de um juízo de valor não só existente neles, mas que também pode ser produzido e extraído em razão deles, conforme veremos nos tópicos adiante deste nosso estudo. Para isto e como anteposto, numa acepção geral do ponto de vista normativo, devemos nos referir e lembrar que comparece primeiramente como um estímulo tanto a ideia de justiça, como também a ideia de um normativismo ético (ética normativa).

No primeiro caso - ideia de justiça - o que temos é a ideia do justo *das* normas ou *nas* normas, ao que podemos denominar de *justo legal*, este que não se confunde com o *justo filosófico*. O justo legal é a justiça formalizada na conformidade do sistema jurídico, aquele que emana de um positivismo normativo onde a norma positiva deve ser compreendida como o balanceamento dos condicionantes para a sua existência, ou seja, daqueles componentes objetivos que a experiência jurídica permite e retrata. O justo legal não foge desta lógica.

²⁰⁰ MONDIN, Battista. **Os Valores Fundamentais**. op. cit, p. 34.

Nesse contexto o justo é o próprio Direito, onde o justo e o Direito são a mesma coisa, podendo concretizar-se o primeiro através das regras jurídicas e das regras contratuais, afastando-se com isto a ideia de justiça como utopia²⁰¹. Dessarte, pelo que determina a experiência jurídica o que sobressai é o papel da legalidade, por força dos problemas de complexidade e de contingências, os quais necessitam de uma resolução²⁰². Já o justo filosófico é aquele que numa discussão filosófica ele chama para si a pertinência de que algo é justo ou não, numa tratativa de natureza crítica inclusive para questionar a própria norma em aceitá-la ou não. Conforme veremos, a nossa propensão é perseguir o justo legal.

No segundo caso - ética normativa - o que temos num primeiro momento é a ideia de que as normas existem para serem cumpridas, donde se extrai a noção de dever. Assim, o mundo normativo em geral (jurídico, moral, religioso, lúdico, esportivo, etc) imbuído da ideia de que as normas existem para serem cumpridas, previne um comportamento ético, aquele que emana da norma, e que impõe um caráter quanto à sua observância. Com este comprometimento a norma jurídica, diante das demais naturezas normativas, não é diferente em relação a este comportamento ético. E isto deve ser admitido tanto na ambiência da norma jurídica em si, como na ambiência do sistema jurídico na sua composição plena enquanto arcabouço, e sempre como *ética normativa*.

Ao tratarmos com a ética normativa contamos ainda com o reconhecimento de componentes valorativos antepostos e admitidos como de justiça e de moralidade social, donde, no primeiro caso - justiça -, comparecem as teorias teleológicas, aquelas que julgam as ações para se chegar a uma meta ou a um fim valioso, enquanto que no segundo caso - moralidade social - podemos destacar determinadas teorias reconhecidas como teorias deontológicas, estas últimas que dão prioridade às ações que são reconhecidas como moralmente corretas por suas qualidades intrínsecas, e que por isso se tornam objeto de direitos e deveres²⁰³. É que hodiernamente a interpretação balizada pelo sistema não haverá de se restringir a um simples processo de causa e efeito, mas sim se referir a categorias morais, e onde o pensamento vai estar envolto com uma seletividade de ética prática²⁰⁴. Com esta provocação iniciadora, com vistas a uma motivação de valoração jurídica, queremos alinhar à ideia de ética normativa tanto o que podemos compreender por um lado como justo legal, mas

²⁰¹ HERVADA, Javier. **O que é o Direito? - A Moderna Resposta do Realismo Jurídico**. 1. ed. Trad. de Sandra Martha Dolinsky. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 11 – 12.

²⁰² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. op. cit, p. 170.

²⁰³ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. 1. ed. Trad. de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 451.

²⁰⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. op. cit, p. 170 e 221.

também e por outro o que podemos compreender como moralidade social, ao mesmo tempo em que compreendemos a vinculação de ambos à ideia de dever. Isto nos ditames do que propiciam as teorias deontológicas, ou seja, uma vinculação de um ponto de vista valorativo - e em ambos os casos, justo legal e moralidade social -, àquilo que podemos extrair da ideia de dever, mais precisamente no que diz respeito ao mundo do *dever ser*, sem se inquietar metodologicamente com o mundo do *ser*. Nesta providência devemos nos advertir que não podemos confundir o ôntico, o ontológico e o deontológico. O ôntico é o ente (ou ser) em si, independentemente de uma função exercida em determinado momento. O ontológico é este ente com um papel ou uma função atribuída pela lógica humana. O deontológico, superando as duas fases anteriores, é algo que está ligado à ideia de dever ser.

No alinhamento a uma ética normativa, com vistas a uma vinculação à ideia de dever ser e como motivação filosófica, sobressai da Filosofia Geral ou Pura - com consequentialidades jurídicas - a doutrina de Immanuel Kant (1724 - 1804). Isto para um alcance deontológico e ao mesmo tempo com um arranjo de caráter formal (formalista), sempre no sentido do cumprimento de um dever.

A vocação formalista de Kant de um modo geral comparece tanto na explicação acerca do que possa constituir o conhecimento, este que passa pela filtragem que emana das categorias do intelecto (*Crítica da Razão Pura*), como na própria explicação caracterizadora do que seja algo moral, sedimentando neste último caso uma vinculação à ideia de dever. Para Kant, compreender o que seja moral, com desengate no compromisso de um dever, passa por um critério formal que ele denomina de *imperativo categórico*. O imperativo categórico, por ser categórico, é diferente de um imperativo hipotético, e por isso não está ligado a casuísmos na condição de condicionantes do que seja moral ou não, ou seja, com vinculação a peculiaridades ou motivações circunstanciais. Trata-se de um imperativo que é único e que estabelece um recurso formal, o qual deverá ser observado para toda e qualquer situação, esta que de acordo com sua conformidade formal será moral ou não será moral. Pode-se dizer que o imperativo categórico seja a medida para todas as coisas. Assim ele é retratado pelo filósofo alemão: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”²⁰⁵. Há neste critério, e ao mesmo tempo, duas consequências básicas. A primeira é um estado de dever, e a segunda é que no cumprimento deste dever se realiza o que seja moral, excluindo o que não é. Ademais, neste último caso a sua caracterização está em função de um caráter universalizável na conformidade com o que é pertinente com a condição

²⁰⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. 2 ed. Trad. de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 129.

humana, ou seja, algo que diz respeito ao ser humano em geral com observância à universalidade das leis. Daí porque o filósofo condena a prática do suicídio visto que isto acontece numa contrariedade lógica com a natureza humana, e neste caso o que se caracteriza é uma conduta contrária ao dever²⁰⁶. Assim, a moralidade das ações para Kant vincula-se a um dever, um dever universalizável. Como ele mesmo diz: “Temos que *poder querer* que uma máxima da nossa ação se transforme em lei universal: é este o cânone pelo qual a julgamos moralmente em geral”²⁰⁷. Então, dever e moralidade caminham juntos, onde o moral está numa dependência do dever. O algo moral neste caso parte de um recurso formal para dirimir se este algo é moral ou não. A sua origem obedece a uma construção de natureza formal, e não de natureza material. Logo, a situação se condiciona à formalidade e não o contrário.

Um sequenciamento do justo legal e da moralidade social pode encontrar eco também no formalismo de John Rawls (1921 - 2002). Neste desiderato Rawls segue a linha de Kant, este que comparece como seu antecessor intelectual com vistas a uma prioridade do justo sobre o bem²⁰⁸. Por isso, como ele mesmo diz, a sua teoria é “de natureza fortemente kantiana”, sem qualquer pretensão de originalidade²⁰⁹. Nesse contexto a sua vocação pende para uma concepção contratualista donde podemos divisar já um formalismo, e no qual a justiça enxergada como a primeira virtude das instituições sociais, é concebida por ele numa concepção razoável como “um sistema fechado, isolado das outras sociedades”²¹⁰. Há quanto à justiça uma ótica exclusiva. Para isto Rawls sugere uma reunião dos homens, onde os participantes originários se comprometem com princípios dotados de condições formais como: gerais, universais, públicos, completos como ordenação às reivindicações conflitantes, e finais como instância de apelações. Ademais, existe também uma preocupação com a formulação de um contrato social dotado de princípios que comonham o princípio de justiça da sociedade, onde cada pessoa deve ter um direito igual com iguais liberdades fundamentais, compatível com um sistema de liberdades para as outras pessoas, e onde as desigualdades sociais e econômicas se estabeleçam em benefício de todos. Para equacionar esta ideia de

²⁰⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. 2 ed. Trad. de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 130.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 131.

²⁰⁸ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**. 1. ed. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes: 2006, p. 468.

²⁰⁹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 3. ed. Trad. de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Prefácio, p. XLIV.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 9.

justiça Rawls compõe um formalismo, em cuja providência ele reconhece o império da lei na conformidade de um sistema jurídico como sistema legal, a quem compete definir a justiça com regularidade, na medida em que este sistema legal comparece como “uma ordem coercitiva de normas públicas voltada para pessoas racionais, com o propósito de reger sua conduta e prover a estrutura da cooperação social”, comparecendo esta ordem como o ápice ou a autoridade última, a cujo império estão vinculados e associados os preceitos de justiça²¹¹.

A partir da ideia de sistema jurídico e sistema legal Rawls consubstancia o que ele reconhece como justiça formal. Esta, que viabiliza uma visão dos princípios da justiça social, tem como objeto a estrutura básica da sociedade bem como a organização das principais instituições sociais, sendo aqueles princípios responsáveis por reger direitos e deveres. Ademais estas instituições sociais são reconhecidas por ele como “uma forma possível de conduta expressa por um sistema de normas”, o que culmina por se efetivar como ato no pensamento e na conduta das pessoas²¹². No sistema e enquanto fazendo parte do sistema, aqueles princípios assumem o papel da justiça, propiciando direitos e deveres fundamentais mediante normas existentes e definidas pelas instituições. A esta administração de forma coerente das leis, Rawls chama de justiça formal, ou seja, a “adesão ao princípio ou, como dizem alguns, obediência ao sistema”. Esta observância implica em reconhecer também um Estado de Direito, cuja inobservância resulta numa forma de injustiça quando os juízes e as demais autoridades “deixam de aderir às leis e às suas interpretações apropriadas ao tomar decisões”. Daí o jusfilósofo arremata que “mesmo quando as leis e as instituições são injustas, é sempre melhor que sejam aplicadas com constância”²¹³, onde deixa perceber que o justo deve ser compreendido como aquele que emana do sistema legal.

Não é exagero lembrar ainda de forma oportuna como a moralidade social pode e deve ser compreendida na visão de John Rawls. Na sua concepção teórica sobre a justiça os sentimentos morais merecem uma regulação na vida dos indivíduos, onde podemos divisar um papel que é atribuído pelas “condições formais impostas a princípios morais”. As raízes disto se prendem ao aspecto de uma moralidade de associação que leva em consideração o conhecimento dos padrões de justiça, onde as convicções morais, fugindo das circunstâncias acidentais, tem como fundamento aquilo que constitui a “descrição da posição original e sua

²¹¹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 3. ed. Trad. de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Prefácio, p. 291 - 292.

²¹² *Ibidem*, p. 65 - 66.

²¹³ *Ibidem*, p. 70 - 71.

interpretação kantiana”²¹⁴. Assim, a convenção formal inicial posta pelas participantes originários será a base para uma referência de moralidade social.

Como compreendemos, a ética normativa como condicionante do jurídico não foge a essa lógica, uma lógica formalista na qual estão subsumidos tanto o justo legal como a moralidade social. O jurídico será jurídico não em função de uma peculiaridade ou situação, mas em função da abrangência formalizadora que estabelece o sistema jurídico, bem como do cumprimento a este sistema. Pela ideia de ética normativa então tanto o justo legal como a moralidade social vinculam-se ao sistema jurídico.

4.3 SISTEMA JURÍDICO E MODALIDADES VALORATIVAS JURÍDICAS: JUSTIÇA, SEGURANÇA JURÍDICA, PREVISIBILIDADE JURÍDICA, ESTABILIDADE JURÍDICA E DEFINITIVIDADE NAS SOLUÇÕES JURÍDICAS

Tivemos a oportunidade de considerar em linhas pretéritas como a noção de unidade deve compor e acompanhar a própria ideia de Direito (tópico 3.1.1), uma constatação que providencia também a visão que devemos ter acerca da ideia de Sistema Jurídico. Isto é algo indispensável numa tratativa de afirmação científica do Direito porque se quisermos reconhecer uma metodologia nele é fundamental tratar com o fato de que uma metodologia jurídica deve funcionar, nos seus postulados, com a existência de uma unidade. Esta unidade responsável por uma significação global, tem como componentes na sua metodologia algo que não é desprovido de valor ou de valores²¹⁵. Com a unidade, os valores, mesmo que singulares, estarão conexos. Dessarte, o papel dos valores é algo que deve ser considerado no que compete à unidade, com um desengate na própria metodologia compreensiva do Direito enquanto fenômeno na dimensão positiva. Com uma constatação assim, ao mesmo tempo em que do sistema jurídico é possível se extrair uma unidade no Direito (ordem jurídica), conforme procuramos demonstrar nos tópicos anteriores, também dele se extrai uma realização quanto a uma “adequação valorativa” na vida intestina da ordem jurídica²¹⁶.

²¹⁴ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 3. ed. Trad. de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Prefácio, p. 586.

²¹⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. op. cit, p. 16.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 23.

Com a adequação valorativa se reconhece a presença das modalidades valorativas jurídicas em espécie, que comparecem como vigas de sustentação da ordem jurídica. É que, como ensina Canaris, tanto a ordem interior como a unidade do Direito, antes mesmo de qualquer outra providência, elas pertencem a “exigências ético-jurídicas” como é, por exemplo, a ideia de justiça, a qual comparece no entendimento deste jusfilósofo como um pressuposto tanto para a função legislativa como para a função jurisdicional, e no sentido de buscar tratar o igual como igual e o desigual como desigual, tendo neste último caso a medida da desigualdade. Para isto, e segundo ele, os agentes haverão de agir “com adequação”. E esta adequação, ainda segundo Canaris, acontece de forma racional no sistema, cuja regra de adequação valorativa pelo princípio da igualdade, “constitui a primeira indicação decisiva para a aplicação do pensamento sistemático na Ciência do Direito”²¹⁷. Esta abrangência dos valores no interior do sistema, como modalidades valorativas destacadas, não passou despercebida também para o jusfilósofo espanhol Jose Luis Villar Palasi. Para Palasi o sistema jurídico é uma construção de princípios e normas que emerge do modo de se observar a realidade, numa inter-relação unitária de conjunto, e culminando numa estrutura ordenada em cuja base dos seus princípios próprios estão valores como justiça, segurança e igualdade²¹⁸.

Assim, com a ideia de justiça verificamos uma motivação valorativa, motivação esta que não fora estranha já no passado longínquo quando da caracterização das virtudes maiores, conforme se percebe com os filósofos gregos Platão (427 - 347) e Aristóteles (384 - 322). Com Platão a justiça constitui algo personificado pela divindade, sendo que o deus ao conduzir-se para a sua meta, nisto acompanha-o sempre a justiça²¹⁹. Aristóteles por seu turno procurou tratar a ideia de justiça por duas naturezas básicas, ou seja, a justiça *distributiva* e a justiça *comutativa*, sendo que no primeiro caso verifica-se uma distribuição das honrarias e recursos observando-se igualdade e desigualdade, enquanto que no segundo caso verifica-se uma correção de adequação nas transações entre as pessoas²²⁰. O que motiva estas preocupações são razões valorativas, algo que enseja um desengate no mundo jurídico, e por isso não haverá de passar de forma indiferente ao sistema jurídico, o qual, pelo seu acerto racional providencia não só o processo da sua assunção, mas também o processo da sua

²¹⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. op. cit., p. p. 18 - 19.

²¹⁸ PALASI, Jose Luis Villar. **La Interpretacion y los Apotegmas Juridico-Logicos**. Op. cit, p. 47 - 48.

²¹⁹ PLATÃO. **As Leis**. op. cit, p. 189.

²²⁰ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. op. cit, p. 124.

aplicação, uma providência que em ambos os casos tende para uma generalização no Direito. Dessarte, se não devemos confundir a ideia de Direito com a ideia de justiça - esta enquanto um valor -, sobretudo numa dimensão de posituação jurídica, não podemos, todavia, deixar de reconhecer o fato de que em determinado momento eles se tocam. É que a ideia de justiça está no campo da valoração, enquanto que o Direito está no campo da normatização (dos preceitos lógicos). Compete à primeira servir de inspiração ao segundo que aceitará, ou não, o que se lhe inspira, não se deixando de lado o fato que o caráter ontológico do Direito tem a ver com sua realidade normativa, enquanto Direito posto. Neste contexto a justiça como um valor ou um princípio atua como uma *ancila* ao Direito, e adquire relevância jurídica apenas porque vai ao encontro à essência ou à função do Direito²²¹, uma realidade que se concretiza na ideia do justo legal conforme procuramos retratar anteriormente. Assim, a justiça enquanto um valor inspira o Direito, e este por seu turno caminha na liberalidade quanto à assunção dos seus pressupostos. Ao final prevalecerá a ideia de justiça naquilo que o Direito manifestar como algo posto. Nisto é o sistema jurídico que desempenha a função relevante para a condução do processo de materialização e mesmo de legitimação do papel da justiça.

Quando verificamos o sistema jurídico, ao lado da ideia de justiça como um valor é fundamental também a ideia de segurança, uma providência valorativa que promana do Direito na sua significação plena, e que nisto se afirma como segurança jurídica. Pode-se dizer que numa abordagem formal a segurança jurídica domina no sistema jurídico, pela importância que desempenha como uma extensão da vontade do poder público²²². Um Direito que não se fundamenta na ideia de segurança aos direcionados da norma jurídica tem vício de origem já na sua motivação valorativa. Presumivelmente o que alimenta a existência do Direito como um ente próprio na sua configuração ontológica é o fato de que dele extraímos segurança aos indivíduos. Neste contexto, segurança é um valor que se afirma como um valor jurídico, algo que comparece como precioso e que é perseguido na consciência das pessoas, algo que compete ao Direito preservar como razão etiológica, sob pena de não o fazendo o Direito anular-se numa contrariedade lógica. É que inexistente o Direito sem um compromisso neste sentido. Neste fenômeno, ao mesmo tempo em que assistimos a ocorrência de uma etiologia jurídica, assistimos também a ocorrência de uma teleologia jurídica. Assim, se a segurança jurídica enquanto um valor é motivo para a existência do Direito, também ela torna-se objeto da sua missão em concretizá-la. Esta circularidade convive no sistema

²²¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. op. cit, p. 223.

²²² BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. op. cit, p. XXV.

jurídico, e onde os mecanismos na sua aplicação prática providenciam meios para a sua concretização. Daí porque, se procuramos em um momento compreender didaticamente o Direito nos seus ramos jurídicos subdividindo-os - Direito Público com seus sub-ramos e Direito Privado com seus sub-ramos -, isto não se verifica quando de uma prática aplicativa, face a realidade do Direito como uma ordem jurídica dando-o de forma una e indivisível. É que, neste último caso, sempre que uma situação de conflito pede uma solução jurídica, todos os seus ramos colocam-se concomitante e imediatamente à disposição para uma solução do problema. E isto acontece em razão da ideia em se providenciar um estado de segurança. Este valor na sua aplicação pragmática é levado a efeito mediante um critério teleológico-finalístico, com vistas à sua aplicabilidade jurídica. Pode-se dizer que a segurança jurídica transcende de um valor jurídico para se colocar por trás e na afirmação de todo o sistema jurídico, o qual, num processo lógico haverá de também atuar no sentido da sua preservação. E ela só existirá se o sistema jurídico exercer o papel de dizer o que é Direito e o que não é Direito de forma independente do que se considera como estrato social ou oportunidade política²²³. Sem segurança jurídica o Direito não existe como Direito. O Direito seria um *nada*, visto que uma eficácia niilista neste caso seria determinante para a própria inexistência das regras jurídicas. Isto é perfeitamente percebível no sistema jurídico através de mecanismos como prescrição, decadência, observância das regras no período da sua vigência, etc., manifestações que indicam a necessidade de uma estabilidade jurídica no Direito, esta que tem no seu pressuposto uma valoração de segurança jurídica. Com isto a segurança jurídica traz consequências positivas porque não só previne a previsibilidade para a prática dos atos jurídicos em geral, mas também porque propicia a estabilidade jurídica nas providências de caráter jurídico na generalidade.

Com a previsibilidade jurídica sobressai o próprio fundamento de obrigatoriedade do Direito mediante a sua prévia informação aos direcionados, e donde se verifica o princípio basilar de que ninguém pode se escusar de cumprir a lei alegando a sua ignorância (*nemo jus ignorare censetur*). Com relação à sua estabilidade, o Direito motivado pela ideia de segurança jurídica como um valor (jurídico) estabelece regime jurídico no qual comparece, como viga básica de sustentação (estabilidade) do ordenamento, mecanismos de cautela através dos quais a lei nova não pode prejudicar formas jurídicas como o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido. Disto verifica-se outra consequentialidade específica. Aquela que está relacionada com a definitividade das soluções jurídicas, estas que não podem

²²³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. op. cit, p. 82.

se perder no labirinto de um *nada* existencial. A ausência da definitividade das soluções jurídicas seria a presença e a constatação da inexistência do Direito na vida das pessoas. Haveria com isto uma contrariedade lógica como um golpe de morte na ontologia jurídica. O entendimento disto não pode ser diferente como nos comprova o instituto da coisa julgada, um mecanismo de essência na caracterização do Direito como um ente que se afirma perante os demais entes na ordem existencial. Com a definitividade das soluções jurídicas percebe-se o sintoma de que o Direito existe, e com ela se extrai uma afirmação valorativa na qual se pede a presença do Estado como forma de racionalizar as soluções. E não há como se fugir disto, visto que se assim não for é o mesmo que retornarmos ao período da vingança privada ou da vingança pública²²⁴, num verdadeiro exercício de *desvalor* jurídico no Direito perante aquilo que já se conquistou na história do pensamento jurídico. A segurança jurídica como um valor (jurídico) está por trás disto tudo.

Uma anunciação das modalidades valorativas jurídicas no sistema jurídico nos coloca de conformidade com a constatação de que a conexão deles propicia a ordenação do Direito Positivo em um sistema. Com isto se providencia afastar tanto a desconexão como também a contradição entre as normas do sistema, e onde o pensamento sistemático se afirma na convicção do Direito “como o conjunto de valores jurídicos mais elevados”²²⁵. Com isto sobressai a função do sistema jurídico no sentido de respaldar tanto a adequação valorativa como também a unidade interior da ordem jurídica, ao lado de propiciar uma justificação dos valores jurídicos mais elevados numa consequencialidade onde a experiência jurídica culmina por registrar e manifestar positivamente múltiplas formas reconhecidas como Direitos Fundamentais. Isto é o que plasma de forma sedimentada na índole do Positivismo Jurídico, com uma circularidade do pensamento jurídico sistemático. Por sua vez os argumentos sistemáticos, ao assumirem o perfil do pensamento jurídico sistemático numa dimensão positivista para uma afirmação do Direito, haverão de apresentar, conforme lembra de forma proficiente Claus-Wilhelm Canaris, “apenas a ideia final dos valores da lei, dirigida ao princípio da igualdade” porque “recebeu, simultaneamente, o seu poder convincente da autoridade do Direito positivo e da dignidade da regra da justiça (formal)”. E isto se impõe ainda mais na medida em que “a solução conforme com o sistema é, assim, na dúvida, não só a que vincula *de lege lata*, mas sendo também de aceitar como a que se justifica sob o império

²²⁴ ORRUTEA, Rogério Moreira Orrutea. **Curso de Filosofia do Direito**. op. cit, p. 242.

²²⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. op. cit, p. 22.

de uma determinada ordem jurídica”²²⁶. Veja-se, pois, a conexão que se verifica entre valor jurídico, lei e ordem jurídica, uma conjunção responsável por uma flagrante composição sistêmica no Direito.

4.4 VALOR JURÍDICO: DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA

Conforme constatamos, não é estranha a consideração da valoração jurídica com um desengate numa avaliação jurídica, mesmo que a preocupação analítica tenha a sua atenção dirigida para além da teoria filosófica para implicar a própria teoria científica. Mas é fundamental estabelecer o marco divisor da sua implicação quanto a isto, com uma verificação teórica acerca da sua pertinência, e em que momento se reconhece a presença de um valor jurídico ou não. Para isto não devemos confundir o Direito em si, enquanto uma realidade ontológica - de ontologia jurídica e donde presenciamos o seu ser existindo quer como ordenamento jurídico posto, quer como norma jurídica positiva -, com a própria Ciência Jurídica que comparece como uma peculiar forma de elaboração teórica e com a finalidade de investigar e descrever o Direito. Se no primeiro caso - Direito - o que temos é o objeto de estudo de uma Ciência - Ciência Jurídica -, no segundo caso o que temos é esta própria Ciência com sua metodologia específica.

Quando colocamos em pauta a ideia de valor num confronto envolvendo tanto um ente como o outro - Direito e Ciência do Direito -, podemos reconhecer que em relação ao Direito, enquanto norma jurídica positiva, a sua realidade é de uma ausência de neutralidade quanto aos valores nele dispostos. O mesmo não podemos afirmar com relação à Ciência Jurídica, onde a sua atuação teórica deve ser compreendida como exercida por uma neutralidade em relação aos valores constatados e descritos. É que a Ciência Jurídica não exerce eleição ou preferência por este ou aquele valor descrito, mas apenas os descreve, coisa que não existe de forma neutra no Direito enquanto norma positivada ou assumida. A Ciência Jurídica ao relatar ou descrever através de sua metodologia o seu objeto, que é o Direito ou a norma jurídica, o que ela faz é também descrever os valores que fazem parte dos enunciados aí encontrados. Assim, quando a Ciência Jurídica faz a leitura desses valores jurídicos ela o faz sem qualquer apreciação de valoração. Apenas os descreve. Não há como fugir desta mecânica. Há, pois,

²²⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. op. cit., p. 284.

uma diferença quando focamos o Direito na sua composição valorativa e quando focamos a teoria (científica) que explica o Direito. Isso é perceptível metodologicamente de forma comparativa na dimensão pragmática que se verifica desenvolvida no ambiente do sistema jurídico enquanto construção jurídica, e na dimensão teórica que se verifica desenvolvida no ambiente da interpretação e descrição da Ciência Jurídica. No primeiro caso pode-se dizer, repita-se, de ausência de neutralidade, enquanto que no segundo caso o que existe é uma necessária neutralidade, sob pena da Ciência Jurídica se descaracterizar como Ciência. O Jurista deve separar as duas dimensões, até para compreender o objeto da Ciência que será o referencial da sua investigação.

4.5 O DIREITO COMO ORDENAMENTO JURÍDICO OU NORMA JURÍDICA, E O VALOR JURÍDICO

O Direito considerado como ordenamento jurídico, ou mesmo como norma jurídica apenas, não é algo neutro do ponto de vista valorativo, visto que, como já comentamos alhures, os seus enunciados são portadores de mensagens valorativas. Afora o seu caráter imperativo a norma jurídica é reconhecida também como referencial ou padrão de avaliação das condutas, o que implica numa medida de valor. Como comenta de forma oportuna Joseph Raz, “uma norma serve como um padrão direto de avaliação dos atos apenas dentro de seu alcance imediato”. Assim, se o ato for praticado de conformidade com o alcance da norma este ato tem um valor positivo, e em sentido contrário este ato tem um valor negativo²²⁷. Mas a despeito desta consequencialidade, e neste contexto da compreensão, não devemos confundir estes dois entes. Pode-se dizer que a norma enquanto autoridade normativa que preserva uma obrigação ou um dever, remete ambos a um valor. Por isso Ruwen Ogien listou aproximadamente onze critérios para distinguir normas e valores, entre os quais compensa lembrar o critério avaliativo-deontológico. Por este critério os juízos de valor se utilizam de predicados de apreciação ou de depreciação, enquanto que os enunciados das normas se utilizam de elaborações deontológicas (obrigatório, permitido, proibido)²²⁸ conforme os modais já comentados no tópico 3.1.1.4.

²²⁷ RAZ, Joseph. **O Conceito de Sistema Jurídico**. 1. ed. Trad. de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 164 - 165.

²²⁸ LIVET, Pierre. **As Normas**. op. cit, p. 13 - 16.

Toda norma jurídica é composta por um discurso, cuja substancialidade é no sentido de preservar determinado valor, embora não devamos confundir o caráter ontológico da norma com o caráter ontológico do valor. A primeira - norma - enquanto uma manifestação de poder significa a existência de uma autoridade, na medida em que, como uma imanência de um determinado órgão com competência para expedi-la o faz no sentido de concretizar um comando ou um direcionamento para a conduta das pessoas. Já o segundo - valor - é um referencial legitimado como valioso, e que é recomendado aos direcionados do Direito para ser sempre seguido. No intercâmbio entre os dois entes, o valor conta com a autoridade da norma da qual se utiliza, mas a recíproca não é no mesmo sentido. Assim, a norma não é o mesmo que valor, podendo subsistir por si mesma, mas afasta a sua neutralidade no sentido valorativo na medida em que assume determinado valor no seu enunciado. Por isso não podemos afirmar categoricamente que uma norma jurídica seja neutra do ponto de vista valorativo. Tanto isto é verdade que nos apontamentos de jusfilósofos como Hans Kelsen e Norberto Bobbio - conforme procuramos demonstrar acima (tópico 4.2.1) -, e pelo significado da norma na vida das pessoas, sobressaem preocupações teóricas no sentido de compreender o papel da eficácia normativa para o processo de sustentação da própria norma jurídica. Para o reconhecimento da eficácia da norma (efetividade), deve esta última ser focalizada por dois aspectos fundamentais. Um aspecto interno que consiste na motivação da sua observância ou aplicação (as pessoas reconhecem reciprocamente algo como norma), e um aspecto externo que consiste na regularidade da sua observação (o comportamento observável)²²⁹. Isto é um indicativo da presença valorativa no enunciado da norma. E o critério para o reconhecimento do valor na norma neste caso, e que podemos considerar no âmbito da teoria científica do Direito, é o reconhecimento da existência de *sanção* acompanhando a norma, tanto pelo seu cumprimento como pelo seu descumprimento. Em caso de cumprimento temos uma sanção positiva, e em caso de descumprimento temos uma sanção negativa.

Registre-se que a ausência de neutralidade normativa merece ser considerada ainda mais na medida em que compreendemos o Direito como um ente do mundo do *dever ser* e não um ente do mundo do *ser*, o que afasta o seu caráter neutro por desejar que uma conduta previamente estabelecida seja de determinada forma e não de outra. Por significar um ente de *dever ser* a norma jurídica assume o papel de um referencial valorativo para ser seguido, embora contando com a possibilidade de um descumprimento da norma, mas com as consequências daí oriundas (relação de imputação). Isto é uma demonstração da sua

²²⁹ ALEXI, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. 1. ed. Trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 18 - 19.

significação como referência, uma referência que segue para uma imposição, e onde o valor até então dotado de um caráter passivo, assume a partir daí um caráter ativo-impositivo. Isto é sugestivo como modelo jurídico na medida em que é possível compreender a ausência de neutralidade da norma em função de um juízo de valor que podemos compreender a partir de uma norma jurídica. Este comprometimento da norma jurídica com o valor não escapou à percepção do jusfilósofo neokantiano Emil Lask (1875 - 1915), da Escola de Baden, ao afirmar que ela torna-se forma, ou material formal da significação jurídica - constituindo-se no objeto da Ciência Jurídica -, e por isso pertencendo não à esfera do ser, mas à “esfera do valer”. É que a significação jurídica - que implica no Direito como um sistema de significações normativas -, segundo o mesmo jusfilósofo, “vale” em direção ao aspecto material ao qual a norma adere²³⁰.

Então, se é possível extrair um juízo de valor a partir da norma jurídica não há como se afirmar da sua neutralidade valorativa. E quem explica com suficiência esta questão é Hans Kelsen ao identificar um juízo de valor com base na norma. Segundo ele, “o juízo segundo o qual uma conduta real é tal como deve ser, de acordo com uma norma objetivamente válida, é um juízo de valor, e, neste caso, um juízo de valor positivo”²³¹. Esta compreensão é dirigida para a interpretação da conduta real, ou do fato concreto da conduta, mas o seu ponto de partida não descuida da tipologia hipotética previamente estabelecida pela norma. Neste processo, onde o balanceamento da conduta acontece em função de um juízo de valor emanado da referência da norma jurídica positiva, verifica-se a possibilidade de se caracterizar a conduta real tanto de forma negativa ou má como de forma positiva ou boa. Com isto valora-se o valor da própria conduta real. É que, a norma funcionando como medida de valor, e com base nela (norma), “a conduta que corresponde à norma tem um valor positivo”, enquanto que “a conduta que contraria a norma tem um valor negativo”²³². E este papel valorativo da norma se afirma ainda mais na medida em que é possível se distinguir *juízo de valor* de *juízo de realidade*. No primeiro caso - juízo de valor - nós o encontramos no mundo do *dever ser*, como algo eleito para ser próprio do mundo normativo, enquanto que no segundo caso - juízo de realidade - nós o encontramos no mundo do *ser*, “como algo que

²³⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de Sistema no Direito**. op. cit. 144 - 145.

²³¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. op. cit., p. 37.

²³² *Ibidem*, p. 38.

é”²³³. Ademais, a norma enquanto fundamento dos juízos de valor, ela acontece como manifestação da vontade humana, cujos valores postos são tidos como arbitrários²³⁴.

Essa dimensão da norma em propiciar um juízo de valor, sem se anular ou mesmo afastar o seu caráter imperativo, não escapou também à apreciação do jusfilósofo italiano Norberto Bobbio (1909 - 2004). Para Bobbio o fenômeno jurídico enquanto experiência jurídica no seu contexto geral deve ser compreendido por três critérios básicos e que são critérios de valoração, visto que, segundo ele, “toda norma jurídica pode ser submetida a três valorações distintas, e que estas valorações são independentes umas das outras”. Para isto ele considera uma valoração pela ideia de *justiça*, uma valoração pela ideia de *validade* e uma valoração pela ideia de *eficácia*. No primeiro caso é verificar uma correspondência da norma com os valores que inspiram um determinado ordenamento jurídico. No segundo caso é considerar a existência de uma regra jurídica através de certas operações para este fim, e daí culminando por pertencer a um determinado sistema. No terceiro caso é considerar se a norma é seguida ou não pelas pessoas a quem a norma é dirigida. Por estes três critérios que o jusfilósofo italiano reconhece como três formas de valores distintos e independentes para um alcance composicional do Direito, a experiência jurídica se completa através de “ideais de justiça a realizar, instituições normativas para realizá-los”, juntamente com “ações e reações dos homens frente àqueles ideais e a estas instituições”²³⁵. Após lembrar a posição da teoria anti-imperativista no sentido de reconhecer as normas jurídicas como juízos de valor, ou como juízos de valoração, ou mesmo como valorações, ou seja, o ordenamento jurídico como “um conjunto de juízos de valor jurídico”, Bobbio admite a dimensão normativa como proposição prescritiva, onde um juízo de valor se explica pela consequência jurídica surgida com a obrigação. Segundo ele, com a obrigação o fato, como condição, é valorado através da norma. Assim, “dizer que certos fatos têm certas consequências jurídicas significa reconhecer que certos comportamentos, mais do que outros, são obrigatórios enquanto são prescritos”²³⁶. Nisto reside um juízo de valor que é extraído da norma positiva, sendo que nesta convivência dual há uma conformidade tranquila entre ambos porque na teoria da norma, embora considerando esta enquanto juízo de valor, todavia com este entendimento não retirou da norma a sua condição de um imperativo²³⁷.

²³³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. op. cit.

²³⁴ *Ibidem*, p. 39.

²³⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. op. cit, p. 45 - 47; 53-54.

²³⁶ *Ibidem*, p. 140 - 141.

²³⁷ *Ibidem*, p. 142.

É oportuno lembrar ainda que na linha de Hans Kelsen, segundo a interpretação de Joseph Raz, ao buscarmos a natureza das normas - em especial as normas jurídicas positivas - com vistas a um padrão de valoração, sobressai a ideia no sentido de não só regulamentar, mas também justificar as condutas, e neste caso reconhecidas as normas como imperativas, sendo elas em razão disso pautadas por quatro ideias principais, quais sejam, que são padrões de avaliação, que regulam a conduta humana, que são amparadas por razões convencionais, e que são criadas por atos humanos²³⁸. Sobretudo por causa dos dois derradeiros aspectos pontuais apontados, e de conformidade com Kelsen, são três as conseqüentes constatações fundamentais, quais sejam, a existência de “normas, padrões de valoração e regulação de conduta”²³⁹. A isto adjunta-se ainda o fato de que “para que um padrão de valoração exista, ele deve ser substanciado, isto é, deve haver uma razão convencional”²⁴⁰, e daí a opção da norma por uma determinada conduta diante de outras formas de conduta. Dessarte, o que temos é a existência da norma como um referencial de valor, o que comparece como um condicionante no próprio sistema. Em suma, não se pode afirmar categoricamente que um juízo de valor jurídico não seja uma decorrência do ordenamento jurídico. Por isso devemos nos acostumar com a ideia de que o ordenamento jurídico se constitui no ponto de partida para o desfecho de avaliação valorativa, o que forceja um compromisso em pesquisar e compreender quais os valores que são efetivamente alinhavados e ao mesmo tempo abrigados nos variados e diversificados modelos de sistemas jurídicos.

Frise-se que a assunção de implicação valorativa na norma se compreende também quando se estabelece uma relação entre um objeto ou uma conduta humana, com uma finalidade (um fim), esta que num contexto geral pode assumir um caráter subjetivo ou um caráter objetivo. No caso da norma objetivamente válida o que temos é um fim objetivo, que podemos caracterizar como valor objetivo face o desejo normativo da sua realização, bem como em face da sua correspondência normativa a um fim²⁴¹. O fim então é um fim objetivo, mas que pode se caracterizar também como valor objetivo, porque ambos - fim objetivo e valor objetivo - emanam da norma. Estes fatores são condicionantes da conduta, esta que numa interpretação valorativa deve ser compreendida como ordenada não porque é boa, mas que é boa em razão da ordenação que surge da norma. Com uma assertiva primacial assim, inauguradora de uma compreensão da norma como valor jurídico, dessume-se o fato de que o

²³⁸ RAZ, Joseph. **O Conceito de Sistema Jurídico**. op. cit, p. 153.

²³⁹ *Ibidem*, p. 169 - 170.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 167.

²⁴¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. op. cit, p. 46.

ordenamento normativo é um conjunto de valores, mas valores já postos e sedimentados pelo Direito conforme se verifica das suas proposições prescritivas, o que se extrai do seu sistema normativo positivo. Com esta assunção valorativa do ordenamento jurídico o Direito diz o que deve ser. Para se ter uma noção do alcance desta valoração objetiva basta atinar para a caracterização de um exercício regular de um Direito pela teleologia que este estabelece. Assim, se focalizamos a prática de uma lesão corporal com um instrumento contundente, cortante ou perfurante, esta prática é um ilícito. Diferentemente uma incisão com os mesmos instrumentos, mas com a finalidade de sanear a saúde de alguém ou mesmo durante uma prática desportiva devidamente regulamentada, esta prática deixa de ser um ilícito.

4.6 CIÊNCIA JURÍDICA E VALOR JURÍDICO

Compreender Ciência Jurídica e Valor Jurídico, naquilo que possamos aproximar ou distanciar a ambos, isto pode implicar numa investigação teórica às vezes enigmática. É que a ciência em geral, e a Ciência Jurídica em especial, devem se pautar por uma neutralidade axiológica, como bem procurou demonstrar Hans Kelsen neste último caso com sua doutrina que ele denominou de Teoria Pura do Direito. E não estava errado o jusfilósofo austríaco, visto que se a Ciência Jurídica pretende assumir-se como ciência, deve ela se pautar por uma metodologia onde sua teoria se torne isenta de implicações ou contaminações preferenciais do ponto de vista valorativo. A sua vocação deve ser eminentemente descritiva com os recursos teóricos voltados para este fim. Por isto há que se fazer uma afirmação do Direito em si, juntamente com a Ciência do Direito, como distinta dele, e que procura descrevê-lo tendo-o como objeto, fazendo-o mediante um conjunto de conhecimentos sistematizados mesmo que ele possa apresentar neste contexto um corpo valorativo. Neste caso a Ciência Jurídica não vai valorar, mas apenas e tão somente descrever este corpo valorativo enquanto algo que é albergado pelo Direito.

A diferenciação sintomática que verificamos num e noutro caso - Direito e Ciência do Direito - se prende ao fato de que, enquanto numa dimensão valorativa focamos o ordenamento jurídico (sistema normativo) por uma metodologia mediante proposições *prescritivas*, no caso da Ciência Jurídica este enfoque acontece mediante proposições *descritivas*. É que à Ciência Jurídica não compete regulamentar as idiosincrasias humanas fazendo-o mediante julgamento de valor, cabendo isto apenas ao Direito fazê-lo. Assim, se

por um lado compete ao Direito dizer o que *deve ser*, diferentemente à Ciência Jurídica compete dizer o que *é*, significando isto uma imanência do primeiro - dever ser. Em última *ratio* a Ciência Jurídica descreve o dever ser, mas não o impõe, competindo esta providência ao Direito. Neste caso a Ciência do Direito atua por parâmetros em que apenas descreve o mundo jurídico mediante proposições. Daí porque na seara do Direito deparamos com proposições prescritivas, enquanto na seara da Ciência Jurídica devemos tratar com proposições descritivas, mas na medida em que ocorrem estas proposições descritivas o que se verifica é uma descrição de valores previamente postos pelo Direito positivo.

Se admitirmos num primeiro momento que a norma em si implica em juízo de valor, mas que a Ciência Jurídica caminha pela neutralidade axiológica, o desafio é verificar como ocorre esta cisão entre ambas. Para isto é oportuno lembrar que equacionar a conduta humana numa relação de conformidade ou não com o ordenamento normativo, de cuja relação é possível se extrair um juízo de valor jurídico como expresso na norma, isto se faz mediante um *juízo objetivo* como função do conhecimento, independentemente de vontade, preferência ou desejo subjetivos²⁴² do jurista intérprete. Com este cuidado o que se faz é interpretar o padrão de valor como posto pelo ordenamento normativo sem se exercer, num juízo objetivo, qualquer preferência ou não sobre ele. Assim, quando verificamos o ordenamento normativo o que temos é um arcabouço de valores postos, considerando um conjunto valorativo já posto, sem se inquietar com os fatores condicionantes pressupostos da sua valoração, ou seja, se são aprovados, reprovados, admitidos, inadmitidos, pertinentes ou impertinentes etc. O que importa no caso é interpretá-los e compreendê-los objetivamente, mediante um juízo objetivo construído como uma emanção do sistema normativo, e não mediante um juízo subjetivo. É que neste propósito não se faz uma investigação filosófica do problema, com uma margem de resistência de um ponto de vista crítico-valorativo para uma aceitação ou não, mas um exercício de demonstração científica. Apenas isto e nada mais do que isto. Por isso não há que se confundir a teoria filosófica do Direito com a teoria científica do Direito. A primeira num exercício crítico-valorativo *valora* os valores, enquanto que a segunda num exercício descritivo *descreve* os valores selecionados e postos pelo sistema jurídico.

²⁴² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. op. cit., p. 44.

Advirta-se, é bem verdade, que esta suposição de um valor prévio na norma acontece também de forma similar quanto à validade na dimensão da Ciência Jurídica, o que motiva e fundamenta a sua existência explicativa visto que “certo critério axiológico está sempre implícito na investigação científica, delimitando o campo de seus resultados”²⁴³. Com isto há algo que motiva a investigação científica, e por isso se aceita a validade da Ciência Jurídica como acontece com a ciência em geral. E esta validade acontece também pela firme convicção de que com ela alguma coisa se conhece, o que enseja, como dissemos, a sua existência explicativa envolvendo o fenômeno jurídico enquanto Direito positivo. Assim, credita-se valor à Ciência Jurídica porque dela se extrai um resultado com proficiência, e daí a sua subsistência enquanto Ciência. Por isso do ponto de vista da sua validade como Ciência - cognição funcional eficaz dotada de metodologia própria - ela não fica devendo nada a nenhum outro ramo científico.

²⁴³ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. op. cit, p. 26.

5 SISTEMA JURÍDICO E LINGUAGEM JURÍDICA

5.1 SISTEMA JURÍDICO E LINGUAGEM JURÍDICA

Na organização do Direito Positivo o Sistema Jurídico providencia, juntamente com a *autonomia jurídica* e com a *valoração jurídica*, também a sua *linguagem jurídica* (do Direito). Este terceiro ponto fundamental da compreensão jurídica constitui, ao lado dos dois anteriores, algo indispensável para um reconhecimento ontológico do Direito. Daí o seu fechamento (conclusivo) na trilogia para uma composição sistêmica, esta que passa a ser objeto da Ciência Jurídica. E o papel da linguagem jurídica neste caso acontece porque as palavras de um modo geral não surgem do nada, ou por acaso, mas são colocadas em função de algo que as impõe²⁴⁴, sendo que para nós este algo impositivo é o Sistema Jurídico.

A Ciência Jurídica, então, tem como foco, ao lado da autonomia jurídica - pela unidade, autorreferencialidade, autocriação, autointerpretação e autoaplicação - e da valoração jurídica - pela valoração -, também a linguagem jurídica - pela linguagem -, que deve ser analiticamente compreendida e levada em consideração. É que não devemos descuidar com relação a uma linguística que gravita em torno de prescrições jurídicas, e que sem se confundir com outras formas linguísticas comparece como uma necessidade concreta da práxis jurídica, visto que a norma jurídica como modelo de ordenamento é marcada pela matéria que enuncia como um projeto, este que é retratado pelo preceito jurídico através da linguagem²⁴⁵, uma linguagem peculiar. E esta linguagem peculiar existe porque tanto os textos legislativos e os regulamentos, como os documentos contratuais, juntamente com as decisões judiciais, estão cheios de vocábulos e expressões, ambos fechados e também isolados do leigo, mas que são dotados de um sentido jurídico bem determinado²⁴⁶ e bem definido, e por isso condicionadores, ao mesmo tempo em que são caracterizadores de uma província teórica específica. A constatação e a necessidade disso não poderiam ser diferentes, visto que, como veremos, com a linguagem jurídica o que se verifica é uma linguagem caldeada e precisa para a localização, o enfrentamento e a solução dos problemas jurídicos. Por isso o

²⁴⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. op. cit., p. 371.

²⁴⁵ MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito - Introdução à Teoria e Metodologia Estruturantes**. op. cit, p. 14 e 27.

²⁴⁶ BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. op. cit, p. 290.

discorrer jurídico comprometido com o Direito Positivo haverá de enfrentar setores como o semântico e sintático, e o pragmático.

Neste último foco que é relacionado à linguagem jurídica, o que se realça é o fato de que o Direito deve ser portador de uma linguagem jurídica enquanto uma linguagem própria, cujo desengate consequente é no sentido de se possibilitar a existência de uma linguagem técnica, não só do ponto de vista compreensivo, mas também do ponto de vista aplicativo. E isto se explica porque na experiência jurídica se verifica que o Direito “torna as práticas sociais possíveis e, para entendê-lo, é preciso adotar uma concepção interna do direito (...) aquela de um cidadão que vive sob um sistema e compreende a finalidade das leis”²⁴⁷. Com uma experiência assim, vinculada a uma província específica do Direito, é possível se reconhecer a produção de juízos jurídicos ou legais que daí são emanados, sentindo-os em conformidade ou em desconformidade com a realidade jurídica. Mas para o entendimento da sua concepção interna é necessário uma linguagem jurídica, e que não se confunde com uma linguagem poética, sociológica, psicológica, histórica, política etc. É necessário também que ela seja diferenciada da linguagem comum, transmutada para uma condição técnica voltada à finalidade aplicativa do Direito, com vistas a uma precisão e a uma coerência, por força de método, princípios e conceitos próprios, e neste caso é reconhecer a existência de uma “linguagem apropriada”²⁴⁸. Isto é sintomático porque na medida em que temos a ideia de obrigação, juntamente com a ideia das regras que comparecem como particularidades do Direito, é possível se extrair como consequência também a ideia de um vocabulário normativo²⁴⁹ que se assume como vocabulário jurídico. Por isso, e ao mesmo tempo, o sistema jurídico torna-se responsável e comparece também como o agente desencadeador para uma linguagem jurídica. Assim, da mesma forma que se compreende o Direito por uma linguagem própria, também se aplica o Direito por uma linguagem que é dele próprio. Esta função que emana do sistema jurídico acontece na medida em que juridicamente os vários setores da vida social, nos seus respectivos interesses típicos (tanto público como privado), são reconhecidos congruentes diante do Direito²⁵⁰. Uma congruência que converge em dois sentidos básicos, ou seja, *do* sistema jurídico e *para* o sistema jurídico. Ademais, esta noção através da qual se pede uma linguagem própria oriunda do sistema jurídico está numa relação direta com uma característica dos sistemas, e que Luhmann chama de “acoplamento

²⁴⁷ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**, op. cit, p. 425.

²⁴⁸ BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. op. cit, p. 291.

²⁴⁹ HART, H. L. A. **El Concepto de Derecho**. op. cit, p. 107.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 146.

estrutural”, em que os sistemas ao construir estruturas compatíveis ao meio fazem-no, todavia, sem que este último determine a operação desta construção²⁵¹.

Frise-se que uma preocupação em se reconhecer uma linguagem própria ao Direito constitui isto uma particularidade como acontece também com todos os ramos científicos em geral, entre os quais a Ciência Jurídica em especial não se coloca como exceção. E nem poderia ser diferente, eis que tanto uma concepção envolvendo as regras jurídicas, como a origem e o desenvolvimento dos conceitos que daí promanam, vão estar presos à Ciência do Direito. Para este desiderato a linguagem jurídica “não é mais que o instrumento formal que os traduz e os veicula”²⁵². E isto melhor se explica porque a linguagem do sistema é uma linguagem de conjunto, e por isso é salutar reconhecer que a linguagem jurídica no sistema jurídico é também uma linguagem de conjunto, um conjunto que providencia e distingue o *ser* do Direito, principalmente porque do seu discorrer conjuntivo extrai-se formas principiológicas de identidade (A é A), não-contradição (A não pode ser B e não B ao mesmo tempo), e também do terceiro excluído (A é B, ou não B). Frise-se que uma diversificação disto colocaria em dúvida a própria habilitação e competência científica do Direito, uma apologia teórica com a qual não devemos em hipótese alguma concordar, a despeito daqueles que comparecem apenas como apologistas da arte jurídica e da técnica jurídica, negligenciando com os conceitos científicos no âmbito da teoria jurídica.

5.2 A LINGUAGEM HUMANA E O DIREITO

Conforme lembramos acima, é pertinente o fato de uma existência da linguagem jurídica que emana do sistema jurídico. E isto haverá de fazer parte do mundo jurídico. Mas mesmo antes de uma compreensão da linguagem jurídica como algo setorizado, comparece já a linguagem humana. O homem, diferentemente das outras categorias animais, cria o seu mundo reconhecido como cultura humana, em cuja evolução conta como pressupostos básicos por um lado a linguagem, e por outro a formação dos conceitos, ambos relacionados²⁵³. A linguagem humana existe como uma “propriedade” dos seres humanos, os quais, através das

²⁵¹ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. op. cit, p. 273.

²⁵² BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. op.cit, p. 291.

²⁵³ BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria Geral dos Sistemas - Fundamentos, Desenvolvimento e Aplicação**. op. cit, p. 321.

palavras, comunicam-se entre si manifestando o próprio pensamento²⁵⁴, sendo que as palavras constituem unidades da linguagem. Enquanto a linguagem indica o pensamento, as palavras por seu turno indicam parte dele, isto é, as ideias²⁵⁵. E no contraponto entre linguagem humana e Direito no processo de comunicação entre os homens, devemos nos advertir de início sobre uma delimitação nítida entre ambos, na medida em que a primeira trata com expectativas normativas sobre a forma correta de se escrever, falar, compreender e trocas de perspectivas, regulamentando o *como* dizer, enquanto que o segundo trata com expectativas sobre o comportamento das pessoas e regulamenta o *que* dizer²⁵⁶.

Advirta-se que, longe de se apresentar de forma singela como possa parecer num primeiro momento, constitui a linguagem algo complexo quando considerada do ponto de vista conceitual e lógico, no processo de comunicação que é gerada dos seus enunciados. É que a linguagem humana conta com a particularidade da atividade mental donde se constata uma intenção de manifestação. Para este processo, e segundo o linguista alemão Georg Von der Gabelentz, ela apresenta três características básicas. A primeira é ela ser dotada de um prévio *propósito claro e definido* para a sua manifestação; a segunda é ser dotada de uma *significação permanente* para se repetir em situações similares; a terceira é providenciar uma *divisibilidade na representação* envolvendo a expressão vocal²⁵⁷. Esta trilogia nos dá uma noção do que a sua compreensão haverá de enfrentar, desde a sua etiologia por uma vocação natural, até os meandros mais elevados da sua organização formal. Dessume-se, pois, uma certa complexidade que a envolve enquanto um fenômeno humano.

A complexidade da linguagem humana, na qual o Direito haverá de encontrar sua vereda, constitui algo que assim se denota diante da própria caminhada evolutiva que ela apresenta ao longo do tempo, desde o seu surgimento até um momento de maturidade mais avançada na sua apresentação comunicativa. Para se ter uma noção desta complexidade basta atinar para o fato das incontáveis ideias que ela procura retratar, e onde a abrangência disto haverá de significar desde os mais peculiares elementos valorativos até a idiosincrasia de um povo na sua significação coletiva. Daí porque a língua pode ser alçada à condição de símbolo nacional de uma determinada Sociedade ou de um determinado Estado. Mas devemos atinar também para os mecanismos que são utilizados pela gramática no sentido de organizar a

²⁵⁴ ALMEIDA, Napoleão Mendes de. **Gramática Metódica da Língua Portuguesa**. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 17.

²⁵⁵ *Ibidem*.

²⁵⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. op. cit, p. 120.

²⁵⁷ CAMARA JR., J. Mattoso. **Princípios de Linguística Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Acadêmica, 1972, p. 15 - 16.

comunicação disto, num nível de acerto do ponto de vista da sua sistematização lógica. É que a gramática deve ser compreendida como o estágio mais elevado de uma língua, constituindo o processo da sua reunião e exposição metódica com princípios e normas, podendo ser caracterizada como uma ciência aplicada mediante a utilização dos conceitos da Lógica. A organização gramatical guarda similaridade com a organização jurídica. É bem verdade que a partir do seu surgimento - da linguagem - enquanto grunhidos e gestos - aqui pode-se dizer de uma linguagem corporal apenas -, ainda num momento incipiente dominado somente pelo concretismo da sensibilidade física, para depois se assumir por um mecanismo comunicativo de conceitos abstratos tão necessários ao processo civilizatório, longe foi o tempo desta sua caminhada transformadora.

Ao lado dessa constatação da linguagem num limbo de complexidade, podemos dizê-la como um enigma no processo da sua constitutividade em função de fatores geográficos, culturais, e temporais, os quais iriam envolver todos os povos, tanto com relação à linguagem falada como com relação à linguagem escrita. A consequência disso é que “cada língua encontrou e/ ou se adaptou à escrita que melhor se encaixa em sua fonologia. As escritas (...) são propositalmente modificadas por agentes humanos para melhorar a qualidade da reprodução da fala (som) e transmissão semântica (sentido)”²⁵⁸. Estes accertamentos objetivos para a linguagem, enquanto expressão verbal exterior, faz dela um processo de comunicação que serve a todos os incontáveis propósitos humanos, visto que as palavras são utilizadas “não somente para descrever a realidade ou informar acerca dos fatos; também são utilizadas para expressar emoções, para provocá-las e para influir na conduta”²⁵⁹. E se a compreendermos como um fenômeno cultural, é oportuna a definição de E. Tylor que afirma ser ela “uma criação do homem na base das suas faculdades humanas, tanto com outros produtos, quer materiais (habitação, indumentária, instrumentos de pesca etc), quer mentais (religião, direito, organização familiar etc)”²⁶⁰.

²⁵⁸ FISCHER, Steven Roger. **Uma Breve História da Linguagem – Introdução à Origem das Línguas**. Trad. de Flávia Coimbra. Osasco: Novo Século, 2009, p. 135.

²⁵⁹ OLIVECRONA, Karl. **Language Jurídico y Realidad**. Trad. para o Castelhana de Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina S.A., 1968, p. 33.

²⁶⁰ CAMARA JR., J. Mattoso. **Princípios de Lingüística Geral**. op. cit, p. 21.

Então, com um alcance assim amplo e geral, não podemos negligenciar e fechar os olhos para o fato de que o que temos é um indicativo da linguagem na sua abrangência também com relação ao Direito, propiciando a este o papel a ser desempenhado na sua missão jurídica. Ainda mais porque as palavras, como unidades da linguagem, possibilitam ir além da realidade na medida em que se desprendem do objeto (ou dos objetos) que *lhe deu causa*²⁶¹. Nisto há um processo de abstração, ou seja, a possibilidade inclusive dos conceitos abstratos. O Direito por sua vez congrega e é uma resultante disto tudo, cuja abrangência é no sentido de significar conceitos concretos, mas também conceitos abstratos, sobretudo quando o enxergamos pela sua índole peculiar que é retratada mediante a ideia de *dever ser*. Com uma visão desta natureza temos o primeiro passo no qual é possível se estabelecer uma conexão entre linguagem humana e Direito, embora não devemos confundi-lo com uma linguagem comum conforme veremos. Com isto o que se sedimenta é a linguagem jurídica como uma linguagem objetiva. E para a caracterização disto advirta-se que no universo da linguagem podemos reconhecer duas categorias básicas de linguagem. A linguagem subjetiva e a linguagem objetiva. No primeiro caso tratamos com uma linguagem que reflete as impressões subjetivas que são manifestadas pelo sujeito, na flexibilidade que ela possa apresentar. Assim, por exemplo, temos a linguagem poética e a linguagem romanceada. A linguagem objetiva por seu turno trata com situações fora da subjetividade, e busca retratar o mundo com suas impressões e marcas de objetividade, e nesta categoria ao lado da linguagem informativa temos a linguagem jurídica. Então, numa visão geral a linguagem jurídica é uma linguagem objetiva que se verifica tanto numa construção positiva em que o Direito se apresenta (Direito Positivo), como também numa prática epistemológica envolvendo a sua explicação filosófica ou científica.

Ao procurarmos uma conexão entre linguagem humana e Direito percebe-se que ela é possível ser encontrada nas mais variadas hipóteses. Basta atinar, apenas para exemplificação, aquilo que acontece com o conceito de *discrição* na forma como faz Ronald Dworkin. Segundo ele, os positivistas pegaram o conceito de discrição da linguagem comum, mas para compreendê-lo na sua significação devemos colocá-lo no seu contexto originário. Como sabemos, na linguagem comum a ideia de discrição pode significar prudência, sensatez, discernimento, aspectos conceituais que bem se equacionam também com o caráter ontológico da norma jurídica. Então, da ideia de discrição comum podemos chegar à ideia de discrição jurídica. Neste último caso a discrição significa uma adequação à norma jurídica.

²⁶¹ OLIVECRONA, Karl. **Language Jurídico y Realidad**. op. cit, p. 37.

Daí porque Dworkin afirma ainda, já numa dimensão jurídica, que o conceito de discricção “só é adequado em único tipo de contexto: quando alguém está em geral encarregado de tomar decisões sujeitas às normas estabelecidas por uma autoridade determinada”²⁶². Neste exemplo aqui é flagrante o fato de que a linguagem no Direito não destoia, na essência semântica sugerida pelo conceito, da linguagem comum ou ordinária. Apenas o contexto aplicativo é outro, mas que não foge do contexto originário.

Registre-se que numa preocupação filosófica com a linguagem ganham destaque duas correntes básicas. A primeira reconhecida como pensamento neopositivista, ou Positivismo Lógico, e a segunda reconhecida como Filosofia da Linguagem Ordinária.

O Neopositivismo fora oriundo da Escola de Viena, uma reunião de intelectuais para discutir problemas de Filosofia e de Ciência. Na tratativa sobre a linguagem o Círculo de Viena teve como destaque os filósofos alemães Moritz Schlick (1882 - 1936) e Rudolf Carnap (1891 - 1970). Após uma convicção empírico-positiva Moritz lembraria, quando de uma verificabilidade, a possibilidade lógica disto desde que através de uma linguagem peculiar, reconhecendo que um fato ou um processo é logicamente possível na medida em que seja descrito mediante normas da gramática que são estipuladas para a nossa língua²⁶³. Por sua vez Carnap procurou trabalhar não só a implicação de uma linguagem referente às entidades abstratas, mas também torná-la compatível com uma concepção empirista voltada para o pensamento científico²⁶⁴.

A Filosofia da Linguagem Ordinária contou com o filósofo Ludwig Wittgenstein (1889 - 1951), que também exercera certa influência sobre o Círculo de Viena. Mas há uma diferenciação substancial entre ambas, e no equacionamento compreensivo entre Linguagem e Direito sobressai a corrente Neopositivista. É que a Filosofia da Linguagem Ordinária prende-se a uma linguagem natural, reconhecendo-se esta como a linguagem correta (Wittgenstein). Segundo Wittgenstein a nossa linguagem “pode ser considerada como uma velha cidade: uma rede de ruelas e praças, casas novas e velhas, e casas construídas em diferentes épocas”²⁶⁵. Diferentemente o Neopositivismo procura a construção de uma linguagem ideal, porque,

²⁶² DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. 1. ed. 4. reimpressão. Trad. para o Espanhol de Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel, 1999, p. 83 - 84.

²⁶³ SCHLICK, Moritz. **Sentido e Verificação**. 2. ed. Trad. de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 92.

²⁶⁴ CARNAP, Rudolf. **Empirismo, Semântica e Ontologia**. 2. ed. Trad. de Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 114.

²⁶⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig, **Investigações Filosóficas**. 3. ed. Trad. de José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 15.

segundo entende, a linguagem comum é deficiente, necessitando “da explicitação e supressão dos seus problemas, a partir da elaboração teórica de uma linguagem logicamente perfeita”. Ao lado disso o Neopositivismo busca tratar também com “funções epistêmicas com relação às linguagens da ciência”²⁶⁶. Com o Neopositivismo o que temos é uma tipologia das linguagens, sendo que ao admitir a linguagem técnica ele reconhece nesta a “construção de linguagens especializadas”, nas quais podemos encontrar precisão lógica, além de enunciados proposicionais, excluindo-se da sua organização sistêmica tendências ideológicas e mesmo de emotividade²⁶⁷, o que efetivamente será conveniente com vistas ao desenvolvimento de uma linguagem científica para uma conformidade com o Positivismo Jurídico.

Podemos afirmar que a linguagem humana conduzida na sua compreensão pelos mecanismos de um rigorismo, como compreende o Neopositivismo, é a forma que devemos aproximar do Direito com sua linguagem jurídica, pela sua necessária organização sistêmica e compreensão lógica que devem acompanhar este último.

5.3 O Papel da Linguagem na Ciência

A linguagem exerce função indispensável e determinante no processo da comunicação, quer entre a comunicação subjetiva (entre pessoas), quer entre a comunicação objetiva (entre instituições e entre instituições e pessoas). Dessarte, ela não é apenas informação comum ou vulgar, mas também é comunicação técnica. Neste último caso (comunicação técnica) ela comparece como um desdobramento da comunicação objetiva, e pode ter o seu desenvolvimento na área do conhecimento, tanto com relação ao conhecimento filosófico como também com relação ao conhecimento científico. Daí o papel da linguagem na Ciência. Esta acuidade diferenciadora é fundamental pelo fato de que a linguagem comum ou vulgar não é o mesmo que a linguagem filosófica e a linguagem científica, adjuntando-se a isto também o fato de que estas três formas de comunicação não se confundem. Isto em função de peculiaridades funcionais e de características que são próprias a cada uma delas. No caso específico da Ciência a linguagem que no seu contexto é utilizada deve se pautar por um certo rigorismo, em função dos critérios que acompanham esta província do conhecimento. E

²⁶⁶ WARAT, Luis Albert. **O Direito e Sua Linguagem**. 2. versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984, p. 63.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 52.

este rigorismo deve ser observado porque “onde não há rigor linguístico não há ciência. *Fazer ciência é traduzir numa linguagem rigorosa os dados do mundo*”.²⁶⁸

Trata-se, então, a linguagem da Ciência, de uma linguagem que não se confunde com uma linguagem comum ou uma linguagem natural. Mas é bom frisar que quando se cuida desse seu rigorismo ele acontece e se apresenta - ao lado de um agir metodológico -, também e em especial pelo ponto de vista conceitual, numa relação direta com o ramo específico que a Ciência trata e em função do fenômeno que é objeto da sua descrição experimental. Por isso um conceito químico - da Química - não é mesmo que um conceito físico - da Física. Da mesma forma é o que acontece com um conceito jurídico - do Direito. Cuidar disto é cuidar de um aspecto ontológico da linguagem científica. Se assim não for a linguagem se descaracteriza como linguagem da Ciência, podendo ser qualquer outra forma de linguagem, ou seja, da Arte, da ficção, do humorismo, do lúdico, do poético, da propagação vulgarizada, da divulgação religiosa, etc, mas não da Ciência.

Quando descortinamos esta realidade na qual se reconhece um caráter objetivo da linguagem, e no qual é possível tratar com aspectos epistemológicos (de conhecimento), o que temos é uma constatação de que a Ciência também se faz através da linguagem. Daí porque na visão do Positivismo Lógico, e com proficiente acerto, se compreendeu que “a ciência se faz com a linguagem, mas, em última instância, é a própria linguagem”. É que “a compreensão coerente e sistemática do mundo é obtida através da linguagem”²⁶⁹. Ademais, devemos lembrar também que o seu caráter de objetividade dando uma peculiaridade nesta forma de linguagem - retirando-a de uma linguagem comum -, é retratado em face do seu comprometimento com um objeto certo, juntamente com uma metodologia própria. Esta é uma particularidade que vamos encontrar também quando de uma linguagem científica no caso específico do Direito.

Mas advirta-se que com esta visão teórica no sentido de que a ciência se faz com a linguagem, não podemos, a despeito disso, confundir a linguagem comum - ou natural -, com a linguagem desenvolvida na ciência, a linguagem científica. Num contraponto entre estas duas realidades somos levados, como fez o linguista suíço Ferdinando de Saussure (1857 - 1913), a indagar: “Será possível distinguir o desenvolvimento natural, orgânico, de um idioma, de suas formas artificiais, como a língua literária, que são devidas a fatores externos,

²⁶⁸ WARAT, Luis Albert. **O Direito e Sua Linguagem**. 2. versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984, p. 37.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 38.

por conseguinte inorgânicos?”²⁷⁰. Com isto é possível distinguir a linguagem comum ou natural da linguagem científica. Para Saussure a linguagem comum apresenta-se em dois planos. O plano *significante* e o plano *significado*, independentes mas interligados pela sintaxe. Também duas articulações comparecem, a articulação dos *fonemas* (sons sem sentido próprio), e a articulação dos *morfemas* (as menores combinações de fonemas e com sentido definido contendo a parte semântica de cada língua). A linguagem científica, por seu turno, na dimensão da metalinguagem com sinais peculiares utiliza-se de unidades significantes reconhecidas como *mitemas* (combinações e recombinações num texto linguístico). Os mitemas indicam uma “sequência bem definida de fatos observados e a combinação destes últimos com outros fatos igualmente observados ou retirados da literatura e que irão constituir a nova teoria (mitema ou supermitema)”. Assim, o mitema na linguagem científica, se distingue “dos fonemas e dos morfemas da linguagem comum na elaboração da teoria científica”²⁷¹.

5.4 A LINGUAGEM CIENTÍFICA DO DIREITO E A LINGUAGEM FILOSÓFICA DO DIREITO

Advirta-se que uma vinculação da linguagem jurídica à ideia de sistema jurídico, numa dimensão de Direito Positivo, coloca como primeiro compromisso o fato de que não devemos confundir a linguagem científica do Direito com a linguagem filosófica do Direito. Ambas as formas não se confundem em razão de diferentes formas explicativas, que assim se apresentam em razão de metodologias também diferenciadas em ambos os casos. É que o conhecimento científico do Direito não é o mesmo que o conhecimento filosófico do Direito, por força da variação metodológica e de objeto em ambos os casos. A Ciência do Direito trata com o fenômeno jurídico enquanto Direito Positivo, sendo que a Filosofia do Direito trata com o fenômeno jurídico enquanto algo que pode se antepor ou mesmo se pospor ao Direito Positivo, e com uma transcendência metafísica.

²⁷⁰ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. 28 ed. Trad. de Antonio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2012, p. 54 - 55.

²⁷¹ SILVA, Maurício da Rocha e. **A Evolução do Pensamento Científico**. 1. ed. São Paulo: Ucitec, 1972, p. 353 - 355.

Em função da diferenciação metodológica em ambos os casos deparamos também com linguagens diferentes, visto que tanto os critérios utilizados como também os conceitos que são produzidos, assumem providências diferenciadas, embora o ponto de preocupação seja sempre o mesmo, isto é, a ideia de fenômeno jurídico. No caso da linguagem científica do Direito, por força da positividade, o que se verifica é uma atenção descritiva acerca de um objeto posto, com as implicações criteriosas e conceituais que são próprias de um objeto já positivado. A linguagem científica neste caso não transcende do seu objeto, este que é pela experiência jurídica.

Diferentemente da linguagem científica a linguagem filosófica vai se apresentar de forma autorizada no seu discurso em transcender o objeto positivo da ciência. Isto para discutir sobre ele tanto num momento anteposto, como num momento posto e também num momento posposto, visto que a postura crítica que é própria da Filosofia haverá de propiciar momentos diferenciados até para divergir - nos seus colóquios de valoração crítica -, da convicção científica se for o caso. Mas é bem verdade que a atitude demonstrada pela linguagem filosófica neste caso não será no sentido de um menoscabo ou mesmo de destruição da teoria científica, mas ao contrário, estará sempre voltada para um compromisso no sentido de enriquecer esta última, visto que este é o papel da teoria filosófica. É que, como ensina Kant - na interpretação de Miguel Reale -, tanto a Filosofia como a Ciência estudam a realidade, mas há uma especial realidade “que a Ciência não estuda, nem pode estudar, que é a própria Ciência posta como objeto”²⁷². Este papel compete à teoria filosófica. E isto acontece por causa da sua vocação crítica numa disposição metodológica tanto analítico-instrumental, como sintético-especulativa. É que, conforme frisamos anteriormente, a Ciência longe de ser algo crítico-valorativo, apresenta-se como algo descritivo por fidelidade metodológica a uma atividade de demonstração empírica, diante do que - no caso do Direito - a experiência jurídica demonstra em determinado momento. Dessarte, a linguagem científica do Direito não poderá se confundir com a linguagem filosófica do Direito porque diferenciados os contextos explicativos.

²⁷² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. op. cit, p. 33.

5.4.1 A Linguagem Jurídica pela Linguagem Científica do Direito

Conforme alinhavamos, é próprio cuidar na linguagem jurídica de uma linguagem científica. E a melhor forma para o seu encaminhamento quanto a isto é reconhecê-la - como também se faz possível numa linguagem comum ao se admitir aqui uma função volitiva ou emotiva -, com uma função técnica. Com a função técnica na linguagem jurídica científica vamos deparar com os incontáveis efeitos que dela podemos extrair nos incontáveis institutos ou modelos jurídicos que ela retrata, e com isto compreender a sua função instrumental que emana do Sistema Jurídico. Assim, e apenas para exemplificar, modelos como “direito objetivo”, “direito subjetivo”, “direito público”, “direito privado”, “pessoa física”, “pessoa jurídica”, “direito adquirido”, “coisa julgada”, “segurança jurídica”, ao lado de outros inúmeros modelos fazendo parte do Sistema Jurídico, serão eficazes na linguagem a ser desenvolvida.

Para esse desiderato da compreensão da função técnica na linguagem jurídica científica a forma indicada é admitir a existência nela das chamadas “expressões realizativas” (Austin), cuja significação é realizar ou executar algo, e através das quais pode-se extrair e compreender, como seu efeito, o propósito básico de se estabelecer uma relação jurídica²⁷³. A consequencialidade básica, portanto, é equacionar as relações jurídicas que medram e fazem parte da vida social na sua plenitude. É que a vida social não existe sem relação jurídica, quer entre pessoas físicas, quer entre pessoas físicas e pessoas jurídicas. A relação jurídica constitui algo de essência tanto da vida individual (da pessoa), como da vida social (da sociedade). Nada existe ou funciona fora deste contexto. A relação jurídica então existe como condição existencial dos seres para uma significação jurídica. Na realização disto envolvendo as relações jurídicas, as expressões próprias da linguagem jurídica na sua forma linguística, são eficazes para gerar e demonstrar consequências jurídicas de direitos e deveres. Do ponto de vista técnico, então, a linguagem jurídica científica não se confunde com uma linguagem meramente emotiva ou informativa, mas são dotadas de eficiência em administrar a vida jurídica da sociedade. Com a função técnica que é própria da linguagem jurídica, o que se providencia é um retrato da própria linguagem científica do Direito, na medida em que se possibilita o exercício interpretativo e ao mesmo tempo descritivo desta última. Mas ela vai

²⁷³ OLIVECRONA, Karl. **Lenguaje Jurídico y Realidad**. op. cit, p. 38 - 39.

estar fiel ao que deve ser compreendido como uma verdade jurídica científica. E o seu papel neste caso é retratar e registrar esta realidade.

Com a linguagem jurídica percebe-se os efeitos jurídicos que são trazidos, e que são extraídos das regras jurídicas tanto no campo da iniciativa privada entre pessoas - no caso de uma relação jurídica privada -, como quando da atuação dos órgãos oficiais (legislação e jurisdição), estes últimos que estarão vinculados em observá-las e aplicá-las. Ditos efeitos são oriundos da instrumentalização propiciada pelo Direito, tanto numa dimensão formal como substancial, uma peculiaridade do passado mas que não se ausentou na atualidade. Segundo o jurisconsulto Gaio entre os romanos haveria de se pronunciar as palavras adequadamente sob pena de um ato nulo, e se num processo envolvendo o corte de videiras fosse pronunciada a palavra *vites* em lugar de *arbores*, como estabelecido nas Leis da XII Tábuas, o resultado seria negativo²⁷⁴. Por isso já desde períodos longínquos pode-se dizer que com a linguagem jurídica denota-se uma realidade concreta extraída dos seus efeitos, e que podemos denominar de *realidade jurídica*.

Acrescente-se que a noção de realidade jurídica oriunda de uma realidade concreta se sedimenta ainda mais porque das “expressões realizativas”, podemos chegar às “orações realizativas”, assim denominadas por Karl Olivecrona. É oportuno lembrar que numa tratativa jurídica as orações realizativas constituem o verdadeiro manancial da linguagem jurídica, podendo ser denominadas de orações realizativas jurídicas. É que através das “orações realizativas” se providencia evitar formulações irregulares, para então se classificar e qualificar as expressões como instrumento de controle e de comunicação social, sem deixar de lado o fato de que elas são “usadas comumente dentro do sistema jurídico”²⁷⁵. A linguagem jurídica, então, tem um papel fundamental no sentido não só de retratar o Direito, mas também de organizá-lo, mesmo quando devemos compreendê-la - linguagem jurídica - como uma expressividade do sistema jurídico. Com isto sedimenta-se uma vinculação entre Sistema Jurídico e Linguagem Jurídica.

²⁷⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 218.

²⁷⁵ OLIVECRONA, Karl. **Lenguaje Jurídico y Realidad**. op. cit, p. 47 - 48.

5.5 O DIREITO COMO LINGUAGEM JURÍDICA E A CIÊNCIA DO DIREITO COMO METALINGUAGEM JURÍDICA

Como tivemos a oportunidade de analisar e afirmar anteriormente, o Direito não pode ser confundido com a Ciência do Direito. Esta demarcação ontológica se sedimenta ainda mais quando a tratativa se conforma com a ideia de Direito Positivo - Positivismo Jurídico. Nesta diferenciação, o Direito como um ente próprio constitui-se no objeto de apreciação da Ciência do Direito, esta que no seu discurso metodológico procura interpretá-lo e descrevê-lo. Mas ambos os contextos dimensionados e diferenciados - Direito e Ciência do Direito -, com suas peculiaridades demarcadas, haverão de apresentar também linguagens diferenciadas, porque são possuidores de linguagens próprias, embora a existência de uma nota comum para ambas envolvendo a característica do jurídico. Daí uma preocupação neste momento em se reconhecer e pormenorizar, na linguagem, o Direito como *linguagem* jurídica, e a Ciência do Direito como *metalinguagem* jurídica.

Frise-se que essa diferenciação é necessária pela providência que é levada a efeito por ambas as formas de linguagens. Aqui podemos associar também os conceitos de Bertrand Russel e de Carnap, como fizeram na linguagem geral em *linguagem-objeto* e em *metalinguagem*²⁷⁶, uma noção que não escapou também à apreciação de Hans Kelsen para fins jurídicos²⁷⁷. Assim, com relação à primeira - linguagem jurídica - podemos reconhecê-la como uma linguagem-objeto, a forma através da qual o Direito fala e enuncia as suas prescrições conforme se verifica do sistema normativo. A segunda - metalinguagem jurídica - podemos reconhecê-la como a forma de linguagem na qual se reflete e se retrata sobre a linguagem-objeto, com vistas a sua composição lógica, conceitual e de coerência. É que com a metalinguagem jurídica se fundamenta a necessidade de uma linguagem correta. Como comenta Pierce, “a vida do pensamento e da ciência é inerente a símbolos; assim, é errôneo dizer tão-somente que uma linguagem correta é *importante* para um pensamento correto; é a essência dele”²⁷⁸.

Frise-se que diferenciar estas duas formas de linguagem é providencial porque uma coisa é a linguagem jurídica na sua função lógica *prescritiva*; outra coisa é a metalinguagem

²⁷⁶ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e Sua Linguagem**. op. cit, p. 50 e 48.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 50.

²⁷⁸ PEIRCE, Charles Sanders. **Escritos Coligidos - Gramática Especulativa**. 3. ed. Trad. de Armando Mora D'Oliveira e Sérgio Pomerangblum. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 99.

jurídica na sua função lógica *descritiva*. E este é o ponto de partida para uma análise e uma compreensão dessas duas formas de linguagens essenciais ao Direito, conforme veremos mais adiante.

5.5.1 A Linguagem Jurídica no Direito

Ao tratarmos o Direito enquanto linguagem - o Direito enquanto norma jurídica diferenciado-o de proposição jurídica como faz Kelsen -, reafirma-se o fato de retratá-lo como linguagem, e daí se admitir que ele é em si também uma linguagem. Para isto é necessário um transporte de uma proposição normativa para uma proposição prescritiva. Então, enquanto função lógica da linguagem, o Direito comparece como uma linguagem prescritiva. E esta função prescritiva, que é própria da linguagem normativa, “consiste em dar comandos, conselhos, recomendações, advertências, influenciar o comportamento alheio e modificá-lo, em suma, no *fazer fazer*”²⁷⁹. Veja-se que aqui não estamos tratando o Direito enquanto autoridade de comando, de mandamento ou de ordem, que emana de um poder e que é gerador de sanção ou mesmo de coerção pelo seu cumprimento ou descumprimento, mas *como* linguagem, uma linguagem que é própria pela função lógica que esta última apresenta. Assim, ao tratarmos no campo da linguagem é providencial deixar claro que uma coisa é o Direito enquanto autoridade que impõe condutas com consequências no seu descumprimento, e outra coisa é o Direito enquanto linguagem que registra e descreve esta imposição de condutas. Neste caso podemos dizer que há uma imanência linguística, cuja geratriz é o Direito positivo consubstanciado na norma jurídica, esta que se revela através de uma linguagem peculiar e que denominamos de linguagem jurídica. Esta linguagem jurídica que é imposta às demais formas de linguagem pelo Direito positivo, se sobrepõe a uma linguagem comum ou geral, ou a qualquer outra forma de linguagem oriunda de outra província cognitiva, quando se trata de colocar em pauta a experiência jurídica ou os fatos jurídicos. Com a linguagem jurídica um fato comum deixa de ser um fato comum para se transmutar num fato jurídico. Com isto toda e qualquer relação jurídica é abrangida por esta forma de linguagem.

²⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 4. ed. Trad. de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, Sp.: Edipro, 2008, p. 78.

Quando da imposição de condutas, a função prescritiva da linguagem jurídica haverá de abranger todos os aspectos implicativos do Direito que emergem dos seus registros diretos, e mesmo indiretos, pelos efeitos que daí possam ser colacionados. Em concomitância a linguagem jurídica haverá de cuidar por evitar e ao mesmo tempo eliminar do seu contexto qualquer linguagem meramente descritiva, expressiva ou evocativa, ou ainda com significações de emotividade ou de sentimentos. É que as suas assertivas no seu conjunto registram uma realidade mandamental, cujo condicionante tem como componente básico a experiência jurídica, esta que irá determinar toda a função lógica que deparamos no discurso do Direito.

5.5.2 A Ciência do Direito e a Metalinguagem Jurídica

Conforme comentamos anteriormente a linguagem do Direito não é o mesmo que a linguagem da Ciência do Direito. Para a conformidade disto devemos reconhecer nesta última a condição de uma metalinguagem jurídica, na medida em que ela não se confunde com a linguagem-objeto assumida diretamente pelo sistema normativo, enquanto um sistema jurídico posto. É que não compete à linguagem-objeto desenvolver sobre ela mesma uma verificação analítica, ou mesmo especulativa com relação à sua organização sistêmica, organização lógica e ainda no plano da sua coerência, aspectos estes que devem também ser levados em consideração quando de uma avaliação científica acerca do objeto jurídico (Direito). Isto ficará a cargo da metalinguagem jurídica. O que faz a metalinguagem jurídica, na dimensão da Ciência, é analisar a linguagem-objeto. E isto acontece porque, mesmo que não se deseje, o que acontece é o fato de que ao se fazer Ciência Jurídica culmina-se na seara de uma metalinguagem jurídica, ou seja, uma consideração linguística que transcende à linguagem-objeto. Dessarte, se a Ciência Jurídica tem como pressuposto descrever o Direito Positivo, as suas proposições descritivas nesta missão haverão de constituir a metalinguagem jurídica.

Assim, a Ciência Jurídica quando atua o faz mediante uma linguagem reconhecida como metalinguagem, cujo produto é um discurso científico. É que a metalinguagem por ser uma linguagem que não se confunde com a linguagem-objeto - esta que estará sujeita à análise da primeira -, ela se faz necessária para a elaboração de “um outro nível de linguagem, a partir do qual se possa fazer uma investigação problematizadora dos componentes e

estrutura da linguagem que se pretende analisar”²⁸⁰. Ainda mais porque com a metalinguagem que passa a ser própria da Ciência, possibilita-se um controle que é necessário quanto às regras que devem ser observadas quando da operação científica²⁸¹. Então, a utilização da metalinguagem numa atuação científica é de fundamental importância por propiciar uma observância mediante construções de precisão e certeza na elaboração de uma linguagem, agora científica. É que a função lógica da linguagem científica deve se pautar por uma função descritiva, e não por uma função prescritiva como consideramos anteriormente ao retratar a linguagem normativa. Na sua função descritiva, como se verifica da linguagem científica, a sua atuação é no sentido de informar, transmitir saber, ou mesmo “em *fazer conhecer*”²⁸².

A separação entre função lógica descritiva, que é própria da linguagem científica do Direito, e função lógica prescritiva, que é própria da linguagem do Direito em si, tem como um anteposto oportuno uma providencial afirmação de Kelsen ao separar norma jurídica de proposição jurídica. Segundo ele norma jurídica não é o mesmo que proposição jurídica. Enquanto as normas jurídicas são produzidas pelos órgãos jurídicos constituindo mandamentos, comandos, imperativos, permissões e atribuições de competência, as proposições jurídicas são enunciados através dos quais a Ciência Jurídica descreve as relações oriundas desses mandamentos e comandos. As proposições jurídicas chegam a traduzir juízos hipotéticos envolvendo as consequências estabelecidas pelo ordenamento jurídico²⁸³, e também podem constituir juízos sobre um objeto dado para se conhecer (conhecimento)²⁸⁴.

Apartar a norma jurídica da proposição jurídica é providencial porque esta última, na seara da ciência, apreende o cabedal de condutas enquanto conteúdo da primeira, mas não assume o papel de providenciar qualquer autoridade mandamental. A sua transposição para a condição de uma metalinguagem acontece por retratar os comportamentos, os quais assumem um sentido objetivo através da norma. Neste caso, a conduta enquanto conduta é descrita no seu conteúdo, e compondo a dimensão jurídica (Direito) é norma objetiva. Como proposição, a proposição jurídica na linguagem é uma proposição descritiva. E esta sua função na linguagem torna-se mais lúcida ao estabelecermos uma diferenciação entre um *fato* e uma *proposição*, como faz Bertrand Russel no seu Atomismo Lógico, com vistas a uma análise lógica na dimensão da Ciência, cuja premissa “será uma proposição tendo grande poder

²⁸⁰ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e a Sua Linguagem**. op. cit, p. 48.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 49.

²⁸² BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. op. cit, p. 78.

²⁸³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. op. cit, p. 111.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 124.

dedutivo, grande persuasão e dedução”. Nisto os fatos “são o que são, não importando o que decidimos pensar acerca deles”, significando espécies de coisas que podem gerar proposições verdadeiras ou falsas, visto que uma proposição por seu turno comparece como “uma sentença no indicativo, uma sentença que afirma alguma coisa, não questiona, ordena ou deseja”²⁸⁵. Pode-se dizer que o Direito Positivo encontra-se no mundo das coisas, enquanto que a Ciência Jurídica com sua linguagem está no mundo das proposições que descrevem estas coisas. Neste seu papel teórico deparamos com uma implicação conecta entre conhecimento, conceito e linguagem própria. É que “todo pensar e conhecer teóricos, perfaz-se em certos ‘atos’ que surgem em conexão com a fala em que se exprimem”, sendo que nesses atos vamos encontrar a fonte não só das “unidades de validade”, mas também das “respectivas ideias gerais e puras”²⁸⁶.

Na diferenciação de ambas - norma jurídica e proposição jurídica - percebe-se que as proposições jurídicas estão na dimensão da linguagem que é desenvolvida pela Ciência do Direito, esta que por metodologia própria encontrando-se externa ao ordenamento jurídico, haverá de se conduzir por uma ótica que lhe é própria, e numa tratativa de descrever, conhecer, interpretar e ensinar. Neste caso a linguagem a ser utilizada pela Ciência jurídica deve ser uma linguagem dominada por um rigor sistemático, descontaminada dos efeitos deletérios da politização e mesmo da ideologização partidarizada. Por isto é fundamental reconhecer o papel da metalinguagem jurídica, visto que esta função de descrever, conhecer, interpretar e ensinar, ao mesmo tempo em que não pode se contaminar por esses fatores, também não se revolve mediante uma linguagem que se limita em registrar o Direito em si (linguagem-objeto). É necessária uma linguagem própria para este desiderato.

²⁸⁵ RUSSELL, Bertrand. **Lógica e Conhecimento**. 2. ed. Trad. de Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 55 - 59.

²⁸⁶ HUSSERL, Edmundo. **Investigações Lógicas - Sexta Investigação**. 2. ed. Trad. de Zeljko Loparié. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 7.

5.6 A METALINGUAGEM JURÍDICA COMO LINGUAGEM USUAL DOS ESTUDOS JURÍDICOS

Ao estabelecermos uma diferenciação entre linguagem jurídica e metalinguagem jurídica, tivemos a oportunidade de reconhecer a existência da linguagem-objeto e a existência da metalinguagem. Se a primeira existe e comparece como uma apresentação ou registro das disposições normativas, a segunda existe e comparece na dimensão de um discurso científico como forma de providenciar, mediante proposições descritivas, não só a descrição e interpretação da linguagem objeto, mas também como uma avaliação das estruturas da linguagem interpretada quanto à precisão, à lógica, ao controle, à coerência, à organização, à pertinência etc. Ainda aqui a metalinguagem se configura como uma linguagem de Ciência. Caso a própria metalinguagem, enquanto linguagem de ciência, seja colocada em análise e sob crítica, a linguagem neste caso já é uma linguagem filosófica onde podemos reconhecer a presença de uma epistemologia da linguagem científica. O que nos importa neste momento é uma configuração da metalinguagem jurídica numa configuração de linguagem científica. É que a motivação neste caso se prende ao fato em se providenciar uma linguagem usual dos estudos jurídicos, estes que serão levados adiante através de uma prática compreensiva acerca do Direito Positivo, ou seja, do Direito posto, aquele que comumente a experiência jurídica coloca como objeto de apreciação do jurista e não do filósofo do Direito.

Buscar a configuração da metalinguagem jurídica, como uma linguagem usual dos estudos jurídicos, passa antes de mais por um reconhecimento da linguística nos estudos da língua em que o Direito como linguagem-objeto tem a sua configuração. Mas ao lado de uma verificação disto envolvendo a linguagem na sua conformação geral, providencial torna-se a conformidade disto também na linguagem que envolve o discurso científico do Direito em especificidade, e com vistas às peculiaridades que são próprias do mundo jurídico. É que a linguagem neste caso, a despeito das suas particularidades pelos critérios que deve apresentar em função da metodologia a ser aplicada na compreensão do fenômeno jurídico, não estará livre dos mecanismos que são próprios da linguagem na sua conformação geral. Não devemos deixar de lado o fato de que o Direito Positivo, na sua configuração jurídica, haverá de retratar uma realidade jurídica na linguagem usual de uma determinada comunidade ou de um determinado povo, embora possamos reconhecer que determinados institutos jurídicos possam transcender as fronteiras dos costumes, da cultura, da história e do social.

Compreender este mecanismo que se apresenta como um necessário equacionamento entre a linguagem do Direito com a linguagem usual, e naquilo que o primeiro tem a mais como uma dimensão linguística própria, exige antes de tudo uma admissão dos institutos básicos e fundamentais da linguagem geral (língua). Neste comprometimento a teoria científica do Direito, na dimensão da metalinguagem jurídica, não poderá desprezar aspectos linguísticos de fundamentos etiológicos como aqueles que envolvem Gramática, Semântica e Sintaxe. É que estes aspectos teóricos a serem desenvolvidos no âmbito da metalinguagem constituem os pontos básicos para uma compreensão e interpretação teórica da linguagem-objeto, aquela que registra o ordenamento jurídico. Neste caso a exegese que possa ser extraída do sistema jurídico positivo não pode deixar de lado situações gramaticais, semânticas, e mesmo as relações (inter-relações) dos termos e das palavras utilizadas (e que vão envolver os institutos jurídicos), com vistas neste último caso a uma unidade do todo. Nisto é compreender o Direito no âmbito da linguagem pelas “categorias semióticas”, mas buscando a interpretação e pesquisa jurídico-prescritiva através da Gramática, e também da Semântica e da Sintaxe²⁸⁷.

5.6.1 Metalinguagem Jurídica: Gramática, Semântica e Sintaxe

Ao se observar os três aspectos acima referidos - Gramática, Semântica e Sintaxe -, o que devemos compreender e extrair num primeiro momento diante do sistema jurídico, e pela sua linguagem jurídica - linguagem objeto -, é o exercício de uma atividade pela *exegese* (extrair do texto o seu significado), e não por uma *eisegese* (impor ao texto o significado que desejamos). Muitos agem na segunda modalidade interpretativa. Mas isto é um erro, e esta é a primeira advertência que o jurista deve desenvolver numa análise científica.

Com este desiderato onde se busca concretizar a exegese jurídica, dessume-se que ao lado da Semântica e da Sintaxe, a Gramática exerce o papel fundamental de estabelecer e compreender as leis básicas da língua, ao fundamentar as relações entre os termos no seu aspecto estrutural. Cuidar com a Gramática é cuidar das leis gerais do idioma, coisa que o Jurista deve observar como uma providência para se entender de forma lúcida a mensagem jurídica, visto que através dela numa proficiente desenvoltura com a língua é possível o

²⁸⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário - Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 30.

caminho mais curto e eficiente para uma compreensão jurídica. Principalmente porque numa preocupação de ciência jurídica o trato com a linguagem deve deixar de lado o supérfluo, o inútil e o exagero. É que a linguagem jurídica como ciência deve se pautar pelo rigorismo e pela precisão, atinando-se para pontos fundamentalmente necessários e indispensáveis do ponto de vista explicativo. Num critério interno do texto e do sistema, a Gramática constitui as regras relacionadas com a construção organizada e com a própria clareza dentro do texto e do sistema (jurídicos), onde a análise gramatical propicia revelar as várias partes relacionadas entre si. Por isso o seu papel é fundamental - do qual dependerá também a própria análise semântica - em viabilizar o significado dos termos e dos institutos (jurídicos). Daí o seu discorrer sobre aspectos envolvendo sistema verbal, sistema nominal, preposições, partículas, orações etc. Estes pontos serão observados também pela metalinguagem jurídica quando da verificação da linguagem-objeto (linguagem jurídica).

5.6.1.1 A Semântica. Semântica Jurídica

A Semântica por seu turno, naquilo que a ela é pertinente, caminha ao lado da Gramática e da Sintaxe, como forma de compor a trilogia para uma explicação teórica da linguagem (jurídica). Se na comunicação as palavras fornecem a substância (conteúdo) do significado, a Gramática e a Síntese fornecem a forma. Ao buscarmos a ideia de significado que a comunicação linguística possa providenciar, a significação pela Semântica ganha circunscrição na palavra. A Semântica como Ciência Linguística autônoma comparece como o estudo das palavras e de seus significados. Para isto a primeira advertência que devemos fazer na compreensão do texto e naquilo que se pode extrair do sistema jurídico, é estabelecermos como regra básica o fato de que devemos atinar (atentar) para o sentido das palavras. Mas concretizar o sentido das palavras é algo que se ressent de vários fatores, entre os quais o fator gramatical conforme consideramos acima. O sentido de uma palavra é determinado em grande parte das vezes pelo contexto gramatical, contexto este em que o significado conotativo pode assumir papéis diferenciados, como permitem reconhecer tanto a *polissemia* (um termo com mais de um significado no texto) como o *polimorfismo* (várias grafias ou vários símbolos com o mesmo significado), este último que é retratado também no campo da *sinonímia* (palavras que tem a mesma ou quase a mesma significação que outra).

Na órbita da Semântica, ao considerarmos a palavra como símbolo com significado dentro de um contexto, sobressai a sua função na frase como unidade linguística. Nisto se verifica uma visão estrutural da linguagem eficaz quanto ao significado. Com isto é possível se reconhecer na estrutura tanto o papel da *sintagma*, como o papel do *paradigma*. A primeira identifica uma relação linear de uma palavra com outros termos no sistema, embora a possibilidade de uma divisão dos assuntos em classes. Assim, no sistema jurídico se fala em direito fundamental, isto pode implicar no significado de direito à vida, liberdade e igualdade. O segundo - paradigma - envolve uma relação vertical e associativa com um alcance sinônimo. Trata-se de um modelo de significado a ser observado. Assim, se a linguagem jurídica no sistema constitucional retrata o asseguramento à vida, a lei penal por seu turno, através da linguagem jurídica estabelece a punição do homicídio. Em ambos os casos, preserva-se a vida.

Mas é oportuno nos advertir que nesta visão estrutural envolvendo a Semântica, a análise da linguagem é passível de uma consideração por um sentido de estrutura profunda e também por um sentido de estrutura de superfície, como considera Noam Chomsky (Wittgenstein chama de “gramática profunda” e “gramática superficial”). Esta profusão da significação da linguagem acontece, de conformidade com Chomsky - nas regras gramaticais por ele idealizadas como formalizadas com precisão aritmética -, por uma forma peculiar de organização linguística, tanto para a sua competência como também para o desenvolvimento de uma teoria de desempenho efetivo, e que ele denomina de Gramática Gerativa. Para isto é necessário que o conhecimento de uma língua envolva a “habilidade implícita para compreender um número indefinido de sentenças”. Daí que “uma gramática gerativa deva ser um sistema de regras que podem ser repetidas a fim de gerar um número indefinidamente grande de estruturas”, sendo que este sistema será analisado por três componentes básicos que são os componentes, sintático, fonológico, e também o componente semântico²⁸⁸. Com o componente semântico - um componente puramente interpretativo - o que se providencia é a interpretação semântica de uma sentença, ligando-se o sintático (representação sintática) ao semântico (representação semântica). Nesta relação o componente sintático da linguagem especifica na sentença, ao lado de uma estrutura de superfície, também uma *estrutura profunda*. Enquanto a estrutura de superfície é interpretada pelo componente fonético, a estrutura profunda é denotada e interpretada por uma interpretação (componente) semântica. Esta mecânica apresentada por Chomsky assume o papel de uma gramática

²⁸⁸ CHOMSKY, Noam. **Aspectos da Teoria da Sintaxe**. 3. ed. Trad. de Armando Mora D'Oliveira. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 241.

“transformacional” porque dela se percebe duas vigas básicas na linguagem. Uma donde se extrai uma gramática básica definindo suas estruturas fundamentais; a outra, de caráter transformacional, que saindo das estruturas profundas atinge as estruturas de superfície, cujo sentido e passagem obedecem a regras de transformação. Daí se reconhecer que o sentido de uma frase emana da estrutura profunda, mediante regras de interpretação semântica.

A concepção linguística de Chomsky é de alcance providencial na metalinguagem jurídica, visto que no desenvolvimento de uma linguagem científica na interpretação jurídica - com vistas aos componentes apresentados pelo ordenamento jurídico -, é flagrante as incontáveis situações onde o papel de uma semântica deve ser levada em consideração no trabalho interpretativo. É que com os olhos centrados no sistema jurídico, não se pode limitar a atuação hermenêutica apenas sob a visão de uma estrutura de superfície, mas há que se atinar para uma estrutura profunda do sistema, sob pena de uma inverdade jurídica. Assim, a compreensão não se limita à linguagem expressa apenas, mas deve extrair o significado que os dispositivos apresentam dentro do sistema. Neste caso o que se verifica como uma propriedade da semântica é o fato do jurista providenciar uma leitura não só do que ocorre nas “linhas”, mas também do que ocorre nas “entrelinhas” dos dispositivos, visto que os dispositivos não existem independentemente dentro do sistema. Nenhuma disposição legal deve ser compreendida de forma solta e independente das demais disposições, visto que é da essência sistêmica o fato de um determinado dispositivo ser não apenas fundamentado em outros dispositivos, mas também atuar como complementar dos demais. Esta implicação sistêmica dos dispositivos jurídicos dentro do sistema leva a uma compreensão no sentido de que o mandamento de um dispositivo encontra base noutro dispositivo, e nenhum deles existe senão dentro deste espírito de organização que é uma propriedade no Direito. Por sua vez, e diante desta realidade fenomênica que é essencial ao Direito, a metalinguagem jurídica ao desenvolver o seu papel haverá de buscar os significados linguísticos também dentro deste arcabouço que a mensagem jurídica haverá de apresentar.

No desenvolvimento da sua função em compreender a mensagem jurídica a semântica encontra o seu lugar reservado nos estudos jurídicos, ao que podemos doravante reconhecer como sendo a existência de uma “semântica jurídica”. A semântica jurídica, pelos resultados que apresenta, desempenha um papel providencial na explicação que acontece no âmbito da positividade jurídica. Para se ter uma noção disto basta focalizar como exemplo a ideia de “validade” no Direito. Pelo que se percebe no âmbito jurídico o sentido trazido pelo vocábulo “validade” tem suas providências na organização jurídica. A primeira consequência que se extrai de uma semântica jurídica aplicada a isto é o fato de que “validade jurídica” não é o

mesmo que validade num sentido comum ou vulgar, o que se denota pelas peculiaridades que devem acompanhar a ideia de validade como um instituto de alcance sistêmico no Direito. A validade num sentido geral vale para qualquer coisa, mas a validade no sentido jurídico, enquanto um conceito jurídico, deve ser compreendida na *dimensão* do sistema jurídico, donde deve ser extraída a sua significação aplicativa, uma significação voltada para a constitutividade de uma norma como norma jurídica do Direito Positivo. Para isto comparece uma estrutura profunda na sua compreensão, desde a sua significação indicando o fato de que uma norma jurídica “vale” porque é vigente - e daí o seu papel vinculativo das condutas -, mas também porque tem como base um fundamento de validade, ou seja, porque se fundamenta numa norma superior que lhe dá sustentação dentro do sistema (Kelsen).

Esta explicação apresentando diretrizes diferenciadas de significação somente pode ser compreendida nas estruturas profundas, e mediante uma verificação que a metalinguagem jurídica providencia e extrai da linguagem jurídica, esta última consubstanciada e expressa no sistema (ordenamento jurídico positivo). E estas estruturas profundas deixam perceber estas significações como podemos verificar, por exemplo, na maneira como Hans Kelsen teoriza a organização sistêmica, tanto pela disposição de um ponto jurídico-positivo (relação lógica entre normas positivas), como também pela disposição de um ponto lógico-jurídico, este último que culmina na ideia de Norma Fundamental (*Grundnorm*). No primeiro caso a semântica jurídica forceja a compreensão da validade jurídica pelo que podemos admitir como a existência de norma posta, enquanto que no segundo caso também a semântica jurídica forceja a compreensão da validade jurídica pelo que podemos admitir como a existência de uma norma pressuposta. Em ambos os casos a metalinguagem jurídica vai apresentar a ideia de validade. Num caso a validade é apresentada de forma a fazer parte expressamente do sistema posto - Direito Positivo - pela norma posta, enquanto que no segundo caso a validade é compreendida pela função lógica que é trazida através da norma pressuposta. Ao providenciar isto que envolve a explicação da validade jurídica, a metalinguagem jurídica presta uma desenvoltura de função epistemológica no sentido de distinguir uma norma que é jurídica de uma norma que não é jurídica, ou mesmo de uma norma qualquer (comum). É que a sua disposição como linguagem explicativa do Direito, enquanto ciência, busca caracterizar o que é jurídico apartando-o do que não é jurídico. Por isso sempre que quando se fala no fundamento de validade jurídica, a prática linguística providencia um fundamento gnosiológico, com vistas a uma “proposta significativa de

metalinguagem e não a um processo de produção normativa”²⁸⁹. A sua atuação discursiva é descritiva-explicativa para a compreensão disto.

5.6.1.2 A Sintaxe

A trilogia que compõe a metalinguagem jurídica, e que acima fizemos referência, se completa com a Sintaxe. Assim, ao se cuidar da metalinguagem jurídica, com vistas a uma tratativa científica no Direito, não se descuida também com relação ao que é pertinente à Sintaxe da linguagem. Pode-se dizer que a Sintaxe, diferentemente da semântica cujo pendore é de caráter *substancial*, preocupa-se com a *forma* na elaboração da linguagem, providenciando não só a relação das palavras numa frase, mas também uma resultante onde as inter-relações delas culminam por determinar o significado de uma *unidade* como um todo. É que a Sintaxe estuda as palavras não em si, como podemos considerá-las substancial e individualmente, mas “com relação às outras que com ela se unem para exprimir o pensamento”²⁹⁰. No seu papel a sintaxe é basicamente estrutural, onde os elementos da estrutura não permanecem como um fim em si mesmo com os termos e as palavras no seu isolamento, e com redução nos parágrafos. Dessarte, não se isola as palavras e os enunciados na sua significação particular para daí se concluir o significado do todo, mas diferentemente o que se providencia é compreendê-los como componentes do todo. Isto é de uma função providencial numa visão sistêmica, principalmente se pretendermos a aplicação disto no sistema jurídico como é a nossa preocupação.

Pela Sintaxe a linguagem canaliza a mensagem jurídica como é de se assistir acontecer nos meandros da metalinguagem jurídica. Com isto o que ela faz é reunir os diferentes matizes da atividade hermenêutica possibilitando mergulhar nas profundezas do texto jurídico com vistas a extrair a substanciação plena da mensagem jurídica. Assim, é possível afirmar que na metalinguagem jurídica a sintaxe culmina por estabelecer, pelo seu caráter lógico associativo, um liame (vínculo) ou uma composição envolvendo tanto a gramática como a própria semântica. Pelo seu papel formal, tanto a gramática como a semântica, a ela estarão ligadas. Enquanto a gramática tem o papel de uma reunião ou exposição metódica dos fatos

²⁸⁹ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e Sua Linguagem**. Op. cit, p. 52.

²⁹⁰ ALMEIDA, Napoleão Mendes de. **Gramática Metódica da Língua Portuguesa**. Op. cit, p. 20.

de uma língua, a sintaxe, no contexto da gramática, exerce o papel de uma vinculação lógica. Daí porque no seu papel geral da linguagem a sua atuação analítica tende a descobrir numa oração a função da palavra em relação com outros termos, juntamente com os pontos lógicos essenciais como sujeito, predicado, objeto, complemento etc., apresentando-os com as funções sintáticas que desempenham.

Na sua atuação pela sintaxe a metalinguagem jurídica também deve cuidar disso com vistas a uma exposição daqueles elementos que fazem parte do discurso jurídico, o que é possível se perceber através dos enunciados da norma jurídica. É que a norma ao providenciar enunciados, ela providencia também expor comportamentos (condutas), aos quais ela dá um sentido objetivo através da edição do seu caráter normativo (função lógica deôntica). Então, a metalinguagem jurídica no seu papel analítico, enquanto linguagem descritiva do Direito, não pode descuidar desta realidade que faz parte da linguagem jurídica (ordenamento jurídico). Assim, embora possamos reconhecer que a metalinguagem jurídica no seu papel analítico, haverá de tratar com orações de sentido imperativo como aquelas que brotam dos enunciados normativos - não se podendo excluir também deste arcabouço as orações declarativas -, a exposição dos ditos elementos no seu alcance lógico deverão ser considerados. Considere-se, por exemplo, o enunciado “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais...” (art. 215, parágrafo único da Constituição Federal de 1998), onde se percebe a presença dos citados elementos e que a metalinguagem jurídica levará em consideração para uma adequada interpretação sintática envolvendo os termos (essenciais) daquela oração (sujeito: “O Estado”; predicado verbal: “garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais”).

5.7 METALINGUAGEM JURÍDICA, SISTEMA E RETÓRICA. RETÓRICA JURÍDICA E COMUNICAÇÃO JURÍDICA

A retórica na linguagem em geral é algo que constitui temática indispensável. Já no passado longínquo Santo Agostinho (354 - 430 d.C) reconheceu o seu papel proficiente no convívio com os “demolidores”²⁹¹. Isto acontece também quando nossa atenção é voltada em especial para a linguagem jurídica. Tanto na linguagem geral como na linguagem jurídica ela comparece como algo providencial no processo de convencimento. Mas devemos considerar como isto deve acontecer pela sua forma mais apropriada no Direito. Para isto há que se cuidar da relação que deve existir entre a retórica a ser desenvolvida no âmbito jurídico, com o que se compreende como positivismo jurídico. Este deve ser um ponto de partida ao qual recomendamos uma especial verificação, para uma consideração disto naquilo que envolve a metalinguagem jurídica. É que esta última, porque deve comparecer como a forma de linguagem para uma satisfação com suficiência num projeto de ciência jurídica, não deve ela descuidar dos aspectos conceituais ali exarados quando da construção da sua linguagem.

Numa compreensão da linguagem comprometida com a ciência jurídica, e por sua vez atinando para o papel da retórica em tratar com as coisas verídicas, é oportuno rememorar que Platão (427 - 347 a.C.) se opôs aos sofistas com suas práticas retóricas, por entendê-los com uma fala persuasiva acima da verdade. Neste caso é o mesmo que se encontrar uma falta na linguagem que é produzida. Por sua vez Aristóteles (384 - 322 a.C) não rejeitou a retórica, chegando mesmo a desenvolver e escrever um trabalho denominado *Retórica*, onde o estagirita procura desvendar “os meios de persuasão”²⁹² envolvendo os vários tipos de discurso (judicial-legal ou forense, deliberativo, demonstrativo, louvor ou censura). Neste seu trabalho é possível reconhecer uma linguagem retórica, e ele define a Retórica como uma faculdade em se observar nos casos considerados o que é próprio para se persuadir ou convencer. Para isto adjunta três tipos de argumentos no exercício do convencimento, os quais devemos admitir como balizas para uma linguagem. Estas balizas comparecem como elementos na produção discursiva e envolvem o *logos* (argumentos lógicos em defesa da tese), o *pathos* (emoções lançadas ao público), e o *ethos* (autoridade ou credibilidade do autor ou escritor)²⁹³.

²⁹¹ SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. 3. ed. Trad. de J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 43.

²⁹² ARISTÓTELES. **Retórica**. Op. cit., p. 39.

²⁹³ *Ibidem*, p. 45 - 46.

A linguagem, pois, ao ser desenvolvida como metalinguagem jurídica, vai contar como componentes essenciais aqueles elementos da produção discursiva, com destaque principalmente o *logos* e o *ethos*. Isto tanto de um ponto de vista teórico como de um ponto de vista aplicativo prático. Ao se observar o requisito do *logos*, cuida-se da razão naquilo que envolve o desenvolvimento do raciocínio lógico com a utilização dos métodos indutivo e dedutivo; ao se observar o requisito do *pathos* a linguagem vai tratar, não de maneirismos emotivos, mas de formas ou recursos para um convencimento; e ao se observar o requisito do *ethos* a linguagem vai resultar em crédito e em autoridade que ela possa retratar como mensagem jurídica. Registre-se que ao destacarmos o *logos* e o *ethos*, sem grande significação ao *pathos*, isto se presta ao fato de que estamos com a metalinguagem jurídica em vias de uma prática científica no Direito, onde o aspecto emotivo não pode ter tanta importância ou significação, salvo para uma meta específica em se convencer de uma descrição da verdade. É que a ciência no seu rigorismo explicativo não pode descuidar deste ponto, deixando de lado qualquer inquietação com as preferências de alcance emotivo, sentimental, preferencial, ou qualquer outra natureza comportamental que venha colocar em dúvida a sua atuação cognitiva. Neste contexto a linguagem a ser desenvolvida vai estar também comprometida neste sentido, evitando-se qualquer mecanismo na sua mensagem que possa inviabilizar este propósito. Com este desiderato é fundamental registrar que toda linguagem jurídica, na condição de metalinguagem, não poderá desconsiderar uma precisão interpretativa cujo nascedouro tenha como fonte o sistema jurídico posto, tanto no que se refere à produção jurídica como também no que se refere à aplicação jurídica.

É providencial advertir oportunamente que com um cuidado relacionado ao sistema jurídico posto, o que se providencia é não confundir a linguagem filosófica do Direito com a linguagem científica do Direito, visto que as modulações observáveis num e noutro caso não se confundem. Isto por variação cognitiva tanto de objeto como de metodologia, visto que os critérios no conhecimento jurídico filosófico e no conhecimento jurídico científico são diferenciados.

Com uma observância aos pontos acima descritos envolvendo os elementos discursivos da retórica em geral - *logos*, *ethos* e *pathos* -, juntamente com o que constitui o sistema jurídico posto e onde a forja de ambos haverá de atuar com uma linguagem peculiar - metalinguagem jurídica -, culmina-se numa atuação onde a mensagem jurídica chega ao seu finalismo através da retórica jurídica. Assim, da retórica geral temos a possibilidade da retórica jurídica. Conforme estamos considerando a retórica jurídica, não tem ela como papel fundamental apenas o convencimento, dominado este pela ideia reducionista do

convencimento pelo convencimento sem qualquer outra teleologia - uma conduta que lamentavelmente muitos desejam utilizar na prática -, mas a ideia de um convencimento pela verdade jurídica, uma realidade que assim se equaciona por causa do seu comprometimento científico. Este deve ser o seu finalismo. Se assim não for estaremos diante de uma utilização *sofismática* apenas, sem compromisso com a verdade - no caso verdade jurídica -, coisa que Platão já combatera com bases fundamentais no passado longínquo. Aliás, este também é o sentido basilar do pensamento aristotélico, visto que, segundo Aristóteles, “a persuasão é obtida através do próprio discurso quando demonstramos a verdade”²⁹⁴. E a verdade para este filósofo é uma adequação entre o intelecto e a coisa, ou seja, uma adequação ou mesmo uma coerência entre o que se diz e a coisa ou o ocorrido. Por isso não escapou também à sua percepção o fato de que o autor ou orador de um discurso judicial-legal ou forense deve, antes de tudo, entender a legislação, na medida em que o bem-estar de um Estado depende das suas leis²⁹⁵. Assim, o discurso jurídico para ser um discurso verdadeiro não pode com sua retórica deixar de lado o que constitui a verdade jurídica de um determinado Estado. E a melhor forma de compreender a verdade jurídica é ir ao que constitui o Direito posto (Direito Positivo) interpretando-o.

A aplicação da retórica jurídica no âmbito do Direito positivo sugere que não se pode deixar de observar o Direito posto. Então, sob o pálio da verdade a retórica jurídica presta um serviço à ciência jurídica, em função da qual aquela existe e que deve comparecer sempre nas operações jurídicas, tanto na órbita da cognição teórica sobre o fenômeno jurídico enquanto Direito posto, como também na órbita da sua aplicabilidade - pelos particulares na seara das relações jurídicas privadas e pelos órgãos oficiais encarregados da sua observância. A melhor forma de se concretizar um projeto desta envergadura é estabelecer para a retórica jurídica, enquanto uma utilização da metalinguagem jurídica, um comprometimento onde tanto uma palavra como uma frase por ela produzida não tem significado fora de um contexto. Ao cuidarmos disto podemos reconhecer, como faz Roland Barthes, que na dimensão do discurso este comparece como uma linguagem-objeto, enquanto a retórica comparece como uma metalinguagem da sua apreciação, e pelos critérios dela retórica. Com isto a retórica jurídica vai estar ligada a uma peculiar forma de organização discursiva, levando-se em consideração as condições da produção discursiva “a partir dos atos da linguagem”²⁹⁶, e neste caso a

²⁹⁴ ARISTÓTELES. **Retórica**. Op. cit., p. 46.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 59.

²⁹⁶ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e Sua Linguagem**. Op. cit., p. 85.

retórica jurídica enquanto retórica, contribui para um trabalho investigativo e analítico sobre o próprio discurso jurídico, e com uma finalidade sobre o que possa constituir a produção argumentativa no patamar do próprio exercício linguístico prático. Nisto é pertinente uma vinculação dos processos da comunicação jurídica que serão levados a efeito pelo jurista. Assim, tanto as palavras como as frases utilizadas pela retórica, devem elas ser examinadas e consideradas dentro e de conformidade com a estrutura do sistema jurídico, ou seja, de onde o discurso se origina. Com isto a retórica jurídica vai estar de acordo com uma dimensão linguística em que o discurso vai ser analisado pelo seu caráter coeso na sua comunicação total, além da sua coerência como um discurso significativo para uma significação jurídica. Com esta cautela o que se providencia, além de desenvolver todo o discurso e não apenas uma frase isolada, é também identificar todos os elementos composicionais que nele operam, e ainda observar a dinâmica textual para a sua coesão, o que fatalmente resultará em unidade no processo da comunicação jurídica. E esta comunicação jurídica que é vinculada por lealdade ao sistema jurídico, providencia juntamente com a organização jurídica e a atuação profissional dos juristas, também o papel de definir o código jurídico direito/não direito²⁹⁷, e no sentido de separar e tornar lúcido o que é Direito e o que não é Direito. Com uma providência assim a atuação discursiva que emana da complexidade do sistema (jurídico) e que é mantida pela estrutura deste último, acontece mediante uma seleção prévia a ser assumida com relação ao meio ambiente, e onde as questões jurídicas constituem a chave na relação entre o sistema (jurídico) e o ambiente²⁹⁸.

Lembrar a retórica jurídica na dimensão da linguística, onde se torna possível a unidade no processo da comunicação jurídica, isto tem a ver com uma existência muito próxima entre a retórica e a prática forense. Como consideramos anteriormente, a retórica surge de forma eventual por uma origem forense (cerca de 485 a.C. em Siracusa), em razão de inúmeros processos envolvendo direito de propriedade, cujo direito não era significativamente claro, tornando-se necessário a mobilização de grandes júris populares, e daí o exercício da “eloquência” (Roland Barthes). Assim, retórica e comunicação jurídica, pela própria origem da primeira, tornam-se ligadas umbilicalmente. Mas nesta prática onde se concretiza a comunicação jurídica torna-se fundamental identificar, como característica desta comunicação, se o que deve prevalecer é um caráter subjetivo, ou um caráter objetivo da comunicação. Considerar isto envolve na comunicação tanto o aspecto da linguagem a ser

²⁹⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. op. cit, p. 83.

²⁹⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. op. cit, p. 168.

desenvolvida, como também a própria lealdade jurídica como engajamento no Direito. Por um caráter subjetivo é o mesmo que admitir a possibilidade do autor do discurso em manifestar *nuanças* pessoais, independentemente de uma observância a critérios técnicos. Diferentemente, por um caráter objetivo o que se verifica é uma observância a estes critérios.

A comunicação jurídica, diversamente do que muitos possam supor por causa da eloquência no discurso - ligada a uma modulação de ordem pessoal -, busca uma observância do caráter objetivo e não subjetivo. Para ser uma comunicação jurídica ela deve ser de caráter objetivo. E não poderia ser diferente, visto que a sua prática haverá de cumprir balizas previamente estabelecidas de maneira objetiva, tanto no que se refere à linguagem utilizada (que a própria retórica haverá de cuidar), como também com relação aos padrões jurídicos também previamente existentes. Quanto à linguagem no seu caráter objetivo denota-se o seu indispensável papel na comunicação jurídica providenciando com isto o papel da autopoiesis com uma estabilidade de sentido na comunicação, e daí afastando as falhas e os perigos do desentendimento entre a mensagem jurídica e o destinatário do Direito. Por isso a retórica estará ligada a uma linguagem peculiar, reconhecidamente uma linguagem técnica, com suas expressões, denominações e termos próprios. Assim, se o discurso jurídico utiliza na linguagem usual a expressão “parte”, isto não significa a “parte do todo”, como comumente se faz na linguagem coloquial, mas alguém que litiga em juízo. Também a retórica vai estar ligada em manifestar a verdade jurídica que brota do ordenamento jurídico, não podendo inventar Direito que não é Direito, e tampouco deixar de considerar na sua mensagem um Direito que é Direito. Inobservar estes critérios implica na retórica jurídica uma contrariedade lógica com aquilo para o que ela existe na sua finalidade plena, ou seja, um instrumental salutar da aplicação jurídica. E afastar esta contrariedade lógica é o mesmo que reconhecer o desempenho da sua demonstração pela relação que se verifica entre retórica e lógica formal, esta última dotando a primeira com um recurso persuasivo e convincente porque parte de premissas prévias que fundamentam a verdade (jurídica) afirmada²⁹⁹. Se assim não for a retórica jurídica poderá ser confundida com um instrumento de dominação apenas, não passando além de uma técnica de domínio pela linguagem, como pode acontecer em qualquer dimensão risível ou comum das atividades humanas em geral, ou ainda com uma arte demagógica apenas. Isto seria não só descuidar com a ontologia jurídica, mas também propiciar uma prática que não tem nada a ver com um comprometimento de caráter científico para o Direito.

²⁹⁹ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica - Nova Retórica*. op. cit, p. 142.

É exatamente na dimensão de um caráter objetivo em que devemos situar a retórica jurídica no processo da comunicação jurídica. E esta se presta ao fato de buscarmos o seu asseguramento enquanto retórica, podendo creditar-lhe um papel em apresentar evidências, diferentemente do que asseguram os seus detratores a partir do Século XVI tentando aplicar-lhe um descrédito em função da necessidade de evidências em três direções, e que envolvem uma evidência pessoal, uma evidência racional, e uma evidência sensível (empirismo)³⁰⁰. Mas, de nossa parte o que queremos é reconhecê-la com uma atuação teórica por um ritual com vistas a uma objetividade concretista da verdade jurídica, ao mesmo tempo em que possa propiciar um controle lógico dos enunciados produzidos no discurso, e onde possamos reconhecer uma tendência da persuasão em ceder espaço à demonstração. Assim, a retórica jurídica na sua missão em produzir comunicação jurídica, vai estar jungida à função de apresentar uma verdade jurídica demonstrando-a, e não a uma inverdade jurídica. Com isto a retórica jurídica existe sob o postulado básico em apresentar a verdade jurídica, e mediante uma convicção com esta natureza na qual ela apresenta não só um compromisso teórico no âmbito cognitivo, mas também um compromisso em vincular a atuação dos agentes jurídicos. Neste último caso (atuação dos agentes), quando de uma atuação formal por exemplo, o que ela propicia é o afastamento de situações agônicas e ansiosas que possam experimentar tanto os órgãos da justiça como também as partes num processo, ausentando-se a animosidade diante da força dos argumentos e dos fundamentos jurídicos apresentados na discussão de um processo. Com isto sedimenta-se a verdade jurídica neutralizando-se as lucubrações sofisticadas e demagógicas, afastando-se com uma providência assim a má utilização da retórica.

Observar estes aspectos acima descritos é fundamental em dois pontos básicos. O primeiro deles é no sentido de cuidar para que o discurso jurídico não venha a cair no descrédito. O segundo deles, e que é fulminante no mundo jurídico, é cuidar para que a persuasão desenvolvida no discurso não resulte em insegurança jurídica, num prejuízo desastroso para um dos princípios basilares no Direito que é o princípio da segurança jurídica, o que deve ser preservado sempre como uma viga básica de sustentação do sistema jurídico. É que a vida jurídica deve depender do Direito e não de discursos oportunistas, moldados por conveniências gratuitas ou circunstâncias meramente optativas e de idiosincrasias das escolhas ou preferências pessoais. Frise-se que o Direito não se dobra à eloquência, mas é a eloquência que deve dobrar-se ao Direito servindo-lhe de companheira serviçal. Assim, é a eloquência que anuncia o Direito, e não o Direito que anuncia a eloquência. A eloquência,

³⁰⁰ BARTHES, Roland. **La Antigua Retorica**. 1. ed. Trad. de Beatriz Dorriots. Barcelona, Espanha: Ediciones Buenos Aires, S.A., 1982, p. 36.

então, vai estar a serviço do Direito, e não o contrário. Isto é compreensível pela prática retórica desenvolvida já entre os gregos na antiguidade clássica, diante do que é possível separar neles a vida pública (ou política) de um lado, e a vida privada (ou doméstica) de outro. A vida pública ou política vai se caracterizar entre eles por uma vida que se desenvolve em função da cidade (a pólis). Já a vida privada é aquela que se desenvolve na vida doméstica com a família, os escravos, os bens, os animais domésticos, e onde se solucionam as necessidades básicas como alimentação e reprodução. A vida na pólis iguala os homens numa vida de forma livre, mas os compromissos eram intensos como relata Fustel de Coulanges³⁰¹, e onde entre as mais significativas tarefas compreendia-se a solução dos litígios nos tribunais mediante a aplicação das leis. O Direito seria, então, entre os gregos, objeto de aplicação nos discursos da vida pública com uma observância às leis, e que eram objeto de fiscalização pelos Éforos (espécie de magistratura onde podemos encontrar as raízes e a etiologia do moderno Ministério Público), quando de sua aplicação. Por isso podemos dizer que já entre os gregos, retórica e Direito se implicam mutuamente, ambos fazendo parte da vida pública.

5.7.1 Retórica Jurídica e Semiologia Jurídica

Ao considerarmos (também) a retórica como um estudo da organização discursiva envolvendo atos de linguagem na dimensão da prática linguística, isto vai implicar, segundo Warat, numa retórica fazendo parte da linguística dos discursos sob um alcance semiológico, contribuindo para afastar uma separação entre o sistema da língua e a fala de um sujeito, por ser a linguagem uma atividade, e também por concentrar regras quanto à sua produção. Ademais disso, ela (retórica) postula ainda *convenções* para normatizar o uso prático da língua pelos sujeitos que exercem a fala, indo além de uma mera lei interna da sua articulação sistemática³⁰². Por isso, a implicação semiológica culmina por se envolver com dois pontos fundamentais. O primeiro deles é reconhecer na linguística a atividade desenvolvida pelo sujeito, que é a própria fala; o segundo é reconhecer na linguística a existência de convenções para normatizar o uso da língua nesta fala, envolvendo a sua própria organização sistêmica. Esta é uma compreensão de aplicação geral. Na dimensão jurídica, em especificidade, devemos reconhecer que esta aplicabilidade no cuidado com a linguagem vai envolver o

³⁰¹ COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. op. cit, p. 408 - 410.

³⁰² WARAT, Luis Alberto. **O Direito e Sua Linguagem**. op. cit, p. 85-86.

jurista como sujeito da fala, este que vai estar envolto com as possíveis convenções que aí podemos reconhecer. Daí a ideia de retórica jurídica por uma peculiar semiologia, ou seja, uma semiologia jurídica.

A semiótica na sua acepção geral cuida, enquanto ciência (semiologia), em compreender teoricamente não só os modos de produção, mas também o funcionamento e a própria estrutura dos sistemas de signos (sinais) na comunicação, que pode acontecer tanto entre os indivíduos como numa coletividade em geral. Neste diapasão, a semiologia tem a grande responsabilidade em tratar com a abrangência dos sinais em geral no seio da vida social. Por isso, e como considerou Ferdinand de Saussure (1857 - 1913), podemos então tratar com a possibilidade de “conceber *uma ciência que estuda a vida dos signos no seio da vida social*”, uma ciência que fora denominada por ele de Semiologia (do grego *semeion*, “signo”) e cujo propósito básico seria desvendar no que consistem os signos, juntamente com as leis que os governam³⁰³. Há, pois, um comprometimento da Semiologia com os signos, competindo-lhe por isso “averiguar se os modos de expressão que se baseiam em signos inteiramente naturais - como a pantomima - lhe pertencem de direito”, e daí acolhê-los ou não para o seu principal objetivo que é estabelecer um conjunto sistêmico baseado na “arbitrariedade do signo”³⁰⁴. Sob este aspecto a Semiologia vai estar envolvida com o influxo dos signos na linguagem que faz parte da retórica. Pode-se mesmo afirmar que se trata nisto de uma linguagem refletida de um sistema de signos. Como comenta de forma oportuna Hjelmslev, “o fato de que uma linguagem é um sistema de signos parece ser uma proposição evidente e fundamental de que a teoria deve levar em consideração desde o início”³⁰⁵. Com esta implicação dos signos na linguagem haverão de exercer eles uma função, ou seja, eles funcionam para designar ou significar algo. Assim, um signo constitui algo “portador de uma significação”³⁰⁶. Ao envolverem um signo, e no contraponto entre o significado e o significante, se este último acontece como condicionante do (e para o) primeiro, proporcionando-lhe as condições afirmativas, pode-se afirmar um signo como um significado codificado³⁰⁷. Os signos, então, comparecem no discurso como códigos.

³⁰³ SUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. 28 ed. Trad. de Antonio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2012, p. 47.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 108.

³⁰⁵ HJELMSLEV, Louis Trolle. **Prolegômenos a uma Teoria da Linguagem**. 3. ed. Trad. de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 194 - 195.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 195.

³⁰⁷ NAVARRO, Francisco González. **Lo Fático y Lo Sínico - Uma Introducción a la Semiótica Jurídica**. 1. ed. Navarra, Espanha: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1995, p. 337.

Ao referirmos ao signo na linguagem como algo portador de uma significação isto identifica a sua função que deve ser desempenhada na linguagem, e em se tratando o problema na seara jurídica a sua implicação neste caso abrange a linguagem que é incumbida de retratar o Direito enquanto algo ontológico. A pacificação quanto ao entendimento deste problema devemos encontrá-la na conformidade com o que se sedimenta no sistema jurídico. É que a linguagem jurídica, por uma visão de semiótica jurídica, não pode ser descartada desta vinculação. Dessarte, linguagem jurídica e sistema jurídico mais uma vez comparecem como duas realidades que caminham por uma única via, e onde a linguagem jurídica haverá de traduzir sempre o sistema jurídico naquilo que representa a roupagem deste último, não havendo possibilidade de concessão fora disto. Assim, a linguagem deve acontecer de forma a se introduzir no espírito do sistema, onde os signos por ela refletidos fazem a diferença, ao mesmo tempo em que não se alijam dele sistema. Na providência disto “as palavras devem inserir-se no sistema que intentam expressar, essa ‘aura do sistema’ que é consubstancial ao Direito como um todo, sem o qual sua simples compreensão seria impossível”³⁰⁸. Neste contexto os signos se anunciam através das palavras, ou seja, da linguagem.

Assim, pois, a linguagem jurídica com suas palavras e os signos trazidos devem se equacionar, e com isto retratar o sistema jurídico, e não o contrário. Neste caso, linguagem, palavras e signos se fundem num processo em que um identifica o outro. Ademais, ao considerarmos a linguagem jurídica como um sistema de signos isto envolve a palavra com sua significação no contexto do sistema. As palavras como representação dos signos podem ser analisadas por partes portadoras de significação, envolvendo radicais, sufixos de derivação (palavras derivadas), bem como as desinências que apontam as flexões³⁰⁹. Mas em concomitância a isto sobressai o que devemos reconhecer, na sua significação, aquilo que forceja e determina o fenômeno da contextualização. Como comenta Hjelmslev, no mundo das palavras e da linguagem “nenhuma das grandezas mínimas, nem mesmo o radical, tem existência ‘independente’ tal que se lhe possa atribuir significações lexicais”, afastando-se com isto outras significações que não as contextuais. Por isso todo signo “se define de modo relativo e não absoluto, isto é, unicamente pelo lugar que ocupa no contexto”, sendo que ele nasce de um contexto quer seja um “contexto de situação”, ou um “contexto explícito”³¹⁰. No caso, o contexto que se releva é o próprio Sistema Jurídico.

³⁰⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Lengua de los Derechos - La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa**. 2. ed. Madrid, Espanha: Civitas Ediciones, S.L., 2001, p. 39.

³⁰⁹ HJELMSLEV, Louis Trolle. **Prolegômenos a uma Teoria da Linguagem**. op. cit, p. 195.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 195 - 196.

5.8 SEMIOLOGIA JURÍDICA, CONCEITO JURÍDICO E DEFINIÇÃO JURÍDICA

É oportuno considerar ainda que tratar com os signos estes podem ter uma relação direta com os conceitos, mesmo que isto envolva em especificidade uma relação entre signo jurídico e conceito jurídico. E eles podem comparecer como condicionantes dos conceitos no interior do sistema jurídico, mas podem também receber influência destes. Há nisto uma interação entre ambos. Por um conceito temos uma noção, uma ideia. Um conceito objetivo (termo mental), segundo Goffredo Telles Júnior, é um “objeto intelectual simples”³¹¹, e de conformidade com Van Acker ele é um “objeto intelectual conhecido simplesmente, quer dizer: sem afirmação ou negação”³¹². Conforme Jacques Maritain o conceito (ou ideia) envolve tanto uma ação *imane*nte como uma ação *produtiva*, constituindo ambas uma só coisa, ou seja, ele acontece como um “ato imanente de intelecção que em si mesmo é *virtualmente* produtivo”, e por isso ele é compreendido como aquilo “que o espírito produz ou exprime em si mesmo”, ao mesmo tempo em que apreende uma coisa com a condição de admiti-la em nos mesmos³¹³. E na feliz e oportuna definição do filósofo francês C. Lahr, o conceito é uma “simples representação intelectual dum objeto”³¹⁴. E esta representação (conceito), segundo ele, será concomitantemente *adequada* e *distinta*. Será adequada ao exaurir toda “a cognoscibilidade do seu objeto”, e será *distinta* na medida em que os seus elementos composicionais sejam “nitidamente conhecidos e discernidos pelo espírito”³¹⁵.

A partir das características acima descritas, e de uma forma geral, podemos conduzir o conceito para uma existência numa dimensão de objetividade. Neste sentido devemos reconhecer nele dois caracteres maiores que se sobressaem. O primeiro é reconhecer nele uma *extensão*; o segundo é reconhecer nele uma *compreensão*. A extensão acontece quando ele abrange um conjunto de seres ou entes que procura representar, enquanto que a compreensão acontece quando ele abrange as qualidades que estes seres possuem ou apresentam³¹⁶. O conceito comparece, então, como uma noção ou uma ideia sobre algo do mundo fenomênico

³¹¹ TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Tratado da Consequência**. op. cit, p. 98 - 99.

³¹² ACKER, L. Van. **Introdução à Filosofia - Lógica**. 1. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1932, p. 76.

³¹³ MARITAIN, Jacques. **A Ordem dos Conceitos - Lógica Menor**. 9. ed. Trad. de Ilza das Neves. Rio de Janeiro: Agir, 1980, p. 41.

³¹⁴ LAHR, C. **Manual de Filosofia**. 3. ed. Trad. de G. P. Porto: Livraria Apostolado da Imprensa, 1945, p. 312.

³¹⁵ *Ibidem*.

³¹⁶ LEFEBVRE, Henri. **Lógica Formal - Lógica Dialética**. 1. ed. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1975, p. 139.

(algo concebido pelo espírito), a ponto de constituir um objeto intelectual passível de compreensão cognitiva. Assim, se vejo, por exemplo, um objeto “cadeira”, identifico este objeto como cadeira pelo fato de que ele é portador de quatro pernas, um encosto, um assento, e dois apoios para os braços. Não há para a compreensão disto a necessidade de um discurso afirmativo ou negativo, onde a ilação produzida é automática. E a ilação neste caso, que é automática, é o conceito “cadeira”. Então, para falar das coisas do mundo usamos os conceitos, o que implica no uso da linguagem para referi-los³¹⁷.

Mas os conceitos na sua generalidade, pela sua índole *presentativa*, devem ser compreendidos sob duas naturezas básicas. Por um lado temos os conceitos *concretos*; de outro temos os conceitos *abstratos*. O primeiro deles está relacionado a uma experiência concreta; o segundo deles está relacionado a uma experiência abstrata, produto de um caldeamento que se afirma a partir de determinado momento na construção do intelecto. Ambos se equacionam com a inteligência na solução dos problemas em geral. Enquanto os seres irracionais se utilizam apenas dos conceitos concretos, os racionais (humanos) por seu turno tratam tanto com os conceitos concretos como com os conceitos abstratos. Neste último caso o que se percebe é uma participação fundamental e destacada de elementos abstratos como *símbolos* e *cálculos* na solução dos problemas³¹⁸. E uma particularidade nos conceitos abstratos é o fato de se abstraírem do concretismo onde passam a se afirmar e existir como entes próprios, com significação própria e suficiente. No caso específico dos institutos jurídicos, as ideias jurídicas e os conceitos jurídicos, no contexto do sistema jurídico, estão nesta última categoria. Neste caso podemos dizê-los como algo abstrato, ou como na definição de Van Acker, um conceito que acontece como objeto intelectual abstrato do individual sensível, independentemente de elementos individuais sensíveis³¹⁹, e por isso subsistindo por si mesmo. Com isto o seu alcance, tanto singular como coletivo, assume uma função lógica de caráter universal que se comunica entre objetos³²⁰. Assim, o conceito de “pessoa jurídica”, por exemplo, não se vincula mais a um concretismo. É que, sempre que falamos em “pessoa jurídica” temos a noção imediata do que isto deve significar no discurso jurídico, tornando-se desnecessário qualquer juízo afirmativo ou negativo para a sua compreensão com os efeitos jurídicos que ela produz. É o que acontece também com outros conceitos jurídicos como no caso de “direito público”, “direito privado”, “personalidade

³¹⁷ BULYGIN, Eugenio. **Uma Discussão Sobre a Teoria do Direito**. op. cit, p. 112.

³¹⁸ TELES, Antônio Xavier. **Introdução ao Estudo de Filosofia**, op. cit, p. 90 - 91.

³¹⁹ ACKER, L. Van. **Introdução à Filosofia - Lógica**. op. cit, p. 76.

³²⁰ *Ibidem*, p. 216 - 219.

jurídica”, relação jurídica”, etc, os quais emergem do sistema jurídico como conceitos já suficientes. Na medida em que um conceito (jurídico) implica na natureza do objeto com suas propriedades definidoras, isto é o que acontece também com o Direito³²¹. No caso, se quisermos falar de uma experiência em torno da natureza jurídica e que anuncie tais conceitos, esta experiência é aquela imposta pelo sistema jurídico, donde emana para o Direito em generalidade toda a sua carga conceitual. Frise-se que com esta natureza conceitual envolvendo hipóteses e possibilidades mais variadas, defrontamo-nos em sede de uma visão estrutural, com a autonomização do Direito pela assunção de representações mais abstratas, ao invés de uma mera subsunção a noções concretas³²². Com esta construção conceitual abstrata providencia-se também uma necessária teoria abstrata para explicar o fenômeno jurídico na dimensão de um positivismo sistêmico, uma teoria necessária com um desenvolvimento para abranger não só os problemas na sua generalidade, mas também assegurar o controle dos seus elementos com a variabilidade que possam apresentar³²³.

Ao relacionarmos os signos e os conceitos com uma lógica do que estes últimos desempenham no discurso (objeto intelectual conhecido simplesmente, sem afirmação ou negação), não podemos deixar de lado o papel desempenhado pelos conceitos como modulação sobre os signos em geral. Podemos dizer que os conceitos modulam os signos, os quais vão designar ou significar algo pelo simbolismo que representam na linguagem. Esta modulação haverá de abranger e compreender também os “não-signos” ou “figuras”, componentes estes que são responsáveis por “formar novos arranjos” na elaboração de novos signos³²⁴, no sistema de signos que compõe a linguagem. Esta modulação serve também para os conceitos jurídicos no âmbito do discurso jurídico. Assim, o signo jurídico que encontramos no sistema jurídico, tem como condicionante um conceito jurídico, e o signo jurídico pela significação que apresenta compõe a expressão da linguagem jurídica em modais linguísticos como palavras, proposições, frases, etc. Esta relação entre signo e conceito pode ser compreendida como uma relação de essência na elaboração constitutiva da linguagem. É que na mensagem linguística o signo linguístico desempenha a função total de unir conceito e imagem acústica (representação natural da fala), que podem ser substituídos respectivamente pelos termos significado e significante³²⁵.

³²¹ BULIGYN, Eugenio. **Uma Discussão Sobre a Teoria do Direito**. op. cit., p. 115.

³²² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. op. cit, p. 175 e 179.

³²³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. op. cit, p. . 174.

³²⁴ HJELMSLEV, Louis Trolle. **Prolegômenos a uma Teoria da Linguagem**. op. cit, p. 197.

³²⁵ SAUSSURRE, Ferninand de. **Curso de Linguística Geral**. op. cit, p. 106 - 107.

Mas quando estabelecemos uma relação entre conceito e signo deparamos com uma função semiótica operacional e ao mesmo tempo formal, condicionada por duas grandezas básicas, ou seja, o signo como *expressão* e o signo como *conteúdo*³²⁶. Com esta função semiótica o signo envolve expressão e também conteúdo, num processo de solidariedade, sob a convicção de que “uma expressão só é expressão porque é expressão de um conteúdo, e um conteúdo só é conteúdo porque é conteúdo de uma expressão”³²⁷. Um signo, então, delimitado pela sua função semiótica, expressa um conteúdo, ou seja, registra, demarca, designa, e ao mesmo tempo sugere um conteúdo ou uma substanciação. Por isso podemos afirmar que um signo retrata um conceito, comparando ele (signo) com a vocação simbólica (embora não se confundindo com simbolismo) que um conceito culmina por sugerir. E não é demais uma afirmação neste sentido lembrando-o como um símbolo porque, pelo seu caráter de significado, um símbolo chega a se confundir com um signo, eis que “cada símbolo é, em sua origem, ou imagem da ideia significada, ou reminiscência de ocorrência individual, pessoa ou coisa, ligada com seu significado”³²⁸. Por isso devemos reconhecer oportunamente, como lembra Saussure (1857 - 1913), que os símbolos também fazem parte da semiologia³²⁹. Neste caso o signo é o próprio conceito retratado na força que o seu registro (do conceito) propicia. Esta é também uma realidade no mundo jurídico onde os institutos jurídicos em geral, pelo significado que apresentam, deixam perceber a demarcação de cada um deles no bojo do sistema jurídico.

Frise-se ainda mais que no contraponto comparativo entre o signo e o conceito, na forma como devemos compreender a relação entre ambos, é providencial o fato de que neste processo os conceitos comparecem como indutores dos signos. Como indutores os conceitos forcejam os signos. Dessarte, um signo existe porque se lhe dá sustentação anteposta um conceito, um conceito que ele registra e retrata. Antes do signo se lhe antepõe o objeto intelectual (conceito) no âmbito do pensamento. E por isso o signo pode constituir também o signo-pensamento em que a consciência envolve imagem, concepção ou outra representação, estes que servem de signo (Peirce). E neste caso, como lembra Peirce (1838 - 1914), “o pensamento que vem em primeiro lugar sugere algo àquele que vem a seguir, quer dizer, é

³²⁶ HJELMSLEV, Louis Trolle. **Prolegômenos a uma Teoria da Linguagem**. op. cit, p. 198.

³²⁷ *Ibidem*.

³²⁸ PEIRCE, Charles Sanders. **Escritos Coligidos - Gramática Especulativa**. 3. ed. Trad. de Armando Mora D'Oliveira e Sérgio Pomeranglum. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 100.

³²⁹ SAUSSURRE, Ferdinand de. **As Palavras Sob as Palavras - Os Anagramas de Ferdinand de Saussure**. 3. ed. Trad. de Carlos Vogt. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 4.

signo”³³⁰. A consequência é uma relação do pensamento-signo - em que o pensamento assume a condição de signo - com o pensamento que é produzido em seguida.

Assim, da mesma forma que as incontáveis situações que a experiência jurídica vivencia e compreende, culminam por forcejar um conceito jurídico, e também por sua vez um conceito jurídico (ou vários conceitos jurídicos) forceja um signo jurídico. Para compararmos, consideremos a ocorrência similar de uma prática onde se constata a existência de uma ideia pré-concebida para os fenômenos, conforme buscou retratar de forma sugestiva o filósofo grego Platão no seu idealismo, ao desenvolver teoricamente o mundo das ideias. Naquilo que estamos tratando, constatamos a existência das expressões dos signos por uma “experiência indutiva” que é manifesta na linguagem³³¹, sendo que no caso reconhecemos o papel dos conceitos como seus indutores. Na comparação entre ambos, e na composição da linguagem, o signo ocupa um momento posterior ao conceito. Este antecipa aquele (signo) enquanto um objeto intelectual existindo no intelecto, de forma “logicamente indecomponível” e no seu isolamento, sem qualquer afirmação ou negação por uma prática propositiva ou argumentativa³³². Mas é bom lembrar que os signos uma vez fixados não deixam de ter como componente (causa ou motivação) um hábito coletivo ou mesmo uma convenção, que deixam perceber uma regra que obriga o seu emprego com vistas a um ideal semiológico³³³. Esta é uma realidade que se verifica no âmbito da Semiologia Jurídica.

A equação signo-jurídico/conceito-jurídico leva a colocação do problema para um patamar onde a sua discussão ganha destaque mais profundo ao se estabelecer um confronto entre Semiologia Jurídica e Sistema Jurídico. É que se faz necessário considerar a realidade dos signos fazendo parte integrante do sistema jurídico ao invés de uma admissão apenas superficial, ou seja, não de forma solta e sem significação implicativa, mas sim como se denotam no âmbito do ordenamento jurídico. E esta significação implicativa dos conceitos jurídicos com a semiologia jurídica deve ser levada em consideração porque, fazendo parte desta última, os primeiros, ao mesmo tempo em que apresentam uma validade complexa, também são possuidores de uma múltipla função envolvendo uma concepção científica com uma síntese da realidade, e de onde retiram o seu conteúdo lógico e científico³³⁴, eis que a

³³⁰ PEIRCE, Charles Sanders Peirce. **Escritos Coligidos - Escritos Publicados**. 3. ed. Trad. de Armando Mora D’Oliveria e Sérgio Pomerangblum. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 73 - 74.

³³¹ HJELMSLEV, Louis Trolle. **Prolegômenos a uma Teoria da Linguagem**. op. cit, p. 196.

³³² TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Tratado da Consequência**. op. cit, p. 99 - 100.

³³³ SAUSSURRE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. op. cit, p. 108.

³³⁴ PALASI, José Luis Villar. **La Interpretacion y los Apotegmas Juridico-Logicos**. op. cit, p. 23.

elaboração conceitual se relaciona com aspectos da realidade³³⁵. Com isto o que se providencia é um ponto a mais, necessário para a sedimentação da teoria jurídica com uma proposta científica, e onde podemos tratar com uma linguagem de modo formal com as construções conceituais da ciência³³⁶, e com isto pacificando as uniformidades das estruturas no Direito.

Mas é oportuno advertir que dos conceitos jurídicos a compreensão evolui para abranger também as definições jurídicas, estas que são dotadas de uma natureza discursiva e com suas significações amplificadoras no âmbito do sistema. Conforme se verifica da lógica formal um conceito não se confunde com uma definição. Um conceito é algo que existe por si mesmo e de forma autossuficiente conforme comentamos acima. Ele não necessita de uma atuação discursiva, comparecendo como um termo simples ou único em si mesmo. Diferentemente, a definição com sua natureza discursiva comparece como um termo complexo pela adjunção lógica e formal de vários conceitos, acontecendo de maneira nomeadamente argumentativa, exercendo do ponto de vista lógico uma atuação afirmativa ou negativa. Se digo a frase “o homem é um animal racional”, nesta oração temos por um lado o *definido* - “o homem” -, e por outro a *definição* (“é um animal racional”), esta que se constitui de forma afirmativa por uma conectivo verbal, mas também pela adição e associação de vários conceitos. Por isso importa considerar que no âmbito do sistema jurídico, ao lado dos conceitos jurídicos, existem também as definições jurídicas. É que incontáveis são as situações jurídicas nas quais deparamos no sistema com normas que se prestam ao papel da definição jurídica, sendo que as definições trazidas no âmbito normativo obrigam a todos quando da aplicação de uma norma, e cuja providência é fazer entender as correspondentes expressões utilizadas no sentido atribuído pelo legislador³³⁷. No seu desiderato ela exerce ainda não só a função de dar maior precisão a um termo, além de ampliar o alcance deste, mas também pode introduzir um termo novo que normalmente não acontece no uso da linguagem comum³³⁸.

É de se observar que uma providência definidora trazida pela norma jurídica no sistema pode ocorrer tanto através da descrição categórica sobre um determinado instituto jurídico, apresentando o seu contorno com os efeitos jurídicos decorrentes, como também de

³³⁵ BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria Geral dos Sistemas - Fundamentos, Desenvolvimento e Aplicações**. op. cit, p. 117.

³³⁶ *Ibidem*, p. 76.

³³⁷ ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **El Lenguaje Del Derecho - Definiciones e Normas**. 1. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, p. 12 - 13.

³³⁸ *Ibidem*, p. 22 - 23.

forma circunstancial pela referência a casuísmos peculiares. No primeiro caso veja-se, como exemplo, a definição de ato jurídico perfeito (“o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”), e de coisa julgada (“a decisão judicial de que já não cabe recurso”) conforme os define a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 6º, §§ 1º e 3º), e também a definição de domicílio da pessoa natural conforme o define o atual Código Civil Brasileiro no seu artigo 70 (“O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”). No segundo caso veja-se por sua vez como exemplo a definição de Direitos Sociais mediante os casuísmos arrolados no artigo 6º da Constituição Brasileira, de 5 de outubro de 1988, envolvendo situações ou programas e compromissos como educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados. Mas é fundamental advertir que em ambos os casos em que se verifica tanto uma descrição categórica como uma referência a casuísmos peculiares, não devemos confundir a dimensão ontológica da norma jurídica propriamente dita com a dimensão ontológica da definição jurídica, embora esta última torne-se obrigatória nos efeitos jurídicos em razão da primeira. Com isto é possível se reconhecer e distinguir a existência da norma definitiva por um lado, e da definição jurídica de outro³³⁹. A primeira é a norma jurídica propriamente dita com sua função normativa que obriga a usar uma certa definição. A segunda é a definição jurídica propriamente dita, que embora não se confundindo com a norma jurídica que a impõe, agrega um conjunto de signos linguísticos (enunciado normativo), estes com um sentido etiológico na norma, e mais propriamente no sistema jurídico.

Registre-se por derradeiro que tanto os conceitos jurídicos como as definições jurídicas comparecem como responsáveis pelos sentidos, significações jurídicas e efeitos jurídicos no sistema jurídico. Quando o Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) estabelece no seu artigo 5º a definição de maioridade aos 18 anos completos, o efeito jurídico disto é no sentido de que a pessoa física fica habilitada para todos os atos da vida civil. Também quando a lei penal estabelece a definição de maioridade penal aos dezoito anos completos, conforme regulamenta a Constituição Brasileira de 1988 no seu artigo 228, e o Código Penal Brasileiro (Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, com a Redação da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984) no seu artigo 27, isso indica a responsabilidade pela prática de um crime, tendo como consequência uma imputação penal.

³³⁹ ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **El Lenguaje Del Derecho - Definiciones e Normas**. 1. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, p. 14.

5.8.1 Semiologia Jurídica e Sistema Jurídico

Conforme consideramos acima (tópico 5.7.1) o signo deve ser contextualizado, e esta verdade da contextualização não é diferente quando desenvolvemos uma análise no âmbito da positividade e da sistematicidade que envolve o fenômeno jurídico. Assim, contextualizar as palavras e os signos jurídicos é situá-los de conformidade com os condicionantes trazidos pelo sistema jurídico. Dessarte, os signos trazidos pelas palavras discorridas na linguagem têm seu lugar de significação numa relação direta com o papel que desempenham no interior do sistema jurídico. Com esta conjugação o conteúdo das palavras que enunciam os signos estará sob uma vinculação com a função a ser desempenhada. É que não podemos negar que uma palavra tem um certo sentido determinado, numa relação direta com uma certa linguagem, e onde o significado de sentido que ela apresenta vai acontecer em um contexto determinado³⁴⁰. Isto é o mesmo que acontece no contexto do sistema jurídico, em relação ao qual a palavra se vincula por um estado de dependência, eis que nem sempre a palavra utilizada pelo legislador segue o sentido habitual de uso comum, do qual ele legislador pode se apartar caso queira³⁴¹. Por isso, no caso específico da palavra se o aplicador da norma lhe atribuir um sentido diverso daquilo que dela é próprio, poderá ocorrer o surgimento de norma diversa³⁴², distanciando do sistema tanto a palavra como a norma. Esta vinculação ao sistema jurídico se dá porque o sentido de uma contingência jurídica não é o mesmo que o sentido de uma contingência comum, em que os condicionantes dos significantes podem em ambos os casos sofrer modulações diversas. Daí a necessidade em se estabelecer uma relação entre caso concreto e hipótese de incidência jurídica quando de uma interpretação. Com isto o sistema jurídico fará ressoar na consciência do jurista o que deve prevalecer como verdade jurídica.

Com uma providência dessa natureza um signo isoladamente perde a sua significação, sendo então por isso reconhecido como algo de sistêmico. E neste contexto ele assume a condição de algo arbitrário, não deixando o significado à livre escolha daquele que produz o discurso jurídico - e neste caso sem uma produção ao alvedrio de quem fala -, na medida em que o signo pertence a um determinado grupo linguístico³⁴³. Com isto dessume-se a etiologia

³⁴⁰ ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **El Lenguaje Del Derecho - Definiciones e Normas**. 1. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, p. 15.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 16.

³⁴² *Ibidem*, p. 19.

³⁴³ SAUSSURRE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. op. cit, p. 109.

para o nascimento e existência do *signo jurídico*, e onde a sua forma explícita haverá de representar sempre situações, circunstâncias e contingências, aspectos estes que serão sempre objeto de consideração pela experiência jurídica no trabalho do intérprete. Daí porque o signo que devemos entender, por exemplo, de “pessoa física” no Direito, não é o mesmo que o signo de pessoa física no coloquial ou na linguagem comum. Na linguagem jurídica o signo da expressão “pessoa física”, porque faz parte integrante do sistema jurídico devidamente contextualizado, significa uma diferenciação de “pessoa jurídica”, ao mesmo tempo em que indica o homem com uma aptidão legal para ser sujeito de direitos e deveres, e com isto diferenciando-o de “coisa”, donde o desdobramento para a ideia de personalidade jurídica inclusive. O seu alcance enquanto um signo jurídico não o confunde então com um mero ente biológico, e a extração disto se faz mediante uma relação direta com um sentido que é imposto pelo sistema jurídico.

Ao equacionarmos uma relação que se estabelece entre o signo e o sistema jurídico é oportuno lembrar as nuances conceituais que podem se estabelecer em torno da semiótica, em razão de que o acontecer comunicativo acaba por se explicar através de modelos linguísticos peculiares como lembra Francisco González Navarro. Em razão disto o jusfilósofo espanhol apresenta três divergências básicas, cada uma sob conceitos próprios. Num primeiro modelo ele considera a semiótica por um conceito *estrito*, que na linha de Saussure ela abrange os signos artificiais e com uma intencionalidade comunicativa. Num segundo modelo ele lembra a semiótica por um conceito *amplo*, onde o seu objeto abrange os signos artificiais de intencionalidade comunicativa e também os signos naturais além dos não intencionais. Num terceiro modelo ele considera ainda a semiótica por um conceito *amplíssimo*, onde os signos envolvem uma série de exemplares que são objeto cada um deles dos ramos científicos específicos em geral.

Na equação que desejamos estabelecer entre signo e sistema jurídico, compreendemos que no Direito esta relação melhor se resolve por uma semiótica de conceito estrito e também de conceito amplo. É providencial uma fusão dos dois modelos conceituais para se compreender o papel dos signos no campo jurídico, visto que o sistema jurídico haverá de abranger significados de caráter artificial com intencionalidade comunicativa, mas também significados naturais além dos não intencionais. E isto se explica ainda mais porque neste último caso existe a particularidade de que no modelo conceitual amplo considera-se signo tudo aquilo que, “a partir de uma convenção expressa ou implícita, representa ou pode

representar (significar) uma coisa determinada”³⁴⁴. Destaca-se, portanto, o papel da convenção. E o sistema jurídico tem no seu anteposto como elemento de essência o papel de uma convenção, e ele próprio (sistema jurídico) é uma convenção donde haverá de partir toda a recomendação jurídica, inclusive para a compreensão dos signos enquanto *significado codificado*. Dessarte, mesmo no caso de um signo natural ou de um signo não intencional, porque se acomodam sob a tutela de uma convenção donde se extrai a caracterização de ambos, haverão eles de se identificar no bojo do sistema jurídico. Como dissemos, o sistema jurídico enquanto convenção, tem o poder e a autoridade de convencionar.

5.8.1.1 Semiologia Jurídica e Sistema Jurídico: Signo, Símbolo, Codificação e Ordenamento Jurídico

Comumente no processo interpretativo onde se relaciona semiologia jurídica e sistema jurídico, teoricamente torna-se contumaz em se estabelecer, quando de uma interpretação semiótica, uma aproximação baseada na linguagem com vistas o sentido que as palavras e as expressões utilizadas denotam na língua, de cuja consequência se constitui regras gramaticais³⁴⁵. Mas não devemos deixar de lado o fato possível em que se verifique uma significação oculta em razão de enunciados incertos, indecisos, imprecisos ou mesmo confusos ou ambíguos. Por causa disto um aspecto apoteótico que sobressai quando equacionamos a semiologia jurídica com o sistema jurídico, é aquele em que ao reconhecermos o papel do signo e do símbolo no Direito culminamos com a codificação de ambos na organização sistêmica. A codificação abrange tanto a ideia dos códigos como instrumento de comunicação, como também a própria organização sistêmica do ordenamento jurídico.

No primeiro caso envolvendo o código como instrumento de comunicação, é providencial rememorar o que tivemos a oportunidade de apresentar anteriormente dando o signo como um significado codificado. Por outro lado, lembramos ainda que o símbolo também faz parte da Semiologia. É que nesse último caso, conforme Ludwig Von Bertalanffy, o homem, diferentemente das demais categorias animais, “é um ser que tem necessidades

³⁴⁴ NAVARRO, Francisco González. *Lo Fático y Lo Sígnico - Una Introducción a la Semiótica Jurídica*. op. cit, p. 317 - 329.

³⁴⁵ TROPER, Michel. *A Filosofia do Direito*. op. cit, p. 130.

simbólicas e por isso *cria um mundo de símbolos para viver nele*³⁴⁶. Este mundo simbólico criado pelo homem torna-se possuidor de vida própria, e como poder social, ao mesmo tempo em que torna o “homem humano”, também conduz o curso da história³⁴⁷. Por isso não há como se negligenciar com ele. Diante disso é oportuno registrar que no que se refere aos símbolos como instrumento de percepção, compreensão e comunicação, podemos dizê-los como uma representação da experiência, não acontecendo apenas como um capricho diletante. Esta representação pode ser elaborada de uma forma direta, mas também por analogia (uma situação remete a outra situação onde a analogia busca um significado explicativo pela similaridade de uma coisa com outra). Todavia, neste desiderato não devemos confundir símbolo com metáfora. O primeiro pode ser polissêmico (polissemia), onde num símbolo pode se verificar uma multiplicidade de significados para um significante (a palavra manga, por exemplo, pode ser uma fruta, uma extensão da camisa, ou ainda uma ação verbal no sentido de se zombar de alguém). A segunda é apenas uma figura de linguagem onde a significação de uma palavra é substituída por outra por causa de relação de semelhança, mas metáfora não é símbolo.

Ao relacionarmos o signo com o símbolo temos que, enquanto este último é uma convenção humana, a sua ideia é representada pelo signo. Neste caso, como conceitua Paulo de Barros Carvalho, o signo comparece como um suporte físico ao qual é possível a associação de um significado e de uma significação, ou seja, ele “é um ente que tem o *status* lógico de relação”³⁴⁸, ou como comenta Peirce, a representação de um objeto imediato e que serve apenas para indicar o objeto real³⁴⁹. Se vejo, por exemplo, a imagem de uma mulher com os olhos vendados (a deusa Themis, uma divindade grega através da qual a justiça é definida como um sentimento de verdade, equidade e humanidade, colocado nas paixões humanas), tendo em uma das mãos uma espada e na outra uma balança, esta imagem é um signo, e que simboliza a ideia de justiça. De forma que no signo podemos encontrar o símbolo. Assim, signo e símbolo podem caminhar juntos. Mas é oportuno reconhecer que ambos - signo e símbolo - fazem parte de uma organização codificada em que no âmbito do

³⁴⁶ NAVARRO, Francisco Gonzalez. **Lo Fático y Lo Sígnico - Una Introducción a la Semiótica Jurídica**. op. cit. p. 361.

³⁴⁷ BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria Geral dos Sistemas - Fundamentos, Desenvolvimento e Aplicações**. op. cit. 322.

³⁴⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário - Linguagem e Método**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 33.

³⁴⁹ PEIRCE, Charles Sanders. **Escritos Coligidos - Correspondência**. 3. ed. Trad. de Armando Mora D’Oliveira e Sérgio Pomerangblum. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 111.

Direito o sistema jurídico se utiliza para uma comunicação jurídica, e naquilo que deve ser a mensagem jurídica. Com isto o que se constata é uma codificação que organiza tanto os signos como os símbolos para uma generalidade da comunicação jurídica. É que sem se colocar o papel do código torna-se não só impossível interpretar os signos, mas também ter acesso ao que eles comunicam³⁵⁰. Isto serve, por consequência, também para os símbolos numa dimensão normativa, visto que a norma jurídica se constitui num conjunto de símbolos linguísticos dotados de sentido³⁵¹, que no caso devemos reconhecer como um sentido jurídico.

Frise-se que tanto os signos como os símbolos valem-se de códigos na comunicação. E isto é necessário para um cuidado o mais amplo possível em torno daquilo que se deseja comunicar, visto que nem todos os aspectos de uma comunicação são abrangidos na sua plenitude pela linguagem escrita ou falada. Um código, então, é um recurso no processo comunicativo que pode ser compreendido como um sistema de signos e também de símbolos, para uma representação na informação ou na comunicação. A utilização de um código como instrumento da comunicação viabiliza e providencia o significado da informação em situações em que o código é o meio apropriado. Por isso há momentos em que signo, símbolo e código se entrelaçam numa contingência única, a ponto de se reconhecer a existência de *signos simbólicos*, aqueles que, diferentemente dos signos expressivos de realidades sensíveis, são os que providenciam apresentar “realidades de um mundo imaginado de valores (a justiça, o poder, a liberdade, etc)”³⁵². Isto é providencial para o que desejamos entender, porque como já comentamos alhures (conforme tópico 4.2), o sistema jurídico tem o seu engajamento com o valor jurídico e dele não está alienado de forma alguma. O sistema jurídico como um todo e as suas normas em especificidade, são ambos de vocação neste sentido pelo seu espírito deontológico de dever ser. Não se pode fugir desta realidade ontológica, a qual culmina num concretismo de perspectiva jurídica geral. Compreender esta temática, envolvendo o papel do código na comunicação jurídica, quer isto significar que “quando a semiótica fala de códigos está querendo expressar uma ideia mais ampla que aquela que se descreve com o sintagma código linguístico”³⁵³ apenas, ou seja, o que se faz é ir além daquilo que se resume apenas numa combinação de duas formas ou unidades linguísticas com um elo envolvendo determinante e determinado, como é o caso de uma sintaxe locucional, de uma sintaxe

³⁵⁰ NAVARRO, Francisco Gonzalez. **Lo Fático y Lo Sígnico - Una Introducción a la Semiótica Jurídica**. op. cit., p. 337.

³⁵¹ ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **El Lenguaje Del Derecho - Definiciones e Normas**. op.cit, p. 30.

³⁵² *Ibidem*, p. 363 - 364.

³⁵³ *Ibidem*, p. 365.

nominal, de uma sintaxe lexical, de uma sintaxe verbal, etc. Pela implicação do código a questão transcende a isto, para daí retratar uma mensagem onde a linguagem que passamos a ter é uma linguagem codificada.

Então, com a linguagem codificada (código) é possível se reconhecer e admitir uma forma de linguagem que vai além do que conhecemos como linguagem gramatical apenas, esta em que a língua é compreendida teoricamente através de mecanismos da sintaxe e o que ela propicia. Na dimensão de uma linguagem pelos códigos há que se considerar ainda tanto uma forma cifrada tornando ininteligível a mensagem para quem não tem a chave da compreensão, como também pode comparecer a partir daí figuras como linguagem corporal, ritualística e mecanismos gestuais. Numa visão geral a utilidade disto passa a fazer parte do cotidiano das pessoas em incontáveis situações. Assim, quando deparamos com um sinaleiro no cruzamento de uma via pública, em que o sinal vermelho impede a passagem e o sinal verde autoriza a passagem, o que temos por constatar é uma linguagem codificada; quando um funcionário sinalizador, na pista de decolagem em um aeroporto, assinala para o piloto o taxiamento que deve ser desenvolvido, isto é uma linguagem codificada; quando o técnico de uma equipe de beisebol sinaliza para o líder da equipe em campo (receptor) acerca da estratégia a ser desenvolvida no jogo, o que ele faz é utilizar uma linguagem codificada; quando o condutor de um veículo utiliza o sinalizador (sinaleiro) dando conta que vai dobrar à esquerda ou à direita, o que ele faz é usar a linguagem codificada; quando se busca enviar uma mensagem através do Código Morse, o que se faz é a utilização de uma linguagem codificada; quando se verifica uma partitura musical onde está escrito o registro gráfico de uma composição musical através de notas cifradas, cuja leitura e decodificação pelos executores (músicos) na reprodução, demanda uma interpretação e compreensão total, o que temos é a presença de uma linguagem codificada.

Com os exemplos que tivemos a oportunidade de constatar acima, da mesma forma que podemos contar com uma linguagem cifrada nos códigos, também podemos contar com uma linguagem direta e expressa na informação ou mensagem. No primeiro caso não é demais afirmar sobre a existência de um vocabulário convencional e que é escrito em caracteres reconhecidos como secretos. Isto pelo papel que desempenham estes caracteres na informação ou comunicação que se pretende restrita apenas àqueles que compreendem a sua significação, uma significação com a característica de ser reservada. No segundo caso temos a ideia de uma linguagem direta e expressa onde o código exerce a função lógica de um conjunto de elementos linguísticos abrangendo signos e símbolos para os meios de comunicação, donde se percebe uma organização metódica. Neste segundo modelo há então uma organização, e a

linguagem neste caso exerce uma espécie de reconhecimento acerca do mundo fenomênico que constitui a realidade das coisas, onde os códigos selecionam aspectos fundamentais e relevantes em dado momento, conhecendo-os, ao mesmo tempo em que nesta organização eles *modelizam* a realidade que se torna objeto de uma observação. Com esses modelos viabiliza-se a própria organização do sistema (teoria geral dos sistemas). Os códigos, por fazerem parte deste processo em geral e com esta funcionalidade abrangente, Navarro os denomina de Códigos de Reconhecimento³⁵⁴.

Advirta-se que ambas as formas - linguagem cifrada e linguagem direta - comparecem na linguagem dos códigos numa acepção geral, e é providencial diferenciar ambos os modelos para que possamos compreender e aceitar qual deles é o mais recomendado para exercer o papel que é desempenhado no Direito, e mais especificamente, no âmbito do sistema jurídico. Não é preciso muito esforço analítico para compreender, quando da sua aplicação no Direito, o modelo compreendido no segundo caso - linguagem direta -, visto que o Direito tem na sua índole um caráter presentativo, ou seja, uma linguagem direta e expressa na informação ou mensagem, sem os meandros de uma conformação cifrada (secreta). É que o Direito, além de ser possuidor de uma linguagem técnica, tem ele a disposição em ser *expresso* e também compreendido, como forma de fundamentar a própria legitimidade que é essencial na sua caracterização.

5.8.1.2 Semiologia Jurídica e Sistema Jurídico: A Codificação Jurídica e o Vernáculo Jurídico

Ao focalizarmos a problemática jurídica diante do código como linguagem, dessume-se que do código transmuda-se para a codificação. Para se ter uma noção da importância e da significação desta última (codificação) no Direito, basta atinar para o fato de que tais predicados levariam Clóvis Bevilacqua (1859 - 1944) a declarar que o jurista está apto e credenciado “para afirmar que o homem é um código que vive”³⁵⁵.

Com a codificação o código contribui para a conformação da linguagem jurídica organizando-a de forma a procurar satisfazer uma autosuficiência que é necessária ao Direito. Neste desiderato, como uma linguagem codificada, o Direito se apresenta como um código,

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 371.

³⁵⁵ BEVILAQUA, Clóvis. **Filosofia Social e Jurídica**. Tomo II. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1976, p. 96.

podendo com isto ser admitido como um sistema convencionado e estruturado de forma rigorosa, abrangendo símbolos e sinais, em cujo arcabouço é possível se reconhecer a existência de regras estruturantes como forma de viabilizar o processo da comunicação jurídica. Esta mesma comunicação é reconhecida como suficiente em preencher as expectativas dos direcionados da mensagem jurídica, de cuja providência extrai-se um convencimento destes direcionados, e no sentido de que é existente o *ser* (ontologia jurídica) do Direito, a quem se lhe devota reconhecimento e submissão. Por isso pode-se afirmar que a codificação é um estágio amadurecido que acontece no âmbito jurídico e da própria linguagem jurídica. Com isto o que se providencia é materializar o Direito num Código de Leis.

O acontecimento da codificação na vida do Direito foi uma consagração em um momento histórico, e que haveria de fazer denotar a colocação do mundo jurídico em patamares diferenciados, e já propiciando uma linguagem dotada de uma propriedade em manipular de forma peculiar aquilo que é pertinente ao ambiente genuinamente jurídico. Neste caso a codificação propicia inclusive a viabilidade da própria positividade no Direito, uma ocorrência na qual podemos identificar duas realidades que se resolvem mutuamente, ou seja, codificação e positividade. Com a codificação neste processo se propicia, como lembra oportunamente Wieacker, “fixar o Direito por escrito de maneira esgotada e definitiva”, e donde podemos encontrar mérito por “precisão e clareza”, em razão de “uma abstração muito desenvolvida com uma renúncia à casuística”³⁵⁶. Com isto é possível sedimentar em bases definitivas - e ao mesmo tempo consciente e possuidora de um propósito linguístico de índole jurídica -, a linguagem a ser utilizada pelo jurista. Uma linguagem que haveria de assumir o papel na viabilização de uma das superações básicas do Direito diante de um positivismo sociológico e naturalista. Isto na medida em que se conseguiria, doravante com ela - linguagem -, uma peculiar forma de verdade através de uma “coerência lógica interna dum sistema de proposições”³⁵⁷.

Então, com a codificação é dado um dos derradeiros passos no que possa se estabelecer para uma linguagem própria no Direito, uma experiência da qual não poderia mais se afastar os mecanismos de uma experiência cognitiva em relação ao fenômeno jurídico, este que se tornou com isto cioso e ao mesmo tempo preservador de sua esfera compreensiva. Se

³⁵⁶ WIEACKER, Franz. **Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna**. 1. ed. Trad. de Francisco Fernández Jardón. Madrid: Aguilar, 1957, p. 424.

³⁵⁷ MONCADA, Luis Cabral de. **Filosofia do Direito e do Estado**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 325.

antes havia uma noção sugerindo a existência do Direito circunscrita em bases fenomênicas, com a codificação assentou-se sob certa tranquilidade uma linguagem correspondente para a sua compreensão e explicação, agora em bases positivadas, cujo desengate fora uma facilitação no âmbito da teoria científica. Possibilitou-se com isto o encaminhamento para a prática de um espírito metódico nos estudos jurídicos, espírito este que pode ser admitido como um “positivismo dogmático e científico, e seus traços característicos são o predomínio do logicismo jurídico e a convicção de que o Direito se esgota na soma de dogmas doutrinários das correspondentes doutrinas científicas”³⁵⁸. Há, pois, um certo comprometimento rigoroso da parte da codificação, algo que haveria de se observar também através da linguagem que haveria de surgir a partir daí.

Esta característica do rigorismo que serve também para a linguagem desenvolvida, acontece porque a codificação no seu rigorismo, produto do pensamento racionalista, nasceu com a concepção iluminista na segunda metade do Século XVIII, embora possamos reconhecer antes disto a existência pretérita da codificação romana com o código justiniano³⁵⁹, juntamente com a primeira codificação ainda romana que foi a *lex duodecim tabularum* no ano 303 a.C. Daquilo que se idealizou no racionalismo iluminista, assistiu-se de forma oportuna a sua concretização através da Revolução Francesa de 1789, cuja consequência prática fora a implantação de um novo modo de vida substituindo o velho modo de vida na modulação das instituições. Sobre ela disse Robespierre (1758 - 1794): “Há começado a mais bela revolução que como nunca já tenha honrado a humanidade (...) sobre os princípios imortais da igualdade, da justiça e da razão”³⁶⁰. Já antes disso, como uma necessidade revolucionária, reconhecia ele a revolução da linguagem ao comparar os hieróglifos com os milagres da imprensa, e também as observações astrológicas dos reis magos com as descobertas de Newton, culminando por afirmar que tudo muda na ordem física, na ordem moral e na ordem política, sendo que a metade fora providenciado pelas revoluções, restando ainda (na sua época) a outra metade por fazer³⁶¹. Esta revolução da língua haveria de ser posta em prática com a Revolução Francesa. Com isto se divisava uma nova linguagem para o Direito. Como foi possível isto acontecer?

³⁵⁸ WIEACKER, Franz. **Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna**. op. cit, p. 13.

³⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. 1. ed. Trad. de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 63 - 64.

³⁶⁰ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Lengua de los Derechos - La Formación del Derecho Público Europeo tras La Revolución Francesa**. op. cit, p. 25.

³⁶¹ ROBESPIERRE, Maximilien. **Discours Sur La Religion, La République, L'Esclavage**. 1. ed. Paris, França: Édition de L'Aube, 2006, p. 8 - 9.

Registre-se como oportuno que os propósitos da Revolução Francesa foram propósitos voltados para alcance de universalização quanto aos direitos do homem, o que ficou patenteado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, com uma vocação diferenciada do que havia acontecido até então com os movimentos revolucionários e com as declarações de Direitos que a ela haviam antecedido, principalmente com o modelo inglês e com o modelo americano. Como bem compreendeu Alexis de Toqueville (1805 - 1859) ao comparar as formas revolucionárias antecedentes, somente a Revolução Francesa apagou o antigo regime criando “uma pátria intelectual comum da qual todos os homens de todas as nações tornaram-se cidadãos”³⁶². Ademais disso, como providência de essência envolvendo a condição humana dotada de direitos que transcendem as circunstâncias e as contingências, patenteou-se o cidadão sob um conceito abstrato que não se limita a sociedades particulares, mas buscou-se o homem em geral, onde a atenção não se limitou ao cidadão francês, e com isto focando os direitos e deveres de uma forma geral³⁶³.

Por causa daqueles condicionantes e com uma transformação de fundo não é demais lembrar, como faz García de Enterría, que a Revolução Francesa gerou efeitos diretos e imediatos sobre a língua na França. Buscar as raízes desta ocorrência prende-se a explicação ao fato de que no papel desempenhado pelos homens de letras neste período tornaram-se eles os principais políticos do país, visto que se ocuparam em dissertar sobre governo e política, além de pontos sobre direitos dos cidadãos, direitos das autoridades, sobre as relações naturais e mesmo artificiais entre os homens, e ainda sobre o próprio princípio das leis. Ademais disso, culminaram com um ponto de partida no sentido de “substituir os costumes complicados e tradicionais que regem a sociedade de seu tempo por regras simples e elementares apoiadas na razão e na lei natural”³⁶⁴. Para isto a via literária haveria de contribuir no processo revolucionário graças a uma característica que vicejava já no período pré-revolucionário, e que iria permanecer durante a Revolução. Como lembra Carlyle (1795 - 1881), a França do Século XVIII foi possuidora de uma “enorme profusão de escritores, romancistas, dramaturgos e panfletários que se arvoram em guias espirituais do mundo”.³⁶⁵ A difusão da palavra pela prática literária em profusão era torrencial neste período. Mesmo as publicações proibidas tinham sua circulação acontecendo até nas imediações do palácio real em Versalhes,

³⁶² TOCQUEVILLE, Alexis de. **O antigo Regime e a Revolução**. 3. ed. Trad. de Francisco C. Weffort. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 327.

³⁶³ *Ibidem*, p. 329.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 351 - 352.

³⁶⁵ CARLYLE, Thomas. **História da Revolução Francesa**. 2. ed. Trad. de Antônio Ruas. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1961, p. 27.

sendo que por isso verificou-se inclusive uma proliferação de assuntos sediciosos e difamatórios. A Revolução, pela sua motivação, afastou a censura e o controle das publicações ocasionando uma explosão da informação, presenciando com isto uma expansão literária geral como jornais, revistas, panfletos literários e poemas. Por isso a palavra, tanto falada como lida, declamada ou cantada - com uma linguagem correspondente -, ganha uma amplitude maior quando a Revolução é comparada com o antigo regime³⁶⁶.

Como caldeamento geral a Revolução destruiu os restos da antiga sociedade feudal que, sem precedentes, merece o predicado de um fato singular com uma contribuição no campo das ciências³⁶⁷. Tudo isto seria motivação e causa para uma nova realidade social e política, mas sobretudo para uma nova realidade jurídica na França. Uma motivação que gerou consequências que não se limitou ao solo francês. Ademais, considerando que com as inovações institucionais trazidas os seus efeitos ocorreram também no âmbito jurídico, não surpreende o fato de que a linguagem jurídica haveria de se assumir com contornos inovadores, e onde um novo discurso passa a envolver as relações entre os homens, cujo resultado teve alcance também fora do que aconteceu naquele país. É que, intentou-se um novo sistema por meio de novas leis com uma abundância de termos e palavras peculiares, onde todo “o sistema léxico de representações do mundo coletivo teve que sofrer, e assim foi, com efeito, uma comoção profunda”³⁶⁸. Daí porque René Balibar considera a Revolução Francesa como uma revolução linguística.

Segundo García de Enterría, um ponto que vai caracterizar a nova linguagem jurídica neste processo revolucionário é que ela, na condição de uma língua preceptiva e sem se conformar com a situação à época existente (vigente), vai aspirar uma conformação com modelos “prefigurados com ânimo de instalar-se duradouramente através de instituições novas”, buscando com isso um caráter performativo, cujo enunciado não descreve algo existente, mas faz “advir ou existir o que disse”³⁶⁹. Assim, neste novo fenômeno é possível apontar duas formas de linguagem ao mesmo tempo: uma linguagem preceptiva e uma linguagem performativa. No primeiro caso tratamos com preceitos; no segundo caso tratamos com ações (atitudes) e instituições modelares. Como preceito a linguagem jurídica se

³⁶⁶ SCHAMA, Simon. **Cidadãos - Uma Crônica da Revolução Francesa**. 1. ed. Trad. de Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 158 - 163.

³⁶⁷ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. 3. ed. Trad. de J. A. G. Albuquerque. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 279.

³⁶⁸ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Lengua de los Derechos - La Formación del Derecho Público Europeo tras La Revolución Francesa**. op. cit., p. 28 - 29.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 31 - 32.

aproximou do que devemos reconhecer como um rol de proposições prescritivas, não se confundindo nem com proposições descritivas e nem mesmo com proposições expressivas (emotivas, sentimentais), visto que seus enunciados vão estar carregados de um caráter mandamental (comando). Como ações ou atitudes, devemos reconhecer que a linguagem jurídica vai apresentar como característica um compromisso em estabelecer modelos jurídicos comprometidos com formas institucionais a serem inauguradas e implantadas, a partir de uma lógica deôntica pautada pela ideia de dever ser que não era novo no mundo jurídico, mas que a partir daí ganha certa expressividade. Com isto resultou um desdobramento no sentido de que o Direito precisava ser declarado. Por isso a sua forma escrita doravante ganhou uma posição que haveria de prevalecer nos períodos vindouros com uma moldagem inerente, onde a codificação seria a via para uma concretização neste desiderato. A linguagem jurídica, então, seria o que devemos compreender como a linguagem dos Códigos.

A linguagem dos Códigos, tendo como condutor a codificação, fora possível graças a um princípio denominado por Stephan Rials de “Legicentrismo”, onde a lei passa a ocupar um papel central no contexto desta organização³⁷⁰. Reconheceu-se, então, o papel da lei como meio de estabelecer uma forma de liberdade nas relações entre o Estado, a sociedade, os governantes e os indivíduos. A lei teria o papel de articular a liberdade dos cidadãos, ao mesmo tempo igual e recíproca, e mediante um poder legítimo numa sociedade de homens livres por uma vontade geral, significando um comando ou determinação geral, impessoal e ao mesmo tempo abstrata, e que só é particularizada nos casos concretos quando efetivada por órgãos do poder público³⁷¹. Este caráter ontológico da lei levaria Enterría a afirmar que um governo através da lei apresenta brilhantismo nos seus fundamentos (a lei é obra de todos), beleza no seu conteúdo (liberdade e garantia), eticidade no seu mecanismo (a lei feita por todos), eficácia (limite aos governantes e daí justo), e simplicidade (diante de outro modelo que não um governo de leis)³⁷². Frise-se que para esta maturidade acerca do papel da lei contribuíram as ideias antecipadas de Montesquieu (1689 - 1755) e de Rousseau (1712 - 1778). Para este último, a ideia de lei se afirma no fato de que a matéria sobre a qual se estatui é geral, como também é a vontade que a estatui (*Do Contrato Social*, Livro II, Capítulo VI), enquanto que para o primeiro as leis são relações necessárias que derivam da natureza das coisas e por isso os homens têm as suas leis, sendo que às leis civis, enquanto leis positivas,

³⁷⁰ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Lengua de los Derechos - La Formación del Derecho Público Europeo tras La Revolución Francesa**. op. cit., p. 71.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 130.

³⁷² *Ibidem*, p. 133.

aplica-se a razão humana, consubstanciando com isso o fato de que o juiz é a boca que pronuncia a sentença (palavras) da lei (*Do Espírito das Leis*, Primeira Parte, Livro Primeiro, Capítulo I e III, e Segunda Parte, Livro XI, Capítulo VI). Com convicções assim a Nação na França passou a ser caracterizada sob o império da lei, e não sob o império da vontade do governante, conforme restou estabelecido nos artigos 5, 6, 7 e 8 da Declaração de 1789.

Uma nova forma de relação jurídica - específica - ocuparia espaço entre as pessoas. Assim, numa visão sobre o Direito, o epicentro ocupado doravante na moderna forma de organização estatal seria a função legislativa do Estado, este que podemos denominar de Estado Legal, onde a regra legislativa, conforme Carre de Malberg, dá origem “a uma ordem jurídica superior, que rege por sua vez tanto os governantes como os governados”, ao mesmo tempo em que produz soluções fundamentais para a vida jurídica, na medida em que daí resulta, ao lado de um caráter abstrato e impessoal no Direito, também em evitar - pelo seu conhecimento prévio - surpresas trazidas na conduta dos administradores e dos juízes, e com isto se obtém um resultado de segurança para os cidadãos³⁷³.

Na codificação, a legalidade encontraria o seu porto seguro e a linguagem desenvolvida a partir daí seria desenvolvida com esta temática. Então, com esta desenvoltura - e sobre o Direito Público europeu - é que ela, a linguagem, haveria de medrar nos períodos posteriores como uma língua peculiar que iniciada com a Revolução passaria em seguida para a Alemanha, como manifestou a Pandectista no Século XIX. Mas podemos dizer que também o Direito Americano - com destaque o Direito Latino-americano - seguiu nesta linha dotada com uma linguagem peculiar, fruto de uma codificação.

Com a codificação, e em qualquer quadro que se divisou a nova realidade jurídica - tanto no modelo europeu como americano -, a linguagem desenvolvida no Direito primou por uma elaboração de coerência lógica na sua organização interna, donde se percebeu para isto um sistema de proposições normativas com uma preocupação básica para um acertamento sistêmico. E isto foi graças ao fato de uma providência formativa das ideias gerais - e também com um alcance abstrato - num sistema de normas positivas, constituindo esta providência algo que se projetou a todos os países ocidentais até os dias que se seguem. A linguagem que se observou a partir de então foi uma linguagem rigorosa. Isto porque desenvolvida em torno de sistemas dotados de princípios sistemáticos claros, e mediante uma normatização agora ordenada, cuja providência imediata fora afastar uma possível situação de caos jurídico em modelos fora de uma organização como é aquela oriunda dos Códigos. No mínimo os

³⁷³ MALBERG, R. Carre de. Teoria General Del Estado. 1. ed. Trad. de José Li3n Depetre. M3xico: Fondo de Cultura Econ3mica, 1948, p. 279.

Códigos propiciaram uma linguagem voltada para uma visão de conjunto e ao mesmo tempo metódica, onde haveria de propiciar as relações dos entes e institutos jurídicos, afastando com isso uma ausência de clareza, ao mesmo tempo em que providenciou uma harmonia para se estabelecer a consciência e a compreensão do jurista. É que com a codificação providenciou-se eleger num caldeamento jurídico aquilo que podemos dizer, com Edmond Picard, a chamada *enciclopédia formal*, e com isso “ressaltar os princípios mais elevados, a mecânica superior, a teoria geral, as verdades primordiais (...) os grandes traços, as ideias-mães, a Forma”, aspectos estes que são essenciais numa tratativa sobre o *ser* do Direito. Ao providenciar isto, então, a codificação não deixa dúvidas sobre o que a linguagem jurídica deve retratar, ou não, como pertinente ao mundo do Direito. É que a codificação seleciona os seus aspectos relevantes, e para isto a sua providência “coloca em destaque os laços pelos quais se ligam as diversas partes, que reúnem estas num organismo, num Corpo, com sua vida própria”, ao mesmo tempo em que encarta sistemicamente os principais ramos jurídicos³⁷⁴. A codificação, pois, é a mais clara e direta demonstração positiva sobre a organização jurídica. A linguagem que daí se origina e se produz será também uma linguagem clara e direta.

Os sintomas deixam perceber a nova realidade jurídica onde os modelos jurídicos que vieram em seguida ao Iluminismo - e com a Revolução Francesa - inauguram na Europa continental formas codificadas, modelos estes que ainda nos dias atuais não foram colocados de lado. Assim aconteceu na França com o Código de Napoleão de 1804, o Código de Procedimento de 1804, o Código de Comércio de 1807, o Código de Instrução Criminal de 1808, e o Código Penal de 1810. Na Áustria surgiu o Código Austríaco de 1811. Na Espanha surgiu o Código Espanhol de 1829. Em Portugal houve o Código Português de 1832. Na Alemanha o Código Alemão de 1900, e na Suíça o Código Suíço de 1907 entre outros. Também esta experiência sob uma vocação organizada haveria de medrar nas ideias do filósofo inglês Jeremy Bentham (1748 - 1832), responsável por uma teoria da codificação, que todavia não chegou a vingar na Europa inglesa insular, dada a força tradicional do *Common Law* que ali sempre gozou de certo destaque, uma fórmula empobrecida quanto à organização jurídica que deixou-se dominar por uma concepção aplicativa empírico-pragmática, sem o lustro do Direito escrito conforme se verificou no modelo românico-germânico. Mas Bentham permaneceu com aquele ideário em alguns dos seus escritos. E apesar desta dificuldade que se lhe impunha o modelo do *Common Law*, mesmo o padrão inglês e também o padrão americano haveria de se quedar ao Direito escrito por força de um Direito produzido por leis

³⁷⁴ PICARD, Edmond. **O Direito Puro**. 1. ed. Trad. de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Editora Romana, 2004, p. 29.

escritas³⁷⁵. A América do Sul também foi palco desta tendência trazida pela codificação como foi o caso do Código Civil do Chile de 1857, do Código Civil Uruguaio de 1868, e do Código Civil Argentino de 1871. Nesta ocorrência de codificação não foi exceção também o bem elaborado Código Civil Brasileiro de 1916, este que segundo Clóvis Bevilacqua (1859 - 1944) tomou como inspiração o Direito Francês, o Direito Alemão, o Direito Português, o Direito Italiano e o Direito Suíço³⁷⁶.

A providência que se desenvolveu com a linguagem praticada a partir do Século XIX, com a codificação e o positivismo, teve como nota central a afirmação de um Estado de Direito fundamentado na ideia de liberdade. Neste desiderato se buscou um novo discurso que seria criado para a efetivação disto. Para isto se verificou também “um novo universo conceitual, necessariamente servido por um universo léxico também novo”, que haveria de ocupar as relações humanas para um alcance jurídico na vida social³⁷⁷. Por isso é acertado compreender que o jurista coloca-se com desconfiança diante de outras formas jurídicas, dando o Direito por subconjuntos com finalidades distintas e não por um conjunto. Isto a ponto de admitir o fato de destruição da sociedade com a eliminação de um Código Civil desta sociedade, visto que ao Código compete a essência do Direito diante do que é acidental, acessório, excepcional e mesmo singular³⁷⁸. Pode-se dizer, então, que a codificação trabalha com a essência diante das demais contingências e acidentes supervenientes.

Um derradeiro ponto que emerge da codificação jurídica, e que merece nossa atenção, é um conceito derivado que podemos rotular como *vernáculo jurídico*. O vernáculo jurídico acontece porque em sede de positivismo jurídico a codificação jurídica aponta as peculiaridades que são pertinentes aos Estados Nacionais diante do Estado Internacional. Com o vernáculo jurídico o que queremos dizer é que a codificação jurídica permite uma linguagem de conformidade em retratar as originalidades nacionais de um mundo jurídico próprio da localidade, e que comumente não se confundem com as idiosincrasias alienígenas. E isto se justifica porque - rememore-se -, o que estamos fazendo é uma incursão no âmbito do Positivismo Jurídico. É que sob esta concepção uma verdade jurídica do Estado A não significa necessariamente a mesma verdade jurídica para o Estado B, C ou D. Com o

³⁷⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Lengua de los Derechos - La Formación Del Derecho Público Europeo Tras La Revolución Francesa**. op. cit., p. 150.

³⁷⁶ BEVILAGUA, Clóvis. **Filosofia Social e Jurídica**. Tomo II. op. cit., p. 192.

³⁷⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Lengua de Los Derechos. La Formación Del Derecho Público Europeo Tras La Revolución Francesa**. op. cit., p. 205.

³⁷⁸ PALASI, Jose Luis Villar. **La Interpretacion y los Apotegmas Juridico-Logicos**. 1. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1975, p. 48.

vernáculo jurídico reconhecemos a prática linguística onde a linguagem jurídica de um determinado Estado retrata o Direito que lhe é próprio.

5.8.1.3 Semiologia Jurídica e Sistema Jurídico: O Ordenamento Jurídico

Com vistas ao papel da mensagem jurídica pode-se afirmar que a codificação evolui para um momento apoteótico em que se configura um peculiar conceito que é o conceito de Ordenamento Jurídico, um sistema maior, este que na providência última do que devemos compreender da positividade jurídica é reconhecido como uma “totalidade organizada, um conjunto orgânico de elementos ou subsistemas que são interdependentes, um conjunto que não é uma simples soma ou adição de partes”³⁷⁹, e por isso constituindo algo distinto e além dos seus componentes. Podemos dizer com isto que o ordenamento Jurídico é um sistema maior que abrange subsistemas, equacionando-os numa composição única.

Com esta fisionomia que brota de uma peculiar forma de linguagem, o Direito como ordenamento jurídico passa a ser compreendido como um conjunto de mensagens jurídicas em vários aspectos e imperativos, dotados eles de significantes próprios³⁸⁰. E estes significantes para serem reconhecidos como próprios só adquirem esta qualidade porque fazem parte integrante e no bojo do ordenamento jurídico. Não há, pois, que se confundir a linguagem que brota do ordenamento jurídico com a linguagem que brota de uma ambiência comum ou vulgar. Nisto distingue-se a linguagem jurídica da linguagem comum ou vulgar. Assim, quem dá juridicidade à linguagem do Direito é o ordenamento jurídico. Dessarte, não se pode confundir um determinado instituto no contexto do ordenamento jurídico, com ele mesmo fora deste contexto. Neste caso, por exemplo, a ideia de personalidade pode indicar uma individualidade ou algo pessoal, mas no contexto do ordenamento jurídico a sua significação não é a mesma do contexto que se considera no âmbito da Psicologia. No primeiro caso tratamos com ciência normativa, enquanto que no segundo caso tratamos com ciência que estuda o comportamento humano concernente aos fenômenos psíquicos. A linguagem a ser desenvolvida em ambos os casos assume significados diferenciados.

³⁷⁹ NAVARRO, Francisco Gonzalez. **Lo Fático y Lo Sígnico - Una Introducción a La Semiótica Jurídica**, op. cit., p. 373.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 374.

O ordenamento jurídico que é oriundo dos códigos, ao mesmo tempo em que ele se caracteriza como um estado de ordem (comando, mandamento), porque congrega normas jurídicas dotadas de autoridade mandamental e de ordenação (e não apenas de recomendação), também ele traz consigo a característica de uma organização onde estas normas haverão de ocupar posições devidas de coerência e acertamento, principalmente de forma interna no sistema. Nesta organização, e por força de uma colocação racionalista própria, estas normas vão ocupar justaposições tanto numa linha vertical de hierarquia, como numa linha horizontal de coordenação. Com isto é possível se reconhecer uma linguagem jurídica extraída de um Código (ou dos Códigos), onde se torna possível caracterizar e aproximar Código, Ordenamento Jurídico e Sistema Jurídico. Estes três aspectos serão eficazes na condução da linguagem jurídica. E esta realidade constitui algo imanente que repercute num resultado providencial para o Direito, visto que ao mesmo tempo em que se identifica a sistematicidade no Direito, também se possibilita com isto a sua positividade. Isto numa realidade linguística que concretiza para o analista um fenômeno capaz de tornar consistente e apresentável um mundo que é próprio: O mundo jurídico. Na compreensão filosófica geral, seguindo para uma Filosofia especial - a Filosofia do Direito - este mundo é o que constitui a Ontologia Jurídica. Assim, para nos congratularmos com o que possa nos convencer acerca do *ser* do Direito, uma conduta analítica como própria do jurista não pode deixar de reconhecer que aqueles três aspectos referidos - código, ordenamento jurídico e sistema jurídico - se implicam de forma mútua, sendo que o ordenamento jurídico em especial, como algo que retrata o Direito positivado, vai ocupar uma teleologia - finalismo - na concretização deste último.

A experiência jurídica, quando o foco é a compreensão do Direito como sistema positivo, leva àquela conclusão. Por consequência, a linguagem jurídica a ser desenvolvida no âmbito do Direito será aquela produzida com uma circularidade nesta dimensão - do Direito. Dessume-se, pois, uma linguagem que é produzida e emanada do ordenamento jurídico, onde a semiologia aí encontrada - como semiologia jurídica - vai trabalhar com os significantes e os significados que são tornados possíveis pelo próprio ordenamento.

Como podemos perceber por uma noção inauguradora, o ordenamento jurídico tem a providência de, num papel genérico, gerar duas espécies de consequências. Isto quando colocamos em pauta a presença da linguagem por ele produzida.

Num primeiro caso é reconhecer que ele em si já é uma linguagem. Neste caso não podemos desprezar o fato de que a forma como ele se apresenta para o Jurista assumo ele em si já uma linguagem, que é a linguagem normativa, com o encadeamento dos seus institutos albergados nas normas. A linguagem normativa que o ordenamento apresenta providencia o

fenômeno em *pôr* o Direito como algo direcionado e presente na vida das pessoas. Nisto há uma significação que é própria de uma linguagem reconhecida como jurídica e que forceja o papel da semiologia jurídica. Conforme comentamos acima, o ordenamento jurídico neste ponto deixa entrever uma organização mediante uma justaposição tanto vertical de hierarquia subordinadora, como horizontal de coordenação. Com isto a significação da palavra jurídica vai estar envolvida pela relação que os institutos jurídicos apresentam entre si. Assim, a semiologia jurídica que surge na dimensão da ideia de *cidadania*, por exemplo, haverá de contar com a presença dos conceitos jurídicos que são extraídos - conjuntamente - através da significação que vamos encontrar nos *direitos políticos*, na ideia de *dignidade*, e também na ideia de *liberdade*, como estabelecidos no regime jurídico que o Direito Constitucional (Constituição) estabelece. Considerando estas particularidades jurídicas construímos a significação de cidadania. Da mesma forma acontece ao estabelecermos uma noção de *contrato jurídico* no Direito Civil, em que se verifica um ajuste ou convenção ente duas ou mais pessoas no sentido de constituir, resguardar, modificar ou extinguir direitos. Para isto não se deixa de considerar aspectos envolvendo o Direito das Obrigações. Estes são dois modelos apenas para exemplificar, mas todo o ordenamento trabalha com esta lógica de implicação e significação jurídica. O que se percebe é uma maleabilidade em que os institutos convivem num processo de implicação interativa no campo das significações. Os institutos, portanto, se implicam no campo das significações e sob um mecanismo de transferência significativa (significação) de um instituto para outro, tanto numa forma direta como numa forma indireta e recíproca. Mas neste fenômeno é fundamental não se descuidar nunca do que lembramos como justaposição, tanto hierárquica (subordinação) como de coordenação.

Para o alcance daquela justaposição é indispensável reconhecer a existência da composição geral do ordenamento jurídico, onde a linguagem haverá de conservar sempre aspectos comuns de significação própria de um mundo jurídico, afastando-o de outras províncias que não o Direito. Para isto é salutar estabelecer tanto o seu sentido *estricto* como o seu sentido *lato*. Em ambos os casos o ordenamento jurídico, com sua linguagem, providencia uma apresentação positiva do Direito (Direito posto).

No sentido estrito o ordenamento jurídico, com sua linguagem - com seus princípios e normas escritas -, constitui aquilo que a codificação (Código) apresenta em determinado momento mediante o que providenciou o Estado através da sua função primordial para isto, que é a função legislativa. Tanto uma função legislativa ordinária (Parlamento constituído) como uma função legislativa constitucional (Poder Constituinte). As codificações postas pela função legislativa (Código Civil, Código Penal, Código de Processo, leis esparsas,

Constituição) são formas estritas, cuja linguagem se apresenta de forma codificada ao jurista com uma organização rigorosa no arranjo dos seus enunciados (normativos). Frise-se que a linguagem estrita que brota e emerge da codificação tende a se estender e a influenciar o ordenamento jurídico em geral, atingindo tanto a forma codificada em si como os atos jurídicos (públicos ou oficiais e privados) que forem praticados com base nele. Isto pelos efeitos jurídicos que são gerados pela norma jurídica e enunciados pela linguagem, e que pode ser de duas naturezas básicas: primeiro um efeito propriamente dito e direto como o conjunto das consequências que o ordenamento jurídico estabelece, e segundo um efeito indireto organizativo envolvendo modificações qualitativas e quantitativas no mundo real³⁸¹.

No seu sentido lato o ordenamento jurídico com sua linguagem abrange, ainda mais, além das normas escritas (codificadas), também os atos jurídicos oficiais como decisões e sentenças e os atos jurídicos no âmbito da iniciativa privada, unilaterais e bilaterais, como no caso das disposições de vontade e dos contratos que são entabulados. O que se verifica então é que desde um sentido estrito (codificação, leis esparsas, regulamentos) até um sentido lato (decisões, atos administrativos, sentença, atos de iniciativa privada como os contratos), temos a produção em circularidade de uma linguagem jurídica que é própria, o que comparece também para caracterizar o ordenamento jurídico diante dos demais sistemas em geral. Por isso também, como a sua linguagem demonstra, o ordenamento jurídico deve ser considerado como um sistema próprio, não podendo ser confundido com outras formas sistêmicas que existem na vida social. No conjunto de todas as suas ramificações e implicações interativas que brotam do seu bojo, diante dos incontáveis entes que possam ser gerados, a linguagem produzida chega a desenvolver o papel providencial de uma unidade, por força de uma aproximação conceitual na identificação do que possa fazer parte - ou pertencer -, ou não, do âmbito do ordenamento jurídico. Então, até a sua unidade pode ser também distinguida através da sua linguagem. É que a realidade do ordenamento jurídico pode contar com um entrelaçamento de princípios e normas com origens diversas, tanto pública como privada³⁸², uma particularidade que envolve a essência do ordenamento jurídico. A linguagem jurídica que é dotada de conceitos peculiares providencia, neste caso, uma aproximação.

Num segundo caso, ao lado da linguagem normativa através da qual o ordenamento jurídico providencia uma organização mandamental, prescritiva ou de ordenação (emitir ordem), verifica-se nele também uma linguagem que deixa perceber enunciações lógicas. O

³⁸¹ PALASI, Jose Luis Villar. **La Interpretacion y los Apotegmas Juridico-Logicos**. op. cit., p. 25 - 26.

³⁸² NAVARRO, Francisco González. **Lo Fático y Lo Sínico - Uma Introdução a La Semiótica Jurídica**. op. cit., p. 373.

ordenamento jurídico não pode descuidar deste ponto que é fundamental ao discurso que ele apresenta. Todos os enunciados normativos vão estar preenchidos desta característica. Por isso não devemos compreender que o cuidado com isto deve se verificar apenas e tão somente no momento de uma consideração teórica ao se analisar o ordenamento e fora dele, como normalmente se busca numa tratativa teórica de ciência jurídica. Ele em si já é portador disto. Assim, ao considerarmos a ideia de “linguagem-objeto jurídica” e de “metalinguagem jurídica”, conforme comentamos noutra oportunidade, o cuidado com relação a isto não se restringe à metalinguagem jurídica, aquela que se desenvolve no campo da ciência jurídica, mas ela acontece já no âmbito do ordenamento jurídico. É que os enunciados prescritivos do ordenamento são lógicos. E não poderia ser diferente, visto que o ordenamento jurídico é um processo no qual, seletivamente, ele afasta o caos de uma realidade que se pretende formalmente organizada. É que ele providencia e ao mesmo tempo se apresenta como uma “construção de alta complexidade estruturada”, uma complexidade que compreende a “totalidade das possibilidades de experiências ou ações”³⁸³, o que forceja a busca de uma linguagem mediante uma elaboração lógica. Com esta finalidade a linguagem jurídica do ordenamento não foge a um fenômeno que se verifica de igual forma na linguagem comum. Na organização desta “realidade” busca-se estabelecer correspondência lógica entre situações que necessitam desta correspondência. Como indaga de forma oportuna Henri Lefebvre: “Como poderia não existir correspondência (e correspondência garantida, articulação) entre a grade dos lugares (topias) e a grade da linguagem”, diante de uma realidade ao mesmo tempo complexa e caótica?³⁸⁴. Esta colocação oportuna do filósofo francês bem se equaciona com o que estamos tentando dizer, no sentido de que a linguagem produzida no bojo do ordenamento jurídico se pauta inteiramente por uma construção lógica, pelo que se percebe pela própria disposição dos institutos jurídicos conforme lembramos acima no processo da sua organização de verticalização e de coordenação. Portanto, há que se organizar na linguagem jurídica a realidade do Direito, numa organização racionalista, onde devam comparecer os modelos jurídicos nos seus lugares devidamente equacionados. Na medida em que se faz necessário a justaposição dos modelos jurídicos, também a linguagem a ser observada será rigorosa na sua construção lógica. Se assim não fosse - ou não for - o ordenamento jurídico sofreria - ou sofrerá - golpe de morte, deixando de subsistir não só na sua eficácia, mas também ele mesmo como sistema jurídico. Quando a linguagem cuida deste aspecto ela

³⁸³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. op. cit., p. 12.

³⁸⁴ LEFEBVRE, Henri. **Lógica Formal - Lógica Dialética**. op. cit., p. 32 - 33.

providencia um cuidado em estabelecer uma relação entre a lógica e a realidade, que no caso trata-se de uma relação com a realidade jurídica - ordenamento jurídico positivo. É também, em outras oportunas palavras, dizer que ela se encarrega ao mesmo tempo de uma providencial ligação entre a lógica jurídica e a ontologia jurídica no âmbito do Direito Positivo.

5.9 LINGUAGEM JURÍDICA E UNIDADE JURÍDICA. A PALAVRA JURÍDICA, A CONSCIÊNCIA JURÍDICA, E A EFETIVIDADE DO DIREITO

Conforme tivemos a oportunidade de perceber, a linguagem do ordenamento jurídico, como linguagem sistêmica, é uma linguagem de conjunto. Não se faz, pois, uma busca dos significados jurídicos pelos significantes através de uma construção apenas pontual, mas necessariamente uma busca de conjunto, ou seja, de forma conjuntural ou mesmo estrutural, onde o arcabouço jurídico é que possibilita e providencia uma compreensão da significação em todos os quadrantes implicativos dos (e nos) modelos jurídicos. Esta observância metodológica haverá de constituir e ao mesmo tempo retratar a verdade da Semiologia Jurídica, através da qual é possível visualizar com lealdade a mensagem jurídica no seu real significado. Nesta constatação fenomênica o que se verifica é uma via de mão dupla onde participa o sistema jurídico juntamente com a linguagem jurídica, esta última que é desenvolvida no interior do primeiro e retrata um contexto sistêmico. E isto se dá mediante uma particularidade significativa no sentido de se reconhecer uma interação constante entre ambos.

Embora a linguagem desenvolvida seja produto do sistema, ela também exerce influência na salvaguarda deste último. Isto na medida em que contribui para a própria caracterização do sistema, não só pela mensagem que rotula, mas também porque funciona como matriz conceitual. Como vimos é na linguagem onde se acomodam os conceitos. Como consequência é pertinente se reconhecer o papel da linguagem jurídica - ao lado do sistema - na condução acerca da unidade no Direito. E esta unidade é possível em razão da estrutura que a linguagem jurídica apresenta na dimensão elástica em que é desenvolvida. É que é através da estrutura que a linguagem apresenta e propicia em concomitância a seleção prévia

dos significados para uma escolha rápida, e ao mesmo tempo fluente e coerente sobre a verbalização³⁸⁵a ser desenvolvida, produzida e também articulada pelo jurista.

Falar da unidade no Direito naquilo que a linguagem jurídica propicia é considerar pontos fundamentais de conformidade, harmonia e identidade de um mundo que é pertencente apenas ao mundo jurídico. Neste particular aspecto a linguagem jurídica, por inspiração do sistema jurídico, vai se pautar como tentáculos fundamentais na percepção e ao mesmo tempo na apreensão das situações, circunstâncias e contingências que devam ser alçadas à condição do jurídico, e daí exercer os seus registros na composição de um patrimônio teórico pertencente apenas ao Direito. Ao desempenhar este papel de unificação do Direito, a linguagem jurídica contribui significativamente para dirimir e distinguir o sistema jurídico de outros possíveis sistemas na vida social, ou seja, de um sistema econômico, de um sistema político, de um sistema sociológico, de um sistema psíquico, etc., em função dos termos e expressões que lhe são próprios. É bem verdade que o sistema jurídico como um sistema maior - como vimos um supersistema porque o Direito é o único ente que se intromete em todas as searas da vida social -, quando comparado a todos os demais, deve ser cioso e cuidar da linguagem desenvolvida como forma de preservar o purismo da mensagem jurídica pelas implicações conceituais. É que um conceito jurídico não é o mesmo que um conceito econômico, que um conceito político, que um conceito sociológico, etc. conforme já consideramos alhures. Cuidar deste aspecto, repita-se, redundando na unidade jurídica pela suas implicações conceituais.

Mas advirta-se oportunamente que sempre que falamos em linguagem jurídica, para uma composição da unidade jurídica, isto tem a ver também com a própria ideia de *palavra jurídica*. É que a palavra jurídica enquanto termo ou vocábulo dotado de significação, constitui a menor porção material que compõe a linguagem jurídica. Por isso, ao tratar da linguagem jurídica devemos atinar para o *sentido* das palavras que emergem do sistema jurídico, sem lhes atribuir sentido diverso, sob pena de causar com isto uma modificação normativa. A palavra jurídica, da mesma forma que acontece com a palavra em geral por um aporte de significação, deve ser compreendida do ponto de vista lógico como um substrato ou caldeamento, representando com isso um estado de demarcação pela consciência, que no caso deve ser compreendida como *consciência jurídica*. Então, a palavra jurídica demarcada pela consciência jurídica apresenta um divisor entre esta última e o mundo natural. Por isso assiste-se uma diferenciação entre o mundo jurídico construído (edificado) e o mundo natural

³⁸⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. op. cit., p. 54.

espontâneo (não construído). E da mesma forma como acontece na linguística geral, onde é possível se reconhecer a ocorrência da generalidade das significações das palavras - com implicação a uma multiplicidade infinita de intuições possíveis -, e donde é possível uma unidade intencional de atos envolvendo tanto o ato constitutivo da palavra como a coisa que ela retrata³⁸⁶, também na linguística jurídica não se deve deixar de lado este fato. Assim, palavras como “parte”, “maioridade”, “menoridade”, “capacidade”, “incapacidade”, “competência”, “incompetência”, “pessoa física”, “pessoa jurídica”, “relação jurídica”, “Direito Público”, “Direito Privado”, etc, deixam perceber um sentido próprio e que será sempre o mesmo, com um desengate de generalidade para toda e qualquer situação jurídica, envolvendo tanto uma relação jurídica de um caso concreto como fora dela. Há, pois, uma generalização da palavra jurídica, da mesma forma como acontece com a palavra em geral onde uma mesma palavra pode abranger uma multiplicidade de intuições³⁸⁷, ou mesmo de situações. E a generalidade da significação da palavra jurídica projetando neste caso o jurídico, culmina por dotá-la e também credenciá-la de um sentido de unidade. Por isso ela é responsável pela unidade jurídica no Direito.

Considerar a linguagem jurídica no processo da unidade do Direito, dessume-se que as suas raízes brotam a partir de uma visão etiológica que é possível divisar do ordenamento jurídico, tanto no seu sentido *estricto* como no seu sentido *lato*, conforme registramos anteriormente. No sentido estrito não temos dúvidas sobre isso pelo que se verifica no sistema positivo através das normas, regras e princípios (escritos, positivos) que emergem do próprio sistema jurídico posto. Já no sentido lato a explicação disto ganha um descortino mais complexo através das enunciações que possam ocorrer transcendendo o sistema jurídico posto, mas que deixa sua marca de implicação jurídica, e que não passam despercebidas pela linguagem jurídica. Muitas conclusões jurídicas vêm do reforço destas enunciações por um processo de encadeamento lógico.

Registre-se que no sentido lato em que se constata aqueles reforços enunciativos, pode ocorrer que a linguagem jurídica do sistema transcenda o Direito escrito tratando também das reminiscências, como é o caso dos brocardos e sentenças que enfeixam as convicções que emergem das tradições jurídicas, e que passam *a latere* do sistema positivo, mas que acontecem como argumentação de reforço deste último porque a ele são referentes e a ele dizem respeito. É bem verdade que estas passagens haverão de participar da realidade jurídica

³⁸⁶ HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas**. op. cit., p. 25 - 26.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 27.

a ser enfrentada pela linguagem jurídica. Disto não temos dúvida, mas sempre com o cuidado da sua pertinência com o sistema considerado. Assim, tanto os princípios gerais como os brocardos e sentenças proferidas nas convicções jurídicas (apenas para citar como ex. *fumus boni juris*, *periculum in mora*, *pacta sunt servanda*, *lex posterior derogat priori*, *lex superior derogat inferiori*, *lex specialis derogat generali*, *suum cuique tribuere*, *neminem laedere*, *nula poena sine lege*, *nemo iudex sine lege*, *aberratio criminis*, *aberratio ictus*, *accessorium sequitur principali*, entre outros incontáveis modelos), num exercício de razoabilidade com uma perspectiva argumentativa de êxito jurídico - mesmo que deixando de fazer parte expressa do sistema positivo -, são modelos buscados pela linguagem jurídica para o processo composicional dum a explicação que se pretende alicerçar a verdade jurídica. Estes pontos transcendentais são alcançados pela linguagem jurídica com seus tentáculos, sempre sob uma observância de lógica jurídica, e naquilo que possa ser acomodado na ambiência de um sistema jurídico mais abrangente.

Frise-se, ademais, que a linguagem jurídica - composta pela palavra jurídica - que emerge do sistema jurídico e desempenha o papel pela unidade jurídica - ao mesmo tempo que retrata a consciência jurídica - será responsável, mediante as providências que apresenta, também por repercutir e sustentar a própria efetividade do Direito. Assim, da unidade jurídica e da consciência jurídica, com ela segue-se também e como consequência a efetividade do Direito. É que a linguagem jurídica, pela verdade que descortina através dos conceitos que sedimenta e que são produzidos numa dimensão sistêmica que lhe é própria, não é o mesmo que a linguagem sociológica, a linguagem econômica, a linguagem psicológica, a linguagem física, etc. Ela é uma linguagem que existe sempre e em circularidade com o próprio sistema jurídico, este que constitui o núcleo em torno do qual ela gravita.

CONCLUSÃO

Com uma discussão acerca da Teoria do Direito com vistas à ideia de sistema, e naquilo que é salutar para uma confirmação da teoria científica - e com uma consequencialidade para o reconhecermos como um Sistema Jurídico -, a sua configuração quando se trata de equacionar o fenômeno jurídico propende, como entendemos, para um sistema fechado. Este entendimento culmina na linha teórica e doutrinária de Hans Kelsen e Norberto Bobbio, após verificarmos uma trajetória envolvendo especialidades como a Física, a Química, a Biologia (Bertalanfy, Maturana e Varela), passando pelas Ciências Sociais (Talcott Parsons, Niklas Luhmann), e também pela própria Ciência Jurídica (Gunther Teubner). Com isto o sistema jurídico se afasta da condição de um sistema aberto, como comumente se verifica no âmbito das ciências naturais, onde a funcionalidade sistêmica convive com uma troca imediata e submissa a mecanismos de informação, matéria e energia. É que o sistema jurídico na sua particularidade impõe condições *a priori* sempre de natureza jurídica - onde converge a sua circularidade -, para que determinada situação fenomênica seja levada à condição do jurídico - ou não -, e na medida dos pressupostos que são eleitos por ele mesmo. O que se tem então é um fechamento por um controle formal. Esta constatação no sistema jurídico é possível se equacionar já a partir de um *princípio binário* com implicação de polaridade, e onde deparamos com um limitador lógico que emana do próprio sistema, e que define e estabelece os conceitos *jurídico/não-jurídico*, ou *legal/ilegal*.

A verificação da clausura sistêmica no Direito é possível tanto no sentido da sua operacionalidade como também quando exerce cognição. É que neste último caso dizer que o Sistema Jurídico é aberto no exercício da cognição, ou dotado de abertura cognitiva com relação aos problemas que ocorrem em outros subsistemas, isto não significa necessariamente que o sistema é aberto. Ao contrário, isto é uma comprovação de que mesmo neste setor ele também estabelece uma forma de clausura. É que o que se faz na verdade é exercer uma *compreensão cognitiva de seletividade* para a solução do problema com vistas a aplicação do Direito, e só do Direito - aquele que emana do sistema jurídico. E isto acontece porque neste momento ao se exercer o conhecimento (cognição) que é necessário, o que se faz é filtrar os mecanismos e os elementos da sua aplicabilidade, cuja solução será oriunda do próprio Sistema Jurídico e não de qualquer outro subsistema (social) alienígena a ele. O processo que acontece aqui é um processo cognitivo/aplicativo do Direito. Isto é o que constitui o alcance teleológico da pragmática jurídica. O conhecimento que se dá então é um conhecimento

jurídico, eis que oriundo do Sistema Jurídico com todas as suas implicações de funcionalidade e aplicabilidade. É que o Sistema Jurídico conhece para solucionar juridicamente, e não apenas por mero diletantismo do “conhecer”, numa estrita relação de que o que importa é a verdade jurídica. Esta é a realidade científica que deve ser compreendida com o Direito, da mesma forma como acontece em outros ramos científicos nos seus respectivos campos específicos de atuação. Com o Direito a metodologia não pode ser diferente. Em geral o que se verifica então é uma atuação sob o comando do Sistema Jurídico, e não sob o comando dos demais subsistemas com vistas a um Direito interpretado e elaborado diretamente e à volta dos acontecimentos (caso concreto), sem prévia organização ou sem uma prévia apriorística de filtragem jurídica. Ademais, é oportuno registrar que da mesma forma que o Sol ocupa o centro do nosso sistema planetário, com as transformações físico-dinâmicas e as radiações que nos possibilitam a vida, a égide do Direito Legislado ocupa o centro do Sistema Jurídico pelo que se percebe dos princípios da estática jurídica - ou sistema estático -, e da dinâmica jurídica - ou sistema dinâmico - (Kelsen), na vida do Direito Positivo.

No seu apriorismo o Sistema Jurídico previne, como condutor, três situações básicas na atuação do jurista, e que envolve a *produção*, a *interpretação* e a *aplicação* do Direito. Esta consagração apoteótica de fechamento no Sistema Jurídico é confirmada por nós em três setores básicos e fundamentais da realidade jurídica, e que são extraíveis da experiência jurídica. São eles: a *autonomia jurídica*, a *valoração jurídica*, e a *linguagem jurídica*. Cada um desses setores comparece e contribui substancialmente por apresentar o fenômeno jurídico sob uma peculiaridade, que no mundo fenomênico em geral contribui por não confundi-lo com qualquer outro fenômeno; tanto com relação àqueles que acontecem no mundo natural, como com relação àqueles que acontecem no mundo formal. Ademais, frise-se que esses três setores quando isolados se anulam na caracterização, mas uma vez conjugados são providenciais por significarem, também cada um deles, formas de organização com consequências tanto estática como dinâmica, e que por isso são reconhecidos como fatores essenciais composicionais de um sistema maior, ou seja, de um *supersistema* que é o Direito Positivo diante dos demais subsistemas sociais. Esta composição plena do Sistema Jurídico acontece porque com isto ele não só identifica, mas também credencia e abaliza o Direito em ser reconhecido como o único ente que se intromete em todas as searas da vida social.

Daqueles três fatores básicos - autonomia, valoração e linguagem -, onde sedimenta a clausura do sistema jurídico, extraímos a etiologia da *efetividade* do Direito. Esta efetividade, conforme pudemos constatar numa avaliação analítica, deve ser focalizada em dois sentidos e com efeitos próprios. Num sentido *interna corporis* ou intra-sistêmico, com um efeito

estrutural e de estabilidade no Direito, e num sentido *externa corporis* ou extra-sistêmico, com efeito de concreção para uma eficácia social, contando neste último caso com o papel da eficácia da norma jurídica.

Através da autonomia jurídica se assenta uma demarcação do Direito como um ente que existe e caminha em linha própria. Com a autonomia jurídica ele adquire um credenciamento neste sentido, dotando-o de mecanismos que o identifica tanto de forma estática como de forma dinâmica. Esta sua demarcação acontece por mecanismos de essência que elegemos no Sistema Jurídico como a *unidade*, a *autorreferencialidade*, a *autocriação* (autoprodução ou autorreprodução), a *autointerpretação* e a *autoaplicação*.

Com a unidade viabiliza-se um estado de “ordem”, onde as condutas humanas se materializam num sistema de normas, ao mesmo tempo em que do ponto de vista lógico ela é responsável por uma *vis attractiva* ao sistema jurídico, ou seja, uma força de preservação do que é jurídico e que concomitantemente afasta o que não é. Como recurso técnico do ponto de vista teórico na identificação da unidade, temos como primeiro ponto a considerar a ideia de *norma fundamental* na visão de Kelsen e Bobbio, pela providência que traz ao sistema normativo. Mas identificamos também num desdobramento disso, e como procuramos relatar que sobressai o papel desempenhado pelos *axiomas jurídicos*, pelos *princípios jurídicos*, pelas *regras jurídicas* e pelas *normas jurídicas*. Estas figuras com peculiaridades próprias comparecem como responsáveis por gerar efeitos asseguradores da unidade no Sistema Jurídico, propiciando-lhe uma estabilidade definidora do fenômeno jurídico diante do mundo fenomênico em geral.

Com a autorreferencialidade - cujas bases iniciais podemos remontar à ideia da autopoiese na Biologia (Maturana e Varela) seguindo-se para uma aplicação ao Direito (Niklas Luhmann, Talcott Parsons e Gunther Teubner) -, identifica-se uma qualidade própria na qual o Direito existe em si mesmo e por si mesmo, e donde é possível reconhecer uma autossuficiência de forma ciosa e tutora com relação aos mecanismos de uma teoria científica envolvendo tanto a ideia de objeto como a ideia de metodologia.

Da autorreferencialidade segue-se a autocriação, a autointerpretação e a autoaplicação. Com a autocriação - que pode ser entendida também como autoprodução ou autorreprodução - se enseja no contexto objetivo a ideia de que somente o Direito pode criar e produzir o Direito, regrando e regulamentando a sua criação mediante condicionantes de positividade jurídica tanto de ordem formal como de ordem material, o que gera um critério formal - com observância a certas regras procedimentais - por um lado, e também um critério material de

outro - com observância a substancialidades pressupostas pelo próprio Sistema Jurídico positivo.

Na autointerpretação o que temos é uma consagração da verdade jurídica baseada no sistema jurídico positivo, como sugere o sistema jurídico, sem inquietação com provocações ou suposições alienígenas a ele, e onde os fatos naturais ou sociais devem sofrer uma transposição e acomodação no seu interior, numa equação lógica de hipótese fático/jurídica com uma conseqüente incidência do Direito. Advirta-se que com a autointerpretação o que se reafirma é uma atuação metodológica na qual a interpretação acontece de forma que apenas o sistema jurídico comparece como referencial numa atividade interpretativa. Dessarte toda norma jurídica é norma jurídica por pertencer a um sistema jurídico. E toda norma jurídica será assim considerada quando medida sob um caráter geral (norma abstrata), e quando medida sob um caráter particular (norma concreta).

O mesmo critério que se observa para a autointerpretação é o critério que se observa para a autoaplicação, porque da autointerpretação segue-se a autoaplicação, esta que na essência é a aplicação do próprio sistema jurídico. A aplicação depende da interpretação à qual está ligada umbilicalmente, quando da seleção da verdade jurídica a ser seguida no momento de se equacionar a ocorrência fática e a incidência do sistema jurídico. Ademais, o que se percebe no caso é uma relação entre Constituição e Lei, e entre Lei e sentença judicial. Registre-se ainda por oportuno que uma nota caracterizadora que exige o reconhecimento da autoaplicação, é o fato de que quando da solução dos problemas jurídicos, o Direito convive com uma atuação mediante uma profilaxia dialética pela sua natureza em resolver conflitos humanos (mundo do dever ser), diferentemente do que se verifica em outras searas do conhecimento (mundo do ser).

Também da conformação sistêmica sobressai a valoração jurídica. Com a valoração jurídica pretendemos afirmar o fato de que o sistema jurídico se constitui num arcabouço valorativo. Mas advirta-se que o conceito não se prende a uma conceituação de teoria filosófica pelo desenvolvimento de uma gnosiologia crítica, mas a uma conceituação de teoria científica, e neste caso sob o reconhecimento de que esta desenvolve métodos próprios que são orientados em descrever situações relevantes (valores). Com isto o sistema jurídico se constitui num arcabouço de valores jurídicos, aqueles que são eleitos para a composição do Direito Positivo, e neste caso compete à teoria científica descrevê-los e interpretá-los como se apresentam para esta finalidade. O sistema jurídico então é que constitui a valoração jurídica, donde podemos reconhecer da experiência jurídica o fato de que as normas jurídicas passam a assumir e expressar valores que são fundamentais para o homem e para a sociedade. Por isso é

oportuno lembrar que a ideia de valor como um conceito geral perde-se no âmbito fenomênico geral, como aponta a Filosofia Geral, mas naquilo que diz respeito ao Direito Positivo a sua caracterização como valoração jurídica vai obedecer a um padrão de referência, e por uma relação direta com uma realidade de ontologia jurídica que emana apenas do sistema jurídico.

Ao transcendermos de uma dimensão filosófica para uma dimensão científica, e com uma pertinência no Direito Positivo, o fenômeno da valoração para o sistema jurídico, deve ser focalizado e analisado desde uma motivação anteposta como a ideia do *justo filosófico*, do *justo legal* e da *moralidade social*, até a sua confirmação através das modalidades específicas de valores, aquelas que são elencadas pelo sistema jurídico como, por exemplo, a *justiça*, a *segurança jurídica*, a *previsibilidade jurídica*, a *estabilidade jurídica*, a *definitividade das soluções jurídicas*, entre outras.

Ao constatarmos essas modalidades de valor jurídico que promanam do sistema jurídico, necessário faz-se tornar lúcido o papel da Ciência Jurídica diante de um valor jurídico. Na aproximação entre Ciência Jurídica e valor jurídico pode ocorrer um enigma, na medida em que a Ciência Jurídica deve se pautar por uma neutralidade axiológica. Neste caso a forma técnica para se afastar teoricamente o problema está no fato de que a Ciência Jurídica não “valora” as circunstâncias encartadas no Sistema Jurídico, como faz a Filosofia do Direito, mas apenas descreve os valores jurídicos que já estão encartados no sistema. O papel de encartar ditos valores no sistema coube já previamente ao próprio Direito Positivo.

A valoração jurídica no Sistema Jurídico (Direito Positivo) acontece mediante uma compatibilidade lógica, onde se constata um juízo de valor através de *proposições prescritivas* (dever ser), nas quais se relevam determinadas circunstâncias à condição do jurídico e que emanam da norma jurídica, enquanto que a descrição desta valoração sob uma neutralidade axiológica acontece também mediante uma compatibilidade lógica na dimensão da Ciência Jurídica, mas através de *proposições descritivas* (descreve-se o que já é pela dimensão da positividade). Em resumo, a norma jurídica (Direito Positivo) implica num *juízo de valor* ínsito nela mesma na medida em que exerce aprovação, reprovação, admissão ou inadmissão, mas a Ciência Jurídica por seu turno caminha pela neutralidade axiológica sem exercer qualquer preferência diante do Direito Posto, e na medida em que apenas interpreta este último e o descreve metodologicamente, ou seja, aquilo que para ela constitui e caracteriza uma suficiência da experiência jurídica. Resumidamente o que temos é que o sistema jurídico (Direito Positivo) elege os valores jurídicos, enquanto que à Ciência Jurídica como teoria científica incumbe interpretar e descrever esses valores.

Ainda da dimensão que brota do sistema jurídico devemos reconhecer um terceiro aspecto pontual como responsável por afirmar a teoria científica no Direito. Trata-se da linguagem jurídica, que ao lado da autonomia jurídica e da valoração jurídica, comparece por indicar a existência de uma linguagem peculiar do mundo jurídico. A linguagem jurídica como uma linguagem peculiar no Direito Positivo dá ao fenômeno jurídico não só uma caracterização com propriedade quanto a uma demarcação da sua ontologia jurídica (o *ser* do Direito), mas também um papel que é essencial à comunicação jurídica pelo discurso e pela retórica que propicia e desenvolve. O grande vórtice que podemos perceber e afirmar com a linguagem jurídica é uma resultante de teleologia, na qual identificamos uma objetivação de preservação com relação às coisas conceituais, definidoras e discursivas relacionadas com o mundo jurídico. Uma característica básica então resultante que notamos com ela, e que contribui para o Direito Positivo, está relacionada com três providências consequentes e inconfundíveis que são a *unidade jurídica*, juntamente com a *palavra jurídica* e também com a *consciência jurídica*. Ao se providenciar a unidade jurídica, a palavra jurídica e a consciência jurídica, no âmbito de uma linguagem peculiar que é a linguagem jurídica, esta última deixa perceber conceitualmente uma fisionomia que não é uma fisionomia geral, mas uma fisionomia especial que é própria do mundo jurídico. Disto podemos extrair ainda, e como consequência, a própria *efetividade* do Direito.

Ao se discutir a linguagem jurídica comparece como marco inaugural o fato de que não devemos confundir a linguagem científica do Direito com a linguagem filosófica do Direito. A diferenciação significativa está na metodologia que é levada a efeito num e noutro caso, na medida em que ambas comunicam formas diferentes de conhecimento (conhecimento científico e conhecimento filosófico). A linguagem científica trata com o fenômeno jurídico como Direito Positivo, enquanto que a linguagem filosófica trata com o fenômeno jurídico como algo que pode se antepor e mesmo se pospor ao Direito Positivo, com uma providência de transcendência metafísica tanto num sentido como noutro. Ademais, numa contraposição entre uma e outra forma de linguagem podemos dizer que a linguagem filosófica pode colocar como alvo de observação tanto a ciência jurídica como a própria linguagem que aqui é desenvolvida, situação que *a contrario sensu* não se verifica. A linguagem científica só se volta para a Ciência Jurídica.

A linguagem jurídica como linguagem científica tem como principal forja o fato de se caracterizar como uma linguagem técnica e que emana do Sistema Jurídico, e donde provém uma Semiologia Jurídica com signo jurídico, codificação jurídica, conceito jurídico e definição jurídica, e que é resultado do fato de que *mais importante que os elementos isolados*

em si, são as relações que acontecem entre os elementos no interior do sistema. Por isso acontece não só os *institutos jurídicos* através das “expressões realizativas” (Austin), mas também a realização e ultimação prática das *relações jurídicas*. Das expressões realizativas a linguagem jurídica evolui ainda para as “orações realizativas” (Karl Olivecrona), como forma de evitar formulações irregulares, ao que cunhamos no nosso modo de ver a expressão “orações realizativas jurídicas”, com o objetivo não só de retratar o Direito mas também de organizá-lo. Com as orações realizativas jurídicas retratando e organizando o Direito, pode-se dizer que estamos transitando na dimensão da linguagem jurídica para um propósito de linguagem científica no Direito.

Ao reconhecermos que o Direito em si (conjunto de normas positivas) não pode ser confundido com a Ciência do Direito (Teoria), esta bifurcação compreensiva na linguagem jurídica abre espaço para o reconhecimento do Direito, como linguagem jurídica, sob a condição de *linguagem-objeto*, e a Ciência do Direito, também como linguagem jurídica, sob a condição de *metalinguagem jurídica*. Isto em razão das providências que são levadas a efeito em ambas as formas de linguagem. Com a linguagem jurídica objeto o Direito enuncia as suas prescrições, e que se identifica pela norma jurídica. Já em sede da metalinguagem jurídica a Ciência Jurídica reflete sobre a linguagem-objeto no processo de positividade jurídica, mas com compreensão lógica, conceitual e também de coerência, e donde devemos extrair uma linguagem correta, esta que constitui a essência para um pensamento também correto. Para isto ela propicia um controle necessário quanto às regras e critérios a serem observados pela linguagem jurídica, quando da operação científica, e também quando do discurso científico. Se na linguagem-objeto identificamos a norma jurídica, na metalinguagem identificamos a proposição jurídica como proposição descritiva, e neste caso como linguagem científica descontaminada de fatores deletérios como politização e ideologização partidárias.

Mas é bom lembrar que a linguagem jurídica, como uma linguagem peculiar, traz como consequência o fato de fazer existir uma semiologia jurídica, essencial para a retórica e para a comunicação jurídica. Neste caso a semiologia jurídica com enformação tanto na retórica como na comunicação jurídica, constitui-se em algo que emana do próprio Sistema Jurídico. Para isto a linguística vai envolver dois pontos fundamentais. O primeiro é o sujeito que fala, uma realidade que vai envolver não um sujeito comum, mas um sujeito especial, ou seja, o jurista como o sujeito da fala (oral ou escrita); o segundo é a existência de uma normatização (convenção) da língua nesta fala. Uma das consequências básicas neste último caso é reconhecer a existência dos signos, em que no contraponto entre o significado e o significante da língua, o signo se afirma como *significado codificado*, donde encontramos a

matriz para o *signo jurídico* como algo que é vinculado ao Sistema Jurídico, numa relação direta da qual ele extrai o seu sentido. Daí segue-se um desdobramento para o símbolo jurídico, para o conceito jurídico, para a definição jurídica, para a codificação jurídica, e finalmente para o ordenamento jurídico.

Registre-se que com a codificação jurídica a linguagem jurídica recebe uma conformação organizadora e retrata símbolos e sinais, onde a linguagem codificada vai atuar na autossuficiência do Direito mediante regras estruturantes para a comunicação jurídica. Então, com a semiologia jurídica na codificação jurídica a linguagem vai manipular algo que é pertinente a um ambiente genuinamente jurídico.

Por sua vez no âmbito do ordenamento jurídico devemos buscar a conformidade da linguagem num processo de justaposição mandamental dos institutos jurídicos albergados, tanto num sentido vertical de hierarquia como num sentido horizontal de coordenação. Nisto percebe-se a inquietação e o papel da palavra - ou das palavras - na linguagem jurídica, sob um mecanismo de comunicação interativa e de implicação palavra/palavra no âmbito das suas significações. Dessarte, a significação das palavras vai estar numa dependência da relação que os institutos jurídicos estabelecem entre si, o que sobressai do próprio regime jurídico que norteiam ditos institutos. A palavra *cidadania* oriunda dos direitos políticos no texto constitucional, por exemplo, vai se adequar na sua significação de conformidade com o que se lhe circunda também as palavras *dignidade* e *liberdade*. Há, pois, uma transferência de significação de um instituto a outro tanto de forma direta como de forma indireta, no mecanismo de justaposição hierárquica e de coordenação.

Na sua extensão, com a preservação da significação jurídica da linguagem, o ordenamento jurídico o faz tanto num sentido *estricto* como num sentido *lato*. No primeiro caso a linguagem se ocupa com os princípios e normas escritas que o ordenamento apresenta; no segundo caso a linguagem se ocupa, além das normas escritas, também com os atos jurídicos oficiais (decisões e sentenças), e com os atos jurídicos de iniciativa privada (unilaterais e bilaterais), como nos casos de disposição de vontade e dos contratos. Por estas dinâmicas que a linguagem jurídica apresenta é possível constatar também o papel que ela desempenha quanto à efetividade do Direito. Isto, em gênero, é o que podemos considerar como sintomas da semiologia jurídica no ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ACKER, L. Van. **Introdução à Filosofia - Lógica**. 1. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1932.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Lendas, e Tradições das Américas – Arqueologia, Etnologia e Folclore dos Povos Latino-Americanos**. 1 ed. São Paulo: Hemus, 1984.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **El Lenguaje Del Derecho - Definiciones e Normas**. 1. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

ALEXI, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. 1. ed. Trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALMEIDA, Napoleão Mendes de. **Gramática Metódica da Língua Portuguesa**. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 2. ed. Trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

_____. **Metafísica**. Livro IV, I, e Livro VI, I, 30. 1. ed. Trad. de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2006.

_____. **Política**. 3. ed. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997.

_____. **Retórica**. 1. ed. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.

ARNAUD, André-Jean. **Critique de la Raison Juridique - Où va La Sociologie du Droit?** 1. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

BACHELARD, Gaston. **A Filosofia do Não**. 2. ed. Trad. de Joaquim José Moura Ramos. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

_____. **O Novo Espírito Científico**. 2. ed. Trad. de Joaquim José Moura Ramos. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BARTHES, Roland. **La Antigua Retórica**. Trad. de Beatriz Dorriotis. Barcelona, Espanha: Ediciones Buenos Aires S.A, 1982.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1963.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. 2. ed. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria Geral dos Sistemas - Fundamentos, Desenvolvimento e Aplicação**. 4. ed. Trad. de Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes, 2009.

BEVILAQUA, Clóvis. **Filosofia Social e Jurídica**. Tomo II. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1976.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1. ed. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

_____. **O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito**. 1.ed. Trad. de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. 4. ed. Trad. de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, Sp: Editora Edipro, 2008.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BOLSANELLO, Aurélio; BOSCARDIN, Nicolau. **Caminho do Cientista**. 32. ed. São Paulo: Editora Coleção FTD, 1965.

BOUTROUX, Émile. **Aristóteles**. 1. ed. Trad. de Carlos Nougué. Rio de Janeiro: Editora Record, 2000.

BRENNAN, Richard P. **Gigantes da Física**. 1. ed. Trad. de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BULYGIN, Eugenio. **Uma Discussão Sobre a Teoria do Direito**. 1. ed. Trad. de Sheila Stolz. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

CAMARA JR., J. Mattoso. **Princípios de Linguística Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Acadêmica, 1972.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 5. ed. Trad. de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CARLYLE, Thomas. **História da Revolução Francesa**. 2. ed. Trad. de Antônio Ruas. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1961.

CARNAP, Rudolf. **Empirismo, Semântica e Ontologia**. 2. ed. Trad. de Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário - Linguagem e Método**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

_____. **Direito Tributário - Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CERAM, C. W. **Deuses, Túmulos e Sábios**. 10. ed. Trad. de João Távora. São Paulo: Melhoramentos, 1962.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

CHARDIN, Pierre Teilhard de. **O Fenômeno Humano**. 1. ed. Trad. de Léon Bourdon e de José Terra. São Paulo: Editôra Helder, 1963.

CHOMSKY, Noam. **Aspectos da Teoria da Sintaxe**. 3. ed. Trad. de Armando Mora D'Oliveira. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

CÍCERO, Marco Túlio. **Da República**. 3ed. Trad. de Amador Cisneiros. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

COMTE, Augusto. **Opúsculos de Filosofia Social**. 1. ed. Trad. de Ivan Lins e João Francisco de Sousa. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1972.

_____. **Discurso Sobre o Espírito Positivo**. Capítulo II – Destino do Espírito Positivo, Item I.

COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. 10 ed. Trad. de Fernando de Aguiar. Lisboa, Portugal: Livraria Clássica, Editora, 1971.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Filosofia do Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. **Curso de Direito Romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. 5 ed. Trad. de Antonio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **O que é a Filosofia?** 3. ed. Trad. de Bento Prado Jr. e Alberto Alonso Muñoz. Rio de Janeiro: Editora 34, 2010.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. 3. ed. Trad. de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DUGUIT, Léon. **Manuel de Droit Constitutionnel**. 4. ed. Paris: E. de Boccard, Éditeur, 1923.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. 1. ed., 4. reimpressão. Trad. para o Espanhol de Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel, 1999.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 7. ed. Trad. de J. Batista Machado. Lisboa- Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Lengua de los Derechos - La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa**. 2. ed. Madrid, Espanha: Civitas Ediciones S.A., 2001.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. 1. ed. Trad. de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Editora Landy, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão** - Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. Trad. de Ana Paula Zomer Sica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de Sistema no Direito**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.

_____. **O Direito, Entre o Futuro e o Passado**. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2014.

FEYERABEND, Paul. **A Ciência em uma Sociedade Livre**. 1. ed. Trad. de Vera Joscelyne. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

FISCHER, Steven Roger. **Uma Breve História da Linguagem – Introdução à Origem das Línguas**. Trad. de Flávia Coimbra. Osasco: Novo Século, 2009.

FOUREZ, Gérard. **A Construção das Ciências - Introdução à Filosofia e à Ética das Ciências**. 1. ed. Trad. de Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HART, H. L. A. **El Concepto de Derecho**. 2. ed. Trad. de Genaro R. Carrio. México: Editora Nacional, 1980.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. 4. ed. Trad. de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1990.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. 2. ed. Trad. de Marco Antonio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Ser e Tempo**. 5. ed. Trad. de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2011.

HERVADA, Javier. **Crítica Introdutória ao Direito Natural**. 2. ed. Trad. de Joana Ferreira da Silva. Porto: RÉ-S-Editora, 1990.

_____. **O que é o Direito? - A Moderna Resposta do Realismo Jurídico**. 1. ed. Trad. de Sandra Martha Dolinsky. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HESSEN, Johannes. **Filosofia dos Valores**. 5. ed. Trad. de Luís Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1980.

HJELMSLEV, Louis Trolle. **Prolegômenos a uma Teoria da Linguagem**. 3. ed. Trad. de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. 1. ed. Trad. de Christian Viktor Hamm e Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HÖSLE, Vittorio. **O Sistema de Hegel**. 1. ed. Trad. de Antonio Celiomar Pinto de Lima. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

HUISMAN, Denis; VERGEZ, André. **Curso Moderno de Filosofia**. 8. Ed. Trad. de Lélia de Almeida Gonzales. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1983.

HUSSERL, Edmundo. **Investigações Lógicas - Sexta Investigação**. 2. ed. Trad. de Zeljko Loparić. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

IHERING, Rudolf Von. **A Finalidade do Direito**. 1. ed. v. I e II. Trad. de José Antonio Faria Correa. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

_____. **A Luta pelo Direito**. 3. ed. Trad. de Richard Paul Neto. 1980. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

_____. **El Espíritu del Derecho Romano**. 1. ed. Trad. de Fernando Vela. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1947.

INGRAM, David. **Filosofia do Direito**. 1. ed. Trad. de José Alexandre Durry Guerzoni. Porto Alegre: Artmed, 2010.

JASPERS, Karl. **Introdução ao Pensamento Filosófico**. 1. ed. Trad. de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1965.

JUSTINIANO. **Instituições**. Livro I, Título II, Item 3. 1. ed. Trad. de Sidnei Ribeiro de Souza e Dorival Marques. Curitiba: Tribunais do Brasil Editora Ltda, 1979.

_____. **Digesto**. 7. ed. Trad. de Hécio Maciel França Madeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 3. ed. Trad. de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. 2. ed. Trad. de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. 1. ed. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1963.

_____. **O que é Justiça?** 3. ed. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Teoria Geral das Normas**. 1. Ed. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4. ed. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra-Portugal: Arménio Amado Editor, 1979.

KELSEN, Hans. COSSIO, Carlos. **Problemas Escogidos de la Teoria Pura Del Derecho – Teoria Egologica y Teoria Pura**. 1. ed. Trad. Carlos Cossio. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1952.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 12. Ed. Trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2013.

_____. **A Tensão Essencial**. 1. Ed. Trad. de Marcelo Amaral Penna-Forte. São Paulo: Editora Unesp. 2011.

LAHR, C. **Manual de Filosofia**. 3. ed. Trad. de G. P. Porto: Livraria Apostolado da Imprensa, 1945.

LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. 2. ed. Trad. de Fátima de Sá Correia. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 6. ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LEFEBVRE, Henri. **Lógica Formal - Lógica Dialética**. 1. ed. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1975.

LESSA, Pedro. **Estudos de Filosofia do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1916.

LIVET, Pierre. **As Normas**. 1. ed. Trad. de Fábio dos Santos Creder Lopes. Petrópolis: Vozes, 2009.

LOSANO, Mario G. Losano. **Os Grandes Sistemas Jurídicos - Introdução aos Sistemas Jurídicos Europeus e Extra-europeus**. 1. ed. Trad. de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Sistema e Estrutura no Direito. Vol. I**. 1. Ed. Trad. de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LOSEE, John. **Introdução Histórica à Filosofia da Ciência**. Trad. de Borisas Cimbliris. São Paulo: Itatiaia e USP, 1979.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.

_____. **Sociologia do Direito I**. 1. ed. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do Direito II**. 1. ed. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

MALBERG, R. Carre de. **Teoria General Del Estado**. 1. ed. Trad. de José Lión Depetre. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Argonautas do Pacífico Ocidental**. 3. ed. Trad. de Anton P. Carr e Lígia Aparecida Cardieri Mendonça. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

MARITAIN, Jacques. **A Ordem dos Conceitos - Lógica Menor**. 9. ed. Trad. de Ilza das Neves. Rio de Janeiro: Agir, 1980.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A Árvore do Conhecimento. As Bases Biológicas da Compreensão Humana**. 9. ed. Trad. de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena Editora, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979

MONCADA, Luís Cabral de. **Direito-Positivo e Ciência do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

_____. **Filosofia do Direito e do Estado**. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1995.

MONDIN, Battista. **Os Valores Fundamentais**. 1. ed. Trad. de Jacinta Turolo Garcia. Bauru: Edusc, 2005.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. 3. ed. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

MONTORO, André Franco. **Estudos de Filosofia do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**. 1. ed. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito - Introdução à Teoria e Metodica Estruturantes**. 3. ed. Trad. de Ana Paulo Barbosa-Fohrmann, Dimitri Demoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Miotto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Geraldine Ferreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NAVARRO, Francisco González. **Lo Fático y Lo Sínico - Una Introducción a la Semiótica Jurídica**. 1. ed. Navarra, Espanha: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1995.

NELSON, David L.; COX, Michael M. **Princípios de Bioquímica de Lehninger**. 5. ed, Trad. de Fabiana Horn. Porto Alegre: Artmed Editora S.A., 2011.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. Trad. de Elza Maria Gasparotto. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NÓBREGA, Vandick Londres da. **Compêndio de Direito Romano**. 8. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1976.

OLIVECRONA, Karl. **Language Jurídico y Realidad**. Trad. para o Castelhana de Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina S.A., 1968.

ORRUTEA, Rogério Moreira. **Curso de Filosofia do Direito**. Curitiba: Juruá, 2012.

OSPITALI, Giancarlo. **Istituzioni di Diritto Pubblico**. 5. ed. Padova, Itália: Casa Editrice Dott, 1966. p. 23 - 24.

PALASI, José Luis Villar. **La Interpretacion y los Apotegmas Juridicos-Logicos**. 1. ed. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1975.

PARSONS, Talcott; BALES, Roberts F.; SHILS, Edward A. **Apuntes Sobre la Teoría de la Acción**. 1. ed. Trad. de María Rosa Viganó de Bonacalza. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1953.

PEIRCE, Charles Sanders. **Escritos Coligidos - Gramática Especulativa**. 3. ed. Trad. de Armando Mora D'Oliveira e Sérgio Pomerangblum. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. **Escritos Coligidos - Escritos Publicados**. 3. ed. Trad. de Armando Mora D'Oliveira e Sérgio Pomerangblum. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. **Escritos Coligidos - Correspondência**. 3. ed. Trad. de Armando Mora D'Oliveira e Sérgio Pomerangblum. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica - Nova Retórica**. 2. ed. Trad. de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PICARD, Edmond. **O Direito Puro**. 1. ed. Trad. de Celso Furtado Rezende. Campinas: Editora Romana, 2004.

PLATÃO. **A República**. 1. ed. Trad. de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2006.

_____. **As Leis**. 2. ed. Trad. de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2010.

POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. 1. ed. Trad. de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.

PRIGOGINE, Ilya. **O Fim das Certezas**. 1. ed. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.

PUGLIESI, Márcio. **Teoria do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 6. ed. Trad. de Luís Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

_____. **Introdução à Ciência do Direito**. 1. ed. Trad. de Vera Barcow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 3. ed. Trad. de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAZ, Joseph. **O Conceito de Sistema Jurídico**. 1. ed. Trad. de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**. 5. ed. Vol. I. Trad. de H. Dalbosco e L. Costa. São Paulo: Paulus, 1990.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Fundamentos do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais e Editora da Universidade de São Paulo, 1972.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. **O Estado Moderno**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, Editora, 1935.

_____. **Teoria Tridimensional do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1986.

RICARDO, David. **Princípios de Economia Política e Tributação**. 3. ed. Trad. de Rolf Kuntz. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

ROBESPIERRE, Maximilien. **Discours Sur La Religion, La République, L'Esclavage**. 1. ed. Paris, França: Édition de L'Aube, 2006.

ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. 4. ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1977.

_____. **Tû - Tû**. 1. ed. Trad. de Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. 3. ed. Trad. de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

RUSSELL, Bertrand. **Lógica e Conhecimento**. 2. ed. Trad. de Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. 3. ed. Trad. de J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

SAUSSURRE, Ferdinand de. **As Palavras Sob as Palavras - Os Anagramas de Ferdinand de Saussure**. 3. ed. Trad. de Carlos Vogt. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

_____. **Curso de Linguística Geral**. 28 ed. Trad. de Antonio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2012.

SCHAMA, Simon. **Cidadãos - Uma Crônica da Revolução Francesa**. 1. ed. Trad. de Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

SCHLICK, Moritz. **Sentido e Verificação**. 2. ed. Trad. de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. 1. ed. Trad. de Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes, 2012.

SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SICHES, Luis Recaséns. **Tratado General de Filosofia Del Derecho**. 5ª ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1975.

_____. **Tratado General de Sociologia**, 1ª ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1956.

SILVA, DE Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. v. I. 3. ed. São Paulo: Forense, 1973.

SILVA, Maurício Rocha e. **A Evolução do Pensamento Científico**. São Paulo: Hucitec Ltda, 1972.

SMITH, Adam. **Investigação Sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações**. 3. ed. Trad. de Conceição Jardim Maria do Carmo Cary e Eduardo Lúcio Nogueira. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

TARSKI, Alfred. **A Concepção Semântica da Verdade**. 1. ed. Trad. de Celso Reni Braidá, Cesar Augusto Mortari, Jesus de Paula Assis e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Editora Unesp, 2006.

TAYLOR, F. Sherwood. **Pequena História da Ciência**. Trad. de Milton da Silva Rodrigues. São Paulo: Livraria Martins, 1941.

TELES, Antônio Xavier. **Introdução ao Estudo de Filosofia**. 22. ed. São Paulo: Ática, 1984.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Tratado da Consequência**. 5. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. 1. ed. Trad. de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. 3. ed. Trad. de J. A. G. Albuquerque. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

_____. **O Antigo Regime e a Revolução**. 3. ed. Trad. de Francisco C. Weffort. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

TROPER, Michel. **A Filosofia do Direito**. Trad. de Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VERNENGO, Roberto José. **Curso de Teoría General del Derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1995.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e a Sua Linguagem**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

WIEACKER, Franz. **Historia Del Derecho Privado de la Edad Moderna**. 1. ed. Trad. de Francisco Fernández Jardón. Madrid: Aguilar, 1957.

WITTGENSTEIN, Ludwig, **Investigações Filosóficas**. 3. ed. Trad. de José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

WRIGHT, Georg Henrik Von. **Norm and Action - A Logical Enquiry**. 1. ed. London: Routledge & Kegan Paul, 1963.