

O sistema jurídico para aplicar o direito, segundo Canaris

The legal system to apply the law, according to Canaris

Jacqueline Sophie P. Guhur Frascati

Professora de Filosofia do Direito na Universidade Estadual de Maringá (UEM). Mestre em Direito pela UEM. Coordenadora do Grupo de Estudos em Filosofia do Direito – - kinesis, da UEM. E-mail: jacquelinefgs@hotmail.com.

Artigo recebido em 9 de dezembro de 2014 e Aceito em 16 de abril de 2015.

Resumo

O estudo tem por objeto o sistema jurídico de Canaris, com vistas a estabelecer sua contribuição para a aplicação do direito. Desenvolveu-se com a explicitação do conceito de sistema jurídico, da atualidade e relevância do sistema de Canaris, da corrente que lhe serviu de fundamento e do seu sistema jurídico. A análise é bibliográfica, histórica e abrangente, com esteio na obra principal de Canaris e em textos que discutem os sistemas jurídicos e a Jurisprudência dos Valores.

Palavras-chave: sistema jurídico - Canaris – aplicação do direito.

Abstract

The study 's purpose is the legal system Canaris, with views to establish its contribution to the implementation of the law. Developed with the explanation of the concept of legal system, the currentness and relevance of the system of Canaris, the chain that served as the foundation and of its legal system. The analysis is comprehensive, historical and bibliographical, supported in the main work of Canaris and texts that discuss the legal systems and the Jurisprudence of Values.

Keywords: legal system - Canaris - law enforcement.

Introdução

Dentre os vários questionamentos possíveis de serem levantados quando em discussão a definição ou obtenção do direito, estão: como o juiz compreende o fenômeno jurídico ou como ele estabelece a verdade no ato de julgar? A pergunta é antiga e, em especial, a partir da visão juspositivista do direito (enquanto lei positivada pelo Estado) e da importância do Poder Judiciário com a consolidação do Estado Moderno, tem ganhado diferentes contornos. Como respondê-la?

Tendo em consideração as propostas, analisou-se aquela inserida no âmbito do sistema jurídico criado por Claus-Wilhelm Canaris. Sua construção não é recente e é desenvolvida com esteio na Jurisprudência dos Valores, corrente de pensamento que ganhou destaque na Alemanha no segundo pós-guerra, enquanto tentativa de resposta às consequências do positivismo exegético, mas sem pender para a ampla e irrestrita discricionariedade judicial.

Assim, a análise seguiu: inicialmente, a explicitação do termo “sistema jurídico”, com o fim de revelar os significados possíveis. Sequencialmente, encontrado o significado de sistema interno, visado por Canaris, examinou-se a sua atualidade e relevância, em especial, tendo em consideração se tratar de um sistema que se presta também a aplicar o direito. Ainda, analisou-se a corrente de pensamento que serviu de base para a criação do sistema de Canaris – a Jurisprudência dos Valores –, com o fim de compreender melhor o seu pensamento. Finalmente passou-se para o exame do sistema de Canaris, tendo em consideração especialmente seu escrito “pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito”. Ainda, sendo a pesquisa precipuamente bibliográfica, foram utilizadas obras de autores que trabalharam, em especial, o conceito de sistema e o pensamento da Jurisprudência dos Valores.

Como metodologia, realizou-se o exame do conceito de “sistema jurídico” (a) à luz da história (do sistema jurídico externo e interno) e do contexto histórico em que se deram as transformações quanto ao seu significado e tarefa/função; e (b) com recurso à hermenêutica, uma vez que a

pesquisa se dirigiu a compreender o sentido do sistema, em especial, de Canaris, no intuito de revelar a sua função de servir para aplicação do direito.

1. Sistema jurídico: acepções possíveis

O primeiro passo da presente investigação impõe a explicitação do significado da expressão sistema jurídico que se pretende seguir. Não se trata, aqui, de sistema enquanto sinônimo de ordenamento jurídico (LOSANO, 2008, p. XIX), sentido comumente utilizado pelos operadores do direito quando em estudo um conjunto de normas, como quando em consideração o sistema jurídico brasileiro ou português, ou, ainda, o sistema constitucional americano ou francês, ou os diferentes sistemas de direito civil. Outra é a acepção em estudo. Tem-se, inicialmente, em consideração o seu significado técnico, comuns às diferentes áreas do conhecimento, com origem na filosofia grega clássica, também revelando união, conjunto ou todo, mas assim desdobrado e explicitado pelos teóricos: sistema externo ou extrínseco, enquanto “organização lógica de exposição de uma disciplina” (LOSANO, 2008, p. XIX) 1; e sistema interno ou intrínseco, enquanto “estrutura do objeto estudado” (LOSANO, 2008, p. XIX).

No âmbito jurídico, é com a recepção do direito romano², sobretudo pelos jusracionalistas, que tem surgimento o sistema externo, sendo este o sentido inicialmente empregado e difundido pelos teóricos europeus até o século XIX. O discurso acerca do sistema interno, por sua vez, é próprio dos

¹ Losano aponta, ainda, que o sistema externo apresenta três principais pressupostos: “a *caoticidade* do material dado (portanto, a ordem não está nas coisas, mas na mente do sistematizador); a referência à *ciência* que estuda determinado objeto (e não ao objeto estudado por essa ciência) [o que significa, em outras palavras, que tal sistema é um discurso sobre a ciência do direito, e não sobre o direito]; por fim, o caráter *lógico* do nexos que une cada elemento de um sistema externo. (LOSANO, 2008, p. 215)

² A menção à recepção do direito romano indica o corte, que se faz, para abarcar apenas as concepções de sistema surgidas nos países em que o direito se desenvolveu sob a influência do direito romano, ou seja, surgidas nos países que pertencem à família romanista (ou romana germânica, denominação cunhada diante da importância dos países germânicos – especialmente a Alemanha – para o desenvolvimento da ciência do Direito da Idade Média ao século XIX). (GILLISSEN, 2001, p. 19-20). Esse corte se faz necessário, por evidente, uma vez que à família romanista pertence o Brasil. Com isso, portanto, ficam de lado eventuais concepções formadas no âmbito do direito do *common law*.

teóricos do século XX, sobretudo da doutrina alemã (LOSANO, 2008, p. XXXV e XXXVI), e pretende sobrepor-se, em termos de relevância, em relação ao sistema externo. Na verdade, essa distinção, aplicada ao direito, revela dois diferentes modos de tratá-lo: enquanto “construção científica realizada pelo jurista” (LOSANO, 2008, p. 221); e enquanto “edifício de normas das quais o jurista parte” (LOSANO, 2008, p. 221) ou “enquanto sistema jurídico extraído do objeto e não artificialmente do conhecimento acerca do objeto” (BONAVIDES, 2004, p. 99), respectivamente.

O modelo novecentista de sistema traz, em si, uma transformação quanto à noção clássica de sistema: de sistema “para dizer” ou “descrever” o direito se passa ao sistema “para fazer” ou “aplicar” o direito, isto é, “para fazer sentenças” (LOSANO, 2008, p. XXXVI; LOSANO, 2010, p. XXX e XXXI), revelando a insuficiência do primeiro diante dos problemas que se põem no momento da aplicação do direito ao caso concreto, uma vez que o sistema externo, enquanto “discurso lógico sobre determinado objeto” (LOSANO, 2008, p. 215), estaria voltado exclusivamente para o estudo e aprendizagem do direito. Como menciona Wieacker, o problema da aplicação do direito, diluído no positivismo legal nas modernas codificações, volta a ser posto em discussão com o problema das lacunas e com o desajuste dos códigos às transformações sociais reveladas com a primeira Guerra Mundial. Assim é que neste último século surgem novas tendências metodológicas que tiveram em consideração, sobretudo, a aplicação do direito, como a Jurisprudência dos Interesses, o Movimento do Direito Livre e a Jurisprudência dos Valores. (WIEACKER, 1980, p. 664). E daí porque os modelos de sistema surgidos no século XX também têm essa preocupação. Ainda, como afirma Larenz, referindo-se ao sistema conceitual-abstrato (o último modelo de sistema externo do séc. XIX), “ninguém espera hoje deste sistema um contributo para a solução de problemas jurídicos em aberto, mas, quando muito, um mais fácil achamento das normas legais que sejam em cada caso decisivas” (LARENZ, 1997, p. 195).

Mas esta diferenciação de significados, ainda que possível, não é de todo perceptível e defensável quando se fala em sistema no direito. Presume-

se que o significado técnico, ainda que constatado por meio da análise histórica das diferentes áreas do conhecimento, inclusive do direito (como o faz Losano e Canaris, entre outros), deve levar em conta as particularidades do objeto estudado. Em sendo o direito um fenômeno de criação humana, uma sua ordenação exterior sofre os influxos de sua concatenação imanente, e vice-versa. E, de fato, em vários momentos do curso da evolução do pensamento sistemático se colocou a questão de saber se a ordem esta na mente do estudioso, que a insere na matéria, ou se está na própria matéria, lhe é imanente.

Daí porque, por exemplo, Menezes Cordeiro entende ser necessária uma síntese entre os sistemas externo e interno:

A ordenação exterior, imprimida à realidade jurídica com puras 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.

Mas se o sistema externo interfere no interno, o inverso não é menos verdadeiro.

À partida, o sistema externo visa comunicar o interno, tornando-o acessível ao estudo e à aprendizagem. Ele nasce, pois, com uma preocupação de fidedignidade. As alterações evolutivas das conexões jurídicas materiais projectam-se nas exteriorizações do Direito, interferindo nelas de modo mais ou menos imediato.

[...]

Por isso, quando se fala em sistema, no Direito, tem-se em mente uma ordenação de realidades jurídicas, tomadas nas suas conexões imanentes e nas suas fórmulas de exteriorização. (CORDEIRO in CANARIS, 2003, p. LXIX)

Também Losano verifica que, embora haja uma importante mudança de objetivo na passagem do sistema externo para interno (quando a busca passa a ser pela estrutura no interior do direito), o sistema externo reflete no sistema interno: “a ciência jurídica tem por objeto as normas jurídicas, cuja gênese é, por sua vez, influenciada pela ciência jurídica [...]” (LOSANO, 2008, p. 410). Essa inter-relação aparece, especialmente, quando o autor trata da evolução do sistema externo para o interno. Suas palavras dão conta de que existe uma circularidade na discussão acerca do sistema no direito. Como o autor aponta, no deslocamento da pesquisa do sistema externo para o sistema

interno os juristas desta última sistemática partiram (ainda que não exclusivamente) de um direito positivo – o Código Civil Francês de Napoleão e o Código Civil Alemão de 1900, que serviu de modelo para numerosas legislações –, elaborado pelos defensores do sistema externo e que, portanto, já possuía uma forma sistemática (LOSANO, 2008, p. 421).

Por fim, também Canaris se refere a uma conexão estreita entre estes dois prismas do sistema, aludindo que o sistema externo (mencionado como sistema de conhecimentos ou científico) deverá ser o mais fiel possível ao sistema interno (mencionado como sistema dos objetos do conhecimento), a fim de que “a elaboração científica de um objeto não desvirtue este, falseando, com isso, a sua finalidade” (CANARIS, 2003: p. 13).

2. O sistema jurídico interno de Canaris: seu objetivo e atualidade

A partir da compreensão acerca da aspiração de cada um dos diferentes significados técnicos de sistema e de sua pressuposta inter-relação no âmbito do direito, contempla-se, em especial, o sistema interno construído por Canaris.

O sistema de Canaris se afasta do sistema externo ao pressupor a existência de outros modos de achamento da solução jurídica para além, especialmente, da operação lógica-dedutiva de conceitos jurídicos-abstratos, própria do formalismo científico³ (o sistema conceitual-abstrato é o último modelo de sistema externo); e se caracteriza como sistema interno enquanto nele sobressai a busca pela estrutura no interior do direito.

Ainda, importa esclarecer que o sistema interno de Canaris surgiu da evolução da sua teoria (do sistema interno), que se modificou, ainda na primeira metade do século XX, para incluir posicionamentos contrários ao

³ O significado do formalismo científico revela a concepção que o positivismo jurídico tem da ciência jurídica, especialmente por meio da jurisprudência dos conceitos: “O juspositivismo tem uma concepção formalista da ciência jurídica, visto que na interpretação dá absoluta prevalência às formas, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos e às deduções puramente lógicas que se possam fazer com base neles, com prejuízo da realidade social que se encontra por trás de tais formas, dos conflitos de interesse que o direito regula (...)” (BOBBIO, 1995, p. 221).

formalismo jurídico – especialmente porque as reações são abertas ao conteúdo das normas e aos valores, consagrados por meio dos princípios – e que estão fundamentados na corrente metodológica da Jurisprudência dos Valores, como será explicitado. Não se trata, portanto, de um sistema estritamente formal, abstrato, ligado a um conceito normativo ou jurídico de direito, desvinculado dos conteúdos concretos das normas jurídicas, e que tem no sistema da teoria pura do direito de Hans Kelsen seu maior exemplo. (LOSANO, 2010, XXXIII)

Apontou-se que o conceito de sistema interno se transformou, na primeira metade do século XX, deixando de ter um caráter puramente formal para assumir um caráter material ao apresentar como objetivo a definição do conteúdo do sistema jurídico e dos valores sob os quais o mesmo se funda. Essa transformação, consolidada sob a corrente metodológica da Jurisprudência dos Valores, expressou-se no sistema aberto de Canaris.

É certo que, ampliado o ângulo de visão, apareceram, especialmente nas décadas mais recentes, teorias jurídicas inspiradas em sistemas científicos extrajurídicos, especialmente das ciências físico-naturais (a moderna teoria dos sistemas),⁴ além de, evidentemente, teorias que não se caracterizam/se apresentam como sistemas jurídicos.⁵ De fato, os métodos utilizados no Direito (e de forma mais ampla, nas Ciências Sociais) são variados e podem ser inseridos em diferentes contextos e momentos históricos. Entretanto, pode-se afirmar que o sistema de Canaris merece ser estudado porque pressupõe a natureza cultural do direito, o peso do valor em sua estrutura e a sua mutabilidade, e, ainda, propõe-se a lidar com um problema da realidade jurídica: a necessidade de o juiz dar resposta a determinados casos concretos

⁴ Como a estrutura dialógica dos sistemas sociais, desenvolvida por Rolf-Peter Callies; os sistemas autorreferentes de Niklas-Luhmann, com alcance teórico para o Direito, especialmente através de autores como Raffaele de Giorgio e Gunter Taeubner e, no Brasil, entre outros, Marcelo Neves.

⁵ Merecem destaque: as teorias analíticas (H. L. A. Hart, Alf Ross, Kamierz Opalek); as teorias da argumentação (Chaim Perelman, Robert Alexy); a hermenêutica-filosófica (a partir de Hans-Georg Gadamer); as teorias que pressupõem uma cooperação entre as correntes analíticas e a hermenêutica (Ronald Dworkin; José de Sousa e Brito) (KAUFMANN, 2004, p. 53-57). Entre nós (brasileiros), em uma concepção hermenêutica-filosófica, Lenio Luiz Streck (STRECK, 2011; e STRECK, 2010); e b) em uma concepção que propõe uma harmonização entre a tópica e a idéia de sistema construída por Canaris, Juarez de Freitas (FREITAS, 2010).

que não se submetem ao modelo da lógica formal e de esta resposta obedecer a determinadas regras, ou seja, estrutura-se racionalmente⁶, ou, ainda, poder ser (ou pretender ser, ao menos), de algum modo, controlada. Ainda, também “Canaris desenvolve uma noção substancial de sistema que serve sobretudo para aplicar o direito” (LOSANO, 2010, p. 314), isto é, para fazer sentenças. Assim é que o sistemismo de Canaris é destacado e refletido nesta análise em razão de seu potencial, ainda que se possa concordar ou discordar dele.

O escrito de Canaris intitulado “Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito” foi elaborado há algumas décadas (em 1968, mas reeditado em 1982, oportunidade em que o autor reafirmou seu posicionamento no prefácio), e, ainda, nasceu com raízes no direito privado (alemão), assim como grande parte das teorias jurídicas concebidas até o segundo pós-guerra.

Mas, para além de ser possível afirmar que o problema anteriormente apontado (da decisão do juiz estruturar-se racionalmente) é atual (tanto que também se insere no discurso de teorias jurídicas mais recentes), entende-se que, como hipótese de trabalho, o pensamento sistemático de Canaris encontra possibilidade de ser desenvolvido/aplicado a diferentes segmentos do direito, uma vez que “com desvios conhecidos – assim, a inexistência de codificações no Direito público ou a relativa resistência posta pelo Direito Penal ao irrealismo metodológico – torna-se possível proceder a um seu alargamento às diversas disciplinas” (CORDEIRO, in CANARIS, 2003, p. IX).

Ainda, sua análise é válida tendo em consideração os seguintes pontos positivos, que pressupomos verificáveis, quanto em consideração o sistema de Canaris: tratar-se um sistema aberto e referenciado a valores e princípios, o que já indica uma tentativa de constituir uma terceira via em relação aos sistemas construídos sob as correntes do juspositivismo (ainda que se entenda possível enquadrá-lo em um juspositivismo ético) (MASCARO, 2012), que desde

⁶ A. Menezes de Cordeiro afirma que “as perspectivas metodológicas da actualidade, podem (...) ser sintetizadas em duas idéias fundamentais: a natureza cultural do Direito e a necessidade de dotar as decisões jurídicas de uma estruturação científica” e acrescenta que “o problema a enfrentar reside, pois, na busca de esquemas que permitam lidar com os dois pólos em causa da realidade jurídica [natureza cultural do Direito e a estruturação científica de suas decisões]. A teoria evolutiva dos sistemas e os esquemas da realização do Direito apresentam-se como respostas a essa questão” (CORDEIRO, in CANARIS, 2003, p. LXI e LXII).

a metade do século XX pretende ser relida/superada por alguns estudiosos da filosofia do direito; busca uma resposta correta ou defensável na determinação do direito, contribuindo, com isso, para a fixação de critérios racionais de fundamentação dos juízos normativos.

Com isso não se está a eleger o sistema definido por Canaris como o mais adequado ou capaz de apontar uma solução ao problema da determinação do direito, da decisão judicial (mesmo porque importa indagar: existirá um método jurídico racional, diante da realidade das decisões judiciais?). Como já mencionado, o conceito de sistema continuou em evolução e apresenta, na atualidade, outras possibilidades na seara jurídica. Apenas se pretende elucidar e esclarecer o seu sistema, diante da validade da análise, como já mencionado.

Não se desconhece, por fim, que as correntes reunidas sob a denominação de Jurisprudência dos Valores (bem como aqueles que lhe serviram de base) e que influenciam a construção do sistema de Canaris podem levar às mesmas consequências do positivismo jurídico normativo (este, entretanto, diante da sua negação às lacunas), ao conferirem importante espaço à atividade criadora do juiz na solução do caso concreto. Em relação a essa abertura à atividade criativa, que na atualidade pode vir a se traduzir em um subjetivismo/nas convicções pessoais do juiz acerca da justiça (ao ativismo), várias críticas vêm sendo formuladas, especialmente no que se refere à interpretação e aplicação da Constituição, diante da constatação da diminuição dos níveis de eficácia normativa e de segurança jurídica, dentre outras.⁷ Tal constatação, entretanto, não retira a importância do pensamento de Canaris, porque ele traduz uma reflexão comprometida com o problema e uma tentativa de mudança de postura do juiz na compreensão do direito, em última análise.

⁷ Em escritos que expõem a tendência contemporânea (ao menos no Brasil) de reduzir o ato de julgar à consciência do juiz, Lenio Streck enfrenta o problema da discricionariedade judicial e afirma a necessidade de uma teoria da decisão STRECK, 2011; e STRECK, 2010). Também neste sentido é a crítica ao sistema constitucional do modelo axiológico-teleológico, de Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2004, p. 137-138).

3. A passagem para o sistema interno: a Jurisprudência dos Valores

A compreensão do sistema aberto de Canaris requer, antes de sua explicitação, que sejam apresentadas algumas linhas acerca da corrente em que se fundamentou sua criação (a Jurisprudência dos Valores) e, para a sua correta apreensão, do percurso trilhado pelo pensamento jurídico até a sua aparição.

O pensamento sistemático no Direito tem passado por contínua transformação, sendo possível identificar teorias formadas até meados do século XX em seu próprio âmbito e, outras, mais atuais, importadas, por assim dizer, de outras disciplinas, sobretudo físico-naturais.

As teorias sistemáticas propriamente jurídicas e europeias podem ser agrupadas sob as denominações, apresentadas por Mario Losano, de sistema oitocentista clássico (o sistema externo, em que preponderaram preocupações relativas ao melhor modo de conhecer, expor e ensinar o direito) e sistema novecentista (o sistema interno, em que prevaleceram preocupações relativas à melhor forma de aplicar o direito). (LOSANO, 2010, p. XXX) O modelo novecentista de sistema traz, em si, uma transformação quanto à noção clássica de sistema: de sistema “para dizer” ou “descrever” o direito se passa ao sistema “para fazer” ou “aplicar” o direito, isto é, “para fazer sentenças” (LOSANO, 2008, p. XXXVI; LOSANO, 2010, p. XXX e XXXI), revelando a insuficiência do primeiro diante dos problemas que se põem no momento da aplicação do direito ao caso concreto, uma vez que o sistema externo, enquanto “discurso lógico sobre determinado objeto”, (LOSANO, 2008, p. 215) estaria voltado exclusivamente para o estudo e aprendizagem do direito (WIEACKER, 1980, p. 664).

Nesta passagem do sistema externo para o interno, as teorias formuladas buscam superar a doutrina do positivismo primitivo, legal, exegético – da jurisprudência dos conceitos, na Alemanha, e da escola da exegese, na França – e serão agrupadas pela expressão “teses voluntário-axiológicas” (STRECK, 2011, p. 120-121). É, pois, por meio delas, que da “razão”

(que é o instrumento para o conhecimento) se passa para a “vontade” (que é o instrumento para aplicação do direito). (LOSANO, 2010, p. 168)

Dentro do que se convencionou chamar de sistema novecentista, tem-se a noção de sistema desenvolvida no início do século XX por Hans Kelsen, que se insere num segundo momento do positivismo jurídico, denominado de normativo, considerado como uma tentativa de aperfeiçoamento do positivismo exegético (LOSANO, 2010: p. 120), e outras, antiformalistas, pós-bélicas, fundadas nas teses voluntário-axiológicas, em especial, na Jurisprudência dos Valores, como as noções de sistema de Wilburg e de Canaris.

Mas, antes da teorização do sistema alicerçado no positivismo normativo e aquele alicerçado na Jurisprudência de Valores, surgiram importantes concepções que rejeitaram a visão sistemática do direito, estreitamente conectada com a lógica dedutiva. Pode-se citar o pensamento jurídico positivista sociológico de Jhering (na segunda fase de sua produção jurídica, em que emerge a “finalidade do direito”), o Movimento do Direito Livre (iniciado na França, mas presente nos demais países), a Jurisprudência dos Interesses, na Alemanha, e o Realismo norte-americano e escandinavo, no direito da comon law. (STRECK, 2011, p. 122; LOSANO, 2010, p. 135)

Pode-se dizer que foi com o pensamento jurídico de Jhering, do Movimento do Direito Livre e a Jurisprudência dos Interesses, que se passou do conceito formalista de sistema para o conceito antiformalista. Tais correntes, guardadas suas especificidades, expunham que na aplicação de uma norma geral ao caso concreto deveria ser privilegiada, em última análise, a vontade do juiz em relação à dedução lógico-formal, própria do conceito de sistema até então existente. (LOSANO, 2010, XXX; e 135)

Em resumo às correntes, ao juiz, em última análise, é que incumbiria realizar a escolha do interesse a ser tutelado pelo Direito com auxílio de princípios extraídos da lei/dos valores (especialmente para a jurisprudência dos interesses) e da observação da realidade social (empiricamente constatáveis, portanto), em não sendo possível verificar a vontade, o interesse originário do legislador, por ser a norma imprecisa ou insuficiente/lacunosa

para a sociedade em constante transformação. O sistema já não continha tudo; e sendo insuficiente, a apreciação dos interesses, dos valores, dos princípios assentes na comunidade ou, ao final, na convicção do próprio intérprete, é que teria lugar na decisão do caso em concreto.

A partir da mudança iniciada com o pensamento jurídico do “segundo” Jhering, o intérprete passa ter papel decisivo na aplicação do direito. Ao trazerem o interesse para a ordem normativa, os teóricos passam a se preocupar com o conteúdo das normas e conferem ao Direito uma dimensão de materialidade a ser descortinada pelo intérprete.

E são estas correntes antiformalistas pós-bélicas que, revisadas/complementadas, irão permitir a formação dos sistemas de molde teleológico, por introduzirem na ordem normativa os interesses. Daí, aliás, porque Mario Losano afirma que as concepções de sistema jurídico pós-bélicas, como a de Canaris, apresentam um conceito de sistema moderno, com sentido diverso das doutrinas clássicas, oitocentistas, uma vez que guardam relação com correntes por ele enunciadas como assistemáticas: o pensamento de Jhering, o Movimento do Direito Livre e Jurisprudência dos Interesses. Como aponta o autor, o significado da expressão sistema sofreu um desdobramento: “essas teorias antiformalistas pós-bélicas, portanto, se conectam aos movimentos anteriores ao nacional-socialismo e, curiosamente, se autodefinem “sistemas” [...] Com tais teorias, o termo “sistema” sofre, pois, uma evolução que o separa de sua história [...]”. (LOSANO, 2010, p. 136)

A passagem das referidas teorias à Jurisprudência dos Valores se dá, como apontado, no pós-guerra, com o fim/derrota das ditaduras, e, de consequência, com a queda das doutrinas jurídicas a elas ligadas. Os juristas deste período (especialmente alemães), visando reconstruir os pilares do Estado Democrático, passaram a elaborar teorias que se remetiam às correntes de pensamento anteriores à guerra (LOSANO, 2010, p. 252), conjugando-as com a lição histórica apreendida, qual seja, a insuficiência ou fracasso do positivismo jurídico e do direito natural (KAUFMAN, 2004, p. 46): o direito não é simplesmente todo aquele que é emanado do Estado, independentemente de seu conteúdo; e os juízes, na realização de sua tarefa

criativa para a solução dos casos concretos, não devem considerar apenas (e todos) os valores extraídos da observação da realidade social, mas todos os valores (também espirituais) que sejam compatíveis com os presentes no ordenamento. (KAUFMAN, 2004, p. 243-245; 249-252)

Estabelecer quais são os valores compatíveis com o ordenamento jurídico e indicar de onde provêm quando insuscetíveis de ser extraídos do direito legislado – ou seja, os valores sobre os quais fundar o direito e aos que o juiz poderá recorrer quando imprecisa ou lacunosa a norma – é a tarefa a que se propuseram as correntes reunidas sob a denominação de Jurisprudência dos Valores. Com a assunção gradual desta tarefa, portanto, é que ocorre a passagem da Jurisprudência dos Interesses para a dos Valores (LOSANO, 2010, p. 120), a qual teve como alguns dos principais expoentes Larenz, Esser, Wilburg (no direito austríaco) e Canaris (LOSANO, 2010, p. 249-252).⁸

Ainda que sejam variadas e mesmo antagônicas as ideias e conclusões de cada uma das linhas de pensamento – a par da conjunta consideração de que o conceito positivista de ciência não é satisfatório, especialmente quando em consideração o direito – importa considerar o entendimento do direito a que se chegou, no sentido de que ele está orientado à noção de Justiça: “o Direito tem inerente, pelo seu próprio ‘sentido’, uma pretensão de “rectidão”,

⁸ Importa destacar que a Jurisprudência dos Valores teve também como pano de fundo um movimento de renovação da filosofia alemã ocorrido na primeira metade do século XX, caracterizado como de abandono ao positivismo, nas suas diferentes modalidades. Esse movimento teve início com Rudolf Stammeler e seu formalismo jurídico, o qual foi alvo, entretanto, de severas críticas (em conjunto com o positivismo jurídico) por diferentes linhas de pensamento que se seguiram, dentre as quais importa destacar, em especial, o neokantismo sudocidental alemão, como Binder, Lask, Radbruch,⁸ o qual exerceu especial influência na Jurisprudência dos Valores. Larenz aponta, ainda, que tiveram importância neste movimento jusfilosófico mais uma vez Binder, Schönfeld, Dulckeit (definidos como neo-hegelianos); e Reinach, Welzel e Gerhart Husserl (conectados à fenomenologia), entre outros. Acrescenta que este movimento exerceu maior influência no Direito Criminal e, em parte no Direito Público, sendo que, no direito privado, apenas em um segundo momento, com a “consciência das limitações da jurisprudência dos interesses, com a transformação ‘numa jurisprudência de valoração’, e com a forte acentuação de princípios ético-jurídicos” (LARENZ, 1997, p. 97-98). Karl Larenz, aliás, é inserido entre os teóricos do neo-hegelianismo por Menzes de Cordeiro, que também aborda esse movimento jusfilosófico, especialmente quanto à necessidade de superação do positivismo e do formalismo stammeleriano (CORDEIRO *in* CANARIS, 2003, p. XVII); mas, como assinala Losano, após a sua fase de teórico do direito nacional-socialista, as idéias de Larenz estariam mais aproximadas do pensamento idealista neokantiano (LOSANO, 2010, p. 255).

no sentido de Justiça, de tal modo que ele tem de se deixar medir por ela, para ver em que medida satisfaz essa pretensão” (LARENZ, 1997: p. 138).

Das teorias que compõem a Jurisprudência de Valores, observa-se que cada um dos seus teóricos procurou, por diferentes perspectivas, indicar onde encontrar os referidos valores, entre eles, o valor “justiça”. Em especial, Karl Larenz, nos escritos que se seguiram a sua fase de teórico do direito nacional-socialista, abriu-se aos valores (não apenas aqueles possíveis de serem inferidos das normas jurídicas positivas e também não mais o valor político do nacional-socialista, outrora defendido), tendo em consideração o valor justiça como o valor guia/filtro. Para Larenz, na interpretação da norma o juiz deve, inicialmente, buscar o valor de justiça perseguido pelo legislador, ou seja, na ordem positiva. Mas, se se deparar, com uma lacuna, poderá, em última análise, mover-se mesmo fora do direito positivo (ainda que no interior do direito), deduzindo seus princípios do mundo dos valores, remetendo-se, para tanto, à sua consciência jurídica, que deve ser inspirada pela exigência de justiça. Losano aponta, entretanto, que em sua obra a “consciência jurídica” e a “justiça” não apresentam conceitos bem definidos. (LOSANO, 2010, p. 255-258)

Para Larenz (assim como será, em parte, para Canaris), o método da subsunção persiste para a solução de certos casos; mas deve haver uma alternativa, quando este não se mostrar suficiente: “onde o conceito geral e abstrato e o sistema lógico desses conceitos não conseguem sozinhos dar conta da variedade do ser (ou do sentido), entra em cena a forma conceitual do ‘tipo’(typus)” (LARENZ, 1997). Os valores encontram lugar, portanto, em sua teoria do tipo. A contraposição entre as noções de “conceito”, própria do sistema lógico, e do “tipo”, própria do seu pensamento orientado aos valores, é visualizada na aplicação do direito: “sob os ‘conceitos’, pode-se subsumir, ao passo que um evento da vida deve ser relacionado a um tipo. Na subsunção estaria, assim, excluída a referência a valores-guia, ao passo que essa referência torna-se uma exigência quando se relaciona algo a um tipo” (FROMMEL apud LOSANO, 2010, p, 232-233).

Uma vez apresentadas algumas linhas acerca da jurisprudência dos valores, passa-se à análise do sistema de Claus-Wilhelm Canaris.

4. Noções acerca do sistema aberto de Claus-Wilhelm Canaris

Não se desconhece os riscos de se realizar uma interpretação simplificada ou mesmo incompleta do sistema de Canaris, o que, aliás, faz parte da investigação hermenêutica e de sua estratégia básica da compreensão. Busca-se pelo sentido real de seu sistema “apesar do texto”, com arrimo nos conceitos de sistema jurídico e no contexto filosófico e político de seus surgimentos, como já elucidado. Em todo caso, é diante da necessidade de o sentido de seu sistema ser revelado com a maior clareza possível que esta análise terá, como eixo, algumas transcrições do texto do próprio autor. De qualquer forma, não são abordados todos os capítulos da obra ou pontos nela trazidos à discussão, já que não se cuida aqui de uma resenha do escrito de Canaris, mas da compreensão das ideias centrais da sua concepção acerca do sistema jurídico, voltado à aplicação do direito.

Inicialmente, para fundamentar o seu conceito de sistema, Canaris parte de dois pressupostos: do conceito geral ou filosófico de sistema; e das características ou tarefas que o sistema pode desempenhar na Ciência do Direito, extraídas do conceito geral e constantes também em outros conceitos da literatura jurídica.

O conceito geral utilizado é, por influência do dicionário filosófico de Rudolf Eisler, o elaborado por Kant (já abordado anteriormente), isto é, “a unidade, sob uma idéia, de conhecimentos variados” ou “um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios” (KANT apud CANARIS, 2002: p. 10) e as tarefas a serem desempenhadas ou características são a ordenação e a unidade, isto é, a adequação interna e a unidade de uma ordem jurídica. (CANARIS, 2003, p. 9-12). Saliente-se que o autor refuta a característica da completude, própria também dos sistemas externos.

Na sequência, reconhecendo o desdobramento do sistema em externo e interno (ele se refere ao sistema de conhecimentos, lógico ou científico e ao sistema objetivo ou real, respectivamente, utilizando-se das palavras de Eisler), questiona a possível revelação de um sistema interno ao direito, extraído, portanto, do objeto. Para responder seu questionamento, parte do pressuposto de que a formação jurídica do sistema apenas será possível “quando o seu objecto, isto é o Direito, aparente tal sistema objectivo” (CANARIS, 2002, p. 13). Com isso, revela sua pretensão de apresentar um conceito de sistema interno ao direito.⁹

Com essas premissas, o autor estabelece uma conexão entre o conceito clássico de sistema, duas de suas características e o conceito de sistema interno, firmando como primeira hipótese que o direito apenas poderá ser um sistema (interno) quando possuir a ordenação e unidade, pelo que o sistema “não é mais do que a forma exterior da unidade valorativa e da adequação da ordem jurídica” (CANARIS, 2002, p. 200). Daí a afirmação do autor:

Qualquer outra precisão sobre o significado da “idéia de sistema” na Ciência do Direito e sobre o correspondente conceito de sistema pressupõe, por isso, o esclarecimento da questão sobre se e até onde possui o Direito aquelas ordenação e unidade, indispensáveis como fundamento do sistema.(CANARIS, 2003, p. 200)

Percebe-se que o sistema – interno – de Canaris é desenhado a partir de um conceito de sistema externo e de duas de suas características, a ordenação e a unidade. Não abandona a noção clássica de sistema, mas se rejeitada a característica da completude, que lhe é essencial, uma vez que, como será abordado adiante, o sistema de Canaris é aberto a valores.

Mas como verificar se a hipótese é verdadeira, se o direito possui esta ordenação e unidade, podendo ser considerado um sistema? Como alerta Canaris, a unidade do direito é um dos pressupostos em que se arrima Ciência do Direito para afirmar o caráter científico do direito, pressuposto que é seguido pela metodologia jurídica (e pela hermenêutica jurídica), como se vê,

⁹ Embora o autor se refira com mais frequência à terminologia “sistema objetivo”, a este será feita referência como sistema interno ao Direito, em concordância com a divisão sistema externo/interno apresentada no anterior.

por exemplo, quando em consideração a interpretação sistemática e os princípios gerais do direito. O autor aduz que a negação do referido pressuposto pode trazer consequências irremediáveis ao direito, como o questionamento de sua cientificidade. De qualquer forma, reconhece a impossibilidade de o pressuposto ser verificado e prefere confirmar a existência de uma ordem e unidade no direito na sua própria estrutura.

Afirma, assim, que a ordem interior e unidade do direito são emanções e postulados da própria ideia de Direito, em especial, do postulado da justiça, concretizado no princípio da igualdade. Assim é que “a exigência de ‘ordem’ resulta directamente do valor justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida de sua diferença” (CANARIS, 2003, p. 18). A ordenação, explícita, deve ser levada em consideração pelo legislador e juiz em suas atividades: “tanto o legislador como o juiz estão adstritos a retomar ‘consequentemente’ os valores encontrados, ‘pensando-os, até o fim’ em todas as consequências singulares e afastando-os apenas justificadamente, isto é, por razões materiais” (CANARIS, 2003, p. 18). O autor afirma, em síntese, que o legislador e juiz devem “proceder com adequação”, ou seja, “manter-se coerentes com os valores escolhidos” (CANARIS, 2003, p. 18).

A unidade, por sua vez, “procura garantir a ausência de contradições na ordem jurídica” (CANARIS, 2003, p. 20) e representa a “tendência generalizadora da justiça” (CANARIS, 2003: p. 20), ou seja, a tendência a evitar a “fragmentariedade das decisões fundadas sobre a equidade” (LOSANO, 2010, p. 319), “que exige a superação de numerosos aspectos possivelmente relevantes no caso concreto, a favor de uns poucos princípios, abstractos e gerais” (CANARIS, 2002, p. 20). Assim, a unidade tem lugar quando realizada a exigência de não contradição na ordem jurídica e quando as decisões, por sua abstração e generalização, permitem ser comparadas, já que, ao contrário, uma tendência individualizadora dificilmente realizaria o princípio da igualdade. (CANARIS, 2003, p. 21)

O raciocínio de Canaris revela que um direito positivo poderá ser considerado um sistema interno quando possuir ordenação e unidade, mas,

ainda, que a ordenação e a unidade são tarefas a serem realizadas, perseguidas. Para ele o sistema tem por papel não apenas “traduzir”, mas também “realizar” a ordem e a unidade, “traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica” (CANARIS, 2003, p. 23), o que indica que “a unidade e a adequação não são apenas afirmadas, mas também sempre pretendidas, portanto não apenas pressuposição, mas também um postulado” (CANARIS, 2003, p. 23).

É em razão destas reflexões, no sentido de que a ordenação e a unidade são postulados a serem perseguidos, que Losano afirma que para Canaris o sistema é um “princípio de ação” e não um “instrumento de conhecimento”: “o sistema não é, portanto, apenas um guia ao conhecimento do direito (nisto consiste exatamente seu ‘descrever, que é sua tarefa clássica), mas é também um guia para o agir na aplicação do direito: nisto consiste seu ‘realizar’ o valor próprio do sistema, aplicando-o ao caso concreto” (LOSANO, 2010, p. 320). Daí porque Losano afirma que o conceito de sistema se transforma, neste momento, de sistema de descrever para sistema para aplicar o direito. Aliás, o próprio Canaris defende abertamente a possibilidade de um sistema servir para a obtenção do direito, “à obtenção das proposições jurídicas convenientes” (CANARIS, 2003, p. 149), o que será retomando ao final desta subseção.

Uma vez concebido que o direito apenas pode ser considerado um sistema quando possuir as características da ordenação e unidade e que essas devem ser encontradas na sua própria estrutura (internamente), o autor afirma que o conceito de sistema deve ser desenvolvido justamente a partir dessas características (e tarefas) que o pensamento sistemático deve revelar (e cumprir). Perquirindo a respeito de um sistema capaz de exprimir ou desenvolver as características de ordenação e unidade com meios racionais, o autor, após rechaçar alguns conceitos de sistema (em especial, a ideia de que apenas a lógica é capaz de determinar se há um sistema autêntico), lança, como segunda hipótese, o sistema como ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais. (CANARIS, 2003, p. 66-68; 280) Vê-se, aqui, na linha

da Jurisprudência dos Valores, a ligação do direito aos valores e, em especial, ao valor justiça:

Sendo o ordenamento, de acordo com a sua derivação a partir da regra da justiça, de natureza valorativa, assim também o sistema a ele correspondente só pode ser um ordenação axiológica ou teleológica - na qual, aqui, teleológico não é utilizado no sentido estrito da pura conexão de meios aos fins, mas sim no sentido mais lato de cada realização de escopos e valores, portanto no sentido no qual a “jurisprudência das valorações” é equiparada à jurisprudência “teleológica”. (CANARIS, 2003, p. 66-67)

Em relação à característica da ordem, o autor propõe que neste sistema ela é “a captação racional da adequação de conexões e valorações jurídicas”. (CANARIS, 2003, p. 71) O autor fala em “captar racionalmente a adequação do pensamento teleológico” (CANARIS, 2003, p. 70), em “exercer racionalmente a jurisprudência” (CANARIS, 2003, p. 71). Endereçando essa tarefa (a captação racional) especialmente ao juiz, revela:

Quando se fala aqui, constantemente, da adequação de valores, pretende-se significar isso mesmo. Não se trata, portanto, da “justeza” material, mas apenas da “adequação” formal de uma valoração – na qual “formal” não se deve, evidentemente entender no sentido de lógico-formal mas sim no sentido em que também se fala do caráter “formal” do princípio da igualdade. Por outras palavras: não é tarefa do pensamento teleológico, tanto quanto vem agora a propósito, encontrar uma qualquer regulação “justa”, a priori no seu conteúdo – por exemplo no sentido do Direito Natural ou da Doutrina do Direito justo – mas apenas, uma vez legislado um valor (primário), pensar todas as suas consequências até o fim, transpô-lo para casos comparáveis, solucionar contradições com outros valores já legislados e evitar contradições derivadas do aparecimento de novos valores. (CANARIS, 2003, p. 77)

No pensamento do autor, a ordenação é uma tarefa a ser realizada, ao que se constata, especialmente pelo juiz. Ainda, os elementos constitutivos de seu sistema são os valores.

No que se refere à característica da unidade, o autor propõe que no sistema (como ordem teleológica) ela estará presente quando possível reconduzir os diversos valores singulares a alguns poucos valores fundamentais. Canaris fala na “recondução da multiplicidade do singular a alguns poucos princípios constitutivos” (CANARIS, 2003, p. 76), a alguns

princípios gerais de uma ordem jurídica, fazendo, assim, um ajuste em seu sistema, deixando o elemento valor e escolhendo como elemento os princípios gerais do direito.¹⁰

Os valores singulares apenas poderão fazer parte de uma conexão interior quando se chegar até os “valores fundamentais mais profundos” (CANARIS, 2003, p. 77), ou seja, “os princípios gerais duma ordem jurídica” (CANARIS, 2003, p. 77). Apenas deste modo é que, segundo Canaris, se faz possível alcançar aquele grau de generalização mencionado e, assim, a unidade da ordem jurídica. (CANARIS, 2003, p. 77)

Explicitando como se dá a passagem dos valores para os princípios, o autor fala em um processo de concretização contínuo, que prossegue, ainda, dos princípios para as normas. Na verdade, a passagem do valor para o princípio é extremamente fluida; poder-se-ia dizer, quando se quisesse introduzir uma diferenciação de algum modo praticável, que o princípio está já num grau de concretização maior do que o valor: ao contrário deste, ele já compreende a bipartição, característica da proposição de direito em previsão e consequência jurídica. (CANARIS, 2003, p. 86).¹¹

Canaris chama a atenção para o fato de que o princípio, ainda que sendo diferente do valor por indicar a consequência jurídica, não aparenta a forma de uma disposição jurídica: “ele distingue-se antes desta por não estar ainda, em regra, suficientemente concretizado para permitir uma subsunção, precisando, por isso, de uma ‘normativização’” (CANARIS, 2003, p. 86). De qualquer forma, observa-se que Canaris fala em princípios gerais do direito orientados por valores e não dos valores em si, o que indica que ser o seu sistema um sistema do direito, (LOSANO, 2010, p. 326-327) pertencendo os princípios gerais do direito ao ordenamento jurídico.

¹⁰ Deixa claro, em todo caso, que também sistemas de conceitos teleológicos, de institutos jurídicos ou simplesmente de valores superiores seriam possíveis; trata-se, no caso, de uma escolha do autor (CANARIS, 2003, p. 80-88)

¹¹ Em relação a essa passagem, Losano indica que há uma oscilação quanto à terminologia empregada por Canaris (normas jurídica/proposição jurídica) e opta por exprimir que para Canaris “somente os princípios contêm ‘a divisão típica da norma jurídica entre caso concreto e sanção’”. Assevera, em todo caso, que Canaris “aceita a distinção de Kelsen entre norma jurídica e proposição jurídica”. (LOSANO, 2010, p. 328).

O como determinar qual princípio deve ser considerado geral é tarefa que está condicionada à ordem jurídica em observação. Canaris sustenta, em relação à ordem jurídica alemã, que (a) “não se poderiam considerar todos os princípios como ‘portadores de unidade’ e, com isso, como sistematizadores” (CANARIS, 2003, p. 79); e, ainda, (b) um princípio poderá não ser considerado como um princípio geral para o sistema, mas ser assim considerado para um determinado subsistema:

(..) neste [no Direito Privado], nem todos os princípios são, por seu turno, relevantes para os sistema, como o serão, por exemplo, para o Direito das Obrigações, os Direitos Reais, o Direito das Sucessões, etc.; dentro desses âmbitos, firmam-se subsistemas mais pequenos, com princípios “gerais” autônomos, como, por exemplo, o sistema dos actos ilícitos, do enriquecimento sem causa, das perturbações na prestação ou da responsabilidade pela confiança (...) Assim, modifica-se a “generalidade” dum princípio com a perspectiva do ponto de vista; (...) (CANARIS, 2003, p. 79)

Sendo assim, (c) os princípios dos sistemas determinam em parte os princípios dos subsistemas, de consequência, os dos subsistemas apenas se subsumem em parte no sistema. Por fim, (d) explicita que um princípio deverá ser considerado constitutivo para unidade de um determinado âmbito parcial ou subsistema se se considerar que, em sendo este princípio alterado, a ordem do referido subsistema seria modificada no seu conteúdo essencial. (CANARIS, 2003, p. 80)

Assim é que Losano afirma que os princípios gerais de direito, no sistema de Canaris, devem ser determinados empiricamente. (LOSANO, 2010, p. 327)

Tais princípios gerais de direito possuem quatro características que, segundo Canaris, revelam a sua função sistematizadora: (a) “os princípios não valem sem excepção e podem entrar em oposição entre si” (CANARIS, 2003, p. 88), ou seja, os princípios podem ser excepcionados, limitados ou entrarem em conflito entre si; (b) “os princípios não tem pretensão de exclusividade” (CANARIS, 2003, p. 90), isto é, uma consequência jurídica retirada de um dado princípio também pode ser retirada de outro princípio; (c) “Os princípios

ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas” (CANARIS, 2003, p. 92) ou “o entendimento de um princípio é sempre, ao mesmo tempo, o de seus limites” (CANARIS, 2003: p. 95), entendendo-se os limites por limites imanentes ou decorrentes da oposição de outros princípios; e (d) “os princípios necessitam, para a sua realização, da concretização através de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio” (CANARIS, 2003, p. 96), isto é, para serem aplicados necessitam ser adaptados pelo juiz, ao caso concreto, com arrimo em subprincípios.

O autor também explicita como tais princípios se formam, o que revela a característica da incompletude do sistema. O sistema de Canaris, como observado antes, não almeja a completude. Ao contrário, para ele o sistema é incompleto, aberto, uma vez que o seu objeto – o direito – é mutável, situado que está no processo histórico: “o sistema, como unidade de sentido, compartilha de uma ordem jurídica concreta no seu modo de ser, isto é, que tal como esta, não é estático, mas dinâmico, assumindo pois a estrutura da historicidade” (CANARIS, 2003, p. 107-108). O autor aponta que novos princípios gerais do direito podem se apresentar como constitutivos do sistema, modificando-o, sem que isso implique, irremediavelmente, a criação de um novo sistema. Justifica que o sistema deve acompanhar a especificidade do objeto, pelo que “a formulação do sistema jurídico – possivelmente em oposição a outras Ciências – nunca pode chegar ao fim, antes sendo por essência um processo infundável” (CANARIS, 2003, p. 111).

Os princípios gerais do direito convivem com a lei e o direito consuetudinário. As modificações no sistema interno decorrem de atos legislativos; do Direito Consuetudinário; da concretização de normas (cláusulas gerais) através de valorações; e dos princípios gerais do direito, sendo que estes “representam emanações da idéia de Direito e da natureza das coisas” (CANARIS, 2003, p. 121).

Canaris prefere fundar a validade do Direito, para além da lei e do Direito Consuetudinário, em critérios “extra-positivos” (CANARIS, 2003, p. 119) à jurisprudência. Esta apenas revelaria valores já contidos no direito positivo,

mas não reconhecidos plenamente. Ainda, o reconhecimento da jurisprudência como fonte primária do direito seria inconciliável com a ordem jurídica alemã, externando a opinião de que “a proposição colocada pelo tribunal como fundamento de uma decisão não vale por ter sido exteriorizada pelo juiz, mas sim por estar convincentemente fundamentada” (CANARIS, 2003, p. 119), ou seja, cuida-se de uma descoberta alicerçada na lei, válida “porque deriva de critérios de validade bastantes, exteriores à sentença judicial” (CANARIS, 2003, p. 119).

Como asseverado, os critérios extra-positivos seriam a “ideia de Direito” e a “natureza das coisas”, expressados em princípios gerais do direito, mas na medida em que esses princípios não sejam contrários à lei e ao costume. (CANARIS, 2003, p. 121) O sistema poderia ser alterado, portanto, por princípios não extraídos da lei ou legitimados pela lei, mas apenas nela inspirados ou nem mesmo isso. O autor fala em valores extra-positivos jurídicos ou extra-legais e afirma que as modificações do sistema podem também partir deles. (CANARIS, 2003, p. 118) Para Canaris, esses critérios não devem ser compreendidos a-historicamente e dependem da mediação da consciência jurídica geral. Ao contrário, princípios reconduzíveis à ideia de direito e à natureza das coisas, em última análise, não devem ser considerados como partes, desde sempre, do Direito, em dado momento. Mas sim como surgidos em certo momento histórico, diante do que se compreende por ideia do direito ou natureza de alguma coisa a partir da tomada de consciência a seu respeito. (CANARIS, 2003, p. 121-123)

Com isso, é afastada a característica da completude, própria da definição do sistema clássico, externo (também em relação a este insubsistente, eis que o sistema externo também é incompleto, provisório, porque “exprime o estado dos conhecimentos do seu tempo”), pelo que é considerado pelo autor errôneo objetar a abertura do sistema como algo contraditório à definição de sistema. (CANARIS, 2003, p. 109) Em todo caso, há que se reconhecer que uma vez afastada esta característica historicamente associada ao conceito de sistema (externo), tem novamente lugar a afirmação

de que o conceito de sistema sofreu uma relevante transformação com Canaris.

Canaris ainda analisa um dos pontos que pode ser considerado decisivo para conferir distinção ao seu sistema em relação aos sistemas que o antecedem: a questão da sua relevância prática, do seu valor para a obtenção do direito. O sistema para aplicar o direito, a que se refere Losano, como já explicitado.

Quanto realizada a distinção, na primeira subseção, entre sistema externo e interno, observou-se que a noção clássica de sistema se transformou de sistema “para dizer” ou “descrever” o direito para sistema “para fazer” ou “aplicar” o direito, isto é, para fazer sentenças. E uma vez que o sistema externo, enquanto “discurso lógico sobre determinado objeto”, (LOSANO, 2008, p. 215) estaria voltado exclusivamente para o estudo e aprendizagem do direito, a possibilidade de um tal sistema servir à aplicação é constantemente negada. Como menciona o autor, o sistema (externo) é geralmente conferido “um valor didático no sentido de facilitação do entendimento da lei” (CANARIS, 2003, p. 150).

Mas, Canaris aduz que o significado do sistema para a obtenção do Direito se torna evidente quando em consideração o sistema como ordem jurídica axiológica ou teleológica. Disto resulta que “o argumento sistemático é, então, apenas uma forma especial de fundamentação teleológica” (CANARIS, 2003, p. 153). Daí porque pode, tal como a fundamentação teleológica, “aspirar à mais alta categoria entre os critérios de interpretação criativa .O sistema possui, como isso ‘aptidão para a derivação teleológica’ (CANARIS, 2003, p. 283).

Canaris revela que o sistema (interno) pode servir à obtenção (ou aplicação) do direito por meio de duas tarefas por ele realizadas. Primeiro, porque “ele contribui para a plena composição do conteúdo teleológico de uma norma ou de um instituto jurídico o que conduz a interpretá-los como parte do conjunto da ordem jurídica e sobre o pano de fundo das conexões relevantes.” (CANARIS, 2003, p. 283) Isso se dá porque quando um fenômeno jurídico é ordenado sistematicamente são realizadas indagações acerca dos

valores e, em especial, dos princípios jurídicos por de trás da norma que o prevê; com isso, portanto, se faz uma afirmação acerca de seu conteúdo teleológico, seu conteúdo valorativo no Direito. (CANARIS, 2003, p. 154) E, ainda, “só a ordenação sistemática permite entender a norma questionada não apenas como fenômeno isolado, mas como parte de um todo” (CANARIS, 2003, p. 156).

Segundo porque o sistema se presta a garantir e a realizar a adequação valorativa e a unidade interior do Direito, “porquanto mostra as inconseqüências valorativas, proporcionando, com isso, o aperfeiçoamento do Direito, tanto pela determinação de ameaçadoras contradições de valores como pela determinação de lacunas” (CANARIS, 2003, p. 283). Quando há a verificação de contradições pode ocorrer que o sistema (na obtenção do direito) ocasione o travamento do Direito. (CANARIS, 2003, p. 173) No caso da verificação de lacunas, a ideia de sistema pode impulsionar o aperfeiçoamento do direito, com a “determinação de uma lacuna com recurso de um princípio geral” (CANARIS, 2003, p. 176), como explicita o autor:

Pois quando um princípio “geral” é elaborado, o princípio da igualdade conduz, em muitos casos, ao reconhecimento de normas não escritas, e assim não é de admirar que, muitas vezes, a partir de previsões singulares aparentemente limitadas (...), se tenham elaborado novos institutos para o sistema: os valores corporizados naqueles preceitos são “gerais” segundo seu peso interior, não se podendo por excluir que eles tenham influenciado mais ou menos consideravelmente o sistema e o conteúdo do Direito vigente. (CANARIS, 2003, p. 176-177)

Mas a obtenção do direito a partir do sistema encontra limites. Entre eles, pode-se destacar a possibilidade de aperfeiçoamento do sistema e, nele, o uso da exigência da justiça material contra os argumentos sistemáticos. A possibilidade de aperfeiçoamento do sistema é coerente com a sua abertura, já mencionada. A obtenção do direito a partir das tarefas realizadas pelo sistema não é, pois, via de mão única: se de um lado o sistema tem influência na obtenção direito, também se dá “a formação plena do sistema apenas na obtenção do direito”. (CANARIS, 2003, p. 188)

Assim é que há de ter em consideração que o processo de obtenção do direito, pelo sistema, pode levar ao desenvolvimento ou modificação do próprio sistema. Aqui, mais uma vez se observa que o sistema de Canaris não se apresenta, a priori, como pronto, mas também se realiza a partir da aplicação do direito, com a observância das características da unidade e ordenação.

O uso da exigência da justiça material contra os argumentos sistemáticos – ou seja, quando uma solução é adequada ao sistema, mas é apontada como não satisfatória em relação às exigências da justiça material – deve ser considerado com cautela. Como menciona Canaris, o sistema “comporta justamente a justiça material tal como esta se desenvolve e representa na ordem jurídica positiva” (CANARIS, 2003, p. 190) e os argumentos sistemáticos “nada mais representam do que os valores fundamentais da lei pensados, até o fim, em termos de igualdade e que a sua legitimidade e a sua força reguladoras resultam, em simultâneo, da autoridade do direito positivo e da dignidade do princípio da justiça” (CANARIS, 2003, p. 191). Assim é que o autor defende que a solução adequada ao sistema deve ser, a princípio, entendida como vinculativa, justa perante determinada ordem positiva, pelo que não poderá ser afastada sob o argumento de uma possível injustiça material. (CANARIS, 2003, p. 196)

Mas, esse conflito entre a justiça sistemática e a justiça material nem sempre será desarrazoado, irreal. Em certa situação especial, justamente porque o sistema é aberto um conflito neste sentido pode ocasionar a sua modificação, ou seja, sob o argumento de exigências da justiça material, caso em que o direito haverá de ser obtido com recurso à ordem jurídica extralegal. Ou seja, “pontos de vista da justiça material contrários ao sistema só podem aspirar à primazia perante argumentos do sistema quando existam as especiais pressuposições” (CANARIS, 2003, p. 194), situação em que “é admissível uma complementação do Direito legislado com base em critérios extra jurídico-positivos” (CANARIS, 2003, p. 194).

Nestas circunstâncias, tem lugar o problema da admissibilidade da interpretação judicial criativa o que, consoante menciona o autor, não é um

problema específico do sistema. Em todo caso, Canaris aponta a sua opinião acerca deste modo de aperfeiçoamento do sistema, admitindo-o desde que não viole os valores abrigados pelo direito positivo e desde que seja uma exigência de um princípio geral de direito:

(...) descontando crassos vassos de “injustiça legal” – é admissível sob a dupla pressuposição de que, por um lado, não se oponham aos valores do Direito positivo e que, por outro, um “princípio geral do Direito” a exija, residindo o fundamento da sua validade ou na “ideia de direito” ou na “natureza das coisas”. (CANARIS, 2003, p. 195)

Os demais limites à obtenção do direito a partir do sistema têm a ver com os próprios limites à formação do sistema. O autor analisa as possíveis situações que configuram verdadeiros impedimentos à formação completa do sistema, mas que não traduzem a impossibilidade de aplicação do sistema no Direito. Ou seja, o sistema, mesmo na ocorrência dessas situações, subsiste como sistema.

Essa formação completa encontraria alguns óbices. Primeiro, porque o ideal de unidade interior e adequação conflitam com o modo de formação e desenvolvimento do Direito, já que a ordem jurídica positiva é construída na experiência histórica e por homens, pelo que são correntes as contradições e incompletudes. Segundo porque “há na própria idéia do Direito um elemento imanente contrário ao sistema” (CANARIS, 2003, p. 199), qual seja, “a tendência individualizadora da justiça” (CANARIS, 2003, p. 199-200) – a justiça realizada por setores –, o que pode fazer surgir certas normas que não se adéquam a uma determinação sistemática, ocasionando, daí, quebras no sistema e lacunas. (CANARIS, 2003, p. 199-200)

Canaris enumera as quebras sistemáticas, as normas estranhas ao sistema e as lacunas no sistema. Em outras palavras, ameaçam a formação do sistema a contrariedade de valores legais, a singularidade de certos valores legais e a ausência de valores. As quebras sistemáticas são consideradas “contradições de valores e de princípios” (CANARIS, 2003, p. 200). Mas não são consideradas contradições os limites imanentes de um princípio; ou quando

um princípio apenas é considerado relevante quando em conexão com outro; ou, ainda, quando há uma tão só oposição entre princípios (quando, tomados singularmente, apresentem soluções opostas). (CANARIS, 2003, p. 201-206)

As normas estranhas ao sistema consistem em proposições jurídicas que, ainda que não estejam em “contradição de valor” (CANARIS, 2003, p. 236) com outras proposições ou princípios fundamentais da ordem jurídica, encontram-se avulsas, ou não relacionadas com outras dentro da ordem jurídica, isto é, “não se deixam reconduzir aos princípios jurídicos gerais, permanecendo, por isso, valorativamente isoladas dentro da ordem jurídica global” (CANARIS, 2003, p. 236), assim como, ainda, não se caracterizam como modificações do sistema, porque “a sua ratio não possui convivência suficiente para poder valer como enriquecimento conseqüente dos valores fundamentais no âmbito jurídico em causa” (CANARIS, 2003, p. 236).

As lacunas, as principais inimigas da formação do sistema, são as lacunas de valores. O autor assevera que assim como não existe, no direito, completude lógica, também não há teleológica. (CANARIS, 2003, p. 241)

Uma vez consideradas como possíveis/existentes tais situações, alguns caminhos podem ser seguidos pelo aplicador do direito para tentar contorná-las. No que se refere às quebras sistemáticas ou contradição de valores, a interpretação sistemática, também chamada de criatividade do direito, é uma alternativa. O autor fala de sua utilidade “na medida em que se interprete o teor de diferentes preceitos em conformidade com o sistema, isto é, de modo unitário” (CANARIS, 2003, p. 209). Também retira dela os princípios da especialidade, cronológico e hierárquico, aplicáveis, em parte, às contradições de valores e princípios, posto que formulados para contradições entre normas (entende-se, aqui, regra). (CANARIS, 2003, p. 208) Ou seja, quando a ordem jurídica tiver associado “numa norma jurídica à previsão P1 a consequência C e noutra norma a uma previsão P2 valorativamente semelhante, no essencial, a consequência jurídica não-C” (CANARIS, 2003, p. 208-209).

Também é possível, quando as contradições de valores tiverem lugar em razão de uma lacuna, complementar a lacuna conforme o sistema. Haveria um espaço para a correção de uma omissão do legislador, considerada como

admissível. (CANARIS, 2003, p. 211-212) A impossibilidade desta complementação existirá sempre que o conteúdo e sentido da lei o indicarem ou quando houver a proibição de semelhante interpretação:

(...) há contradições de valores que não podem ser ultrapassadas com o auxílio dos métodos legítimos da interpretação criativa do Direito. Tal o caso em que a contradição de valores não se traduza numa lacuna, mas num “erro jurídico-político” ou em que existia, na verdade, uma lacuna, mas a sua integração seja proibida ou impossível. (CANARIS, 2003, p. 216)

Uma última alternativa apontada para contornar as quebras de valores, quando impossível a interpretação sistemática ou a integração sistemática das lacunas, é considerar a norma em contradição com o sistema como nula, com fundamento no princípio constitucional da igualdade. Retira-se, pois, do princípio da igualdade, a determinação da eliminação de contradição de valores, no sentido de eliminar uma diferença valorativa injustificável. Aliás, no direito constitucional alemão há a previsão expressa de uma proibição de arbítrio, arbítrio que ocorre em razão de uma diferenciação legal ou de um tratamento igualitário não justificável. Mas, Canaris salienta que existem, ainda que poucas, situações em que há quebra de sistema, mas não há violação contra a proibição de arbítrio, hipótese em que as normas subsistiriam válidas. (CANARIS, 2003, p. 217-232). Assim, as quebras sistemáticas são possíveis e, em algumas vezes, não contornáveis, o que não implica, entretanto, a impossibilidade do pensamento sistemático na Ciência do Direito, mas um entrave à formação plena do sistema. (CANARIS, 2003, p. 233-235)

No caso das normas estranhas ao sistema, Canaris aponta que a interpretação também é a melhor alternativa, sendo que deve ser realizada de modo a “restringir tais ‘corpos estranhos’ ao mais curto espaço possível dentro da ordem jurídica” (CANARIS, 2003, p. 238), tendo-se, pois, por pressuposto “uma regra de interpretação restritiva ou, pelo menos, uma proibição de interpretação extensiva” (CANARIS, 2003, p. 238). Em última análise, a norma

poderá ainda ser considerada nula com base na proibição de arbítrio, tal como já explicitado quando da contradição entre normas.

Por fim, quando ocorrentes lacunas de valores, Canaris afirma ser possível, em certas situações, a sua integração com os valores contidos no Direito positivo (CANARIS, 2003, p. 239); ou seja, “elas deixam-se, na verdade, integrar em parte no sistema através da realização de valorações adequadas” (CANARIS, 2003, p. 286).

Noutras situações, não há como recorrer a valores já existentes na ordem jurídica. Se assim for, afirma que algumas lacunas legislativas podem embaraçar a solução de casos concretos, mas que outras podem ser vistas sob um ponto de vista positivo. Curiosamente, faz referência às lacunas e, especialmente, às “cláusulas gerais”¹² como pontos de entrada para a “equidade” (CANARIS, 2003, p. 240), para a “justiça do caso concreto” (CANARIS, 2003, p. 240), em contraponto com a tendência generalizadora da justiça que representa a unidade pretendida no sistema, como defende o autor. Aduz, assim, que algumas lacunas e cláusulas se prestam à tendência individualizadora da justiça, à fragmentariedade das decisões judiciais, equilibrando uma generalização que se apresente demasiada rígida. (CANARIS, 2003: p. 240) Nesta hipótese, portanto, o pensamento sistemático não seria capaz de apresentar uma solução, sendo aventado pelo autor o uso da tópica, considerada como “a técnica do pensamento problemático” (VIEHWEG *apud* CANARIS, 2003: p. 246).

Para o autor, a tópica não precisa se apresentar exclusiva (mesmo porque não é capaz de abarcar “com correção e no fundamento a estrutura da Ciência do Direito”) (CANARIS, 2003: p. 288), mas pode ser compreendida em complementação ao pensamento sistemático (para além de outras interpenetrações possíveis, como aborda o autor), pelo que não haveria uma contradição neste caso. (CANARIS, 2003: p. 277). A tópica se afasta do pensamento sistemático uma vez que “o pensamento tópico está sempre

¹² Enquanto a lacuna é a falta de regulamentação pela ordem jurídica, a cláusulas gerais são aquelas que precisam ser preenchidas com valorações para serem aplicadas. O autor cita, por exemplo, neste último caso, dispositivos do BGB que se referem ao “cuidado necessário no tráfego” e ao “condutor razoável”, a exigirem a determinação do conteúdo. (CANARIS, 2003: p. 270-272)

orientado o mais estreitamente possível para o problema singular”, (CANARIS, 2003: p. 277) afastando-se, com isso, da regra da unidade interior e da adequação da ordem jurídica, apontadas como características do sistema. Mas, pode ser utilizada quando ausente uma valoração legal ou na concretização de cláusulas gerais, em sendo impossível a integração com valores contidos no Direito positivo, como reconhece o autor. Assim é que a tópica terá um maior papel a desempenhar quanto maior for o número de cláusulas gerais ou a ausência de regulamentação em um dado ordenamento ou uma determinada área. (CANARIS, 2003: p. 277)

Conclusões

O presente artigo teve por objeto de estudo o sistema jurídico construído por Canaris, diante de sua característica de servir para “aplicar o direito”. Para tanto, inicialmente foram analisadas as possíveis acepções a que a expressão “sistema jurídico” remete, do que resultou duas principais, quais sejam, sistema externo e sistema interno. A partir de tal análise, passou-se a identificar o modelo de Canaris com o sistema interno, do tipo material, bem como foi explicitada a sua importância e atualidade, em especial, a proposta de lidar com um problema comum na realidade jurídica, o controle da racionalidade das decisões judiciais (o “como” o juiz decide, aplica o direito). Na sequência, foi examinada a corrente que fundamentou o sistema jurídico de Canaris – a Jurisprudência dos Valores – a qual teve por orientação estabelecer os valores sobre os quais fundar o direito e em relação aos quais o juiz deverá recorrer quando impreciso ou lacunoso o texto legal.

Por fim, passou-se a análise do sistema jurídico de Canaris. A partir da hipótese de que um sistema interno deve possuir ordenação e unidade, observou-se que o jurista se pôs a demonstrar sua confirmação no direito privado alemão, do que se conclui:

A ordem interior e a unidade do direito são emanções e postulados da própria ideia de direito, em especial do postulado da justiça, sob o prisma da

igualdade. A ordenação está em o juiz e o legislador tratarem o igual de modo e igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida de sua diferença. A unidade se realiza quando observada a exigência da não contradição na ordem jurídica e quando as decisões por sua abstração e generalização permitem ser comparadas (no sentido de uma uniformização). A ordenação e a unidade não são apenas pressuposições (ou pressupostos), quando a sua existência na ordem jurídica, mas são postulados, devem ser perseguidos e realizados (em especial, pelo juiz). Daí um sistema não ser apenas um guia para o conhecimento ou para descrever do direito, mas também um guia para o agir na aplicação do direito. Aqui está a singularidade do sistema de Canaris;

Realizando a análise de alguns conceitos de sistemas jurídicos existentes, no intuito de encontrar o que seria capaz de exprimir/desenvolver as características da ordenação e unidade, Canaris lançou a segunda hipótese: partir do conceito de sistema como ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais. Neste ponto, observa-se sua ligação com a Jurisprudência dos Valores. Tendo em consideração tal sistema, vislumbrou-se que:

A ordenação estaria em captar racionalmente a adequação de conexões e valorações jurídicas, tarefa a ser desempenhada especialmente pelo juiz. Já, a unidade estará presente quando possível reconduzir os diversos valores singulares a alguns poucos valores fundamentais mais profundos, ou seja, aos princípios constitutivos/gerais da ordem jurídica. Os princípios estariam num grau de concretização maior do que os valores, por apresentar uma previsão e consequência jurídica, ainda que em um grau de concretização menor que as normas (no sentido de que apenas as normas permitem sua aplicação pela simples subsunção). Neste ponto se observa que seu sistema ser de princípios gerais de direito orientados por valores. Um princípio será considerado geral a partir da análise de uma determinada ordem jurídica, de acordo com sua capacidade de ser portador de “unidade”, de “sistematização”; poderá ser geral para um subsistema, ainda que não para o sistema em si. Os princípios gerais do direito: podem ser excepcionados, limitados, ou entrar em conflito

entre si; é possível que um mesmo entendimento/consequência jurídica possa ser retirada de mais de um princípio; o entendimento de um princípio é sempre também o de seus limites; para serem aplicados devem ser adaptados pelo juiz ao caso concreto, com auxílio de subprincípios;

O sistema é incompleto, aberto, posto ser o direito mutável, inserido na história, o que possibilita o surgimento de novos princípios sem que isso implique o surgimento de um novo sistema. Ainda, o sistema de princípios convive com a lei e o direito consuetudinário, deles recebendo influência (para criação de princípios) e em razão dos quais pode sofrer modificações. Já a jurisprudência, por não criar direito novo (o que seria inconciliável com a ordem jurídica alemã), apenas faz descobertas de princípios, alicerçada na lei e no direito consuetudinário. Mas, critérios extra-positivos, como a “ideia de Direito” e a “natureza das coisas”, desde que não contrários à lei/costumes, poderiam ser a fonte de novos princípios. Neste ponto, Canaris admite princípios não inseridos no texto legal.

Explicitado o sistema, Canaris cuidou da sua relevância prática, nota de sua singularidade em relação aos demais sistemas: trata-se de um sistema para a obtenção do direito. Nesta parte, observou-se que:

O sistema pode servir a obtenção/aplicação do direito por meio de duas tarefas por ele realizadas: (a) porque, com a ordenação, contribui para a afirmação do conteúdo teleológico das normas; e (b) porque ao identificar contradições de valores e lacunas, proporciona/impulsiona o aperfeiçoamento do direito (já que Canaris reconhece a abertura do sistema).

Quanto à possibilidade da interpretação judicial criativa, no caso de uma exigência da “justiça material” que se ponha contrária ao previsto no sistema, admite-o excepcionalmente e com cautela, desde que não viole os valores abrigados pelo direito positivo e desde que seja uma exigência de um princípio geral do direito fundado na “ideia de direito” ou na “natureza das coisas”. Ou seja, sendo o sistema aberto, um conflito poderá eventualmente existir, resultando na modificação do sistema a partir de uma postura do juiz que deve ter fundamento em um princípio a ser revelado;

A obtenção do direito a partir do sistema, em todo caso, possui limites, posto que o ideal de unidade interior e adequação conflitam com o próprio modo de formação e desenvolvimento do direito (feito por homens, sujeito a contradições e incompletudes). São possíveis, assim (a) quebras sistemáticas (contrariedade de valores e princípios); (b) normas estranhas ao sistema (singularidade de certos valores legais); e (c) lacunas (ausência de valores) e cláusulas gerais. Para contorna-los: (a) interpretação sistemática, em especial, também usada para complementar o sistema quando a contradição decorre de uma omissão do legislador que se constitui em um “erro jurídico-político”; (b) a interpretação restritiva; (c) a integração (recurso a valores já existentes na ordem jurídica) e, no caso de sua impossibilidade, trata-las como pontos de entrada para a equidade, a justiça do caso concreto. No que se refere à abertura para a equidade, Canaris apresenta um pensamento que se mostra, a princípio, contrário com a tendência generalizadora da justiça que representa a unidade pretendida pelo seu sistema. Mas tal ocorre porque, com suas análises, reconhece a existência de limites à obtenção do direito pelo sistema, momento em que teria lugar a “tendência individualizadora da justiça”, as decisões fragmentadas em relação ao sistema. Nesta situação em que o sistema não apresenta uma solução, aventa a possibilidade do uso da tópica, para além de outros caminhos possíveis.

Conclui-se, assim, ao final, que o sistema de Canaris, distancia-se dos sentidos de “sistema jurídico” comumente utilizados (para descrever o direito, isto, voltado ao seu estudo e aprendizagem) para se apresentar como um sistema que serve a sua aplicação, para a obtenção do direito. Por meio de seu sistema Canaris pretende indicar um caminho a ser seguido – em especial, pelo juiz – no achamento do direito para solucionar os casos em concreto, o que poderia levar também, a realização de um controle da racionalidade de suas decisões.

É importante ressaltar, para ponderar a importância de sua reflexão, que seu pensamento deve ser inserido no contexto histórico da Alemanha pós-guerra e das várias correntes de pensamento que, assim como a Jurisprudência dos Valores, tiveram que lidar com os problemas trazidos pelo juspositivismo

exegético (“juiz boca da lei”) sem cair no extremo das correntes que conferem ao juiz uma ampla margem para a criação do direito e que podem levar ao arbítrio da decisão. É certo que o enlaçamento da decisão judicial com “princípios” e “valores” (ainda que da ordem jurídica) e o uso excepcional de fontes “extra-legais” ao direito positivo envolve sempre uma discussão quanto à definição de seu conteúdo/significado e, mesmo, quanto à sua revelação pelo juiz, quando assim se fizer necessário. Assim, a margem de discricionariedade que se quer combater (aquela se identifica com a arbitrariedade, iniquidades, lesão à democracia) não resta totalmente vencida, mas acomodada por algumas regras a serem respeitadas.

De toda sorte, não se pode desconsiderar que seu sistema se apresenta como uma alternativa para o positivismo exegético e para as correntes que tentaram combatê-lo, mas que caíram na discricionariedade absoluta do interprete juiz, como é o caso do positivismo normativo. De fato, Hans Kelsen, ao relegar a interpretação do direito a uma questão política (um problema menor em relação à questão da validade da norma), também conduziu à atuação discricionária do juiz, com apelo ao seu livre convencimento, livre convicção, tendo a sua teoria influenciado o pensamento jurídico até a atualidade. Sendo, portanto, este problema ainda atual e bastante controverso, vê-se a importância do estudo do sistema de Canaris, ainda que com suas limitações, na medida em que contribui para a discussão em busca de soluções. Assim é que, enquanto reflexão séria e comprometida, considera-se sua empreitada relevante.

Referências bibliográficas

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito: introdução e teoria geral. Uma perspectiva Luso-Brasileira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. História da filosofia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Trad. De Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. de Maria Celeste C. J. Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. 13 ed. São Paulo: Ática, 2006.

COING, Helmut. Fundamentos de Filosofía Del Derecho. Trad. Por Juan Manuel Mauri. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

DEMO, Pedro. Metodologia científica em ciências sociais. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1989.

FERRARA, Francesco. Interpretação e aplicação das leis. Trad. Por Manuel A. Domingues de Andrade. 4 ed. Coimbra: Arménio Amado, 1987.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. A Ciência do Direto. 2 ed. São Paulo, Atlas, 1986.

FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 5. ed. Malheiros: 2010.

GILISSEN, John. Introdução histórica ao Direito. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KAUFFMAN, Arthur. Filosofia do Direito. Trad. de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KRETSCHMANN, Ângela. História crítica do sistema jurídico: da prudência antiga à ciência moderna. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOSANO, Mario G. Sistema e estrutura no direito: das origens a escola histórica. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008, v. 1.

_____. Sistema e estrutura no direito: o século XX, v. 2.

_____. Os grandes sistemas jurídicos. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MASCARO, Alysson Leandro Mascaro. Filosofia do direito. São Paulo: Atlas, 2012.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. O contexto do texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna. Sequência. Publicação do Programa de Pós-graduação em direito da UFSC. Disponível em: <http://www.periodico.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15056/13727>. Acesso em: 25 nov. 2011, p. 254-286.

STRECK, Lenio. Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.

_____. O que é isto – Decido conforme a minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VECCHIO, Giorgio Del. Filosofia do direito. Trad. De Luis Legaz y Lacambra. 6 ed. Barcelona: Bosch, 1953.

WIEACKER, Franz. História do Direito Privado moderno. 3 ed. Trad. Por A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.