

Copyright © 2005 By Editora Noeses
Direção editorial: Paulo de Barros Carvalho

340.12
V746c
3ed. e.2
BCI

CIP - BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

L746e
3.ed.

Vilanova, Lourival, 1915-2001
As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo / Lourival
Vilanova ; prefácio Geraldo Ataliba ; apresentação de Paulo de Barros
Carvalho. — São Paulo : Noeses, 2005
335p. : il

inclui bibliografia
ISBN 85-905082-5-1

1. Direito - Filosofia. 2. Positivismo jurídico. 1. Título.

05-1597

CDU 340. 12

19.05.05

24.05.05

010257



Terceira edição: Junho de 2005
Todos os direitos reservados:



NOESES

Editora Noeses Ltda.
Tel/fax: 55 11 3668 6944
www.editoranoeses.com.br

Em homenagem a Pontes de Miranda,
e sua extraordinária contribuição ao Direito
e à Ciência do Direito; a Miguel Reale, pelo
que representa no pensamento filosófico-ju-
rídico no mundo contemporâneo.

Com todo afeto a Cleonice, minha espo-
sa e a meus filhos Ana Lúcia, Carlos Fernando
e Marcia Cristina.

do fáctico, mas é posta já de antemão. Quando a norma é “posta em vigor”, vale antecedentemente em relação aos fatos sobre os quais incidirá: o que era nuamente fato-do-mundo, *suporte factual* sem *qualificação jurídica* (Bobbio) senão todo ele, de corpo inteiro, mas uma porção, maior ou menor, entra para compor o *fato jurídico*; e o que era conduta, regrada por outros universos normativos, passa a antecedentes ou conseqüências *juridicamente qualificadas*.

Capítulo VIII

SUMÁRIO: 1. Do sistema jurídico: continuidade normativa — 2. A unidade do sistema como unidade formal — 3. O direito como sistema empírico — 4. Dois níveis de sistema — 5. O conceito de sistema em nível de objetos — 6. A unidade do sistema na ciência e no direito — 7. Sistema como categoria gnosiológica — 8. Unicidade do sistema — 9. Conjuntos e subconjuntos — 10. O extralógico na relação entre sistemas.

1. DO SISTEMA JURÍDICO: CONTINUIDADE NORMATIVA

Temos, como dado-da-experiência, o pluralismo dos sistemas jurídicos dos Estados. Sob o ponto de vista formal-jurídico, cada Estado é um sistema. Independente um do outro e uno. A proposição normativa fundamental de um sistema não se transpõe para o outro. Se a norma fundamental é a proposição básica, logicamente é um postulado. Começa o sistema proposicional normativo com ela. Não antes. É a proposição-limite. Antes, está o meramente factual (físico ou social), que ainda não se juridicizou. Sobre ela, estão possíveis valores que podem ser realizados através das formas jurídicas. Para a existência do sistema, como sistema de proposições normativas, o que se passou antes é história pré-jurídica, dogmaticamente irrelevante (Malberg, *Teoría General del Estado*, págs. 1.167-1.170). O sistema tem sua gênese empírica, não-formal, ali onde um determinado suporte factual (econômico, religioso, político, social) seja elevado a fato jurídico fundamental (*Grundfaktum*). *Sociologicamente*, é o suporte fáctico que condiciona a proposição fundamental; *formalmente*, é a pro-

posição fundamental que juridifica o dado-de-fato: é a distinção kantiana entre os pontos de vista genético ou empírico e o lógico ou sistemático.

Poderíamos dizer que, na proposição normativa fundamental, temos o apoio para a propriedade (análoga à propriedade matemática de certas operações em conjuntos) do fechamento. Quando Kelsen sublinha que "For a norm the creation of which is not determined at all by another norm cannot belong to any legal order" (Kelsen, *General Theory of Law and State*, pág. 133), dá expressão ao princípio da continuidade normativa no interior do sistema jurídico. Oferece não somente o critério de pertinencialidade ao sistema, como o caráter homogeneamente normativo de suas partes integrantes. O sistema consta de proposições normativas; uma proposição normativa tem sua origem (reason of validity) em outra proposição normativa; uma proposição normativa só pertence ao sistema se podemos reconduzi-la à proposição fundamental do sistema. Cada norma provém de outra norma e cada norma dá lugar, ao se aplicar à realidade, a outra norma. O método de construção de proposições normativas está estipulado por outras normas.

Quando Kelsen observa que o sistema jurídico tem a particularidade de regular a sua própria criação, podemos traduzi-lo em termos de sintaxe: o sistema de proposições normativas contém, como parte integrante de si mesmo, as regras (proposições) de formação e de transformação de suas proposições. As normas que estatuem como criar outras normas, isto é, as normas-de-normas, ou proposições-de-proposições, não são regras sintáticas fora do sistema. Estão no interior dele. Não são metassistemáticas. Apesar de constituírem um nível de metalinguagem (uma linguagem que diz como fazer para criar novas estruturas de linguagem) inserem-se dentro do sistema. Em rigor, uma norma N é metaproposição face à norma N'; esta norma N', face à N'' é, por sua vez, metaproposição.

Assim, a posição que uma norma ocupa na escala do sistema é relativa. Pode ser, a um tempo, uma sobrenorma e uma norma-objeto. Essa relatividade está expressa nos conceitos de

criação e de aplicação: criar uma norma N'' é aplicar a norma N'; criar a norma N' é aplicar a norma N°. A norma N°, que funciona como a última no regresso ascendente, é a norma fundamental, que não provém de outra norma, que é norma de construção, sem ser aplicação. O outro limite extremo encontra-se no ato final de execução da consequência jurídica, que não dá margem a nenhuma outra norma. O dever-ser alcançou, então, o último grau de concrecência, com a determinação individualizada do pressuposto e da consequência.

O que confere homogeneidade a todas as regras de Direito positivo é a sua normatividade. O ponto de partida é normativo: a norma fundamental, para tomarmos o *modelo kelseniano de explicação*. Consiste essa homogeneidade estrutural no modo constante de relacionar os dados ou elementos (fatos e condutas) da experiência. Se o relacionamento segue o esquema da causa/efeito, temos *natureza*; se o nexo é de dever-ser (dado A, deve-ser B), temos a *imputação*. Com palavras de Kelsen: "Die auf Grund der Norm vorgenommene Verknuepfung zwischen einem Seinsstatbestande und einem Subjekte ist die Zurechnung. Sie ist eine ganze eigenartig, von der kausalen und theologischen voellig verschiedene und unabhaengig Verknuepfung von Elementen" (Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pág. 72).

Não somente a *unidade* do sistema, mas a *unicidade* do ponto de partida caracterizam o sistema do Direito positivo. E qualquer forma normativa de relacionar os elementos (fatos e condutas) será apenas mera *possibilidade lógica* se a forma normativa não pertencer a um sistema. E a pertinencialidade (*Zugehoerigkeit*) a um sistema existe se pudermos relacionar a forma normativa com as fontes de criação do Direito (costume, legislação, jurisprudência), e estas fontes técnicas (mal denominadas formais) se reconduzirem à fonte última, à última razão-de-validade, o fundamento-de-validade de toda norma: a norma fundamental. Se o jurista especializado toma a *Constituição positiva* como essa fonte, uma *Teoria da Ciência-do-Direito* revela a necessidade de uma *Constituição em sentido lógico-jurídico*, ou seja, o pressuposto gnoseológico, da norma fundamental.

2. A UNIDADE DO SISTEMA COMO UNIDADE FORMAL

As proposições normativas integrantes do sistema jurídico têm o mais variado conteúdo. São formas que se saturam com referências a fatos-do-mundo. A unidade do sistema jurídico é formal. Não provém da homogeneidade de uma *região de objetos*. Objetos de regiões diversas no sistema do Direito se encontram: um fato geográfico, como o curso de um rio; um fenômeno biológico, como a vida; outro psicológico, como a intenção dolosa; outro social, como o grupo parental, enfim, tudo, em princípio, pode ser suporte fáctico de um pressuposto normativo. Tudo pode ser, ainda que não tenha sido ou não deva-ser. É o que foi *subpositum* de regra de Direito, o foi *mediante um ato de valoração*, que *preside à seleção dos fatos-do-mundo que passam a ser suportes objetivos de pressupostos*.

O que interliga proposições normativas tão variadas em conteúdo é o fundamento-de-validade que cada uma tem no todo. Ainda que, *como proposições*, não faltam as relações lógicas, que a estrutura interna de cada proposição, como a estrutura total do sistema tenham de seguir as possibilidades lógicas de construção e de transformação sintáticas pertinentes a todo universo de linguagem, o formal-jurídico do sistema normativo está no fato de que as proposições não derivam umas das outras por um processo de inferência, em sentido estrito, quer dizer, com base no *conteúdo significativo* da proposição que funciona como postulado do sistema.

Na norma fundamental reside o fundamento-limite de validade e dela, por inferência, não se podem sacar as proposições da Constituição positiva, ou as leis ordinárias ditadas com apoio nos preceitos da Constituição. É um tópico comum observado hoje que a decisão judicial vai além de uma mera dedução silogística (segundo o modo da silogística clássica: premissa maior universal, premissa menor individual e conclusão individual, tendo em conta a redução da proposição individual à universal: o predicado é afirmado do sujeito, tomado em toda a sua extensão), porquanto a norma individual da sentença ultrapassa o

âmbito da premissa maior, contendo *conotação referencial nova*. A proposição jurídica individual da sentença judicial não deriva dedutivamente da norma fundamental, nem das normas constitucionais ou das leis substantivas e processuais da legislação ordinária. E, todavia, na decisão normativa de um caso está potencialmente presente todo o sistema. O juiz é órgão em virtude de normas e decide segundo o Direito substantivo e o Direito adjetivo aplicáveis.

3. O DIREITO COMO SISTEMA EMPÍRICO

Se nos colocarmos num plano em que o Direito positivo seja objeto de conhecimento como sistema, independentemente dos conteúdos empíricos que enchem o sistema, como seus correlatos referenciais, estaremos fazendo *teoria formal do Direito*. E como o ser sistema é característica de totalidades formadas de proposições, tal teoria é *formal em sentido lógico*. A forma global de sistema é, antes de tudo, uma *forma sintática* que o Direito (evoluído racionalmente e vertido numa linguagem) adquire. Já observamos, não é um *sistema formal-lógico* dedutivo. Se o fosse, não constariam, no seu vocabulário, *constantes factuais*, referentes ao mundo-de-fatos e condutas. Seria, antes, um sistema de linguagem com o *mínimo de interpretação*, para conferir-lhe a natureza de sistema lógico. E quando se o pusesse em relação com os universos de entidades, seria suscetível de *aplicação* aos universos diferenciados de entidades. Mas, claro, o sistema de proposições normativas já contém um *quantum de interpretação*: ser normativo. E dele não nos valem para aplicar aos diferentes campos de objetos. O sistema jurídico carece de aplicabilidade à Física, à Geografia, à Sociologia. As suas proposições são proposições prescritivas sobre a conduta e não proposições quaisquer, aplicáveis aos astros, aos átomos, às células. Por isso, dizemos: o sistema jurídico é um *sistema empírico*, não *sistema formal-lógico*; é um sistema sobre uma *região material*.

O que ele tem de sistema formal é a estrutura de linguagem, é a composição sintática interior, que não se vê sem sair do plano empírico. Só no plano de uma metalinguagem é que se fala

da estrutura de linguagem que apresenta o Direito-objeto. Falar sobre o Direito como sistema importa numa colocação em nível de metassistema. Em nível da linguagem do Direito positivo não é possível: o *Direito não usa a linguagem para falar sobre ele mesmo, como linguagem*. Se o fizesse, poria sua linguagem como *menção*, como objeto mencionado, acerca do qual discorreria. Seria um *discurso sobre o discurso*, um discurso de nível superior ao discurso-objeto. Também a Ciência-do-Direito não se reduz a uma análise em nível de *metalinguagem formal* sobre o Direito positivo. Seria ela um sistema cognoscente sobre outro sistema prescritivo, mas tomando o *sistema-objeto*, o do Direito positivo, em seu aspecto formal. Já vimos que o conhecimento dogmático não é um *metassistema formal* (formal e transcendental, na linguagem de Sander): abrange as significações normativas e seus correlatos, as condutas.

4. DOIS NÍVEIS DE SISTEMA

O Direito como experiência, tomado na *totalidade integrada de sentido* (Reale), é um sistema prescritivo que insere dentro dessa experiência a teoria científica dogmática, que também é um sistema. São dois sistemas: um, cognoscitivo; outro, prescritivo. Separáveis por um corte abstrato no dado-da-experiência, o *sistema da Ciência-do-Direito incorpora-se ou insere-se no próprio Direito*, como fonte *material* sua. O conhecimento dogmático (especificadamente jurídico, que apanha os fatos *sub specie normae*) é um sistema sobre outro sistema, não coordenado, mas supra-ordenado: nesse aspecto, é um metassistema. Mas, como temos visto, não toma em conta, na linguagem do Direito positivo, a sua estrutura formal ou sintática, o abstrato formal, *isolável tematicamente pela reflexão lógica*, ou pela abstração ideatária que incide no logos (a formalização). Se o fizesse, resvalaria para o nível lógico, sendo, então, *metassistema formalizado*.

Tampouco a Ciência-do-Direito é um sistema de conhecimentos sobre o sistema do Direito positivo meramente reprodutivo dos conteúdos normativos das proposições constituintes desse sistema-objeto. Um projeto de Constituição, de codificação,

de lei, um texto normativo que carecem de vigência, representam *direito possível*. Não direito real, efetivo, positivo. Nenhuma fonte (normativa) positivou as proposições que estatuíam sobre condutas em suas possibilidades de interferência (Del Vecchio). O texto normativo que não chegou a ter vigência pode ser de interesse do conhecimento dogmático, mas por via indireta; não por si mesmo, e sim em função da realidade que pretendia normar, ou como dado explicativo para o Direito em vigência. Em rigor, todavia, o sistema da ciência jurídica orienta-se para o sistema do *Direito positivo*.

Retomando: se o sistema cognoscente da ciência jurídica visasse tão apenas à linguagem e seus conteúdos normativos, prescindindo da *positividade* — que vale para o sistema do Direito positivo, como a *verificabilidade* para o sistema de proposições descritivas ou teóricas acerca do mundo — então a Ciência-do-Direito ostentaria o *status* de um metassistema ou *meta-linguagem-material*. Seria cognoscente de uma linguagem saturada de referências normativas a possíveis fatos do mundo, como a teoria da literatura o faz com um texto de Shakespeare: há uma exegese ou hermenêutica da estrutura e do conteúdo literário, mas independentemente do seu *valor-de-verdade*. Ou do *valor-de-eficacidade* que alguma proposição de dever-ser ele contenha. Sob o ponto de vista estético, passa a plano secundário a verificabilidade histórica dos fatos em cujo contexto situam-se um César ou um Henrique IV. A linguagem aqui é o sistema de símbolos portadores de significações que valem para um universo de formas, de formas do trágico, do sublime e do cômico, e onde as ocorrências e as pessoas são meras possibilidades na ordem dos fatos. Que haja uma confirmação empírica, ou que haja uma discordância com a realidade histórica, não acrescenta nem diminui o valor estético das produções artísticas. A busca da verdade subjacente à composição literária, se é um tema importante sob certos pontos de vista, representa um vetor de análise irrecusavelmente extra-estético. Além do ângulo propriamente estético, há direções diversificadas na apreciação de uma obra de arte literária: semânticas, umas; psicológicas e sociológicas, outras. Gramaticais, outras, ainda.

Tem fundamento denominar-se sistema lógico tanto ao conhecimento jurídico-dogmático quanto ao Direito positivo. Um e outro apresentam essa nota comum: são constituídos de linguagem, ainda que descritiva, uma, prescritiva, outra. A descritividade ou a prescritividade manifestam-se nessa forma sintática que é a proposição. E a *proposição* é uma entidade lógica: não se confunde com a oração (vinculada à sintaxe empírica deste ou daquele idioma) ou sentença, nem com o ato do sujeito que emite ou recebe a sentença, nem com o *state-of-affair*, quer ocorrente no sujeito ou a ele estranho — sempre transcendente gnosiologicamente. Ora, a proposição dista de ser um átomo. É algo compósito, consta de partes, e é um todo relativamente às partes. O apofântico ou o deôntico atômicos distam de ser simples ponência de objeto, como um conceito descritivo ou um conceito prescritivo. Simples ponência, *relativamente*, é o conceito. Pois, quer descritivo, quer normativo, em rigor são *formas proposicionais*, esquemas com um predicamento ou com um termo suscetível de acolher possíveis sujeitos que satisfazem à variável, que está explícita. Já a mera forma proposicional (ou *função proposicional*) contém o que contém uma proposição — uma estrutura, cujas partes são termos: termos no papel sintático de sujeitos ou de predicados.

Que o termo-sujeito se encontre indeterminado, ou seja variável-de-sujeito (um *S* qualquer, um certo *x*), indica já que existe: é um marco aberto para possíveis valores, sacados de um universo-de-entidades: de coisas físicas e de condutas. Explícito ou implícito, o termo-sujeito existe, como variável que satisfaz a um predicado.

Coube a Frege observar que o conceito, se, do ponto de vista semântico, é uma representação abstrata de um objeto, sintaticamente é uma forma ou função enunciativa. Há estruturas tanto na emissão de um conceito, como “homem”, quanto no conceito “locatário”. Apenas, no primeiro, temos uma forma uniarargumental (exemplo: “Sócrates é um homem”), no segundo, uma forma biargumental (“A é locatário de B”). Um representa a *apófanse predicativa* típica, aquela *Urform* que tanto relevo adquire na Lógica husserliana; o outro, representa a *forma relacional* em que se exprime o *logos* deôntico, em toda estrutura proposi-

cional onde haja o functor dever-ser (permitido, proibido, obrigatório, ou, mais especificadamente, ter um direito, ou pretensão ou ação face a outrem que tem o dever, obrigação ou a exceção. (Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, págs. 29-58, tomo I). Completando, então: há estruturas, quer na forma apofântica, quer na forma deôntica. Naquela uma variável-de-sujeito, na relacional normativa, duas variáveis-de-sujeito (o sujeito pretensor e o sujeito obrigado, o sujeito portador de um direito e o sujeito que cumpre o dever correspectivo ao direito daquele).

Os dois sistemas, o da Ciência-do-Direito e o do Direito positivo, por isso mesmo que contendo estruturas proposicionais, são formalizáveis. Tanto se formaliza uma proposição descritiva da ciência jurídica, quanto uma proposição normativa pertencente ao Direito positivo. Há estruturas interiores na proposição, como as proposições se interligam em estruturas. Não convivem meramente justapostas. Uma implicam outras, umas são partes de outras e todas ingressam numa forma mais abrangente, numa estrutura total: a do sistema. O sistema é a forma-das-formas, como Husserl anotou, (*Logique Formelle et Logique Transcendentale*, págs. 124-127), a *gesammte Form*. O que chamamos *ordenamento* jurídico, sintaticamente é o *sistema*. Sob esse ângulo formal, cabe dizer, com Pontes de Miranda: o Direito é um sistema lógico de proposições. Mas tanto o Direito-ciência, como o Direito positivo.

5. O CONCEITO DE SISTEMA EM NÍVEL DE OBJETOS

No campo do Direito, o termo sistema se emprega em dois planos, como vimos: no da ciência e no do objeto. Com a particularidade: o Direito-objeto contém, como capa essencial constituinte sua, as proposições, que são entes lógicos, cujo veículo expressional adequado é a linguagem. Sendo linguagem proposicional, as partes se inter-relacionam na forma superior de sistema, que é, formalmente, um conjunto. Um conjunto cujos elementos são entes lógicos, com seu critério-de-pertinencialidade ao conjunto. Dissemos: o *Direito mesmo, como ente, contém o logos como capa ontológica*. Então, a *forma-de-sistema* reside no Direito-ob-

jeto, como reside na Ciência-do-Direito, porquanto o *logos proposicional* (e suas formas argumentais ou inferenciais) está presente nos dois planos.

Se assim ocorre no campo do Direito, plenamente justificando-se o emprego de sistema nesse campo — abrangente da ciência e do objeto da ciência — diferente é o que se dá quando denominamos sistemas campos de objetos físicos, biológicos, sociais (muito embora no social haja a permeabilidade da linguagem em toda a sua textura). Assim, falamos em sistema planetário, no corpo vivo como sistema, como o é uma célula, ou uma relação interindividual diática (com dois indivíduos em ação recíproca). O universo mesmo, em sua totalidade integrada, é um sistema.

Para logo se vê, o sistema reside: i) em haver partes de um todo, desde prótons, fótons, elétrons, constituindo a constelação energética do átomo, até os elementos de um conjunto lógico ou matemático; ii) num vínculo que interliga as partes, seja a variação funcional das partículas não-viventes, até as múltiplas formas de interação humana, seja a *natureza* no sentido transcendental kantiano do que ocorre segundo leis causais, seja a *cultura* como síntese dialética de uma organização exterior da sociedade e dos fatores objetivos de sentido (Dielthey). Em suma, falamos de sistema onde se encontrem *elementos* e *relações* e uma forma dentro de cujo âmbito, elementos e relações se verifiquem. O conceito formal de todo (no sentido husserliano) corresponde ao sistema. Sistema implica ordem, isto é, uma ordenação das partes constituintes, relações entre as partes ou elementos. As relações não são *elementos* do sistema. Fixam, antes, sua forma de composição interior, sua modalidade de ser *estrutura*.

O que L. S. Stebbing (*A Modern Introduction to Logic*, págs. 196-209) menciona como imprescindível para a existência de um sistema, a *mutual compatibility* nas partes constituintes, é mais, tomando-se em rigor, uma nota essencial aos *sistemas proposicionais* que aos *sistemas reais ou empíricos* - o universo material como sistema, o sistema planetário solar, o átomo como sistema energético, o corpo vivo como sistema de órgãos e funções. Ali onde o sistema tenha por elemento algo lógico, depositado em linguagem, aí a relação de compatibilidade é uma condição necessária para a totalidade sistemática.

Considerando-se em *sentido estrito*, inexistente compatibilidade ou incompatibilidade entre fatos ou coisas constituintes de um sistema empírico. Os fatos ou as situações objetivas chegam a ter tais relações mediante as proposições que apreendem os dados que o mundo natural oferece. Compatíveis ou incompatíveis são as proposições *através das quais* os fatos do mundo ingressam na ordem do conhecimento. Por isso mesmo, em sentido estrito, o sistema existe onde as partes são proposições e entre elas há relações que as agrupam num todo consistente, interiormente coerente. A não ser que transponhamos — o que é uma interpretação metafísica do real — o *logos* para o objeto real. Quando o real é físico, uma coisa é o objeto; outra, a proposição dirigida a esse objeto.

Quando o real é social — o Direito, por exemplo - compõe-se, como integrante de sua ontologia, o *logos*, na forma de proposição normativa. Mas, ainda aqui, *não se confunde o proposicional constituinte do Direito positivo e o proposicional do conhecimento jurídico-dogmático*. Nisso reside aquela particularidade assinalada por Kelsen, de que o conhecimento jurídico já se depara no objeto do conhecimento com uma auto-explicação, uma *Selbstdarstellung*. O objeto jurídico diz algo sobre si mesmo; esse auto-saber é componente do dado. Também aqui reside o fundamento para se denominar sistema tanto a Ciência-de-Direito quanto o objeto desse conhecimento normativo: porque, já o vimos, em ambos os níveis está a linguagem e o dado lógico que é a proposição. A proposição, digamos, explicitando, é a *protoforma*, presente já na *função proposicional*, na *função formal* (com somente *variáveis lógicas* e *constantes lógicas*) e nas *variáveis proposicionais* e seus diversos modos combinatórios.

Quando Felix Kaufmann (*Logik und Rechtswissenschaft*, págs 44-45) observa que podemos ir do âmbito de validade (*Geltungsbereich*) das leis físicas para os fatos físicos e, inversamente, dos fatos físicos para o complexo de leis dentro do qual se explicam, como podemos ir do âmbito de validade das normas para os fatos jurídicos (*juristische Tatsachen*) e, inversamente, destes para as normas que os regulam (com o que a ciência jurídica é tanto uma *Rechtswissenschaft von Sätzen*, quanto uma *Lehre von Fa-*

kten), não se pode passar por alto que, nos fatos naturais, as proposições não são constituintes de seu ser, enquanto no Direito o são. Por isso, a Ciência-do-Direito, enquanto capta esse logos (material, saturado do fáctico), é um *System von Sätzen ueber Sätze*. E se, nos dados da percepção da ciência física (aproveitando uma observação de Kaufmann em sentido diferente ao que usa), já está presente "*eine Fülle physikalischer Hypothesen*", de sorte que o fato natural puro, sem forma categorial, é, antes, uma construção-limite, uma purificação metódica do dado, o que se não pode desconhecer é isto: na ontologia do objeto natural não encontramos o logos proposicional, a linguagem integrando a constituição do ser natural.

O sistema de proposições da ciência jurídica não se dirige aos fatos, acrescentemos, sem a mediação das proposições jurídicas que qualificam os fatos. Sem as proposições normativas do Direito positivo, nenhum fato do mundo pertence ao universo jurídico. Normas e fatos são *Form und Stoff* no ser integral do Direito.

6. A UNIDADE DO SISTEMA NA CIÊNCIA E NO DIREITO

Não só o Direito positivo tende à forma-limite de sistema, como também a ciência que o tem por objeto. Há, pois, um sistema sobre outro sistema: um *meta-sistema* e um *sistema-objeto*. O que facilmente se compreende, tendo em conta que a linguagem é componente nos dois níveis de sistema. E o princípio de unidade no sistema do Direito positivo é *homólogo* ao princípio de unidade no conhecimento jurídico-dogmático. No sistema do Direito positivo, será a Constituição (material ou formal), ou uma proposição situada em nível do Direito internacional (a que distribui as competências estatais): nos dois casos, uma proposição de Direito positivo, nacional ou de Direito das gentes. Ou se toma a tese da proposição básica como *postulado* (a norma fundamental kelseniana). Neste caso, o que dá unidade à pluralidade de proposições normativas vigentes é a proposição situada em nível de metalinguagem ou de metassistema. A norma fundamental, como condição da possibilidade do conhecimento dogmático do Direito (sua *função gnoseoló-*

gica) é, sintaticamente, proposição situada *fora* do sistema de Direito positivo. Quando Kelsen diz, repetidamente, que não é norma posta (estatuída por uma autoridade ou pelo costume), mas *pressuposta*, podemos traduzir isso em termos de Lógica moderna: a norma fundamental é uma proposição de metalinguagem; não está ao lado das outras proposições do Direito positivo, não proveio de nenhuma fonte técnica; carece de conteúdo concreto e, relativamente à matéria das normas positivas, é forma condicionante delas (forma cognoscente, hipótese epistemológica). O sistema da ciência jurídica tem na norma fundamental a condição de conhecimento do objeto (o Direito positivo).

Mas, se a norma fundamental é a proposição que confere unidade ao sistema-objeto (ela é a origem lógica, o *logische Anfangspunkt*, *starting-point* do desenvolvimento do Direito; sociologicamente, são os fatos que determinam ou suprimem as normas), de certo modo, essa unidade do objeto se comunica à ciência. A unidade da região é uma condição objetiva, como argumenta Husserl, da unidade da teoria ou sistema. Mas há a unidade da ciência, como teoria, que encontra seu fundamento nas estruturas formais, isto é, nas proposições e suas articulações no todo de um sistema.

Quando Stammler (*Theorie der Rechtswissenschaft*, pág. 221) vê o sistema como uma unidade exaustiva e articulada, "*eine erschöpfende gegliedert Einheit*", a caracterização se presta tanto ao metassistema que é a ciência jurídica, quanto ao sistema do Direito positivo. Mas inclina-se ele para a sistematicidade da ciência, quando tem em vista a ordenação do material empírico sob formas lógicas, procurando os conceitos fundamentais que recolhem a *mannigfaltiger Stoff* da experiência - a pluralidade de normas positivas. O conceito superior (o *ueber-begriff*) que confere a integridade ou completude do sistema é o conceito do Direito, a forma lógica pura (lógico aqui equivale ao *transcendental kantiano*, não às formas sintáticas, em sentido estrito). As formas puras não são generalizações do conteúdo existencial deste ou daquele direito histórico. Não valem como *partes gerais* de ciências jurídicas particulares, ou a título de *conceitos gerais* de uma teoria geral do Direito. São formas puras do pensamento jurídico, compondo a *teoria pura do Direito* (ob. cit., págs. 4-14). Mas,

nem por isso, repetimos, as formas puras stammlerianas pertencem ao domínio da Lógica em sentido restrito. São formas do objeto, ao mesmo tempo que condições de sua cognoscibilidade, que desprezam a particularidade (*Besonderheit*) do material empírico (ob. cit., pág. 11).

Poderíamos dizer, com certa dose de excesso, que Stammler se preocupa mais com a *unidade do sistema-ciência* do que com a *unidade do sistema-objeto*, que em Kelsen recebe constante tratamento. Mas Kelsen move-se em dois planos: a norma fundamental é pressuposto gnoseológico, como é pressuposto ontológico (ainda que essa vertente ontológica não seja a sua): com efeito, é tanto condição da cognoscibilidade do objeto, como um momento integrante do ser do objeto.

Está na linha do pensamento kantiano, todo modo puro de conhecer (categorial) tem um fundamento no objeto. Se aplico o conceito fundamental de causalidade, ou o de imputabilidade (relação de dever-ser), é porque há um fundamento nas coisas, há índices objetivos nos dados da experiência. Em outros termos: a Lógica transcendental "would not abstract from all content of knowledge, but only from the empirical content", como interpreta Paton (H. J. Paton, *Kant's Metaphysics of Experience*, pág. 223, tomo I). Assim, a norma fundamental é tanto um pressuposto gnoseológico (lógico-transcendental) quanto inevitavelmente um momento integrante de natureza ontológica. O lógico-formal reside no caráter de proposição fundante de uma série de proposições normativas.

7. SISTEMA COMO CATEGORIA GNOSIOLÓGICA

Uma outra vertente do problema, relacionada com o que estamos considerando, encontra-se na teoria pura do Direito. Com efeito, diz Kelsen: Assim como o caos das sensações somente através do conhecimento ordenador da ciência se converte em cosmos, isto é, em natureza como um sistema unitário, assim também a pluralidade das normas gerais e individuais, postas pelos órgãos, ou seja, o material dado à Ciência-do-Direito, só através da ciência jurídica se transforma num sistema unitário isento de contradições, ou seja, numa ordem jurídica (Kelsen, *Théorie Pure*

du Droit, págs. 98-99). Não se trata estritamente do ser-sistema como forma lógica (típico-ideal, não alcançada ainda) da ciência jurídica e do Direito positivo, isto é, do ser sistema de proposições — descritivas na primeira, prescritivas no segundo. Não se trata da função propriamente *reconstrutiva* do conhecimento jurídico, que já encontra no dado o ser-sistema, nem também do *constitutivum* ontológico do Direito positivo. O sistema é construído gnosiologicamente, posição de Kelsen que está (sem o vigor de outra) dentro dos lineamentos fundamentais do neokantismo.

Temos tomado o sistema como *forma sintática* de união de proposições dentro de um conjunto, quer na Ciência-do-Direito, quer no Direito positivo. O ângulo que Kelsen tem em conta ali é o sistema como produto categorial da função cognoscente: como método de síntese ou ordenação dos dados da experiência, onde o conhecimento não é *reconstitutivo* do objeto, mas *constitutivo*, e onde o *logos* meramente *formal* adquire projeção de um *logos transcendental*. A forma superior de síntese dos dados da experiência jurídica, o sistema, é epistemologicamente posta pelo sujeito cognoscente (pelo *sujeito transcendental* — o sujeito empírico individual munido de categorias e posto numa atitude pura ante o objeto).

É certo, o *positivismo crítico* kelseniano, com isso, não pode converter a ciência em *fonte técnica* de produção do sistema jurídico. A sistematização do Direito é inacabada e decorre de processo de racionalização do sistema da cultura. O conhecimento científico do Direito positivo *não produz normas jurídicas*, nem a totalização dessas normas na forma de sistema. A sistematização provém do legislador, no sentido amplo da palavra, ou das fontes normativamente indicadas no ordenamento para produzir regras de conduta na espécie de um todo de regras jurídicas.

O sistema, sendo *forma transcendental-gnosiológica de síntese*, por outra parte, não se coloca no *interior* do ordenamento. Não está no nível da linguagem do Direito positivo, mas na *linguagem da Ciência-do-Direito* e na *linguagem da teoria da Ciência-do-Direito*, que, em léxico kantiano, é a lógica transcendental jurídica. Por isso, o sistema que se encontra no Direito positivo é uma imperfeita *construção normativa*, não uma *construção teórica ou epistemológica*. A sistematização num código, ou no todo do orde-

namento (limite típico-ideal) provém de *ato-de-vontade*, não de *ato-de-conhecimento*, para usar terminologia kelseniana. A tônica no ato voluntário não exclui, claro, o conteúdo de significação cognoscente, como o verificou fenomenologicamente Pfaender. Nem o conteúdo axiológico. O ato cognoscente é o ato depurado (metodicamente) dos elementos decisório e axiológico. É o ato de um sujeito purificado (sujeito transcendental), que põe entre parênteses muitos ingredientes de sua posição existencial (valores, ideologias, etc.) ante os objetos.

8. UNICIDADE DO SISTEMA

Ainda nessa linha de considerações, cabe recolher a tese kelseniana do que poderíamos chamar, de um lado, a teoria do *pluralismo dos sistemas normativos* (estatais), de outro, a teoria da *unicidade de um sistema global*. Empiricamente, a evolução histórica do Direito vai conduzindo a um sistema de Direito internacional, correspondente a uma comunidade universal (a um Estado ecumênico ou mundial como conceito-limite) das nações. Mas Kelsen sublinha que apenas existe *unicidade cognoscitiva*: podemos conceber todas as normas jurídicas positivas como um *sistema unitário de normas* e, ainda, como um *sistema único*, como um todo fechado-em-si (Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, págs. 430-432). Ainda aqui reinsistimos: o *fechamento* do sistema é tão-só do ponto de vista do conhecimento específico (dogmático) levado a termo pela Ciência-do-Direito. Acrescentemos: o sistema jurídico é *sistema aberto*, em intercâmbio com os *subsistemas sociais* (econômicos, políticos, éticos), sacando seu conteúdo-de-referência desses subsistemas que entram no sistema-Direito através dos esquemas hipotéticos, os *descritores* de fatos típicos, e dos esquemas consequenciais, onde se dá a *função prescritora* da norma de Direito.

A unidade de um sistema de normas é decorrente de um superior fundamento-de-validade desse sistema — a *Constituição positiva*, ou, em nível epistemológico, a *Constituição em sentido lógico-jurídico*, ou seja, a norma fundamental. A *unicidade* decorre da possibilidade também gnosiológica de se poder conceber todo o material jurídico dado com *um só sistema*. No plura-

lismo dos sistemas (estatais), cada sistema é sistema porque repousa num *único* fundamento-de-validade. O pluralismo de normas fundamentais corresponde a cada Estado, com sua morfologia política historicamente diversificada. Mas podemos, pela via empírica, ir a um fundamento normativo de caráter não-pressuposto, como a norma fundamental ou Constituição *em sentido lógico-jurídico*, mas a uma norma de Direito positivo, colocada no sistema do Direito internacional público geral, aquela que confere à *eficacidade* de uma situação concreta de poder a qualidade de *fato jurídico fundamental*. Mediante o Direito internacional, o poder de *facto* ingressa, assim, na órbita do poder de *jure*.

A *unicidade* de cada sistema jurídico positivo e a *unicidade* do sistema global são *formas-de-síntese categoriais*, modos de relacionamento cognoscitivo dos dados-da-experiência. Em outros termos, que cada sistema positivo seja *uno* e que se possa logicamente pensar num *único* sistema, abrangente dos demais, procede da função teórica do sujeito cognoscente: das suas formas-de-síntese (categorias) que funcionam como pressupostos ou condições da experiência (não-empíricas, mas apriorísticas).

Mas a teoria pura do Direito não pode passar por alto, ainda que o problema esteja em nível de uma teoria transcendental da experiência jurídica, que o *Direito positivo estatal já contém, como constituinte ontológico seu*, certo *quantum de unidade*, e que a mutação histórico-social do Direito leva a um certo *quantum de homogeneidade*, cujo termo-limite conceptual é um único sistema de normas jurídicas positivas, à última forma-de-sistema, o sobre-sistema, ante o qual os sistemas jurídicos nacionais são, de certo modo, sistemas-partes ou subconjuntos de um conjunto.

9. CONJUNTOS E SUBCONJUNTOS

Em linguagem formal, temos conjuntos e subconjuntos. O sistema do Direito das gentes é conjunto, de que são subconjuntos os sistemas normativos estatais? A relação *Unter-und Ueberordnung*, ainda que não se esgote em pura relação lógico-formal, sendo conexão-de-delegação (Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, págs. 111-114),

tem seu ângulo formalizável. Um conjunto é membro de outro conjunto, ou está ele, em relação a si mesmo, em relação-de-includência (o conjunto A está incluído no conjunto A), ou ele se inclui como membro de um conjunto maior no qual figura como parte. Os sistemas jurídicos estatais estão neste caso: excluem-se entre si (por carecerem de *igualdade*) e incluem-se como partes ou membros do superconjunto que é o Direito internacional público. Não é por esse caminho que Kelsen poderia falar na unidade (gnosiológica) de um sistema de normas jurídicas positivas. A delegação feita pelo sistema de Direito internacional, distribuindo as competências estatais em âmbitos-de-validade temporal, espacial, pessoal e material, *não exaure o conteúdo* dos sistemas estatais, cada qual diverso um do outro. O que do sobre-sistema se desprende, por assim dizer, para conferir validade aos sistemas estatais (parciais) são algumas normas que estão para as normas produzidas pelos sistemas parciais como normas em branco ou regras-quadros, meros marcos a preencher pela *vontade decisória* de cada unidade política. O conteúdo normativo diversificado dos sistemas parciais não deriva do sistema total.

Com diferença de grau, é o que se dá também no Direito público federal: da Constituição federal não se obtém toda a diferenciação normativa das leis federais, das Constituições estatais e das leis estaduais. Há um *quantum de homogenia* coexistindo com um *quantum de heterogenia* numa estrutura federal de Estado (o princípio da *simetria* e princípio da *dissimetria* de Pontes de Miranda): o *quantum de simetria* não pode ir além de certo ponto sem o Estado federal desfazer-se em Estado unitário; o *quantum de dissimetria* não pode ir além de certo ponto sem o Estado federal desfazer-se numa pluralidade de Estados soberanos.

Com o apoio nos fatos, o que podemos dizer é que há apenas uma porção comum de normas de Direito internacional integrando os sistemas jurídicos parciais. Ora, se nem todos os membros (partes) de um sistema são membros de outro sistema tomado como supersistema, mas tão-só alguns, a relação do Direito internacional público geral ante os sistemas jurídicos é a de um *conjunto-interseção*, e não a *relação-de-includência*. O núcleo comum de normas, este forma um *subconjunto* do conjunto que é

o Direito internacional: a parte comum que todas as ordens jurídicas-positivas têm e que faz a sua *relação-de-pertinencialidade* (parcial) ao sistema total. Também, como o *conjunto interseção é subconjunto de qualquer dos conjuntos* que se interseccionam num segmento comum, do *ponto de vista lógico-formal* há núcleos de recíproca pertinência nos sistemas parciais. Do *ponto de vista jurídico positivo*, os sistemas parciais (estatais) se excluem e só se interpenetram através das fontes normativas indicadas pela Constituição positiva de cada um. O ângulo lógico-formal é *insuficiente* para dar conta da experiência jurídica.

10. O EXTRALÓGICO NA RELAÇÃO ENTRE SISTEMAS

Nas relações entre sistemas normativos parciais e o sistema do Direito das gentes — relações de superordenação e de subordinação — para satisfazer ao *epistemological postulate* (Kelsen, *Principles of International Law*, págs. 424 e segs.) tanto se pode tomar um ou outro termo-de-referência: o sistema normativo estatal ou o sistema normativo de Direito internacional. Obtém-se pelas duas vias a construção unitária do universo jurídico. Ou o Direito estatal — tido por ponto de referência do conhecimento jurídico — é o fundamento-de-validade dos demais sistemas estatais e do Direito internacional, ou o Direito internacional é o fundamento-de-validade do pluralismo de sistemas normativos estatais (e de outros entes não-estatais com personalidade internacional; Verdross, *Derecho Internacional*, págs. 89-97). Mas qual dos dois *frame-of-reference* tomar? Qualquer um dos dois pontos de partida conduz à *unidade gnosiológica* de todo o Direito vigente (Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, pág. 446), mas, *nem a Lógica, nem a epistemologia ofertam o critério de opção*. Logicamente, são duas construções possíveis. Logicamente, conduzem à *unidade* e à *unicidade* do sistema normativo do Direito positivo.

Isto porque *extralógico* é o critério-de-validade para fundamentar um sistema de normas. A categoria gnosiológica de unificação tanto pode ser a norma fundamental de um determinado sistema de Direito estatal, quanto a norma fundamental (*absoluta*,

diante das normas fundamentais *relativas*, as *relative basic norms*) do Direito internacional público, segundo a qual o comportamento uniforme dos Estados é fato gerador do Direito. Em outros termos: ou a fonte de validade dos sistemas estatais e do Direito internacional deriva da Constituição positiva e da *norma fundamental relativa do Estado*, termo-de-referência, ou o fundamento de validade de todos os sistemas estatais deriva do Direito internacional positivo, em cujo ápice está a *absolutamente última* norma fundamental de todo o universo jurídico. Temos, nas duas soluções, a construção gnosiologicamente una. Num caso, o monismo com o primado do Direito internacional; no outro, o Direito internacional é parte integrante do sistema de Direito estatal (vale porque a Constituição positiva convalida-o, mediante as fontes normativas postas pela própria Constituição). Então, todos os sistemas estatais são-no em referência à norma fundamental do Estado, tido por base. É o monismo como primado do direito estatal soberano.

Agora, qual das duas construções unitárias do Direito positivo escolher é um *problema axiológico* (e ideológico: as valorações em função de contextos sociais concretos), *que ultrapassa a potência da Lógica*. O desdobramento formal-lógico do sistema começa com a aceitação do postulado. Um (não o único) postulado é o da norma fundamental, ora terminal num dado de Direito estatal, ora terminal no sistema de Direito internacional. *Para uma consideração sociológica do Direito, supérflua é a hipótese da norma fundamental*: o Direito exaure-se nos fatos. Para uma *posição eticista*, o suporte de validade reside num postulado ético-social. Ante o jusnaturalismo, a mera juridicidade não é Direito. Este retira sua força obrigatória do conteúdo congruente com os *postulados normativos do Direito natural*.

Sob um ângulo *sociocultural*, "Constituição é o conjunto das normas convencionais ou jurídicas que, repousando na estrutura econômico-social e ideológica da sociedade, determina de uma maneira fundamental e permanente o ordenamento do Estado" (Pinto Ferreira, *Da Constituição*, pág. 31; *Teoria Geral do Estado*, pág. 415, vol. I).

Capítulo IX

SUMÁRIO: 1. Consistência no sistema da Ciência-do-Direito — 2. Sistemas não-isomórficos — 3. Pluralismo das dogmáticas ou ciências positivas — 4. A não-contradição e os sistemas científicos empíricos — 5. Contradição no sistema do Direito positivo — 6. Leis lógicas e regras — 7. As leis lógicas como metalinguagem — 8. Um aspecto do logicismo — 9. Contraditoriedade entre normas — 10. Unidade gnosiológica e unidade empírica do direito.

1. CONSISTÊNCIA NO SISTEMA DA CIÊNCIA-DO-DIREITO

Quando se toma um sistema de proposições referentes a um determinado universo-de-objetos, se o sistema é científico, deve ele apresentar: i) critérios que permitam decidir se uma dada proposição pertence ou não ao sistema; ii) coerência interna, isto é, compatibilidade entre os elementos proposicionais integrantes do sistema; iii) completude — o sistema contém uma proposição ou a contraditória (segundo R. Blanché, esse requisito metassistemático é "fondée sur le principe du tiers exclu"; Blanché, *L'Axiomatique*, pág. 42). Devemos, previamente, precisar se se trata do sistema-ciência ou se do sistema-Direito positivo.

Quando traduzimos o sistema da Ciência-do-Direito em nível formal, o sistema formalizado deve, como tipo ideal, apresentar esses três requisitos, como condição de sua cientificidade. Uma ciência jurídica que não disponha de critério que permita decidir se uma proposição pertence ou não ao seu sistema, fica à mercê de proposições provenientes de diversas origens: no seu campo