

Direito & Sistema Tópico de Direito – Algumas Perspetivas de Apresentação da Juridicidade

Paulo Ferreira da Cunha¹

Resumo: Há muitas formas de abordar o Direito. Uma das que está mais na moda é a do pensamento sistemático, com todas as suas ramificações. Neste artigo, enquadrámos a nossa adesão (parcial, e como que lateral) à sistematicidade do Direito nas enquadrando-a. Primeiro, no contexto de um neojusnaturalismo crítico, de reacionalidade hermenêutica e cunho interdisciplinar. Depois, recordando o diálogo entre o pensamento problemático e o pensamento sistemático que não seja dogmático. Há, realmente, a possibilidade de convívio do tópico com o sistema; ela é até benéfica. Mas no contexto de um sistema filosófico não formalista nem dogmático.

Palavras chave: Sistema, Tópica, Pensamento problemático, Dogmatismo, Metodologia Jurídica, Filosofia do Direito.

Abstract: There are many ways to approach the law. One that is more fashionable now is the systematic thought, with all its ramifications. In this article we frame our (very partial) claim for the systematicity of law. First of all this systematic position lives in the context of a critical neojusnaturalism, hermeneutical rationality, and the idea of the fundamental interdisciplinary nature of Law. After, we recall the dialogue between the problematic thinking and the systematic thinking (only the adogmatic one). There is, indeed, the possibility of coexistence of the topic ideas with the systematical ones. It is even beneficial. But in the context of a non-formalistic or dogmatic philosophical system.

Keywords: System, Topic, problematic thinking, Dogmatism, Legal Methodology, Philosophy of Law.

I. Visão do Direito

Pode haver a tentação de começar um estudo que remete para questões básicas, como este, por uma definição do(s) objeto(s) de que trata. Cremos, porém, que é tentação de que se deve fugir. Em Humanidades e Ciências Sociais em geral (e pelo menos), compreende-se uma matéria pela convívio com ela, pela sua frequência, teórica e prática (se a dicotomia faz ainda sentido), pela sua compreensão e explicação em muitos casos vivencial. Não sendo assim de grande utilidade nesse desiderato de conhecimento e familiaridade com uma matéria a memorização exterior e acrítica de descrições mais ou menos abstratas (e sempre interessadas e ideologizadas *lato sensu*), a que se chama, muito frequentemente "definições" quando são mais sintéticas e eventualmente apelam para uma linguagem técnica (ou tecnicista) que lança o aprendiz de uma matéria na *selva oscura* de uma rede complexa de dogmas.

É muito verdade que, como disse Nietzsche (*a contrario*), o que tem História não pode ter definição (*definierbar ist nur das, was keine Geschichte hat*). Só o ahistórico ou ucrónico é verdadeiramente definível. O histórico não tem definição ou não deveria tê-la. Pelo menos de forma positivista, taxativa, exclusora. Porque nos entes históricos, sujeitos à especial dimensão da historicidade, *historicamente* se vão desenhando realidades e teorizações que pulverizam, tornam caleidoscópica, ao menos, a realidade que se analisa, pelo seu devir múltiplo. O Direito é uma dessas realidades historicamente situadas, mas não acantonada numa época, antes atravessando séculos. Pior e mais complexa sina a sua...

¹ Catedrático e Diretor do Instituto Jurídico Interdisciplinar e Coordenador de Ciências Jurídico-Políticas da Fac. de Direito da Univ. do Porto. Doutor das Universidades de Coimbra e Paris II, Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da USP, Agregado (Livre-Docente) pela Univ. do Minho. lusofilias@gmail.com

As árvores aquilatam-se pelos frutos. Mas quando nos perguntam diretamente qual a nossa perspetiva do Direito não há como negá-la: deve-se ao interlocutor uma panorâmica sincera, vivencial, histórica se for o caso (ou genealógica e autobiográfica, como fizeram já alguns autores), explicando como se chegou onde se está.

É o que começaremos por empreender.

Pessoalmente, cremos que uma perspetiva crítica e eclética é a que melhor serve um entendimento mais completo e uma *praxis* jurídica mais informada. Cremos, assim, que é preciso saber muito bem as definições instrumentais do Direito, porque elas são regras de um jogo complexo, e por vezes ardiloso, e até por vezes alienante. O Direito pode ser um mavioso canto de sereia, um discurso legitimador, como entre nós pioneiramente referiu João Baptista Machado.

Ver o Direito criticamente é desvendá-lo (v. o nosso livro *Desvendar o Direito*), é encará-lo sem venda nem nos olhos da Justiça, nem sobretudo nos nossos olhos. É um exercício difícil, e sobretudo custa caro, normalmente. *Ver claramente visto* como as coisas são (não como parecem, aparecem o no-las querem fazer parecer) não é muitas vezes pacificador. Mas o jurista, podendo muitas vezes ser um esteta, não pode ser morno. Um jurista, em geral, é um cavaleiro andante (ou uma amazona) da Justiça. Se não, torna-se num "burocrata da coação", o que é a sua mais triste sina...

Ver o Direito ecleticamente significa que nessa demanda do que é o Direito este se não deve cristalizar em cartilhas de saber-feito, algumas muito bem elaboradas e muito plausíveis. Toda a cartilha tende para a cristalização, e para uma qualquer forma de dominação (ainda que só mental). O ecletismo pode, é certo, ser dispersão e tibieza, pode ser *bric-à-brac* mental, pode ser irenismo dúctil e adaptável, sem sentido e sem força. Mas se bem entendido e bem calibrado é também um poderoso instrumento antidogmático, quando não seja apenas ecletismo pelo ecletismo, mas inserido no contexto de uma perspetiva crítica (a crítica enquanto método é muito útil, mas não se pode desconstruir e acabar ficando com "uma mão cheia de nada e outra de coisa nenhuma") e com algum outro sentido mais. É necessário um conteúdo. É preciso correr o risco de uma aposta epistemológica (ou gnoseológica, no caso) que nos tire do limbo infernal do ceticismo e do niilismo.

Outros sentidos que pessoalmente assumimos são de índole valorativa e de índole metodológica e interdisciplinar. Eles podem ver-se noutros livros nossos, sobretudo os mais recentes. Mas tentando um resumo, diríamos duas linhas, começando pela defesa da Justiça no Direito.

Valorativamente, somos dos que ainda acreditam na Justiça. Sem vendas (como aliás parece que realmente eram as estátuas clássicas). Sem ilusões. Sem mistificações. Antes uma Justiça multidimensional, não imobilizada por dogmas e formalismos, mas agilizada na prática, precisamente com sentido de Justiça. Uma Justiça específica, rigorosamente jurídica, sim. Mas que não esquece os Direitos Humanos, que são a linguagem moderna do Direito Natural, como diria um Francisco Puy. Que não esquece, portanto, também a dimensão social (a Justiça social não pode ser proscrita do Direito, sob pena de ele ser o jogo de ricos contra pobres de que falava com uma bela metáfora de "sebes altas" a defender propriedades e choros e risos bem separados o grande filósofo lusófono Agostinho da Silva).

Acreditamos que a Justiça não é uma palavra, nem um *flatu vocis* anódino, ou uma manifestação de sentimentalismo, como alguns autores de pensamento frio e racionalista. Mas somos obviamente defensor do rigor e da razão em Direito. Não apenas, mas também.

A Justiça é, como dizia uma glosa medieval, mãe do Direito. E o filho perdeu a mãe - dizemos nós - e anda há séculos à sua procura. A demanda da Justiça é

também uma constante e perpétua vontade (*constans et perpetua voluntas*). De quê? De fazer o que é específico ao Direito: de atribuir a cada um o que é seu (*suum cuique tribuendi*). Cada uma destas expressões clássicas que os Romanos nos legaram encerra um mundo de significados importantíssimos para pensar o Direito.

Nessa demanda pela Justiça encaramos sobretudo uma razão hermenêutica, tópica, problemática, e, naturalmente, judicialista e pluralista. A nossa interpretação não é a tabela interpretativa velha, mas uma problematização ágil, que põe em causa velhos mitos todos os dias. Como escreveu Lenio Streck, “(...) o pensamento jurídico dominante continua acreditando que o jurista primeiro conhece (*subtilitas intelligendi*), depois interpreta (*subtilitas explicandi*), para só então aplicar (*subtilitas applicandi*); ou, de forma mais simplista, os juristas – inseridos nesse imaginário engendrado pela dogmática jurídica de cariz positivista-formalista – ainda acreditam que interpretar é desvendar o sentido unívoco da norma (*sic*), ou, que interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, sendo tarefa precípua do intérprete procurar a significação correcta dos conceitos jurídicos (*sic*), ou que interpretar é buscar ‘o verdadeiro sentido da norma’, ou ainda, que interpretar é retirar da norma tudo que nela ((se)) contém (*sic*) tudo baseado na firme crença de que os métodos de interpretação são ‘um caminho seguro para alcançar correctos sentidos’”, e que os critérios usuais de interpretação constitucional equivalem aos métodos e processos clássicos, destacando-se, dentre eles, o gramatical, o lógico, o teleológico objetivo, o sistemático e o histórico (*sic*); *finalmente, para total desespero dos que, como eu, são adeptos da hermenêutica filosófica, acredita-se ainda que é possível descobrir a vontade da norma (o que isto significa ninguém sabe explicar) e que o legislador possui um espírito (sic)!”* (A *Hermenêutica Filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (Neo) Constitucionalismo*, p. 294, sublinhados nossos).

Só uma nova hermenêutica, um pensamento problemático, a maior formação dos juristas e maior confiança no discernimento de juristas como últimos decisores (judicialismo), entre outros aspetos (como o cultivo de novas áreas e novas metodologias), poderá fazer florescer uma nova época para o Direito.

No tempo em que o Direito nasceu, em Roma, prosperou o direito objetivo que, no limite, permitia usar, fruir e abusar das coisas possuídas. Era a *plena in re potestas*. Nos tempos medievais tardios, anunciando a modernidade e o capitalismo, o direito subjetivo - que ainda hoje usamos em tantos casos - permitiu uma agilização obrigacional, mas não consegue hoje compreender as novidades que aí estão: a começar com os próprios Direitos Humanos, e, por exemplo, os Direitos Fundamentais Sociais, que tantos engulhos causam a alguns... Mas que são uma manifestação óbvia e irrecusável do Estado Constitucional hodierno. Não pode haver liberdade sem pão, como também não pão sem liberdade. Essas são lições importantes dos séculos que nos precederam.

Hoje anuncia-se um novo Direito mais flexível, de rosto mais humano, que está apenas a começar, e que tem dimensões de fraternidade, que é condição essencial da própria liberdade e igualdade. Um Direito Fraternal Humanista, ou como se lhe venha a chamar, é um grande e galvanizador objetivo para as novas gerações de juristas, que já não demandam o curso de Direito porque querem enriquecer sem saber matemática (para lembrar um dito de Inocêncio Coelho).

II. Labor Jurídico

Evidentemente que muito do que escrevemos até aqui e muito do que se dirá não será fácil para o jovem aprendiz de jurista. Mas, ao contrário de uma pedagogia facilitista que nos tem manietado, e que é causa já de muitos dos nossos dissabores, só

as coisas que custam é que valem mesmo a pena. Pelo menos em matéria de trabalho - e estudo é trabalho - *ad augusta per angusta*. Não se chega à excelência sem muito sacrifício. Não se acredite em sorte e menos ainda em génio que tudo superaria. Alguma inspiração não exime de muita transpiração.

E contudo, não queremos que haja trabalho desperdiçado, nem mais do que o necessário. Porque o bom jurista tem de ter tempo livre para ver o mundo lá fora, e viver a vida e viver bem.

Reinhold Zippelius escolheu uma frase de Einstein para abrir a sua *Filosofia do Direito*: vai dizer logo que o Direito é uma estrutura complexa, mas começa com o criador da teoria da relatividade dizendo: "Tudo deveria ser tornado tão simples quanto possível, mas não mais simples."

A ideia do presente artigo é precisamente essa. Somos favorável a uma *scientia iuridica* sistemática, mas sistemática num sentido muito próprio. Sistema é expressão mais que polissémica, em Direito. Quer dizer e tem querido dizer muitas e por vezes bem desconstruídas coisas. E ser sistemático não quer dizer que o seja apenas...

III. Sistema de Direito. Que Sistema?

Sistema, pois. *Systema* deriva do grego, em que significa conjunto, ordem, totalidade, organização. Não se pode negar a sistematicidade do trabalho dos fundadores do Direito, os Romanos, com o seu *ius redigere in artem*, desde que operaram o corte epistemológico essencial a que os alemães chamaram, muito depois, e interpretativamente, como é óbvio, *Isolierung*.

A partir dessa autonomização da juridicidade face ao que era político, mágico, religioso, etc., puderam começar a construir algo de organizado e de sistemático, muito menos suscetível que a normatividade helénica (e mais ainda que a pré-clássica) aos ventos da sorte do poder e às formas subtis da persuasão meramente retórica. Embora a retórica seja uma espécie de *alter ego* do Direito (como está patente no *Manual de Retórica e Direito* em que colaborámos com Maria Luísa Malato). Observemos, porém, relativamente aos Romanos que há, obviamente, que distinguir: a visão do ordenamento como sistema é uma tendência localizada nos tempos de Modernidade: havia ordenamento romano clássico, evidentemente, mas a ideia de sistema é posterior: dir-se-ia que o "sistema do Direito Romano" se descobriu (ou se criou, se inventou?) apenas no séc. XIX...

A própria ideia de equilíbrio, isonomia, o próprio símbolo da balança, no Direito, inculca alguma ideia elementar de ordem e de sistema. Num sentido muito lato. Porque há que entender que epistemicamente se devem considerar três passos: primeiro a organização, *conditio sine qua non*, depois alcança-se a inter-relação, e só finalmente se chega ao sistema. Outra perspectiva concatenadora (recordemos, em pano de fundo, o contributo de Tércio Sampaio Ferraz Junior) é a que divide o relacionamento entre regras como estrutura, considera o acervo de elementos como repertório (as listas, de Umberto Eco), sendo o sistema o complexo que articula, de forma ordenada, a estrutura e o repertório. Seria uma relação e regulação da lista e das normas. Ordenamento seria, pois, sistema.

Recordemos assim que para um Edgar Morin há uma relação particular entre organização e sistema: para este reputado teórico das ciências (além do mais), a organização leva a uma unidade complexa que é o próprio sistema, o qual acaba por ser um salto qualitativo, na medida em que é um todo que transcende as propriedades das partes. Tal é muito verdade especificamente no Direito. Como dizia Stammler, quem aplica (na verdade, se o fizer não atomisticamente, mas numa perspectiva

holística, sistémica e sistemática) um artigo de um Código, aplica todo o Código. Iríamos porém mais longe: quem aplica um artigo de um Código aplica toda a ordem jurídica, e todo o Direito. Se o fizer bem. Porque há uma unidade no Direito. Porque ele é sistema.

Apesar de estar na matriz romanística a ideia de sistema, o sistema passou a revelar outros matizes, mais específicos, em alguns momentos da evolução do Direito. Por exemplo, no séc. XVI, os juristas começaram um processo de cientificação novo, de acordo com os ventos que vinham de outras paragens epistemológicas. Nomes como Connan, Duaren, Doneau hoje encontram-se esquecidos, mesmo nos meios especializados, mas tiveram grande importância, num movimento que seria especialmente germânico e holandês, mas que se alargou muito.

Ao ponto de se poder encontrar na sistematicidade deste género a génese da codificação, a qual, por sua vez, tem muito a ver com a constitucionalização do Constitucionalismo moderno, ele também científico, sistemático, sintético, numa palavra, codificado. Em grande medida, a ideia da codificação, que é um momento altíssimo da sistematização jurídica, pretende tornar o Direito acessível, legível para as pessoas comuns (e também apto a uma aplicação jurídica uniforme, e assim segura, sendo que a segurança é o grau zero da Justiça: sem ela pouco se pode avançar nessa senda, embora se deva transcendê-la).

Em Kant, a própria divisão das Faculdades e em direito natural e positivo (que obviamente é anterior) já apelam para sistematicidade. Mas será mais perto de nós que o sistema, de fora do Direito, ganhará mais foros de nobreza, especialmente depois da *Teoria Geral dos Sistemas*, de Ludwig von Bertalanffy editado em 1968. Não nos esqueçamos, porém, que logo no ano seguinte o nosso querido e saudoso Mestre de Coimbra, Rogério Ehrhardt Soares, já falava de retroação e cibernética, dando à estampa um dos mais profundos e belos livros jurídicos que se publicou alguma vez em Portugal: *Direito Público e Sociedade Técnica* (que hoje tem segunda edição, da Tenacitas, com Prefácio de outro nosso Mestre, José Joaquim Gomes Canotilho).

Parece, assim, que a expressão *sistema* é sobretudo quinhentista, se voltou em termo técnico no séc. XVIII - um século muito rico e com um mostruário enorme de possibilidades e potencialidades, alguns contaditórias, e que se não pode ler de forma reducionista - para entrar em voga (e também em alguma corrupção semântica) nos nossos dias.

O paradigma sistémico em Direito chegará no séc. XX a um momento de grande formalização científica graças ao alemão Niklas Luhmann, aliás importante por outros estudos, nomeadamente na perspetiva (confinante) da Comunicação, com o seu imperdível texto *A Improbabilidade da Comunicação*, em que glosa, de forma mais sociológica, a teoria que conhecíamos já do prémio Nobel da Medicina Konrad Lorenz sobre a própria possibilidade do fim da linguagem comunicativa. O que é dramático: porque o que será de nós sem a linguagem? Estamos *dentro dela* e a nossa humanidade e *differentia specifica* pouco (nada?) seria sem ela. A frase evangélica *Ev αρχή ην ο Λόγος (in principio erat Verbum)* pode ser lida também num sentido literal.

Luhman entoa, na análise certa de um Christian Atias, um hino à modernidade e ao seu progresso. O passado teria sido redutor, e o exílio do transcendente e dos valores seriam o preço da modernização e dessa nova era.

À angústia de alguns sobre o sentido do mundo, de que Karl English não deixa de se fazer eco no *Einfuerung...*, responde Luhman com um protagonismo surpreendente do Direito, pois na *Improbabilidade da Comunicação* acredita que o Direito, pela modernidade tornado positivo, torna a comunicação significativa, dá portanto sentido, uma vez que "a sociedade confia" no Direito e "pode nele confiar". O

autor chega mesmo a hipostasiar a importância do Direito, dando-lhe um estatuto *sine qua non* no conjunto social: "Sem o direito, nenhuma esfera da vida encontra um ordenamento social duradouro", afirmará na sua *Sociologia do Direito*.

Embora não seja um reducionista, e pense repetidamente em torno da complexidade, Luhmann aparenta nesta dimensão ser um otimista, identificando o próprio Direito com a ideia de estruturação, com a função de regulação ordenada. Por aqui em parte o acompanhamos. Embora sempre com medo de que, por esta via, o Direito se torne num totalitarismo, ou numa crença fanática...

O descarnado estrutural da sua conceção tem naturalmente um exemplo no seu *Legitimation durch Verfahren*, em que é de facto o procedimento o ponto fixo de Arquimedes para a legitimação, a validação, a validade, a eficácia, enfim, várias instâncias reguladoras e filtros críticos para o Direito. É assim uma teoria em grande medida ritualística: cumpridos os ritos, produz-se o efeito não já mágico mas moderno e estruturado da juridicidade.

Inseridos no círculo (algo infernal, na verdade) da sociedade e da comunicação, não podemos sair nem de uma nem de outra para pensarmos uma e outra. Aí avultam os conceitos de complexidade e de contingência.

A *Complexidade* explica-nos que existem mais possibilidades que as que se podem efetivar realmente na História.

Por seu turno a *Contingência* ensina-nos que as possibilidades podem ser diferentes das esperadas. É de algum modo o drama da Nemrod. Nemrod, mítico construtor da Torre de Babel (vê-se isso muito bem no clássico filme *The Bible: in the beginning...*, de John Huston) que quer ferir os céus com a sua flecha, mas acerta afinal num pássaro. Há uma refrangência possível no real. O mesmo se diz ser, de forma irónico-pessimista, a lei de Murphy: "o que pode correr mal, correrá mal".

Da contingência ao risco vai um passo. Essa dimensão será desenvolvida por Ulrich Beck: *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, de 1986.

O fechamento ou imanência do sistema é aqui claro: os sistemas conservam-se, reproduzem-se, giram em círculo. Não será por acaso que o antigo ministro da cultura francês Jules Ferry no seu *Aprender a viver* (livro que desde já recomendamos a todo o universitário, e mais ainda ao jurista aprendiz) num *en passant* se refere à autoalimentação do sistema político e portanto implicitamente à mostruosidade de uma política (que deveria ser supremo reino de liberdade, de voluntarismo mesmo) que é comandada pelo sistema. Volta a glosar o tema na sua *La Belle Histoire de la Philosophie* (com Claude Capelier, 2014), logo no início. Lembremos ainda Nietzsche, profeta desta pósmodernidade crepuscular: substituído-se ao Povo, falando (sempre a linguagem, sempre a comunicação) o Estado é um monstro gélido, o mais frio dos frios monstros: *kälteste aller kalten Ungeheuer*.

Mas Luhmann é otimista, e acredita que procedimentos de adaptação funcional social e estadual, ajustamentos (no fundo retroações no sistema cibernético) poderão reduzir a complexidade, afinal limitar a contingência, e legitimar pelo procedimento.

Fica evidente que a circularidade e autolegitimação dos sistemas tornam o Direito, no caso, uma realidade autopoietica.

Luhmann caminha a passos largos para a nihilização do fundamento, na sua perspetiva de legitimação comunicacional.

Luhmann está longe de encerrar todo o pensamento sistemático-jurídico dos nossos dias, mas é um autor vasto e inteligente, e em geral claro, muito ao contrário do sistematismo dogmático de outros, para quem *autopoiesis* é um círculo

vicioso que exime de legitimação (espécie de muralha epistémica), a qual sempre faz as vezes de um exógeno ponto fixo de Arquimedes... Seria talvez um simétrico círculo vicioso (transformado em muralha anticrítica) da *desconstrução*, também ela vítima de muita banalização no uso corrente.

IV. Do Pensamento Problemático

Mas o Sistema não é tudo. Como a razão também não é tudo em Direito.

Do outro lado da fronteira ou da barricada teórica costuma colocar-se o pensamento problemático, ou tópico. O seu renascimento em plena pujança é relativamente recente, como já veremos. Mas tem velhas e nobres tradições antiquíssimas.

O pensamento moderno foi ajudando a esquecer o paradigma retórico em geral, e tal também ocorreu no Direito. Há quem pense que o jusracionalismo seria mesmo a fatal machadada nesse tipo de visão porque se associava sistema a racionalidade. Mas desconfiemos sempre das generalizações.

O renascimento da retórica, da tópica e da dialética, que em alguns autores são intermutáveis, dá-se contemporaneamente com a tese de Theodor Viehweg *Topik und Jurisprudenz*, em 1953. Uma tese pequena (nada de semelhante no tamanho às imensidades académicas de alguns países ainda nos tempos que correm), mas muito influente no que viria a seguir. Porque dizendo coisas importantes. É muito mais fácil dizer muito que dizer bem e bom.

Em 1958, como bem lembra António Braz Teixeira (estas associações são importantes), surgem o *Tratado da Argumentação. A Nova Retórica*, de Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, e *Os Usos do Argumento* de Stephen Toulmin.

Vinte anos depois (1978) *Raciocínio Jurídico e Teoria do Direito*, de Neil MacCormick e *Teoria da Argumentação Jurídica*, de Robert Alexy.

Viehweg entende a tópica numa tripla dimensão: 1) como uma técnica de pensamento aporético ou problemático. O problema é o ponto de partida. 2) A demanda é empreendida a partir de premissas e não de conclusões - mas já Perelman parece ter outra conceção (v., v.g., a interpretação de Pol Boucher), 3) O elemento central dessas premissas é o *topos* ou lugar comum, e não o axioma, o princípio ou o sistema.

Portanto, mesmo o sistema do Direito ("a estrutura total da jurisprudência" como diz, sintetizando, Braz Teixeira) só a partir do problema pode ser determinado. E só se compreendem e determinam as partes da jurisprudência, seus conceitos, proposições se ligados com *o problema* (um velho mito jurídico inglês - referido por Eric Agostini diria que só há lei depois de interpretada / aplicada num caso concreto). O sistema depende do problema. Só se aplicam as grandes estruturas e os grandes e pequenos conceitos em problemas.

Evidentemente que tem havido críticas a Viehweg, sobretudo de superficialidade, antilegalismo, anarquismo, impressionismo, ou afins. E chega-se mesmo a opor hermenêutica a tópica. Não se nos afiguram, em geral, críticas muito pertinentes. Até porque a tópica não é tudo no Direito. E por isso é sempre unilateralismo ver as coisas por metades...

Não se nos afigura ainda que a tópica rejeite a hermenêutica, nem o contexto, que é obviamente um tipo de tópicos - históricos, sociológicos, etc.. Pelo contrário, parece-nos que são vetores solidários numa compreensão renovada do Direito.

Um dos nomes mais considerados na crítica ao pensamento tópico é o alemão Canaris, cuja obra *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts* é como uma bíblia para os seus seguidores. E contudo Canaris, apesar de críticas a nosso ver fortíssimas e até injustas, é moderado e aqui e ali matizado, como os grandes espíritos sempre ou quase sempre são.

V. Sistema Crítico do Direito

Não tivemos intenção de desenvolver aqui uma polémica que está no cerne do ser e do agir jurídicos. Mas é necessário a nosso ver explicitarmos o nosso pensamento nesta questão. Para que se compreenda desde logo que pretendemos uma ideia de sistema como ordem, e ordem dadora de sentido (não formalista e dogmática), em plena compatibilização com a ideia de tópica, que aliás desenvolve.

Uma coisa é a caracterização como sistemática da Ordem jurídica, do ordenamento jurídico (v., antes de mais, Norberto Bobbio). E isso é uma análise apesar de tudo de *insider outsider*. Essa poderíamos aceitar, aceitamos. Outra coisa é a metodologia que se ontologiza até, de ordem sistémica no sentido da dogmatização, que não vê que a tópica também faz parte do sistema. Essa é um reducionismo, ao mesmo título que a tópica se negaria se não visse que o direito é um sistema comunicacional, retórico.

Há, realmente, uma conceção de sistema dogmática e fixista, e uma conceção de sistema dinâmica. Com tópica, com problematização. Há, assim, um sistema dogmático e um sistema crítico no Direito. Note-se que já Hans Kelsen opunha sistema dinâmico (como vida evolutiva da norma, sobretudo) a sistema estático. Mas, na nossa perspectiva, é mais que isso, são duas cosmovisões mais englobantes ainda que estão em jogo.

Podem dar-se muitos exemplos concretos. Desde logo, porque a alternativa sistémica válido / inválido admite uma espécie de Gato de Schrödinger, não só na medida em que, pelo menos para alguns, até a invalidade não seria pura negação da validade *tout court*, como ainda poderia haver sistemas normativos reticulares e com geometrias variáveis. Este dinamismo sistémico é assim uma quinta coluna tópica dentro do continente à tópica normalmente adverso.

Um sistema dinâmico é o contrário de um dogmatismo agelástico (Rabelais, Kundera, Rorty) e de um puro voluntarismo de uma doutrina imperativa e alheia ao facto, ao concreto, que é onde se testa a real valia (não falemos em validade agora) de uma qualquer teorização jurídica.

Apenas quisemos desvendar uma pontinhado véu do muito que está por detrás da aparentemente dogmática lista de coisas a decorar por um debutante dos estudos jurídicos. Devem ser aprendidas muitas coisas de cor, sim, mas como o coração. Porque ao jurista faz falta essa dimensão, como bem lembrava, desde logo, o saudoso mestre argentino radicado no Brasil Luis Alberto Warat.

Recebido para publicação em 07-04-14; aceito em 29-05-14