

O sistema jurídico e a influência dos fatores metajurídicos

Luís Henrique Martins dos Anjos

Advogado da União. Mestre e Doutorando em Direito Público do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGDir/UFRGS). Professor de cursos de graduação e pós-graduação nas áreas de Direito Constitucional e de Direito Administrativo.

Resumo: Examina os requisitos de autonomia científica do sistema jurídico, de sua abertura externa e do modo como ocorre a influência dos fatores metajurídicos sob a perspectiva autopoiética, permitindo o avanço científico do direito.

Palavras-chave: Sistema jurídico. Fatores metajurídicos. *Autopoieses*.

Sumário: Introdução – **Parte I** – Sistema externo aberto – **A**) Da externidade sistêmica – **B**) Da abertura sistêmica – **Parte II** – Metajuridicidade e *autopoiesis* – **A**) Da metajuridicidade – **B**) Da *autopoiesis* – Conclusão – Referências – ANEXO

Introdução

Nossa proposta é de examinarmos os temas relativos ao sistema externo, da abertura do sistema jurídico e da influência dos fatores metajurídicos sob a perspectiva autopoiética relativa. Antes de enfrentarmos este desafio, cumpre-nos abordar, preliminarmente, a noção de sistema, em especial o jurídico, e dos fenômenos da codificação e descodificação do direito.

O termo “sistema” é originário do grego *systema*, que significa conjunto, ordem, organização, totalidade, i.e., conjunto de elementos inter-relacionados, em que estes tanto podem ser conceitos ou seres reais, ou os dois ao mesmo tempo.¹ Já a palavra “sistemática” como adjetivo significa metódica, ordenada, que observa um sistema. Porém, o termo também vem sendo empregado como substantivo, em sentido igual ao de sistema, portanto naquele sentido de conjunto de normas, preceitos e institutos relativos a determinado assunto ou matéria. Assim, o verbo

¹ MACEDO, Sílvio. Sistema. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 69, p. 191-194.

sistematizar significa reunir, de modo coerente e ordenado, um conjunto de dados ou conhecimentos sobre determinada matéria.²

A palavra conceitual chave para sistema é “conjunto”,³ e não “ordem”, como se poderia pensar num primeiro instante. No século XI — ou na Idade Média de uma maneira geral —, trabalhava-se com a ideia de ordem, inclusive havia várias delas, cada uma baseada num direito particular, todavia inexistia o conceito de sistema⁴ e de Europa, enquanto conjunto dos povos daquele continente.

Dizer que o direito constitui-se num sistema é ideia facilmente aceita hodiernamente, sobretudo após ter o pensamento jurídico do século XX enfatizado e explorado a noção de ordenamento jurídico. Dilthey, já no século passado, usava o termo sistema em sua obra sobre as ciências do espírito, empregando-o para designar as realidades, entre as quais o direito, que compõem a sociedade.⁵ Mais recentemente, a noção de estrutura veio reforçar a ideia de sistematicidade do Direito, que os juristas já vinham utilizando, quando em outras áreas de investigação se passou a cuidar de uma genérica teoria dos sistemas.

Nem sempre se pensa, por outro lado, suficientemente no fato de que também o saber jurídico é sistemático, destacando-se a distinção que há entre as sistematicidades do Direito como objeto e a da ciência do Direito como organização de conhecimentos.⁶ Associada a isto, a atribuição de um viés sistemático do Direito, equivalendo a meralogicidade, racionalidade, implica, no mais das vezes, em ignorar o cunho histórico dos fenômenos jurídicos. Tal concepção deve ser repelida.⁷

A sistematicidade do Direito dá-se na história e tem uma história. A qualidade de sistema ligou-se ao objeto Direito como resultado de determinadas fases da experiência jurídica e do seu pensar respectivo, em conexão com padrões históricos bem definidos. Na pandectística,

² ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 69, p. 341.

³ A noção de conjunto é o ponto de partida para o conceito de sistema, mas não o seu sinônimo.

⁴ Equivocadamente denominado de época do “não direito”, pois o fenômeno que existiu foi o do particularismo jurídico.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria della scienza giuridica*. Torino: G. Giappichelli, 1950. p. 85-89.

⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

⁷ SALDANHA, Nelson. Sistema Jurídico. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 69, p. 238-243. Ver também do mesmo autor: *Historiografia jurídica e concepção do direito. Estudos Universitários*, Recife, UFPE, v. 15, n. 1/2, 1975; e *O problema da história na ciência jurídica contemporânea*. Porto Alegre: Osvaldo Vergara, 1978.

por exemplo, o sistema vinculava-se à ideia de uma conexão entre os institutos, proveniente de uma convergência de regras, tudo obra da elaboração da dogmática em um sistema fechado.⁸

Eichler⁹ destaca que as estruturas do direito privado das legislações europeias estão enraizadas na sistemática do Direito Romano e são os resultados de um modo de pensar próprio do âmbito de influência jurídica romano-germânica. Este modo de pensar se relaciona de certa forma com a ampla propagação mundial do *Code Civil*, que marca também as codificações do Direito Civil sul-americano.¹⁰

Os temas da codificação, descodificação e constituição estão estritamente vinculados com o estudo do sistema jurídico. A Idade Média caracterizou-se pelo particularismo jurídico, o que seria incompatível com o surgimento do Estado Moderno. Diante disto, notamos o surgimento da chamada primeira sistemática, representada pelos códigos jusnaturalistas, a exemplo do Código Prussiano. Um novo paradigma de codificação concretizou-se com a vigência, e difusão enquanto modelo, do Código Napoleônico. Aqui, as leis valem pela sua publicação (art. 6º) e não por serem justas; por outro lado, o direito restringe-se ao Código, pois só este tem validade (art. 7º). Estuda-se o Código; e aplica-se o Código.

A burguesia, emergente enquanto classe social dominante, constituiu o seu direito e o paradigma de código, e conseqüentemente de sistema, que lhe garantisse a nova ordem alcançada, evitando um retrocesso do ponto de vista das revoluções burguesas, na medida em que a livre aplicação do direito por um poder judiciário, neste momento histórico intimamente ligado com a aristocracia e o “velho mundo”, significaria a manutenção do pensamento jurídico do antigo regime.

O positivismo da ciência jurídica do século XIX, com a formação de um sistema fechado de direito privado e de uma teoria geral do direito civil da pandectística, tornou-se modelo mesmo para as demais disciplinas da ciência jurídica. A partir da Primeira Guerra Mundial, a civilística deixou de ser capaz de manter esta supremacia. Este

⁸ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 491-524, em especial p. 494-497.

⁹ EICHLER, Hermann. Codificação do direito civil e teoria dos sistemas de direito. *Revista de Direito Civil*, v. 2, p. 50-51, out./dez. 1977.

¹⁰ CATALANO, Pierangelo. Sistema Jurídico Latino-Americano. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 69, p. 253-260.

paradigma de codificação veio a ruir com as transformações ocorridas, e aqui podemos representá-las sinteticamente ao mencionar a passagem do Estado de Direito Liberal para o Estado de Direito Social.¹¹ Passa a vigorar o fenômeno da publicização do direito e da descodificação, sendo o Estado de Direito o dado que justifica a distinção entre Direito Público e Direito Privado. O paradigma que se quebrou foi o da unidade do Direito Privado com o surgimento de um novo direito social e econômico.

Mas, na atualidade, após vivenciarmos um retorno ao “privado” (*riflusso*), configura-se a “dialética da polaridade”. Para tanto, basta citarmos dois marcos históricos da história recente da Europa: em 1968, temos uma politização integral, um máximo de publicização em todos os campos da vida; em 1978, há um decréscimo da onda social e do coletivo, abrindo a estação histórica da recuperação do privado. Esses acréscimos e decréscimos entre público e privado são dados que permanecem se repetindo na evolução do Estado de Direito até nossos dias.¹²

¹¹ ANJOS, Luís Henrique Martins dos; ANJOS, Walter Jone dos. *Manual de direito administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 32-39. Ver também: FORSTHOFF, Ernest. *Stato di diritto in trasformazione*. Trad. de Carlo Amirante. Milano: A. Giuffrè, 1973; BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 1996; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado de direito, o judiciário e a nova Constituição. *Revista Direito Administrativo*, v. 160, p. 63-76, abr./jun. 1985; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. p. 86-87.

¹² Ver sobre o tema: BULLINGER, Martin. *Derecho público y derecho privado*. Trad. de Antonio Esteban Drake. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1976; CARLI, Guido. Prospettive sul diritto privato: il codice e il processo di sviluppo economico. *Riv. di Diritto Civile*, parte prima, anno XXVI, n. 1, p. 5, gen./feb. 1980; CLAVERO, Bartolomé. Codificación y Constitución, paradigmas de un binomio. *Quaderni Fiorentini*, n. XVIII, p. 79-145; SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. Separata de: *Revista de Informação Legislativa*, ano 25, n. 97, p. 163-180, jan./mar. 1988; SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976; SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. Contribution a une histoire des concepts dans le droit civil et dans la procedure civile: L'actualité de la pensée d'Otto Karlowa et d'Oskar Bülow. *Quaderni Fiorentini*, n. 14, p. 243-299, 1985; SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. In: *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980; SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A natureza jurídica dos contratos cogentes e dos incentivos fiscais. Separata jurídica de: *Revista da Divisão Jurídica do Instituto do Açúcar e do Alcool*, Rio de Janeiro, 1972; CUPIS, Adriano de. A proposito di codice e di decodificazione. *Riv. di Diritto Civile*, parte prima, p. 47-53, 1979; GALASSO, Giuseppe. Prospettive sul diritto privato: il diritto privato nella prospettiva post-moderna. *Riv. di Diritto Civile*, parte prima, anno XXVI, n. 1, p. 13, gen./feb. 1980; GIORGIANNI, Michele. Tramonto della codificazione: la morte del codice ottocentesco. *Riv. di Diritto Civile*, p. 52-55, gen./feb. 1980; IRTI, Natalino. L'Età della decodificazione. *Revista de Direito Civil*, v. 10, p. 15-33, out./dez. 1979; IRTI, Natalino. Prospettive sul diritto privato: introduzione, le incognite del diritto privato. *Riv. di Diritto Civile*, parte prima, anno XXVI, n. 1, p. 2, gen./feb. 1980; IRTI, Natalino. Francesco Filomusi Guelfi e la crisi della scuola esegetica in Italia. *Riv. Diritto Civile*, parte prima, p. 379-389, 1971; IRTI, Natalino. Leggi speciali: dal mono sistema al poli sistema. *Riv. Diritto Civile*, parte prima, p. 141-153, 1979; LEIBNIZ, G. W. Trois textes sur le droit et la codification. *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, v. 31, p. 357-367, 1986; LOMBARDO, Antonio. Prospettive sul diritto privato: pubblico e privato tra sistema politico e società civile. *Riv. di Diritto Civile*, parte prima, anno XXVI, n. 1, p. 21, gen./feb. 1980; NICOLAU, Noemi L. Aproximación axiológica a los procesos de codificación, descodificación y unificación del derecho privado argentino. *Boletín del Centro*

Importante frisar que o objetivo central de nossa exposição não é o de narrar ou dissertar sobre tal ou qual obra ou teoria (seja de Larez, de Losano, de Esser, de Canaris, de Bobbio, de Luhmann, de Teubner etc.), mas de construir uma reflexão própria sobre esses temas. Entretanto, isto se torna impossível de se alcançar sem antes reproduzirmos aqui, nos limites deste trabalho, o que já foi elaborado sobre sistema externo, abertura do sistema, metajuridicidade e *autopoiesis*.

Cumpre, introdutoriamente, analisarmos determinadas concepções de sistema, a saber, sistema externo, sistema interno, sistema fechado, sistema aberto e sistema autopoietico. As duas primeiras concepções são na verdade enfoques de uma mesma realidade, não havendo contraposição entre elas, e devem ser tratadas conjuntamente como abordagens que se somam. Assim, em uma visão inicial, podemos entender o sistema externo como a estrutura superior da ciência (*terminus ad quem*), mas que influencia o conteúdo da ciência na medida em que sua função básica seria separar e generalizar os elementos do sistema (normas), formando conceitos de gênero, os quais são os de maior grau de abstração. Já o sistema interno daria a estrutura inferior (*terminus a quo*), o conteúdo da ciência que também influencia a sua estrutura superior, sendo aquela lógica mínima de aplicação e realização do direito. Assim, aplicando essas concepções ao estudo das grandes “Famílias do Direito”, enquanto o sistema externo está ligado à estruturação das fontes do direito e da organização dos entes que as produzem, o sistema interno significa o *modus operandi* de aplicação dessas fontes. Logo, enquanto no sistema romano-germânico interpretam-se as fontes, tendo-se como primeira referência a lei, no Sistema da *Common Law* comparam-se as fontes, tendo-se como primeira referência os precedentes. Por isso, na experiência inglesa, não se cita uma lei para solução de um conflito, mas se refere ao modo que a

de *Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Fac. de Derecho da Univ. Nac. de Rosario, p. 751-760, 1988; PELLICANI, Luciano. Prospettive sul diritto privato – la riscoperta dell’autonomia privata. *Riv. di Diritto Civile*, parte prima, anno XXVI, n. 1, p. 27 gen./feb. 1980; PIGA, Franco. Tramonto della codificazione: tramonto del codice civile?. *Riv. di Diritto Civile*, parte prima, anno XXVI, n. 1 p. 56, gen./feb. 1980; RAISER, Ludwig. O futuro do direito privado. Tradução de Lucinda Maria Ragugnetti. *Revista da PGE/RS*, Porto Alegre, n. 25, 1979; SACCO, Rodolfo. Codificare, modo superato di legiferare?. *Riv. di Diritto Civile*, n. 2, p. 117-135, 1980; SANTORO-PASSARELLI, Francesco. Tramonto della codificazione: note conclusive: il codice e il mantenimento dei valori essenziali. *Riv. di Diritto Civile*, parte prima, anno XXVI, n. 1, p. 85, gen./feb. 1980; SCHLESINGER, Franco. Tramonto della codificazione: il tramonto del codice civile. *Riv. di Diritto Civile*, parte prima, p. 80, anno XXVI, n. 1, gen./feb. 1980; SCHWARTZ, Bernard. The Law and its Development, Civil and Common Law Systems Compared. *Revista Direito Civil*, v. 6, p. 159-169, out./dez. 1978; SÈVE, René. Système et Code. *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, v. 31, p. 77-84, 1986.

sentença aplicou dita lei. Por outro lado, na experiência brasileira, não se usam as súmulas dos nossos Tribunais através da comparação de precedentes, mas, ao invés, as interpretamos.

De outra banda, passaremos a abordar as concepções que estão relacionadas com o modo de ver a evolução do sistema e portanto da própria ciência, sendo portanto compreensões que se excluem, pois se deve adotar uma delas. O sistema fechado seria aquele que não se influencia por outros sistemas científicos para fins da sua evolução, onde as mudanças ocorrem através de grandes rupturas de paradigmas. No âmbito jurídico, em que temos como fonte principal a lei, seria o entendimento que para haver evolução do sistema jurídico somente através das mudanças dos códigos e constituições, por exemplo. Já o sistema aberto seria aquele que no momento de sua evolução é influenciado pela realidade circundante e demais sistemas de outras áreas do conhecimento. Nessa visão, as mudanças no sistema jurídico ocorrem, regra geral, de modo mais gradual sem necessitar sempre da alteração legislativa.

Por sua vez, o sistema autopoietico seria mais que uma composição entre as concepções fechada e aberta de sistema. Essa concepção é uma superação daquela contradição, pois o sistema seria, por um lado, fechado, porque enquanto ciência deve o sistema ter autonomia frente às demais, e, por outro, é aberto, pois deve evoluir conforme as necessidades que o meio circundante oferece. Assim, o sistema evolui, mas autorreferenciado, a partir de seus critérios, autoproduzindo-se, daí autopoietico, sendo um sistema que se reproduz de forma fechada, mas está cognitivamente aberto.

Diante destes conceitos e concepções iniciais, dividimos este trabalho em duas grandes partes, tendo como referência para nossa reflexão conclusiva as concepções da autopoietica. Na primeira parte, desenvolveremos a ideia de um Sistema Externo e Aberto. Na segunda parte, examinaremos a metajuridicidade e as concepções da autopoietica.

Parte I – Sistema externo aberto

Esse tema será abordado em dois momentos. Inicialmente, discorreremos sobre a concepção de sistema no seu enfoque exterior. Após, trataremos da qualidade de abertura do sistema. Contudo, antes

de iniciarmos esta análise, é fundamental definirmos alguns conceitos básicos com os quais iremos trabalhar.

Axioma é uma verdade geral independente do tema em foco, aplicável em qualquer caso. Postulado é uma verdade específica, aplicável em circunstâncias determinadas e limitadas, sendo uma “verdade temática”.¹³ Teorema é qualquer proposição deduzida dos axiomas (e/ou dos postulados) sem o uso de outro tipo de premissas. Proposição é um termo que não possui um emprego uniforme, no entanto podemos defini-la pelo seu emprego preponderante, como sendo aquilo que uma sentença significa, o significado de um enunciado ou o conteúdo de um juízo. Proposição jurídica é um tipo todo especial de proposição de natureza prática, voltada para orientar a ação humana, sendo o conteúdo da norma jurídica.¹⁴ Norma jurídica, também em uma noção preponderante, é o sentido de um ato que orienta a conduta humana conforme o qual devemos nos guiar por imposição imperativa. Desta forma, a norma jurídica é uma relação entre vontades, sendo um imperativo positivo ou negativo no sentido de que manifesta o poder de uma vontade mais forte, capaz de impor orientações de comportamento para vontades mais fracas. Nas palavras de Jhering, a norma jurídica é um imperativo abstrato dirigido ao agir humano.¹⁵ Portanto, não se confunde o texto, o enunciado de um ato normativo com o seu conteúdo, o seu sentido que é a própria norma.

A) Da externidade sistêmica

a) Noções

As normas jurídicas não estão desligadas umas das outras, mas em conexão. Temos, por exemplo, as regulações sobre a compra e venda, locação, hipoteca que são partes sintonizadas de uma regulação maior, a saber, Direito dos Contratos e Direito das garantias reais que, por sua vez, também são regulações parciais e fazem parte de uma outra regulação mais ampla, o Direito Privado. Percebemos a existência deste sistema externo cuja função básica seria separar e generalizar

¹³ Recentemente tem sido relativizado o caráter de generalidade absoluta do axioma, podendo ser empregado como sinônimo de postulado. Ver: HEGENBERG, Leônidas. *Dicionário de lógica*. São Paulo: E.P.U., 1995. p. 18.

¹⁴ Ver: COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 65-108, 209-215; HEGENBERG, Leônidas. *Dicionário de lógica*. São Paulo: E.P.U., 1995. p. 164-167, 208.

¹⁵ JHERING, Rudolf von. *Der Zweck im Recht*. 1916, p. 256 *apud* FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1988. p. 50-52.

determinados elementos a partir dos quais se formam os conceitos de gênero (abstratos) que são superiores. Esses são ordenados de modo a que os conceitos inferiores respectivos, que são de menor grau de abstração, possam ser subsumidos aos conceitos superiores correspondentes.¹⁶

Um tal sistema garante em certa medida não só a clareza, mas a segurança jurídica, na medida em que possibilita um maior grau de racionalidade e de certeza na aplicação do direito que é tarefa do chamado sistema jurídico interno. O Direito necessariamente tem seu sistema interno enquanto lógica mínima de aplicação do direito, de realização do direito. Por outro lado, deve-se identificar uma sistematização da exteriorização do direito, a partir de certo estágio da evolução histórica, procurando fórmulas através da pesquisa e da ordenação dos processos de aprendizagem e de comunicação. Esta sistematização por oposição àquela chama-se de externa.

Depõe a favor do aprofundamento do estudo da concepção do sistema jurídico externo a contínua evolução das relações sociais cada vez mais complexas, sendo ainda mais necessário o uso de fórmulas redutoras, generalizações para o Direito, na sua comunicação, utilizar uma linguagem inteligível. A ordenação exterior, imprimida à realidade jurídica com preocupações de estudo e aprendizagem, vai moldar, em maior ou menor grau, seja as próprias proposições jurídicas seja o pensamento geral de que vai depender a sua concretização ulterior. Tal necessidade, por exemplo, está na ordem do dia na busca da integração supranacional.

Se o sistema externo interfere no interno, o inverso também é verdadeiro. Assim, a concepção originária de contraposição entre sistema interno e externo deve ser superada através de sua síntese. Definitivamente interligadas, a lógica imanente do Direito (interno) e as proposições externas necessárias ao seu estudo e à sua aprendizagem constituem um todo que só em abordagem analítica é possível ser dissociado.

Temos, então os conceitos abstratos como elementos básicos do sistema externo. Para tornar claro o fim e a grande utilidade de uma tal formação desses conceitos, basta nos referirmos que a lei tem

¹⁶ LAREZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 531, 532.

como missão classificar uma enorme quantidade de fenômenos da vida muito diferentes e complexos. O que foi dito sobre a caracterização do sistema externo pode ser apreendida com este exemplo que nos traz Larenz.¹⁷ A formação dos conceitos sobre sujeitos de direito, objeto de direito e negócio jurídico possibilita a formulação de regras para todo o âmbito de aplicação desses conceitos, quer dizer de uma Parte Geral. Em vez de repetir as regras de celebração de um contrato nos diferentes tipos contratuais — que aliás não poderia nem ser exaustivamente enumerado na lei — o Código declara-as só uma vez, precisamente numa parte geral, com validade para toda as espécies de contratos. Desta forma, o sistema externo poupa uma grande quantidade de casuística para o sistema interno.

Mario Losano¹⁸ propõe uma inovação terminológica. Identifica o sistema externo enquanto “estrutura como um *terminus ad quem*”, ou seja, a estrutura é o fim imediato ao qual tende a atividade do jurista, o ponto de chegada do sistema externo. Por sua vez, vê o sistema interno enquanto “estrutura como um *terminus ad quo*”, portanto a estrutura não é fim, mas o ponto de partida da atividade do jurista, cuja sua finalidade será a aplicação do direito.

Com esta nova terminologia, Losano não pretende defender uma nova distinção entre sistemas jurídicos, mas somente formular de modo mais rigoroso a distinção tradicional. Em linguagem ordinária, estrutura coincide com construção, coordenação, etc., desse modo, estrutura como um *terminus ad quem* é a construção científica realizada pelo jurista, enquanto estrutura como um *terminus ad quo* é o edifício de normas onde se move o jurista.

Mas destaca-se que esta referência à concepção de Mario Losano sobre o Sistema Externo, enquanto *terminus ad quem*, cumpre um papel de relevo em demonstrar a utilidade da concepção do Sistema Jurídico Externo, revelando uma função primordialmente didática do Sistema Externo.¹⁹

¹⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 536.

¹⁸ LOSANO, Mario G. *Sistema e struttura nel diritto*. volume primo. Torino: G. Giappichelli, 1968. p. 115, 116.

¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 137, 138.

b) Os pressupostos e os requisitos do sistema jurídico externo

b.1) Os pressupostos

Trataremos dos três pressupostos²⁰ de fundamental importância para a existência de um sistema externo: a caoticidade do dado material; a referência à ciência que estuda a matéria; o caráter lógico do nexo de sentido que une os diversos elementos do sistema externo.

b.1.1) A caoticidade do dado

A base da noção de sistema externo é a comparação não expressa entre o jurista e o construtor, que, unindo variados elementos, instala um edifício. Transferindo para o campo jurídico, esta comparação revela que a realidade, objeto da investigação, não apresenta uma ordem interna vinculante. De fato, toda a consideração referente à estrutura como um *terminus ad quem* da atividade do jurista pressupõe que o objeto de seu estudo possa ser organizado do modo que mais lhe pareça oportuno.

b.1.2) O discurso sobre a ciência

Quando se fala da estrutura como um *terminus ad quem* não se fala sobre a matéria estudada pela ciência que é tratada no sistema interno. O discurso é sobre o sistema externo de proposições jurídicas com o qual a ciência do direito descreve certo ordenamento. Portanto, este tipo de estrutura é uma rede convencional que, recobrando um mundo, no nosso caso a totalidade do mundo jurídico, facilita o ordenamento.

b.1.3) O caráter lógico do nexo de sentido

Concentrando a atenção sobre as proposições e não sobre a matéria, (i.e., sobre a forma e não sobre o conteúdo), elabora-se uma teoria válida para todos os sistemas de proposições descritivas, ou seja, uma teoria geral do sistema externo. O nexo de sentido lógico implica o respeito de certo princípio fundamental da lógica clássica. Aplicando esse tipo de consideração estrutural ao mundo jurídico, não se individualiza uma estrutura específica do direito, mas sim a genérica estrutura do discurso científico.

²⁰ *Idem, ibidem*, p. 117, 120.

b.2) Os requisitos do sistema jurídico externo

Os requisitos de um sistema externo são puramente formais. Abordaremos esses requisitos, conforme a doutrina tradicional, em quatro momentos, a saber, da coerência; da completude; da independência; da necessidade. Destaca-se que, do ponto de vista lógico, independência e necessidade são noções que poderiam ser tratadas conjuntamente, mas optamos por separá-las, porque do requisito da independência decorrem problemas jurídicos distintos daqueles que derivam do requisito da necessidade.

b.2.1) Da coerência

O requisito da coerência²¹ significa que os axiomas devem ser compatíveis entre si. Decorre necessariamente deste requisito um dos problemas jurídicos capitais: antinomia, i.e., a existência concomitante em determinado ordenamento de normas contraditórias entre si.

A importância deste requisito está em ser o fundamentalmente perseguido por toda e qualquer sistematização. Um sistema contraditório é o mesmo que não se ter sistema, pois, completamente inútil. Por fim, frise-se que este requisito exprime o princípio lógico da contradição, i.e., havendo duas proposições das quais uma seja a negação da outra, não podem ser ambas verdadeiras.

b.2.2) Da completude

O requisito da completude²² significa que o subconjunto dos axiomas deve ser configurado de modo tal que deste se possam deduzir todas as proposições do subconjunto dos teoremas e, simetricamente, que no subconjunto dos teoremas não deve figurar nenhum teorema que não seja dedutível de um axioma do subconjunto dos axiomas. O relevante problema da lacuna jurídica deriva deste requisito.

A importância deste requisito se refere somente ao subconjunto dos axiomas, e não necessariamente ao dos teoremas, pois o sistema externo, sendo composto de dois subconjuntos, será incompleto somente se um dos dois for incompleto, justamente o dos axiomas do qual — e somente dele — se deduzem os teoremas. Este requisito equivale ao princípio

²¹ *Idem, ibidem*, p. 140, 141, 150, 153, 154.

²² *Idem, ibidem*, p. 141-145, 150, 155.

lógico do terceiro excluído, *Tertium non datur* — que é extremamente ligado ao do contraditório —, significando, primeiro, que uma proposição não pode ser verdadeira e falsa a um só tempo, segundo, que não é possível que uma proposição não seja nem verdadeira nem falsa.

b.2.3) Da independência

O requisito da independência²³ significa que um axioma não deve ser deduzido de outro axioma. Devemos ter cuidado ao transpor este requisito para a teoria do sistema jurídico externo, pois não é correto afirmar que nenhuma norma jurídica pode ser deduzida de outra. Esta assertiva é insustentável, quer do ponto de vista substancial da norma, quer do formal. Substancialmente, certa norma pode estabelecer o conteúdo de outra. Do ponto de vista formal, toda teoria kelsiana ocupou-se desta comprovação. O melhor entendimento deste requisito é de que um axioma não pode ser um teorema, em outras palavras, em dado sistema, um certo elemento ou faz parte do subconjunto dos axiomas ou faz parte do subconjunto dos teoremas, não sendo possível, contemporaneamente, fazer parte de ambos. Em termos jurídicos, é inadmissível a confusão entre proposição descritiva e proposição normativa.

A importância deste requisito estaria em ser um convite a não mesclar elementos de subconjuntos diferentes. Em particular, um convite a não introduzir teoremas no subconjunto dos axiomas. Mas ressalte-se que esta diretriz não vem corroborada por uma sanção — por isso a identificamos com um mero convite. De fato, se introduzirmos um teorema entre os axiomas, do ponto de vista lógico não teremos nenhuma consequência. Este requisito exprime o princípio lógico da identidade, i.e., axiomas são axiomas; teoremas são teoremas; normas jurídicas são normas jurídicas; e proposições jurídicas são proposições jurídicas.

b.2.4) Da necessidade

O requisito da necessidade²⁴ significa que cada axioma corresponde ao menos a um teorema, eliminando, teoricamente, a possibilidade dos

²³ *Idem, ibidem*, p. 145-147, 151, 155.

²⁴ *Idem, ibidem*, p. 147-149, 151-153, 155.

axiomas inativos, i.e., axiomas os quais não correspondam atualmente a nenhum teorema.

A importância deste requisito não é de ordem lógica, pois a presença de axiomas inativos no subconjunto dos axiomas não provoca nenhum inconveniente sistemático. Mas para nosso trabalho cumpre um papel de destaque, na medida em que, aprofundando o estudo deste requisito, podemos encontrar, no subconjunto dos axiomas, axiomas jurídicos mesclados com axiomas políticos, econômicos, etc. A ciência jurídica poderia deduzir teoremas de todos estes axiomas. Discute-se, portanto, a possibilidade de deduzir proposições jurídicas de fatores metajurídicos.²⁵

O próprio Losano reconhece que, enquanto requisitos autônomos, diferentemente da doutrina tradicional,²⁶ somente a coerência e a completude seriam requisitos do Sistema Externo. Mas conclui Losano que, enquanto requisito essencial, a partir do qual já se pode considerar um sistema, é tão somente o requisito da coerência.²⁷

Apreendidas as noções, os pressupostos e os requisitos do sistema externo, cumpre analisarmos a abertura sistêmica que, segundo nosso entendimento, deve ser característica presente no sistema jurídico externo para possibilitar a permanente atualização daquela dinâmica de realização do direito (sistema jurídico interno), em face do meio circundante, sem haver a perda de cientificidade do direito.

B) Da abertura sistêmica

a) Noções

Josef Esser, na década de cinquenta do século passado, oferece uma concepção de sistema aberto e fechado, partindo do estudo da distinção entre princípios axiomáticos e princípios problemáticos. O sistema fechado é representado pela ideia de codificação, enquanto o aberto teria como protótipo moderno o direito inglês e anglo-americano, portanto um sistema construído casuisticamente e apoiado na jurisprudência. O sistema aberto não seria necessariamente evolucionista,

²⁵ *Idem, ibidem*, p. 148, 149.

²⁶ Ver a respeito: *idem, ibidem*, p. 152, 156; CONTE, Amedeo G. *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*. Torino: G. Giappichelli, 1962; COSSIO, Carlos. *La plenitud del ordenamento jurídico*. Buenos Aires: Losada, 1947.

²⁷ Também nesse sentido: BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino: G. Giappichelli, 1960.

seu caráter progressista ou seu conservadorismo casuístico dependeriam dos fatores políticos com base nos quais trabalham os juristas.²⁸

Segue nesta mesma concepção, mas agora já na década de sessenta, René David, conforme se apreende da seguinte passagem:

(...) Nos países do direito escrito, sistema romano-germânico, em que o direito se apresenta principalmente sob a forma de um direito legislativo, as regras de direito são formuladas com uma tal generalidade que o apelo à razão se processa, normalmente, no quadro das fórmulas legais, sob forma de aplicação destas regras; a existência de lacunas na legislação dificilmente é reconhecida; mais que complementar a ordem jurídica, a razão desempenha uma função na interpretação da lei. Num sistema jurisprudencial, como é o direito inglês, a situação apresenta-se muito diferente. O aspecto casuístico que reveste o direito deixa subsistir, de forma intencional, muitas lacunas; e a razão é francamente reconhecida como uma fonte subsidiária do direito, chamada a preencher estas lacunas. A uma técnica de interpretação do direito substitui-se por uma técnica de distinções, visando estabelecer regras novas, cada vez mais precisas, em vez de aplicar uma regra preexistente. Os sistemas de direito da família romano-germânica são sistemas fechados, a *commom law* é um sistema aberto, onde novas regras são continuamente elaboradas; estas novas regras baseiam-se na razão.²⁹

Mais recentemente, temos um novo enfoque, que nos trazem, entre outros autores, Larenz e Canaris. Nesta visão, entende-se por abertura aquela qualidade do sistema de interação com o exterior, com o meio ambiente circundante do sistema. Um sistema aberto é aquele com a capacidade de evolução, e com a sua modificabilidade a partir de influências externas ao sistema supera a incompletude; enquanto o sistema fechado seria aquele sem estas características. O sistema físico é um sistema fechado, e este modelo foi utilizado inclusive em ciências não físicas. A evolução de um sistema fechado ocorre somente a partir de grandes rupturas de paradigmas internos do sistema. No caso do sistema jurídico na concepção fechada, esse somente evoluiria com a alteração do enunciado normativo. Contudo, os sistemas fechados foram sendo desprezados na explicação dos fatos em que o homem é participante. Podemos citar como exemplo de sistemas abertos os da biologia e das ciências sociais.

²⁸ ESSER, Josef. *Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho*. Madrid, 1956. p. 57.

²⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 350.

Hodiernamente, ao tratarmos sobre a abertura sistemática, devemos superar aquele primeiro entendimento que de nada nos iluminará para enfrentarmos os desafios da atualidade.³⁰

Nesta esteira, Karl Popper afirma que cada sistema científico é tão só um projeto de sistema, exprimindo o estado dos conhecimentos do seu tempo, por isso ele não é nem definitivo, nem fechado, consequentemente, nunca poderá ser tarefa do sistema a fixação da ciência.³¹ Já Canaris destaca que o fenômeno da abertura do sistema não se deve tão somente a este aspecto da provisoriedade do conhecimento científico, mas também identifica mudanças na própria unidade da ordem jurídica, i.e., o enfoque objetivo do sistema.³²

Larenz³³ observa a historicidade do direito para concluir que o sistema, como unidade de sentido, não é estático, mas dinâmico. Agora, esta realidade não pode ser encoberta com a alegação de que de fato o que temos é uma sucessão de sistemas estáticos, portanto, fechados, ao invés de termos um sistema mutável, dinâmico e, por isso, aberto. Essa perspectiva é comprovada por Canaris³⁴ ao afirmar que essas modificações não se dão com saltos bruscos, mas opera através do desenvolvimento paulatino e contínuo, seja por um aperfeiçoamento jurisprudencial ou mesmo pela intervenção do legislador, como ocorre na gradual edição de atos legislativos, prevendo novas hipóteses de responsabilidade pelo risco, muitas vezes após já terem sido consagradas jurisprudencialmente.

A evolução do sistema deve ser percebida e alcançada pelos dois enfoques do mesmo sistema: o científico, que se modifica quando tenham sido obtidos novos ou mais exatos conhecimentos do Direito vigente; e o objetivo, que se modifica quando os valores fundamentais constitutivos do Direito vigente se alteram.³⁵

³⁰ Devemos ter em mente a época da elaboração das obras de Esser e David, naquela conjuntura não poderiam ser outras as suas concepções.

³¹ POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; Brasília: UnB, 1978.

³² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 107.

³³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 223, 592.

³⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 108.

³⁵ *Idem, ibidem*, p. 112. Daí Canaris retira, a nosso ver, uma consequência contraditória com a noção que aqui se desenvolve, e do próprio autor, a saber: "Em consequência, o lado científico do sistema está em estreita dependência do objetivo e deve mudar-se sempre com este, enquanto o sistema objetivo, pelo seu lado, não é influenciado por modificações dentro do científico."

A essa questão está ligada uma nova abordagem sobre as fontes do direito. Canaris apresenta dois caminhos³⁶ para um deles ser escolhido. Ou se decide elevar a jurisprudência à categoria de fonte autônoma do Direito, junto da lei e do costume, ou se devem reconhecer critérios de validade extrapositivos que seriam a “ideia de direito” e a “natureza das coisas”.

Conclui o autor que a primeira solução é inconciliável com a posição do juiz na ordem jurídica da família romano-germânica, pois a proposição dada pelo tribunal como fundamento de uma decisão não vale por ter sido exteriorizada pelo juiz, mas sim por estar convincentemente fundamentada, derivando de critério de validade bastante exterior à sentença judicial. Resta apenas o segundo caminho. Os princípios gerais de direito³⁷ podem ter o seu critério de validade para além da lei, na ideia de direito, cuja concretização histórica eles largamente representam, e na natureza das coisas, por isso esses critérios devem ser reconhecidos como fontes do direito, subsidiárias em face da lei e do costume, logo os princípios deduzidos desses critérios não podem contrariar os valores da lei e dos costumes.³⁸

Os princípios gerais de direito são ideias jurídicas fundamentais que justificam o caráter racional de todos os ordenamentos e que têm eficácia independentemente da lei e do costume.³⁹ A questão é saber se o princípio também terá essa eficácia contra a lei ou contra o costume. Para tanto, devemos nos posicionar se os princípios são normas jurídicas ou não.

Os princípios gerais baseiam-se nos mesmos valores do sistema jurídico e exprimem a mesma ideologia social que presidiu a formação deste. Partindo da controvérsia filosófica quanto a sua natureza, em que se defrontam as concepções jusnaturalistas, para quem os princípios formam parte de um sistema superior ou ideal, com as posições positivistas ou históricas, segundo as quais os mesmos princípios estão

³⁶ *Idem, ibidem*, p. 119, 120.

³⁷ GRAU, Eros Roberto. O direito pressuposto e o direito posto. *Revista dos Tribunais*, v. 80, n. 673, p. 25, nov. 1991. O autor não reconhece a existência de princípios gerais do direito, mas sim de princípios gerais de cada direito.

³⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 121 e nota nº 24.

³⁹ ESSER, Josef. *Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho*. Madrid, 1956. p. 11; LAREZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 161.

integrados no sistema, resultando de sucessivas abstrações do conjunto de normas particulares, chegamos ao debate de serem ou não os princípios normas em sentido amplo.

Para Betti,⁴⁰ Esser,⁴¹ Larenz,⁴² Canaris,⁴³ guardadas as peculiaridades de cada autor, os princípios não são normas, mas sim orientações e ideais do sistema jurídico, critérios diretivos para a interpretação ou critérios programáticos para o progresso das fontes do direito. Portanto, os princípios não são capazes de aplicação imediata, necessitando da intermediação de novos valores autônomos para tornarem-se normativos. São, por isso, ideias jurídicas gerais que permitem considerar bem fundado determinado ordenamento legal, pela sua correspondência com valores jurídicos reconhecidos. Não se trata de axiomas de que se possam deduzir normas ou sistemas, nem normas suscetíveis de aplicação imediata a casos individuais.⁴⁴

Quanto a sua função, os princípios gerais do direito constituem-se em critérios valorativos obrigatórios para a interpretação e compreensão do sistema jurídico.⁴⁵ De modo geral, podemos considerar estes princípios como os que explicam, sistematizam e ordenam uma série de regras particulares afins, em razão de sua natureza, de seu objeto e de sua finalidade.⁴⁶ Além da lei, também podem conduzir alterações no sistema objetivo estes princípios gerais do direito que representam emanções, através de um processo de concretização material, da “ideia de direito” e da “natureza das coisas”. Salienta Canaris que estes critérios não podem ser tidos de modo a-histórico, estático, pelo contrário, só ganham o seu poder concreto em todas as regras através da referência a uma determinada situação histórica e de mediação com a consciência jurídica geral.⁴⁷

⁴⁰ BETTI, Emilio. *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici*. Milano, 1949. p. 205-212.

⁴¹ ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho*. Madrid, 1956. p. 69-94.

⁴² LAREZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 463, 464.

⁴³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 96-99.

⁴⁴ LAREZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 569-586.

⁴⁵ LAREZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 161-170.

⁴⁶ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 135-139, 350.

⁴⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 121-123.

Por exemplo, quanto ao critério da “ideia de direito”, a doutrina da culpa *in contrahendo* não se baseou sempre no princípio da confiança, portanto não vigorou desde o seu início, mas pode aspirar a um reconhecimento como fundamento legítimo de aperfeiçoamento jurídico depois de uma determinada modificação na consciência jurídica geral que se conduziu a um acentuar mais forte de valores ético-jurídicos.

Podemos fazer referência, quanto ao critério da “natureza das coisas”, ao exemplo dado por Larenz sobre a natureza do contrato de trabalho e o dever de assistência dela derivado.⁴⁸ O mesmo sucede, no essencial, com as cláusulas gerais, carecidas de preenchimentos com valorações, tais como os bons costumes, a boa-fé, nas quais a própria lei deixa uma margem para a erupção de valorações extralegis⁴⁹ e mutáveis.

Concluindo o entendimento sobre esses critérios de validade extrapositivos referidos por Larenz e Canaris, que seriam a “ideia de direito” e a “natureza das coisas”, temos que reconhecer que essa compreensão representou significativo avanço para a noção do sistema jurídico aberto à influência de fatores metajurídicos. Para nós, ainda é válida essa construção, desde que tratemos esses critérios de validade dentro de uma concepção juspositivista, deduzindo desses os princípios como normas jurídicas.

A importância⁵⁰ crescente dos princípios no âmbito da ciência jurídica decorre das profundas modificações que os sistemas de direito vêm sofrendo com o já mencionado advento da sociedade pós-industrial, o que torna imperioso um processo de renovação das velhas ordens jurídicas com observância de princípios representativos dos valores fundamentais que presidem essa mesma mudança. Nessa linha, continuamos a trilhar o caminho proposto por Canaris, mas concordamos que a natureza dos princípios deva ser normativa.

Para demonstrar a jornada trilhada para o reconhecimento da normatividade dos princípios, nada melhor do que lembrarmos as

⁴⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 569-586.

⁴⁹ Para utilizar a expressão de Wieacker, conforme o subtítulo de sua obra *Gesetz und Richterkunst*, de 1958, “Para o problema da ordem jurídica extralegal”.

⁵⁰ BRUTAU, José Puig. *A jurisprudência como fonte do direito*. Tradução de Lenine Nequete. Porto Alegre: Ajuris, 1977. p. 183-194; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 97-100.

lições de Crisafulli, que entende ser o princípio toda norma jurídica considerada como determinante de outra norma que lhe seja subordinada, bem como independa de formulação legislativa para ser aplicável ao caso específico. O princípio tem dupla eficácia: a mediata (programática) e a imediata (aplicação direta).⁵¹

Para Bobbio, os princípios são verdadeiras normas, apresentando-se como: 1) normas gerais, no sentido de que valem para uma inteira matéria ou um ramo do direito; 2) normas fundamentais ou normas base do sistema, as suas traves mestras; 3) normas diretoras ou princípios-guia, princípios cardiais, indicando uma orientação ético-política em que um determinado sistema se inspira, caracterizando-o ideologicamente; 4) normas indiretas, precisando de outras para atuar, i.e., cuja função consiste em determinar o conteúdo de outras normas; 5) normas indefinidas, comportando uma série de aplicações.⁵²

Assim, compreendendo os princípios também como normas jurídicas, esses exercem, além da função fundamentadora da ordem jurídica, também as funções interpretativas das demais fontes do direito, bem como a função supletiva para o devido preenchimento normativo dos vazios regulatórios do sistema jurídico, inclusive daqueles vazios decorrentes da perda de validade de uma regra em face de um princípio. Desse modo, os princípios diferenciam-se das demais normas jurídicas que podemos chamar de regras jurídicas por vários critérios que são resultados de distintos estudos. Dentro dos limites dessa análise, vamos destacar a abordagem de Dworkin e Alexy. Os princípios são normas jurídicas imperativas de otimização, pois ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, logo, implicam uma relação de peso, ponderação ou balanceamento. Os princípios podem colidir no momento de sua aplicação e, diante das circunstâncias do caso, um princípio prepondera sobre o outro sem invalidá-lo e sim os harmonizando. As regras implicam uma relação de tudo ou nada. Portanto, as regras podem entrar em conflito e, quando aplicamos uma, afastam-se totalmente as demais. Se uma regra é a que vale para o caso, as demais não possuem validade alguma. Já a aplicação de um

⁵¹ CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principi*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952.

⁵² BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino: G. Giappichelli, 1960. p. 179-184. Ver também do mesmo autor: *Teoria della norma giuridica*. Torino: G. Giappichelli, 1958. p. 227-242.

princípio não gera a desobediência ao outro princípio afastado, que o é apenas em parte, mas jamais perdendo sua validade, pois não pode ser desconsiderado do sistema jurídico que integra.⁵³

Para evitarmos confusões que se possam estabelecer, cumpre-nos, o mais objetivo possível, fixarmos o entendimento de cláusula geral, enquanto outro elemento característico de um sistema aberto. Para tanto, devemos tratar sobre os conceitos determinados e indeterminados, as diferenças entre cláusula geral, tais conceitos e os princípios.

Os conceitos determinados⁵⁴ são formulações ou expressões normativas em regra especificamente técnico-jurídicas, com sentidos jurídicos ao máximo claros e invariáveis, quer no tempo, quer perante a diversidade dos casos, constituindo os elementos-chave para a certeza e segurança do sistema jurídico (*v.g.*, capacidade de exercício, hipoteca), além dos conceitos numéricos (medidas de distâncias, prazos e valores monetários). Os conceitos indeterminados⁵⁵ são formulações ou expressões normativas que deixam ao intérprete ou aplicador do Direito a tarefa de preencher o significado da expressão do legislador; tarefa a realizar fazendo evoluir o normativo jurídico atendendo precisamente ao tempo (momento) da aplicação e/ou ao caso concreto (*v.g.*, usos da praça, bons costumes). Todo conceito indeterminado possui um núcleo perfeitamente definido e um halo conceitual a definir.

As cláusulas gerais⁵⁶ são regras que ou apenas contêm princípios ou valores jurídicos normativos que remetem ao intérprete ou aplicador à atualização e revelação destes princípios ou valores no caso em concreto (*v.g.*, a boa-fé objetiva prevista no art. 3º/1 do CC português); ou que, além de contarem com conceitos indeterminados, caracterizam-se por não apresentarem uma previsão taxativa, fechada, quer apontando casos, quer apontando tipos definidos de casos, mas antes deixando em aberto o seu campo ou concretude de aplicação (*v.g.*, a previsão

⁵³ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University, 1977. p. 22-31, 71-80; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 81-172; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 166-168; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 108-115; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 243-266.

⁵⁴ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 208-209.

⁵⁵ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 209-227.

⁵⁶ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 228-255.

portuguesa de justa causa de despedimento — art. 9º/1 do DL nº 64-A/89.02.27 — diferentemente da hipótese brasileira do art. 482 da CLT).

Distinguem-se as cláusulas gerais dos princípios, porque aquelas são decorrentes de uma técnica legislativa de abertura do sistema, permitindo ao juiz a conformação da norma. Os princípios não necessitam de enunciado expresso, não resultam do processo legislativo que até pode enunciá-los. As cláusulas gerais estão escritas em um enunciado expresso, as quais podem conter determinado princípio ou conceito indeterminado. Os conceitos indeterminados também estão expressos em um enunciado, mas, uma vez configurado o preenchimento valorativo do conceito pelo julgador ou intérprete, aplica-se a solução ao caso que já está pré-configurada na lei, enquanto na cláusula geral, para além daquela valoração, deverá construir-se a solução aplicável ao caso. Em ambos, há uma atitude valorativa e o legislador afastou a casuística,⁵⁷ mas o grau de generalidade e abrangência é bem maior nas cláusulas gerais do que nos conceitos indeterminados.⁵⁸

Em resumo, pode-se dizer o seguinte: as modificações do sistema objetivo reportam-se, no essencial, a modificações legislativas, a novas formações consuetudinárias, à concretização de normas carecidas de preenchimento com valorações e a erupções de princípios normativos extralegais com fundamento de validade na “ideia de direito” e na “natureza das coisas”; as modificações do sistema científico resultam dos progressos do conhecimento dos valores fundamentais do Direito vigente científico e traduzem a execução de modificações do sistema objetivo.

b) A busca do modelo aberto

A busca deste modelo de sistema externo aberto⁵⁹ faz parte da busca pela superação do contraponto entre o jusnaturalismo, medieval e racionalista, e o juspositivismo clássico e sociológico.

⁵⁷ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 228-231. Segundo o autor, casuística é a configuração de hipótese legal — tida enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição — que circunscreve particulares grupos de casos na sua especialidade própria.

⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. Separata de: *Revista de Informação Legislativa*, ano 28, n. 112, p. 19-23, out./dez. 1991. A autora nos apresenta um didático exemplo comparando o art. 395 do CCB de 1916 com o §826 do BGB.

⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Ajuris*, ano XIX, n. 56, p. 56-86, nov. 1992. A autora demonstra a utilidade deste modelo aberto de sistema ao tratar do contrato no CCB de 1916 e no CDC de 1990.

Entende-se por jusnaturalismo aquela corrente que admite a distinção entre direito natural e direito positivo, e sustenta a supremacia do primeiro sobre o segundo. Por juspositivismo, compreende-se aquela corrente que não aceita essa distinção, e afirma não existir outro direito que não seja o direito positivo. Nem uma nem outra concepção esgota o conceito de direito e a amplitude do fenômeno jurídico, assim como ambas as concepções são ambíguas.⁶⁰

O jusnaturalismo apresenta-se de três formas: 1) o direito natural é o conjunto de primeiros princípios éticos genéricos, dos quais o legislador deve tomar sua inspiração para formulação das regras de direito positivo (consoante com a Escolástica); 2) o direito natural é o conjunto de *dictamina restae rationis* que proporciona a matéria da regulamentação, enquanto que o direito positivo é o conjunto dos meios práticos-políticos (como a instituição e a organização de um poder coativo), que determina a forma daquelas matérias (consoante com Kant); 3) o direito natural é o fundamento ou a sustentação de toda ordem jurídica positiva (consoante com Hobbes).

A crítica juspositivista, frente a esses jusnaturalismos, destaca que: 1) não se admite princípios éticos evidentes por si mesmos, com valor absoluto e universal; 2) não existem matérias jurídicas privilegiadas, por conseguinte todo comportamento pode vir a ser conteúdo de uma norma jurídica, pois o que faz com que uma regra de conduta seja uma norma jurídica não é o fato de possuir este ou aquele conteúdo, senão o modo de sua criação ou de sua execução; 3) o fundamento do direito não pode recair sobre outro direito, o que implicaria um regresso *ad infinitum*, mas sim por recair sobre um fato.⁶¹

Por sua vez, podemos distinguir o juspositivismo em três aspectos.⁶² Enquanto método, é entendido como modo através do qual o jurista consegue levar a termo seguro a identificação e o estudo do direito. Neste primeiro aspecto, o positivismo jurídico caracteriza-se por uma clara distinção entre o direito real e direito ideal, entre o direito como fato e o direito como valor, e por convicção de que os juristas se ocupam,

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Eudeba, 1965. p. 67.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. *Studi sulla teoria generale del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1955.

⁶² BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Eudeba, 1965. p. 37-67.

antes de tudo, do “direito que é” e não do “direito que deveria ser”, acentuando como único direito existente o direito positivo, sendo as normas jurídicas o ponto equidistante de identificação do direito. Enquanto teoria, identifica-se como teoria estatalista do direito, vinculando a existência do direito à formação do Estado Moderno, e entendendo que todo o direito é produto da atividade estatal. Decorre daí uma concepção que liga o fenômeno jurídico à formação de um poder soberano capaz de exercitar a coação, portanto, uma concepção que liga o direito a uma normatividade sancionadora, provinda de atos de autoridade tomados no âmbito de um ordenamento sistêmico legal. Enquanto ideologia, implica que todo direito positivo é justo somente pelo fato de ser direito positivo, sem importar o seu conteúdo, i.e., à margem de sua maior ou menor justiça, de acordo com algum sistema moral que lhe sirva de parâmetro, é sempre instrumento idôneo para se obterem certos fins como a ordem, a paz social e a segurança jurídica. O juspositivismo ideológico implica uma exaltação do papel do Estado e de sua função na vida do direito. Na primeira acepção, associa-se positivismo com cientificismo, já nestes dois últimos aspectos, associa-se ao legalismo.⁶³

O campo metodológico tornou-se a preocupação principal e preponderante da filosofia do direito, contribuindo para tal preocupação a filosofia positivista de Comte no século dezenove. Já no século vinte, o neopositivismo do Círculo de Viena buscou a afirmação do primado da objetividade e da neutralidade da ciência frente à metafísica e à ideologia. As práticas do direito, que são indiscutivelmente históricas, políticas e contingenciais, foram envolvidas pela pretensa universalidade dessas filosofias próprias do Estado moderno e contemporâneo.⁶⁴

Bobbio sempre enfrentou o preconceito positivista de que os valores são impossíveis de serem tratados e controlados cientificamente, admitindo-os como método de aproximação ao fenômeno jurídico. Entretanto, como teoria, nunca aceitou o direito como fenômeno

⁶³ Ver sobre as consequências nefastas de amplas proporções decorrentes desses positivismos: RADBRUCH, Gustav. *El hombre en el derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1980.

⁶⁴ Como exemplo mais acabado, temos: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991; KELSEN, Hans; COSSIO, Carlos. *Problemas escogidos de la teoria pura del derecho: teoria egologica y teoria pura*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1952.

estatalista e estruturalista. Pelo contrário, o direito também possui um papel funcionalista, como promotor e incentivador de novas realidades, além de ser um fenômeno estruturado pela sanção, como vinha sendo definido pela tradição até então dominante. Enquanto ideologia, rejeitou veementemente a identificação da justiça com o legalismo.⁶⁵ Com o aumento da complexidade dos problemas sociais, oriundos do capitalismo monopolista, esse paradigma liberal, associado à concepção legalista do direito, viria encontrar-se com a crise. Essas demandas sociais levariam a discussão para o plano externo, colocando a questão da eficácia jurídica, além da validade.

A Justiça⁶⁶ é um tema recorrente tanto na filosofia do direito como na filosofia política, e coloca, como acreditamos ser possível notar, o problema das formas de governo e de sociedades possíveis: aristocracia, oligarquia, democracia, demagogia, ditadura, tirania.⁶⁷ Bobbio, preocupado com as mudanças históricas⁶⁸ assinaladas, procurou adequar sua teoria geral do direito à realidade das transformações da sociedade contemporânea, em face do crescimento do “Estado social administrativo e de bem-estar” no capitalismo monopolístico, através de escritos com um tema dominante, aquele da função promocional do direito.⁶⁹

O autor turinês não dá por esgotado o pensamento de Kelsen, ao invés, tende a revisar a posição estruturalista da nova teoria dos sistemas. Nesta tentativa de superação do pensamento de Kelsen, projeta as tendências e problemas da análise funcional, enquanto capaz de dar conta da realidade estritamente jurídica, presente nas práticas judiciárias, e a sua relação com questões do sistema social como um todo, entendendo o direito como parte de um sistema social e que portanto se correlaciona com a esfera da cultura e da política, cumprindo um papel de integração.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*. Torino: ECLU, 1986. p. 279-285.

⁶⁶ DEL VECCHIO, Jorge. *La justicia*. Trad. de Luis Rodriguez-Camuñas e César Sancho. Madrid: Góngora, 1925.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1985; BOBBIO, Norberto. *Estudos sobre Hegel: direito, sociedade civil, Estado*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 143-177.

⁶⁸ Para uma melhor visualização da compreensão política do jurista turinês, ver: *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. Brasília: UnB, 1990; *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Ed. di Comunità, 1977. p. 217-220.

Partindo do conceito de obrigação na teoria jurídica, Bobbio procura, in *La funzione promozionale del Diritto*⁷⁰ demonstrar basicamente que o direito moderno, estatal, não possui um caráter unicamente protetor e repressivo. Ao contrário, a ação do Estado social de nossos dias distingue-se profundamente da do Estado liberal clássico, porque se caracteriza pelo emprego de técnicas de encorajamento e premiação, ao invés de técnicas de desencorajamento e punição. As teorias que afirmam o caráter primordialmente repressivo do direito, a exemplo de Thomasius e Spencer, são reducionistas do direito e da realidade, além de não tomarem em conta as mudanças nas características do Estado e o seu papel.

A partir da constatação da existência de normas primárias e secundárias, ou, em outras palavras, normas de conduta e normas de organização, afirma-se que o Estado liberal caracterizou-se por um aumento das primeiras, e, por sua vez, o Estado social caracterizou-se pela implementação das segundas. Bobbio⁷¹ corroborou com esta constatação, aprimorando-a ao admitir que, além das sanções negativas, o direito acarreta sanções positivas, e que normas de organização, nesse sentido, querem dizer exatamente isto, encorajamento e premiação. Trata-se aqui da passagem de uma visão estruturalista a uma composição entre esta e o funcionalismo. Soma-se à característica do direito como “faz-se A; deve-se B” (ou sanção) a possibilidade de “faz-se A; recebe-se B” (ou premiação). À visão estruturalista do direito, enquanto eminentemente conservação da sociedade, acrescenta-se a visão funcionalista que vê no direito a tendência de mudança social.⁷²

Como exemplo, Bobbio fala da Constituição italiana e suas transformações, onde aparece, frequentemente, além do papel tutelar, o papel de promover, tal como diz nos artigos referentes aos direitos do homem, no qual se verifica que, além de reconhecer e garantir, o Estado deve remover os obstáculos a tais direitos.⁷³

⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 13-19.

⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 23.

⁷² Essa atualização é utilizada por muitos autores, notadamente por Mauro Capelletti, quando trata do tema do acesso à justiça, uma típica problemática do Welfare State; ver CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 11.

⁷³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Neste ponto, estamos aptos para passar à análise dos fatores metajurídicos que batem às portas do sistema jurídico externo e que somente pela qualidade de abertura do sistema esses fatores podem influenciá-lo. Contudo, o modo pelo qual se opera essa influência sem que haja a perda do caráter científico do direito, mantido o objeto e o método próprios do sistema jurídico, somente a concepção de sistema da *autopoiesis* o explica satisfatoriamente.

Parte II – Metajuridicidade e *autopoiesis*

Nesta segunda parte, analisaremos, preliminarmente, o que se entende sobre os chamados fatores metajurídicos e a sua influência no sistema jurídico. Num segundo momento, trataremos das concepções da autopoietica e seu desenvolvimento histórico, especificando sobre a *autopoiesis* no que se refere a sua peculiar forma de ver a metajuridicidade.

A) Da metajuridicidade

A metajuridicidade trata do dado não jurídico ou extrajurídico o que é distinto da metapositividade que é um dado jurídico, mas não positivado enquanto direito escrito.⁷⁴

a) Noções

O puro fato de o direito apresentar-se através de linguagens demonstra que o sistema jurídico não é tão invulnerável a aspectos extrajurídicos. Alf Ross procurou demonstrar como o conceito de direito surgiu na vida como resultado de uma íntima fusão das noções de validade, no sentido ideal e simbólico, com a noção de realidade, entendida como as ações humanas próprias da experiência, porém iluminadas por aqueles ideais.⁷⁵

Bobbio, do mesmo modo que Ross, aceita a inter-relação do normativo com o empírico, porém encarando a relação entre esses dois mundos numa perspectiva contrária a Ross, entendendo, acertadamente, como ponto fundante do direito, a normatividade.⁷⁶

⁷⁴ PITERMAN, Jaime. Metapositividade do direito. ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 52, p. 327-331.

⁷⁵ ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. de Genaro Carrió. Buenos Aires: Eudeba, 1977.

⁷⁶ MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito*. Trad. de Ana Prata. Lisboa: Moraes, 1979. p. 104-230. O autor francês, ao tratar dos falsos dados do sistema jurídico e do mal "construído" do sistema jurídico, pressupõe a influência dessa metajuridicidade na construção do sistema jurídico.

Bodenheimer⁷⁷ discorre sobre as forças modeladoras do direito, dividindo-as em forças políticas, forças psicológicas, forças econômicas, fatores nacionais e raciais, fator cultural. Os fatores que operam no modelamento das civilizações afetam geralmente o Direito em um grau mais ou menos importante. Este elenco de forma alguma pretende ser um estudo completo de todos os fatores que influenciariam o direito. Nem nós pretendemos fazê-lo aqui. Também Bodenheimer não se preocupou em um maior rigorismo no emprego das expressões “força” e “fator”, utilizando indistintamente ora uma ora outra em relação aos diversos tipos listados.

Fator, do latim *factore*, é aquilo que contribui para um resultado. Na matemática, é cada um dos elementos submetidos a uma operação de produto, logo, apresenta o mesmo sentido. Por sua vez, força, do latim *fortia*, em uma de suas muitas acepções, significa poder. Portanto, está correto utilizarmos como sinônimos, neste contexto, fator e força, pois ambos representam em essência algo que importa, que influencia. Todavia, decorrente do seu conteúdo semântico unívoco, utilizamos, preferencialmente, a palavra “fator”. Já “meta”, do grego *metá*, significa além, transcendência.⁷⁸

Assim, fator metajurídico é todo o dado que importa para a produção e reprodução do sistema jurídico cuja origem transcende a ele. A base deste fator está além do sistema jurídico. É tudo aquilo que está no meio envolvente, e que influencia o mundo jurídico.

Em conclusão à parte três da sua obra, Bodenheimer trata dos fatores metajurídicos, destacando que a história jurídica de um povo pode ser considerada em uma série de aspectos, devendo-se abandonar a ideia de fazê-lo derivar de um só fator.

b) Os fatores em espécie

b.1) A influência dos fatores econômicos

Podemos destacar a teoria marxista do direito que o identifica como produto das forças econômicas. Os fundadores do chamado socialismo científico, Karl Marx e Friedrich Engels, partiram do método

⁷⁷ BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho*. Trad. de Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1942. p. 227-301.

⁷⁸ HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 15. impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 614, 644, 917.

dialético de Hegel de interpretação dos fenômenos sociais e concluíram que a história é uma luta de forças contrapostas que se revela na forma lógica de tese, antítese e síntese. Mas para Hegel as forças espirituais e ideais eram os fatores que dirigiam a história, enquanto para Marx e Engels a história era determinada por forças materiais.⁷⁹ Em face do Direito, a dialética marxista ortodoxa possui três teses fundamentais. Primeiro, o direito é meramente uma superestrutura construída sobre uma base econômica. A segunda tese é a do caráter de classe do direito. E, por fim, a profecia do desaparecimento do direito em uma sociedade comunista.

O jurista russo Paschukanis desenvolveu uma teoria⁸⁰ do direito diferente daquela doutrina ortodoxa. Segundo esta, a base essencial de todo o direito é o intercâmbio de mercadorias, portanto entendia que somente o direito privado era verdadeiramente direito. O direito começaria unicamente onde houvesse uma igualdade formal entre dois ou mais indivíduos que negociassem suas mercadorias por meio de contratos livremente celebrados. Mas ainda assim, e por isso mesmo, Paschukanis pregava que a economia planificada, em sua forma pura, excluiria o direito.⁸¹

Stammler⁸² desenvolveu uma crítica à teoria marxista do direito, rechaçando a tese de que a vida social, em seus aspectos principais, fosse um produto das forças econômicas e de que o direito fosse uma mera superestrutura da ordem econômica. Pelo contrário, considerava-o um dado suposto lógico prévio (uma *conditio sine qua non*) a toda atividade econômica. Argumenta o crítico que o conceito econômico de mercadoria seria ininteligível sem referência ao princípio jurídico da livre disposição (autonomia da vontade). Economia e direito são um todo compacto. O direito é a forma e a economia é a substância da vida social, portanto, sem a forma jurídica que protege a substância econômica, esta se dissiparia.⁸³

⁷⁹ MARX, Karl. *Para a crítica da economia política*. Tradução de José Arthur Giannotti e Edgar Malagodi. São Paulo: Abril, 1978. p. 101-257. (Os Pensadores). E, ainda, *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. Tradução de Conceição Jardim e Eduardo Lúcio Nogueira. Lisboa: Presença, 1983. p. 261-313.

⁸⁰ PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Sílvia Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

⁸¹ Em 1937, Paschukanis foi declarado inimigo do povo, pelo stalinismo.

⁸² *Economía e derecho, según la concepción materialista de la historia*. Trad. de Wenceslao Roces. Madrid, 1929.

⁸³ *Idem, ibidem*, livros II, III.

Indubitavelmente, há um dado essencial sólido e correto na teoria marxista do direito, pois não se pode negar que mudanças no sistema econômico têm acarretado, ao longo da história, substanciais alterações no sistema jurídico.⁸⁴ Vejamos o exemplo romano. Na república romana primitiva, havia poucos escravos, donde derivou a instituição da clientela — cidadãos romanos pobres cultivavam a terra à qual estavam firme e pessoalmente vinculados. Após as grandes guerras de expansão, houve uma grande ampliação da mão de obra escrava nas plantações acarretando uma ociosidade em grande parte dos homens livres e pobres.

Devido a esses fatores econômicos, a legislação agrária do século II a.C. tratou de regular a redistribuição das *ager publicus* entre os pequenos proprietários.⁸⁵ Com o contínuo desenvolvimento econômico de Roma, a esfera do direito mercantil privado, baseada na liberdade contratual, foi suplantada cada vez mais por um direito administrativo⁸⁶ em forma de decretos econômicos, fundados em ordens impostas pelo Estado aos cidadãos.⁸⁷

Demonstra-se, assim, que o direito é determinável por forças econômicas, todavia, por outro lado, não é seguro afirmarmos que todos os fenômenos jurídicos são primordialmente resultado da ordem econômica ou uma superestrutura desta. Muitas normas jurídicas relativas às relações familiares, às normas técnicas do direito administrativo, etc., não possuem qualquer conexão com o âmbito econômico. Vários princípios do direito constitucional e do direito público em geral que estão estritamente vinculados a fatores de conveniência política, não possuindo razões de ordem econômica.⁸⁸

⁸⁴ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica: fundamento natureza e garantia constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 23, n. 92, p. 227, 228, 1986. O autor, a nosso ver, de forma equivocada apenas aponta a interferência do sistema jurídico no sistema econômico, i.e., o fenômeno inverso do aqui apresentado. Não identifica ou omite que essas relações entre os sistemas são vias de "mão dupla".

⁸⁵ KOSCHAKER, P. *Europa y el derecho romano*. Madrid, 1955.

⁸⁶ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980; WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

⁸⁷ Note-se também, nos exemplos dados, a interação de fatores políticos a influenciarem o direito.

⁸⁸ Engels explicou na carta que remeteu a J. Bloch em 21 de setembro de 1890 que, nem ele nem Marx, nunca pretenderam que o econômico fosse o único fator motivador da história política e jurídica. Vejamos a seguinte passagem: (...) "Segundo a concepção materialista da história, o fator que, em última instância, determina a história é a produção e reprodução da vida real. Nem Marx nem eu afirmamos, uma vez sequer, algo mais do que isso. Se alguém o modifica, afirmando que o fato econômico é o único fato determinante, converte aquela tese numa frase vazia, abstrata e absurda. A situação econômica é a base,

b.2) A influência dos fatores políticos

O direito surge como resultado de uma luta política pelo poder ou pela supremacia entre os diferentes grupos ou classes dentro do Estado. Neste caso o direito é geralmente resultado de um compromisso ou acordo entre esses grupos com o fim de acabar com a luta e chegar a um *modus vivendi* para o futuro. Identifica-se uma transformação do poder político em direito. Historicamente, verificamos isto através da imposição pelo grupo vitorioso ao derrotado. Procura-se, na maioria das vezes, transformar o poder usurpado em direito, dando-se uma base jurídica à ordem social recém-estabelecida.

Inclusive na doutrina marxista que considera o direito como um elemento contrarrevolucionário, como uma espécie de “força de inércia”, que freia toda revolução, temos o entendimento de Stucka,⁸⁹ que, sem negar a primeira caracterização, identifica sempre o nascimento de um direito novo, por meio de uma revolução, e ele é um dos meios de organização de qualquer revolução: um instrumento de reorganização das relações sociais no interesse da classe vitoriosa.

Mas destaca-se que a conquista e a subjugação pela força não são os únicos meios de implantar estados e governos. Por outro lado, o direito também seria influenciado por decorrência da necessidade de autolimitação do poder do governante.⁹⁰

mas os diferentes fatores da superestrutura que se levanta sobre ela — as formas políticas ..., as constituições ..., as formas jurídicas, filosóficas, as idéias religiosas e o desenvolvimento ulterior que as leva a converter-se num sistema de dogmas — também exercem sua influência sobre o curso das lutas históricas e, em muitos casos, determinam sua forma, como fator determinante. Trata-se de um jogo recíproco de ações e reações entre todos esses fatores” (...) (Carta de Engels a Bloch, de 21 e 22 de setembro de 1890. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Obras escolhidas*. Tradução do Instituto de Marxismo-Leninismo do PCUS. São Paulo: Alfa-Omega. v. 3, p. 284-286). Corroboram, neste mesmo sentido, Carta de Engels a Mehring, de 14 de julho de 1893; Carta de Engels a Starkenburg, de 25 de janeiro de 1894 (MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Obras escolhidas*. Tradução do Instituto de Marxismo-Leninismo do PCUS. São Paulo: Alfa-Omega. v. 3, p. 292-296, 298-300). Ver, ainda, GRAU, Eros Roberto. O direito pressuposto e o direito posto. *Revista dos Tribunais*, v. 80, n. 673, p. 21-26, nov. 1991. O autor apresenta-nos uma releitura do prólogo da crítica da economia política de Marx e conclui que a afirmação de que o direito, para Marx, consubstanciaria um mero acidente da economia expressa nada mais, nada menos do que ignorância ou má-fé.

⁸⁹ STUCKA, Petr Ivanovich. *Direito e luta de classes: teoria geral do direito*. Tradução de Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 87.

⁹⁰ DUVERGER, Maurice. *Ciência política: teoria e método*. Tradução de Heloísa de Castro Lima. Rio de Janeiro: Zahar, 1976; DUVERGER, Maurice. *Os grandes sistemas políticos*. Tradução de Fernando Ruivo e Fernando Augusto Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1985; MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. Tradução de Sérgio Magalhães Santeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1968; LÖWY, Michael. *Método dialético e teoria política*. Tradução de Reginaldo Di Piero. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

b.3) A influência dos fatores psicológicos

O ser humano no seu íntimo possui forças firmemente arraigadas e que exercem uma influência importante no desenvolvimento do direito. Essas forças são, acima de tudo, hábitos, costumes, o desejo de paz e de ordem.⁹¹

Nesse sentido, Jellinek desenvolveu a ideia da “força normativa do real”, enquanto aquele elemento subjetivo e psicológico da convicção da força obrigatória do direito para o indivíduo, sendo esta convicção a base de validade do direito. Os homens inclinam-se a considerar seus modos habituais e tradicionais de vida não como fatos que podem ser modificados quando convenham, e sim como normas obrigatórias, sendo intolerável toda conduta que desvie daquelas.⁹²

A psicologia humana, vista de forma global, inclina-se mais ao hábito e ao conservadorismo do que para as mudanças. Evita-se a inovação, salvo se as condições básicas de existência se tornam insuportáveis para a maioria de um povo. Por isso, em nossa época as forças da mudança desafiam violentamente as forças da tradição.⁹³

b.4) A influência de fatores nacionais e raciais

A primeira das modernas teorias históricas do direito atribuía o fenômeno do direito à ação de fatores nacionais. A famosa Escola Histórica do Direito,⁹⁴ de Savigny e Puchta, considerava o direito como produto, em primeiro lugar, do caráter nacional e do peculiar espírito de determinado povo.⁹⁵ A concepção de direito de Savigny foi exposta pela primeira vez em seu artigo⁹⁶ de resposta à proposição feita por

⁹¹ GULOTTA, Guglielmo. Dinâmica psicossocial da decisão judicial. Tradução de Jorge Trindade. *Revista do Ministério Público do RS*, v. 1, n. 22, p. 78-88, 1989. Este interessante trabalho desenvolvido pelo advogado e psicólogo-perito italiano trata dos *inputs* pessoais e externos que, sendo filtrados pelo ego do magistrado, influenciam e condicionam a produção das decisões.

⁹² BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho*. Trad. de Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1942. p. 242-249.

⁹³ FROMM, Erich. *O medo à liberdade*. Tradução de Octávio Alves Velho. Rio de Janeiro: Guanabara, 1983. O autor afirma expressamente ter tratado da inter-relação dos fatores psicológicos com os socioeconômicos e ideológicos, mas implicitamente notamos esta comunicação com o direito.

⁹⁴ A Escola Histórica do Direito foi o reflexo produzido no campo do direito pela época da reação política que se seguiu à derrota de Napoleão e ao Congresso de Viena, encontrando expressão na Santa Aliança das monarquias dinásticas.

⁹⁵ Ver CORREIA, Alexandre. Escola histórica do direito. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 33; MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de teoria geral do direito*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1986. p. 99-107.

⁹⁶ SAVIGNY, F. K. von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y ciencia del derecho*. Trad. de Adolfo Posada. Buenos Aires: Atalaya, 1946.

Thibaut⁹⁷ de que se empreenderia uma codificação que reunisse as leis e costumes dos diferentes Estados germânicos em um todo coerente, baseado no Direito Romano e no Código de Napoleão. Savigny atacou com veemência esta proposição. A seu juízo o direito era algo que não poderia ser criado arbitrariamente pelo legislador. O direito, dizia, é um produto de forças internas que operam silenciosamente.

Para ilustrar a influência dos fatores nacionais, podemos afirmar que as diferenças e as características do sistema jurídico romano e do inglês podem ser atribuídas a rasgos nacionais peculiares e profundamente arraigados. Entretanto, seria por demais equivocado superestimar a importância do fator nacional, tal como o faz a escola histórica, na história do desenvolvimento de um sistema jurídico. O fator nacional não explica a razão pela qual o Direito Romano renasceu mil anos depois da decadência do mundo romano e em meio a uma civilização totalmente distinta.⁹⁸ Tampouco explica este fator a utilização do direito europeu, em especial o direito civil alemão, por países tão diferentes como a Turquia ou o Japão.⁹⁹ A “alma” racial ou nacional pode ser um elemento da evolução de um sistema jurídico determinado, mas há outros elementos de natureza mais geral e universal.

b.5) A influência de fatores culturais

O Direito é profundamente afetado pelo destino da cultura em geral, seguindo suas curvas de desenvolvimento e de sua decadência. Sendo o direito um dos instrumentos mais importantes de uma cultura, o sistema jurídico está definitivamente afetado pelas crises e avanços culturais.

Hegel, Maine e Spencer, cada um guardando sua especificidade, possuem uma ideia em comum:¹⁰⁰ a de que o progresso de uma civilização vem acompanhado de um desenvolvimento da liberdade política.

⁹⁷ O opúsculo do professor de Heidelberg chama-se “Sobre a necessidade de um direito comum para a Alemanha”.

⁹⁸ KOSCHAKER, P. *Europa y el derecho romano*. Madrid, 1955; WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de Antônio Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

⁹⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 432, 489-495.

¹⁰⁰ BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito: filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 83-86, 91-96, 206-207; BOBBIO, Norberto. *Estudos sobre Hegel: direito, sociedade civil, Estado*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 57-93.

Os três estão convencidos de que o Direito é um produto da evolução cultural e compartilha das flutuações gerais a que estão sujeitas as civilizações. Sendo um produto da evolução cultural, o Direito, em seu desenvolvimento progressivo, é, para eles, um instrumento importante para fomentar a liberdade. Dentro deste contexto, está a influência dos avanços tecnológicos que impactam nossa cultura e, portanto, também o Direito.

Com o progresso da cultura, um dos aspectos mais importantes consiste em uma luta dos diferentes grupos, classes e estratos da sociedade,¹⁰¹ que tratam de se emancipar e lograr sua parte da liberdade, tal progresso vem necessariamente acompanhado do crescimento e do desenvolvimento do Direito. Uma cultura progressiva distingue-se por uma evolução que vai da sujeição à liberdade, do *status* ao contrato, do poder ao direito. Uma cultura retrógrada caracteriza-se pelo processo inverso.

B) Da *autopoiesis*

a) Noções

Examinaremos agora as concepções da *autopoiesis* no que se refere a sua peculiar forma de ver a metajuridicidade. Para atingirmos a reflexão final que pretendemos, cumpre-nos uma breve notícia do que seja a concepção autopoietica de sistema científico para introduzirmos a exposição desta parte final.

A *autopoiesis*, enquanto modelo de pesquisa teórica interdisciplinar, nasceu no domínio das ciências biológicas em meados dos anos setenta do século passado graças aos estudos neurofisiológicos dos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela.¹⁰² Durante a década de oitenta, passou a se empregar essa teoria no campo das ciências sociais, mas somente com a obra de Niklas Luhmann,¹⁰³ que transpôs e aplicou a *autopoiesis* ao domínio das ciências sociais, esta teoria ganharia uma dimensão autônoma.

¹⁰¹ Vide a relação entre consumidores *versus* fornecedores: POLO, Eduardo. *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*. Madrid: Civitas, 1990.

¹⁰² MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *De máquinas y seres vivos*. Santiago, Universitária, 1973; MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *Autopoietic Systems*. Illinois: Urbana, 1975.

¹⁰³ *Soziale Systeme*. Frankfurt: Suhrkamp, 1984.

A *autopoiesis* possui como dado básico a autorreferência. Este fenômeno possui várias dimensões: auto-observação, autodescrição, auto-organização, autorregulação, autorreflexão, autoprodução (reprodução), autossustentância (manutenção) até chegarmos à maior dimensão da autorreferência que é a própria *autopoiesis*. Todas essas terminologias devem ser entendidas como graduações do mesmo fenômeno.

A identificação da autopoietica jurídica dá-se através de quatro características que nós vamos analisar em dois momentos, a saber: Indeterminação e Imprevisão; Circularidade e Gestão de Paradoxos.¹⁰⁴

O primeiro é o da Indeterminação e Imprevisibilidade. Este indica a ideia do Direito como algo insuscetível de controle externo, determinação externa ou previsão externa, pois a validade do Direito não pode ser importada do exterior do sistema jurídico. Segundo Luhmann, não existe direito fora do direito, pelo que, na sua relação com o sistema social, o sistema jurídico não gera nem *inputs* nem *outputs*, fazendo referência expressa às teorias cibernética e funcionalista-sistêmica do modelo de sistema aberto.

Sistema, para Luhmann, é um conjunto de elementos delimitados segundo o princípio da diferenciação. Os elementos ligados uns aos outros excluem outros elementos do seu convívio, formam, em relação a estes, um conjunto diferenciado. Todo sistema pressupõe, portanto, um mundo circundante com o qual se limita. O mundo é, por hipótese, o que não pertence ao sistema. Ora, se o sistema é um conjunto estruturado, o mundo é, em relação a ele, complexidade, i.e., um conjunto aberto e infinito de possibilidades. Aquilo que garante o sistema contra a contingência das possibilidades escolhidas é a estrutura do sistema.¹⁰⁵ E a legitimidade desta estrutura jurídica está no próprio processo que vai do ponto inicial do procedimento de tomada de decisão até a própria decisão tomada. É o procedimento mesmo que confere legitimidade, e não uma de suas partes.¹⁰⁶

¹⁰⁴ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 2-26.

¹⁰⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

¹⁰⁶ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980. Nesse sentido, Luhmann sustenta que os Tribunais constituem o centro do Sistema Jurídico. Ver: A posição dos tribunais no sistema jurídico. Tradução de Peter Naumann. *Ajuris*, ano XVII, n. 49, p. 149-168, jul. 1990.

Em resumo, o caráter de indeterminação e imprevisão do direito decorre de ser um direito autoproduzido, não apenas no sentido de que é produto do homem, mas sobretudo do próprio direito. Está, portanto, intimamente relacionado com a autonomia do direito, afirmando a não determinabilidade e a impenetrabilidade do sistema jurídico por fatores externos.

O segundo momento é o da “circularidade e gestão de paradoxos” (legal/ilegal). É o fenômeno pelo qual o nível mais alto de uma hierarquia reenvia ao nível mais baixo na medida em que se está impedido de saltar para fora do sistema na busca de uma autoridade superior. A hierarquia das fontes do direito não é poupada diante de tal lógica circular, na medida em que tenhamos “batido com a cabeça no teto” do sistema, não nos resta senão recorrer a regras aparentemente menos definidas, mas que serão as únicas fontes das regras de nível superior, quais sejam, as regras de nível inferior.

A evolução do direito através da sua autorreferência se dá gerindo paradoxos, os quais emergem sempre que se trate de apreender e aferir situações do mundo real a partir da simples distinção legal/ilegal (no sistema econômico os seus paradoxos autorreferenciais emergem a partir da distinção pagamento/não pagamento).

Podemos citar inúmeras manifestações concretas dessa autorreferência jurídica, baseada na circularidade e gestão dos paradoxos, tais como¹⁰⁷ os problemas de *who watches the watchmen* e o relativo ao *self-amendment*, ambos no âmbito do Direito Constitucional; o *tu quoque mi fili* ou *equity must come with clean hands* no Direito Civil; o instituto do reenvio no Direito Internacional Privado; a *prospective overruling* do direito anglo-saxão; a circularidade típica na definição do interesse social das sociedades comerciais; as regras da formação do contrato enquanto “relevância do irrelevante”; ou, até mesmo, a teoria da ficção da pessoa coletiva de acordo com a qual o Estado, enquanto pessoa coletiva, aparece como autor da sua própria criação, tal qual Barão de Münchhausen¹⁰⁸ que se tira para fora da água puxando pelos próprios cabelos.

¹⁰⁷ Exemplos dados por TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 9-10.

¹⁰⁸ LÖWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen*. Tradução de Juarez Guimaraes e Suzanne Felicie. São Paulo: Busca Vida, 1988; LÖWY, Michael. *Método dialético e teoria política*. Tradução de Reginaldo Di Piero. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985. O autor critica justamente esta possibilidade no âmbito das ciências sociais, associando-as ao positivismo.

Nós temos um grande sistema social, a sociedade (autônomo dos sistemas de organismos vivos), sendo constituído pelo sentido (antes que pela vida) e seus elementos constitutivos são comunicações¹⁰⁹ (antes que seres humanos). Daí nós termos subsistemas sociais¹¹⁰ autonomizados que seriam, entre outros, o direito, a economia, a política, etc.

Com isto nós temos o Direito constituído como um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizado-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição autorreferencial dos seus próprios componentes sistêmicos e a articulação destes num hipercírculo.¹¹¹

Numa primeira análise, parece que esta teoria se choca com a possibilidade de influência de fatores metajurídicos num sistema que seria portanto aberto. Todavia, devemos deixar claro desde logo que a teoria da *autopoiesis* considera que a influência das condicionantes sociais, econômicas, políticas, entre outros fatores metajurídicos, não está excluída, mas é inclusive pressuposta. Não é a inexistência desta influência proveniente do meio envolvente o que a teoria autopoietica veio inovadoramente sublinhar, mas apenas a forma peculiar, particular como aquela se repercute no sistema.

A teoria dos sistemas deve muito do seu sucesso atual à teoria dos sistemas como realidades abertas e adaptáveis ao respectivo meio envolvente. Deixando de conceber estes como realidades fechadas, opacas, tornou-se possível analisar as formas de relacionamento e interação entre sistema e meio envolvente, bem como as formas de dependência do primeiro relativamente ao último. Os sistemas “envolvidos” são forçados a adaptarem-se para sobreviver.¹¹²

Essa perspectiva dos sistemas como realidades exogenamente abertas e adaptáveis ao meio envolvente representa indubitavelmente um importante progresso. Mas, partindo-se daí, parece lógico concluir

¹⁰⁹ STUCKA, Petr Ivanovich. *Direito e luta de classes: teoria geral do direito*. Tradução de Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 68-87 — para este autor marxistas são as comunicações da classe dominante, mas também identifica o direito enquanto subsistema social.

¹¹⁰ DUVERGER, Maurice. *Ciência política: teoria e método*. Tradução de Heloísa de Castro Lima. Rio de Janeiro: Zahar, 1976. p. 10; DUVERGER, Maurice. *Os grandes sistemas políticos*. Tradução de Fernando Ruivo e Fernando Augusto Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1985. p. 10-13; MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. Tradução de Sérgio Magalhães Santeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1968. E, ainda, SOUTO, Cláudio. *Sistemas sociais e direito*. ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 69, p. 323-340.

¹¹¹ LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme*. Frankfurt: Suhrkamp, 1984. p. 624 et seq.

¹¹² Destaca-se que neste processo de adaptação o sistema “envolvido” também condiciona o meio envolvente.

que os sistemas podem ser diretamente influenciados, regulados e até determinados por esse meio. Esta conclusão é inaceitável, pois destruiria a autonomia do sistema e portanto sua própria razão de ser, restando apenas o meio, então, envolvente. A ideia de autorreferência (*autopoiesis*), partindo da necessidade da qualidade de abertura sistemática, pressupõe que os pilares do funcionamento do sistema residem não nas condições exógenas impostas pelo meio envolvente, às quais tenha que se adaptar da melhor forma possível, mas sim no próprio seio sistêmico.¹¹³

A teoria do sistema autopoietico não pode ser vista como um retrocesso, pois seria um regresso à concepção já ultrapassada dos sistemas fechados. De fato, o pressuposto é de que a unidade e a identidade de um sistema deriva da característica fundamental de autorreferencialidade das suas operações e processos. Isso significa que só por referência a si próprio pode o sistema distinguir-se do respectivo meio envolvente, continuando a organizar-se e a reproduzir-se como tais. São as próprias operações sistêmicas que, numa dinâmica circular, produzem os seus elementos, as suas estruturas, os seus processos, os seus limites e a sua unidade essencial.

E, justamente, o que a perspectiva autopoietica traz de novo em confronto com a perspectiva do sistema aberto e para somar-se a este é, através da dinâmica apresentada, alcançar a estabilização do sistema, tornando possível a reconstrução de todo esse mesmo processo de acordo com regras imanentes de funcionamento que garantem a autonomia e identidade do sistema perante o meio envolvente.¹¹⁴

Luhmann, em outro escrito,¹¹⁵ deixa mais nítida a imagem de que, para si, o direito é um sistema autocriador, normativamente fechado, mas cognitivamente aberto. A autocriação do sistema jurídico é normativamente fechada pelo fato de que só o sistema pode conferir um caráter juridicamente normativo a seus elementos e para constituí-los como elementos. Ao mesmo tempo, o sistema jurídico é cognitivamente aberto em relação às mesmas circunstâncias as quais não podem

¹¹³ A teoria da abertura do sistema jurídico de Bobbio já afirmava neste sentido.

¹¹⁴ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 31-33.

¹¹⁵ LUHMANN, Niklas. L'unité du système juridique. *Archives de Philosophie du Droit*, v. 31, p. 173.

conferir aquele caráter de normatividade. Todavia, esta visualização ainda é insuficiente.

b) A *autopoiesis* relativa

O grande marco diferenciador de outras concepções de *autopoiesis* é a sua configuração de forma relativa,¹¹⁶ enquanto um estágio intermediário, portanto a autorreferencialidade, a *autopoiesis*, e consequentemente a autonomia do sistema, não podem ser vistas como uma situação de “tudo ou nada”, enquanto um conceito inflexível,¹¹⁷ do tipo “o direito ou se reproduz ou não se reproduz a si próprio”. Assim, existem diversos graus de intensidade da autorreferencialidade e por conseguinte de *autopoiesis*.¹¹⁸

Em síntese, devemos visualizar a autonomia do direito em três estágios distintos, a saber, I – Direito Socialmente Difuso, II – Direito Semi-Autopoiético, III – Direito Autopoiético.¹¹⁹

Temos o direito inicialmente sendo heteroproduzido através da referência de fatores externos numa fase em que ainda não podemos identificar como sistema jurídico, mas em que se está no sistema social de primeiro grau.

Nesse mesmo sentido, Eros Grau trabalha as noções de direito pressuposto e direito posto.¹²⁰ A sociedade pressupõe determinadas formas jurídicas que o Estado põe. Seguindo seu raciocínio, que distingue pressuposição e posição, temos que a relação jurídica encontra-se originariamente no nível da relação econômica — ou no âmbito da comunicação social, i.e., no meio ambiente circundante ao sistema jurídico — reaparecendo, na superestrutura jurídica, enquanto direito posto (direito positivo).

Para ilustrar o mecanismo da *autopoiesis*, vamos analisar o modo de incorporação/reconhecimento de princípios jurídicos que é fundamental para um sistema aberto. Já falamos sobre a importância dos princípios para o modelo de sistema em análise, mas donde vêm os

¹¹⁶ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 75-88.

¹¹⁷ LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme*. Frankfurt: Suhrkamp, 1984. p. 624 et seq.

¹¹⁸ Ver esquema.

¹¹⁹ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 78.

¹²⁰ GRAU, Eros Roberto. O direito pressuposto e o direito posto. *Revista dos Tribunais*, v. 80, n. 673, p. 21-26, nov. 1991.

princípios? A tese da transcendência dos princípios é inaceitável, pois estes não são resgatados de fora do ordenamento jurídico¹²¹ (enquanto sinônimo de sistema). Eles são descobertos no interior de determinado ordenamento, onde se encontram em estado de latência, a partir desta fase do direito socialmente difuso, do direito pressuposto.

Após, temos a fase de um direito parcialmente autopoietico, na medida em que um ou mais dos componentes do sistema jurídico autonomizam-se através da auto-observação e da autodescrição. Trata-se da passagem do direito pressuposto para o direito posto que se dará através de um sistema externo aberto. Podemos citar como exemplo a ideia de normas secundárias de Hart,¹²² segundo o qual apenas podemos falar de direito quando as normas de conduta primárias são ultrapassadas e reguladas por normas secundárias.

Temos uma autoconstituição (que é uma graduação de *autopoiesis*) de normas já que é o próprio sistema jurídico que estabelece os critérios, lançando mão de normas secundárias, ainda que a substância semântica dessas normas venha determinada exteriormente (aqui temos a influência dos fatores metajurídicos), selecionando-se através dos processos da *autopoiesis* relativa, *v.g.*, os princípios jurídicos então latentes, socialmente difusos ou pressupostos na sociedade.

Um ótimo exemplo disto é o modo como as normas jurídicas se referem às normas sociais no contexto das cláusulas gerais ou dos conceitos jurídicos indeterminados (boa-fé, função social da propriedade, interesse público). Neste estágio intermediário da *autopoiesis* relativa, é diferente do que sucede na primeira fase em que as normas sociais simplesmente não se identificam com as normas jurídicas, mas sim requerem essa transição a uma norma secundária de seleção judicial ou legislativa. Em outras palavras, um fator metajurídico não incide diretamente sobre o sistema interno, requer antes que seja absorvido pelo sistema externo que o selecionará.

Numa terceira fase, o direito se torna inteiramente autopoietico, quando as suas autodescrições permitem desenvolver e aplicar uma teoria das fontes jurídicas no contexto da qual as normas possam ser

¹²¹ GRAU, Eros Roberto. O direito pressuposto e o direito posto. *Revista dos Tribunais*, v. 80, n. 673, p. 22, nov. 1991; *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 92-134.

¹²² HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

geradas através de processos endógenos de criação jurídica e aqui, e tão somente aqui, teremos a chamada clausura autopoietica, caracterizando-se enquanto um sistema fechado no sentido de clausura organizacional, visando à estabilização do sistema que se torna autossustentável.

Este é o direito posto que não pode ser criado arbitrariamente, pois é condicionado, neste processo de elaboração, pelo direito pressuposto. De outro lado, o direito posto modifica o direito pressuposto e cria os critérios para sua elaboração, i.e., os critérios de como e em que medida será condicionado pelo direito pressuposto.

Procuraremos demonstrar, exemplificativamente, determinadas situações do que poderíamos chamar de “cotidiano” do sistema jurídico em que este modelo de sistema externo aberto de *autopoiesis* relativa aparece como pano de fundo.¹²³ Passaremos a tratar sucintamente da ideia de boa-fé, no âmbito do Direito das Obrigações, e de função social da propriedade, no âmbito do Direito Real.

A boa-fé¹²⁴ de que trataremos aqui é a chamada objetiva com ampla incidência no direito das obrigações, estando enunciada expressamente nos mais variados ordenamentos, presente nas codificações modernas e também nas mais recentes. No Brasil, não tínhamos uma norma principal expressa que recepcionasse o princípio da boa-fé enquanto cláusula geral até a edição do novo Código Civil. O novo CCB (Lei Federal nº 10.406, de 10.01.2002) prevê no seu art. 422 esta cláusula geral com a seguinte redação: “Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.” Tínhamos até então regras esparsas que concretizavam topicamente a boa-fé, como a norma de interpretação do art. 131, §1º, do CCom e os dispositivos sobre a litigância de má-fé do CPC (arts. 14, 17, 630).

Aquela omissão legislativa de uma cláusula geral, contudo, não impediu a presença do princípio da boa-fé no direito brasileiro, por tudo que já dissemos sobre a latência dos princípios e, categoricamente,

¹²³ Nesse sentido, Teubner trabalhou sobre as cláusulas gerais, enquanto mecanismos de conflito intersistêmicos (*O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 230-239).

¹²⁴ BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 69-94. O autor distingue a boa-fé em quatro grupos distintos, e o que nos interessa no momento é o último, a saber: 1) enquanto interpretação psicológica; 2) enquanto crença na aparência; 3) enquanto lealdade de tratamento; 4) enquanto critério hermenêutico e de conduta.

pela lição de Clóvis do Couto e Silva: “No direito brasileiro poder-se-ia afirmar que, se não existe o dispositivo legislativo que o consagre, não vigora o princípio da boa fé no Direito das Obrigações. Observa-se, contudo, ser o aludido princípio considerado fundamental, ou essencial, cuja presença independe de sua recepção legislativa”.¹²⁵ O atual enunciado (já transcrito) da cláusula geral da boa fé não prevê sua aplicação em conflitos nas fases pré e pós-contratual. Da mesma forma, essa redação legislativa não impedirá a incidência do princípio da boa-fé, diretamente, sem outro valor normativo para mediar, na solução daquelas controvérsias.¹²⁶

A boa-fé prevista na forma de uma cláusula geral permite soluções adequadas para casos concretos em conjunturas socioeconômicas distintas, levando em consideração fatores metajurídicos e princípios jurídicos gerais.¹²⁷ Funciona dentro do sistema — analiticamente falando, no sistema externo —, no sentido de que nele encontra sua fundamentação e dele retira o seu caráter juridicamente normativo de seu enunciado.¹²⁸

Como “janela” do sistema jurídico, a boa-fé permite o conhecimento de elementos externos não positivados, ou positivados para outro sentido, que se impõe à consideração, e pode levar a uma decisão para além do que estava programado, a exemplo do que ocorre com a *culpa post pactum finitum*, ou mesmo em contrário a algum preceito expresso que será reelaborado ou desconsiderado em função da atuação prevalente do princípio, como nas hipóteses de adimplemento substancial.¹²⁹ A boa-fé tem duas funções principais: cria deveres secundários de conduta (anexos ou acessórios);¹³⁰ impõe limites ao exercício de direitos.

A primeira destas funções pode ser demonstrada a partir do surgimento de vinculações derivadas de um simples contato social dirigido à celebração de um futuro negócio jurídico — tratativas, responsabilidade pré-contratual, culpa *in contrahendo* — ou independente de qualquer

¹²⁵ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. In: *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 43-61.

¹²⁶ Ver Enunciados nºs 24 e 25 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

¹²⁷ Ver Enunciados nºs 26 e 27 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

¹²⁸ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976. p. 74.

¹²⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*: resolução. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 242-251.

¹³⁰ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976.

convenção posterior — como no transporte de cortesia.¹³¹ O contato social inclui as chamadas relações contratuais de fato, onde não há contrato e se prescinde do elemento vontade. Nessa mesma linha, cite-se ainda a categoria dos denominados “atos existenciais”, que são negócios referentes às necessidades básicas para a sobrevivência do indivíduo em sociedade e correspondentes a uma conduta típica no intercuro social.¹³²

A segunda das funções da boa-fé é de vedação ou punição do exercício de direito subjetivo, quando este caracterizar abuso da posição jurídica, como na hipótese da proibição do exercício do direito de resolver o contrato por inadimplemento, ou suscitar a exceção de contrato não cumprido, quando o incumprimento é insignificante, em relação ao contrato total. Neste contexto, é que se inserem as situações de *venire contra factum proprium; suppressio, surrectio, tu quoque*,¹³³ bem como enquanto fundamento para o exercício do controle das condições gerais dos negócios¹³⁴ o que implica aquela limitação do exercício de direitos.

Passemos a examinar outra demonstração da operacionalidade da nossa concepção de sistema jurídico. A Constituição Federal de 1988 consubstanciou a função social da propriedade enquanto Princípio Geral da atividade econômica (art. 170, III) e como Direito Fundamental (art. 5º, XXIII), seja individual ou coletivamente falando.¹³⁵ Aqui

¹³¹ COSTA, Mario Júlio de Almeida. Aspectos modernos do direito das obrigações. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 83; COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1993; PEREIRA, M. S. D. Neves. *Introdução ao direito e às obrigações*. Coimbra: Almedina, 1992. A título de exemplo, cita-se que, durante as tratativas preliminares, o princípio da boa-fé é fonte de deveres de esclarecimento.

¹³² SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 56; SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976; SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. Contribution a une histoire des concepts dans le droit civil et dans la procedure civile: L'actualité de la pensée d'Otto Karlowa et d'Oskar Bülow. *Quaderni Fiorentini*, n. 14, p. 243-299, 1985.

¹³³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. v. 2, p. 661 et seq.

¹³⁴ POLO, Eduardo. *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*. Madrid: Civitas, 1990. p. 56-61; SCHWAB, Dieter. Validade e controle das condições gerais de negócios. Tradução de Peter Walter Ashton. *Ajuris*, ano XIV, n. 41, p. 10, 11, 1987. E para uma visão crítica sobre a natureza jurídica e o fundamento da validade dessas condições gerais, ver: CASTRO Y BRAVO, Federico. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Madrid: Civitas, 1985; SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A natureza jurídica dos contratos cogentes e dos incentivos fiscais. Separata jurídica de: *Revista da Divisão Jurídica do Instituto do Açúcar e do Alcool*, Rio de Janeiro, 1972.

¹³⁵ Para um exame objetivo da evolução do conceito e análise do seu tratamento em várias constituições européias e na brasileira, ver: BERTOLO, Rozangela Motiska. A função social da propriedade. *Revista do Ministério Público/RS*, nova fase, POA, v. 1, n. 28, p. 218-228, 1992. Para uma visualização histórica da evolução da propriedade do ponto de vista materialista, ver: ENGELS, Friedrich. *A origem da família da propriedade e do Estado*. Tradução de H. Chaves. Lisboa: Presença, 1980.

também é válida a lição do professor Clóvis do Couto e Silva, quanto à dispensabilidade da recepção legislativa — posta em uma cláusula geral — para a vigência de princípio considerado fundamental ou essencial, e mais ainda, neste caso, diante das previsões constitucionais.¹³⁶

A função social da propriedade, nestes termos, cumpre a duas funções, analisando-a genericamente. Uma é quanto à proteção da propriedade enquanto utilização produtiva dos bens, i.e., no interesse social de incremento da produção e de aumento da riqueza. A outra é como meio de alcançar o estabelecimento de relações sociais mais justas, de promover as igualdades materiais, de obter um aumento da riqueza socialmente útil e a sua distribuição equitativa.¹³⁷

A função social funciona como um instrumento de aferição e adequação judicial do comportamento dos proprietários em concreto,¹³⁸ sem deixar de se entender que a lei a utiliza diretamente para realizar a justiça social, i.e., que a função social da propriedade se resolve, primariamente (mas não exclusivamente), em obrigações postas pela lei a cargo do proprietário como forma de satisfação direta dos interesses dos não proprietários.

É esta posição eclética¹³⁹ que melhor se coaduna com o modelo de sistema exposto, pois associa duas características fundamentais do sistema jurídico analisado: o poder “criativo” judicial de fazer reconhecer atualização do direito, ao mesmo tempo que se deve respeito ao método e ao objeto próprios da ciência jurídica os quais limitam aquele poder judicial. Assim, evita-se que a omissão total ou parcial legislativa impere, esvaziando de conteúdo e de finalidade a função

¹³⁶ Alguns autores, já antes da CF/88, procuravam demonstrar a inutilidade da noção tradicional de propriedade para a nova realidade brasileira pós-codificação, entre outros: CAVALCANTI, Clóvis. Escolhas autocráticas e vida de horrores: o caso da política habitacional. In: FALCÃO, J. A. (Org.). *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984; FALCÃO, Joaquim de Arruda. Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O oficial e o inoficial. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984; PESSOA, Álvaro. O uso do solo em conflito: a visão institucional. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984; SANTOS, Boaventura de Souza. O Estado, o direito e a questão urbana. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984; SERRA, Mozart Vitor; FERNANDES, Maria Teresa. As invasões de terra urbana: o alcance e as limitações da economia neoclássica no seu exame. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

¹³⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Direitos reais*. Lisboa, 1978. v. 1, p. 91.

¹³⁸ RODOTA, Stefano. *El terrible derecho*. Tradução de Luis Diez-Picazo. Madrid: Civitas, 1986.

¹³⁹ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 162, 186.

social da propriedade, sem descuidar da segurança jurídica que a ciência jurídica deve propiciar.

Conclusão

O desafio que a nós está lançado, para além do debate entre os jusnaturalismos e os juspositivismos, é, perante os problemas novos, superar o dilema entre a intensificação de um metadiscurso metodológico irreal e inaplicável a questões concretas, logo indiferente ao direito, por um lado, e a prática de um formalismo ou um positivismo de recurso, por outro. Em qualquer dos casos, as soluções são ora inadequadas, ora assentes em fundamentações aparentes, escapando ao controle da Ciência do Direito.¹⁴⁰

A Teoria Analítica do Direito (Jurisprudência analítica) propagada, principalmente, por Hart¹⁴¹ tem origem na transferência cultural operada do mundo anglo-saxônico para o continente europeu, decorrente do condicionalismo político-econômico do segundo pós-guerra. Esse modo de pensar analítico é de um positivismo agravado com o jusracionalismo de recurso, implicando uma posição empírica, mas racionalista e antimetafísica. Cultivando a clareza conceitual, preocupa-se com a linguagem; adstringe-se a lógica; recusa-se intromissão da moral e proclama-se a excelência da crítica ética às soluções preconizadas pelo Direito. Tudo isso se somando à proximidade com o normativismo kelseniano.

Perante o nosso dilema da Ciência do Direito, a Jurisprudência Analítica optou decididamente pelo positivismo, e com isto abriu as portas ao irrealismo metodológico, pois no desenvolvimento das suas elaborações muito foi produzido e do qual podemos nos socorrer, todavia não há quaisquer soluções para as grandes questões do Direito Privado: lacunas, conceitos indeterminados, cláusulas gerais, contradição entre princípios e normas injustas.

A moderna teoria da Tópica Jurídica (Jurisprudência Problemática) relança o pensamento aristotélico,¹⁴² através da obra do

¹⁴⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Introdução à edição portuguesa de pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito de Claus-Wilhelm Canaris*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. XXVIII.

¹⁴¹ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. Vem de uma tradição que remonta até Hobbes.

¹⁴² ARISTÓTELES. *Tópicos*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril, 1978. (Os Pensadores).

alemão Viehweg,¹⁴³ para quem o Direito é uma técnica de resolução de problemas, em que apenas aparentemente o Direito comportaria uma estrutura sistemática. Destaca-se que os argumentos críticos de Viehweg dirigiam-se tão somente a um tipo de sistema: o axiomático-dedutivo.¹⁴⁴

Contudo, o fenômeno que se verificou foi o da vulgarização da tópica,¹⁴⁵ a qual não levou em consideração a ressalva destacada acima, e passou-se a empregar indistintamente o termo grego *topoi*, onde com maior propriedade se deveria antes dizer “princípios” e até “normas”. Com essa postura, redobrou-se a crítica ao pensamento sistemático, reforçando-se a “fogueira” do irrealismo metodológico. Como a teoria analítica, a Jurisprudência Problemática contribui para novas sínteses metodológicas, mas a vulgarização da tópica deve ser combatida em nome da mais elementar precisão e seriedade de linguagem.

As perspectivas metodológicas da atualidade estão a nos exigir um discurso sistemático renovado, centrado no inter-relacionar das regras com os fatos, que aproxime o empirismo da normatividade, sintetizando duas ideias fundamentais: a natureza cultural do Direito e a necessidade de dotar as decisões jurídicas de uma estruturação científica. Nesse sentido, configura-se uma terceira via, para aqueles que não veem contradição entre problema e sistema, convictos de que este não supera aquele, por tudo que já foi dito, e mais, pela simples razão de não se poder compreender o sistema com abstração de todos os problemas que lhe deram causa.¹⁴⁶

Cumprе salientar que aqui se buscou — e se busca — somar esforços na reafirmação de um norte, qual seja, a construção da ciência jurídica compatível e estimuladora de uma sociedade pluralista, democrática e economicamente autossustentada em harmonia com o meio ambiente. Para tanto, o paradigma adotado é de um sistema jurídico de princípios e de regras, ambos normativos, cognitivamente aberto, na perspectiva da *autopoiesis* relativa, em sua visualização externa, e

¹⁴³ VIEHWEG, Theodor. *Topica y jurisprudencia*. Trad. de Luis Diez-Picazo. Madrid: Taurus, 1964.

¹⁴⁴ Ver, especialmente, coletânea do autor contendo artigos mais recentes, no qual realça este enfoque: VIEHWEG, Theodor. *Topica y filosofia del derecho*. Trad. de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1991.

¹⁴⁵ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Introdução à edição portuguesa de pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito de Claus-Wilhelm Canaris*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. XLVIII.

¹⁴⁶ REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1992.

com mobilidade entre os seus diversos microssistemas, no seu enfoque interno, concebendo o Direito Privado com campos escalonados de interesses, conforme o maior ou menor grau de publicização.¹⁴⁷ Nesse caminho, identificamos a Constituição no ápice do sistema, regulando o mínimo de público e de privado, tendo o Código Civil, adequado a este paradigma, função de destaque no centro da esfera privatística, servindo de referência para os diversos microssistemas.

Nossa modesta contribuição é a de associar à ideia de *autopoiesis* relativa de sistema apresentada por Teubner, a visualização analítica do sistema externo, enquanto *terminus ad quem*, naquela função didática, empregado por Losano.

Resultado desta associação é que identificamos, no âmbito da comunicação social do meio exterior ao sistema jurídico, os fatores metajurídicos essenciais para que, em sendo conhecidos pelo cientista do direito, sejam passíveis de influenciar o surgimento de novas normas jurídicas capazes de manter a evolução do direito independentemente da alteração do enunciado da norma jurídica (texto). O conhecimento dos fatores metajurídicos e a influência que esses exercem são processados no chamado sistema jurídico externo através, sobretudo, dos princípios jurídicos, conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais. O modo como os processos de conhecimento e influência ocorrem em respeito ao objeto e ao método jurídico é o da *autopoiesis* relativa que opera no sistema jurídico externo. Essa seria, no nosso entender, a passagem do direito pressuposto para o direito posto.¹⁴⁸

Finalmente, destaca-se que, sendo nossa concepção sistêmica dinâmica, o sistema jurídico interno condicionará o sistema jurídico externo e o meio circundante da comunicação social (sistema social primário, bem como outros sistemas das demais ciências), nesse mesmo sentido, o sistema jurídico externo, por si só, também influenciará o meio circundante ao sistema jurídico. Desse modo, aquele fator que influencia também é influenciado.

¹⁴⁷ RAISER, Ludwig. O futuro do direito privado. Tradução de Lucinda Maria Ragugnetti. *Revista da PGE/RS*, Porto Alegre, n. 25, 1979.

¹⁴⁸ A essência deste artigo, bem como as suas conclusões, foram apresentadas pelo autor em seminário da disciplina de Teoria Geral do Direito Privado do Curso de Mestrado do PPGDir/UFRGS em 1994, consubstanciado em trabalho monográfico da disciplina, orientado pela Dra. Judith Martins-Costa.

Referências

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica: fundamento natureza e garantia constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 23, n. 92, p. 221-240, 1986.

ANJOS, Luís Henrique Martins dos; ANJOS, Walter Jone dos. *Manual de direito administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ARISTÓTELES. *Tópicos*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril, 1978. (Os Pensadores).

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1985.

BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. Brasília: UnB, 1990.

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

BOBBIO, Norberto. *Estudos sobre Hegel: direito, sociedade civil, Estado*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Brasiliense, 1989.

BOBBIO, Norberto. *Studi sulla teoria generale del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1955.

BOBBIO, Norberto. *Teoria della norma giuridica*. Torino: G. Giappichelli, 1958.

BOBBIO, Norberto. *Teoria della scienza giuridica*. Torino: G. Giappichelli, 1950.

BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino: G. Giappichelli, 1960.

BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito: filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho*. Trad. de Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1942.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRUTAU, José Puig. *A jurisprudência como fonte do direito*. Tradução de Lenine Nequete. Porto Alegre: Ajuris, 1977.

BULLINGER, Martin. *Derecho público y derecho privado*. Trad. de Antonio Esteban Drake. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1976.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CAVALCANTI, Clóvis. Escolhas autocráticas e vida de horrores: o caso da política habitacional. In: FALCÃO, J. A. (Org.). *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- CLAVERO, Bartolomé. Codificación y Constitución, paradigmas de un binomio. *Quaderni Fiorentini*, n. XVIII, p. 79-145.
- COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- CONTE, Amedeo G. *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*. Torino: G. Giappichelli, 1962.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. v. 2.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Direitos reais*. Lisboa, 1978. v. 1.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Introdução à edição portuguesa de pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito de Claus-Wilhelm Canaris*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CORREIA, Alexandre. Escola histórica do direito. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 33.
- COSSIO, Carlos. *La plenitud del ordenamento jurídico*. Buenos Aires: Losada, 1947.
- COSTA, Mario Júlio de Almeida. Aspectos modernos do direito das obrigações. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principi*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952.
- CUPIS, Adriano de. A proposito di codice e di decodificazione. *Riv. di Diritto Civile*, parte prima, p. 47-53, 1979.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- DEL VECCHIO, Jorge. *La justicia*. Trad. de Luis Rodriguez-Camuñas e César Sancho. Madrid: Góngora, 1925.
- DUVERGER, Maurice. *Ciência política: teoria e método*. Tradução de Heloísa de Castro Lima. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.
- DUVERGER, Maurice. *Os grandes sistemas políticos*. Tradução de Fernando Ruivo e Fernando Augusto Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1985.
- EICHLER, Hermann. Codificação do direito civil e teoria dos sistemas de direito. *Revista de Direito Civil*, v. 2, p. 43-58, out./dez. 1977.

- ENGELS, Friedrich. *A origem da família da propriedade e do Estado*. Tradução de H. Chaves. Lisboa: Presença, 1980.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- ESSER, Josef. *Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho*. Madrid, 1956.
- FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- FALCÃO, Joaquim de Arruda. Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1988.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado de direito, o judiciário e a nova Constituição. *Revista Direito Administrativo*, v. 160, p. 63-76, abr./jun. 1985.
- FROMM, Erich. *O medo à liberdade*. Tradução de Octávio Alves Velho. Rio de Janeiro: Guanabara, 1983.
- GIORGIANNI, Michele. Tramonto della codificazione: la morte del codice ottocentesco. *Riv. di Diritto Civile*, p. 52-55, gen./feb. 1980.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- GRAU, Eros Roberto. O direito pressuposto e o direito posto. *Revista dos Tribunais*, v. 80, n. 673, p. 21-26, nov. 1991.
- GULOTTA, Guglielmo. Dinâmica psicossocial da decisão judicial. Tradução de Jorge Trindade. *Revista do Ministério Público do RS*, v. 1, n. 22, p. 78-88, 1989.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- HEGENBERG, Leônidas. *Dicionário de lógica*. São Paulo: E.P.U., 1995.
- IRTI, Natalino. Francesco Filomusi Guelfi e la crisi della scuola esegetica in Italia. *Riv. Diritto Civile*, parte prima, p. 379-389, 1971.
- IRTI, Natalino. Leggi speciali: dal mono sistema al poli sistema. *Riv. Diritto Civile*, parte prima, p. 141-153, 1979.
- IRTI, Natalino. L'Età della decodificazione. *Revista de Direito Civil*, v. 10, p. 15-33, out./dez. 1979.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- KELSEN, Hans; COSSIO, Carlos. *Problemas escogidos de la teoria pura del derecho: teoria egologica y teoria pura*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1952.

- KOSCHAKER, P. *Europa y el derecho romano*. Madrid, 1955.
- LAREZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LEIBNIZ, G. W. Trois textes sur le droit et la codification. *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, v. 31, p. 357-367, 1986.
- LOSANO, Mario G. *Sistema e struttura nel diritto*. volume primo. Torino: G. Giappichelli, 1968.
- LÖWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen*. Tradução de Juarez Guimarães e Suzanne Felicie. São Paulo: Busca Vida, 1988.
- LÖWY, Michael. *Método dialético e teoria política*. Tradução de Reginaldo Di Piero. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.
- LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Tradução de Peter Naumann. *Ajuris*, ano XVII, n. 49, p. 149-168, jul. 1990.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.
- LUHMANN, Niklas. L'unité du système juridique. *Archives de Philosophie du Droit*, v. 31, p. 163-188.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme*. Frankfurt: Suhrkamp, 1984.
- MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. Tradução de Sérgio Magalhães Santeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.
- MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. Separata de: *Revista de Informação Legislativa*, ano 28, n. 112, p. 13-32, out./dez. 1991.
- MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Ajuris*, ano XIX, n. 56, p. 56-86, nov. 1992.
- MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. Tradução de Conceição Jardim e Eduardo Lúcio Nogueira. Lisboa: Presença, 1983.
- MARX, Karl. *Para a crítica da economia política*. Tradução de José Arthur Giannotti e Edgar Malagodi. São Paulo: Abril, 1978. (Os Pensadores).
- MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de teoria geral do direito*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1986.
- PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- PEREIRA, M. S. D. Neves. *Introdução ao direito e às obrigações*. Coimbra: Almedina, 1992.
- PESSOA, Álvaro. O uso do solo em conflito: a visão institucional. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

- POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; Brasília: UnB, 1978.
- RADBRUCH, Gustav. *El hombre en el derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- RAISER, Ludwig. O futuro do direito privado. Tradução de Lucinda Maria Ragugnetti. *Revista da PGE/RS*, Porto Alegre, n. 25, 1979.
- REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- RODOTA, Stefano. *El terrible derecho*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1986.
- SACCO, Rodolfo. Codificare, modo superato di legiferare?. *Riv. Diritto Civile*, n. 2, p. 117-135, 1980.
- SALDANHA, Nelson. Historiografia jurídica e concepção do direito. *Estudos Universitários*, Recife, UFPE, v. 15, n. 1/2, 1975.
- SALDANHA, Nelson. *O problema da história na ciência jurídica contemporânea*. Porto Alegre: Osvaldo Vergara, 1978.
- SANTOS, Boaventura de Souza. O Estado, o direito e a questão urbana. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SCHWAB, Dieter. Validade e controle das condições gerais de negócios. Tradução de Peter Walter Ashton. *Ajuris*, ano XIV, n. 41, p. 7-20, 1987.
- SCHWARTZ, Bernard. The Law and its Development, Civil and Common Law Systems Compared. *Revista Direito Civil*, v. 6, p. 159-169, out./dez. 1978.
- SERRA, Mozart Vitor; FERNANDES, Maria Teresa. As invasões de terra urbana: o alcance e as limitações da economia neoclássica no seu exame. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SÈVE, René. Système et Code. *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, v. 31, p. 77-84, 1986.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A natureza jurídica dos contratos cogentes e dos incentivos fiscais. Separata jurídica de: *Revista da Divisão Jurídica do Instituto do Açúcar e do Alcool*, Rio de Janeiro, 1972.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. Contribution a une histoire des concepts dans le droit civil et dans la procedure civile: L'actualité de la pensée d'Otto Karlowa et d'Oskar Bülow. *Quaderni Fiorentini*, n. 14, p. 243-299, 1985.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. Separata de: *Revista de Informação Legislativa*, ano 25, n. 97, p. 163-180, jan./mar. 1988.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

STUCKA, Petr Ivanovich. *Direito e luta de classes: teoria geral do direito*. Tradução de Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

VIEHWEG, Theodor. *Topica y filosofia del derecho*. Trad. de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1991.

VIEHWEG, Theodor. *Topica y jurisprudencia*. Trad. de Luis Díez-Picazo. Madrid: Taurus, 1964.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

ANEXO

Representação gráfica da nossa concepção do modo como os fatores metajurídicos influenciam o sistema jurídico externo aberto e deste são transmutados como elementos jurídicos a se autoproduzirem no sistema jurídico interno autopoietico.

