

# **1.DA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA NORMATIVISTA AO CONSTRUTIVISMO SISTÊMICO II**

**por Leonel Severo Rocha**

## **Sumário**

### **Teoria do Direito e Forma de Sociedade**

#### **1.1 O Direito Positivo**

#### **1.2 Normativismo Analítico**

#### **1.3 Hermenêutica Jurídica**

#### **1.5 Sociologia e Teoria dos Sistemas**

#### **1.6 A Pragmática-Sistêmica**

#### **1.7 A Pragmática-Sistêmica em Luhmann**

#### **1.8 Comunicação, Risco e Perigo: Sistema Fechado e Aberto**

#### **1.9 Paradoxo e Autopoiese**

#### **1.10 Forma de sociedade Transnacionalizada: Novos Direitos?**

# 1. DA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA NORMATIVISTA AO CONSTRUTIVISMO SISTÊMICO II <sup>1</sup>

por Leonel Severo Rocha

## 1.1 Teoria do Direito e Forma de Sociedade

O objetivo deste texto é relatar resumidamente o estatuto epistemológico da teoria jurídica neste início do século XXI. Para tanto, pretende-se apontar os limites e possibilidades da manutenção das matrizes teóricas, analíticas e hermenêuticas, dominantes no Direito, perante as inúmeras transformações que a globalização vem provocando, com o intuito de introduzir, para a reflexão jurídica, as vantagens da utilização de uma matriz teórica pragmático-sistêmica.

Do ponto de vista metodológico, efetuaremos a nossa abordagem, neste texto, conciliando, inicialmente, a categoria forma de sociedade<sup>2</sup> de Claude Lefort, com a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann (esta última sendo efetivamente o nosso eixo temático). Para facilitar a exposição, entendemos que o Direito e o *político* estão relacionados com a forma de sociedade em que vivemos, com a sua “*mise en sens e mise en scène*”, com os princípios geradores que permitem a autocriação histórica de uma sociedade. A política, como organização, concretiza-se no Estado, interagindo com o governo, partidos políticos, grupos de pressão e sindicatos. Para Luhmann, o Direito na sociedade moderna configura-se com a diferenciação funcional, que seria a Forma da sociedade construída na Europa ocidental, do ponto de vista de Lefort. Da mesma maneira, Luhmann afirma que o sistema jurídico é também um sistema que pertence à sociedade e a realiza<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> O presente texto constitui-se em uma versão revisada e ampliada.

<sup>2</sup> A noção de Forma de Sociedade é trabalhada por Claude Lefort in: *Essais Sur Le Politique*. Paris: Seuil, 1988; esta temática é também exaustivamente analisada em nosso texto intitulado “**Direito, Cultura Política e Sociedade**”, publicado no Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos, n. II, São Leopoldo: Unisinos, ano de 2000.

<sup>3</sup> LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Herder, 2002. p. 37.

Do ponto de vista pragmático-sistêmico, que pretendemos enfatizar aqui, existem três dimensões do sentido (social, objetiva e temporal). Uma extremamente importante é a dimensão temporal, uma vez que o tempo permitiria a tomada de decisões inovadoras, fora das estruturas sociais imobilizadoras. As decisões jurídicas têm uma estrutura temporal específica: **a dogmática jurídica** - a dogmática procura estabelecer *a priori* as respostas aos problemas, elaborando assim um controle das decisões e, conseqüentemente, do tempo.

Deste modo, procuraremos efetuar a nossa abordagem a partir de um ponto de vista crítico (perguntas), voltado à análise das relações entre a política, o tempo e o Direito. O pano de fundo são as relações entre o saber jurídico e a forma de sociedade (o político), num primeiro momento, com a denominada modernidade e, num segundo momento, com a sua crise: a pós-modernidade.

A forma da sociedade moderna, o político, instituiu-se de maneira mais específica a partir das grandes revoluções políticas, econômicas e filosóficas que se consolidaram no final do século XVIII: a Revolução francesa, a Revolução americana (independência dos EUA), a Revolução industrial e a Revolução filosófica do Iluminismo. A grande conseqüência desta nova forma de sociedade, que muitos denominam de modernidade, foi a destruição do imaginário político medieval: organizado a partir de uma forma de sociedade estratificada, onde os lugares do poder já estariam pré-determinados, a partir de um centro transcendente<sup>4</sup>.

Na sociedade medieval, o tempo, dentro da perspectiva que estamos propondo, seria atemporal. Isso, porque não havia possibilidade de produção de novos simbolismos sociais. Nessa ótica, o modelo jurídico dominante na Europa não poderia deixar de ser o **jusnaturalismo**: concepção jurídica que postula a *existência de valores absolutos e verdades a priori*, portanto, estáticas e fora do tempo. Desta maneira, a modernidade, ao romper com a forma política medieval e com o jusnaturalismo transcendente, enfrenta pela primeira vez a problemática do controle das decisões. Em outras palavras: as relações *entre tempo e Direito*. A forma característica da sociedade moderna é a diferenciação: separam-

---

<sup>4</sup> Ver: ROCHA, Leonel Severo. Direito, Cultura Política e Sociedade. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio. **Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos**. n. II, São Leopoldo: Unisinos, 2000.

se indissolúvelmente as esferas do poder, do saber, da lei, da religião, do prazer, implicando na necessidade da legitimação constante de suas áreas de atuação.

Neste tipo de sociedade existe uma grande indeterminação, tudo está em aberto, a discutir. Daí, surge o problema da legitimidade, do reconhecimento social, das decisões políticas (vinculantes) tomadas. Também aparece a questão da ideologia, necessidade de negar a irreversibilidade das indeterminações geradas pela pluralidade de imaginários sociais possíveis. A razão, a racionalidade, se mostra como a postura metodológica a ser empregada para a conjuração dos riscos da indeterminação; originando as propostas, para se citar as mais conhecidas, como a de Kant, de criar uma nova razão transcendental, a partir das categorias de tempo e espaço; ou a de Hegel, de uma nova dialética histórica centrada na figura do Estado. O Estado seria a manifestação real da racionalidade na história. Neste momento, não se pode deixar de lembrar a lucidez de Marx, ao denunciar o afastamento destas posturas da realidade histórica efetiva: as relações de dominação engendradas pelo modo de produção capitalista.

## **1.2 O Direito Positivo**

Na sociedade moderna, diferenciada, não se pode mais pensar em critérios de verdade necessária ou impossível; mas somente possível. A forma de sociedade moderna tem de enfrentar assim a complexidade produzida pela possibilidade de se tomar decisões sempre diferentes. Nesta linha de ideias, na modernidade não é mais factível se manter a concepção medieval dominante de Direito, o Direito natural: eterno, imutável, indiferente às transformações sociais. O Direito moderno, ao contrário, para sobreviver na sociedade indeterminada, será um Direito positivo. Um Direito diferenciado e construído por decisões.

Assim, o Direito positivo é o *Direito colocado por força de uma decisão política vinculante* (Luhmann). O Direito positivo é uma “metadecisão” que visa a controlar as outras decisões, tornando-as obrigatórias. Para tanto, elabora-se um sistema jurídico normativista e hierarquizado. E, a teoria jurídica normativista, que ainda é a base da racionalidade do Direito, deriva de um contexto histórico bem preciso, originando-se na forma de sociedade que chamamos de modernidade. Assim, o significado mais lapidar que se pode dar à expressão “modernidade” seria aquele de um período, de uma fase, em que

há uma grande crença na ideia de racionalidade, a qual, no Direito, para simplificar, estaria ligada a uma forte noção de Estado. Nessa ótica, a teoria jurídica da modernidade é uma teoria ligada à noção de Estado, que permitiu posteriormente o desenvolvimento de uma dinâmica metalinguística que se denomina normativismo.

Em suma, tem-se hoje em plena forma de sociedade globalizada, ainda, uma teoria jurídica originária da modernidade presa à noção de Estado e de norma jurídica. O principal autor que melhor representa toda essa concepção jurídicista é Hans Kelsen<sup>5</sup>. É, assim, uma teoria datada que tem como pressuposto teórico, epistemológico, o normativismo, que vai como se sabe, difundir-se por todo o ocidente como a matriz teórica representante do Direito da modernidade.

Dessa maneira, quando se ingressa nesta nova forma de sociedade, que também se poderia denominar de transnacionalizada, ou pós-moderna, o problema é o fato de que qualquer perspectiva mais racionalista ligada ao normativismo e ao Estado se torna extremamente limitada. Não se pode assim continuar mantendo ingenuamente uma noção de racionalidade jurídica vinculada ao ideal kelseniano<sup>6</sup>.

Nesta linha de raciocínio, se entende a necessidade de criticar-se a epistemologia do neopositivismo analítico, da linguagem da denotação pura, introduzindo-se uma epistemologia construtivista que privilegie a temática da pluralidade social, da complexidade, dos paradoxos e dos riscos, e mostre algumas das conseqüências que estas perspectivas estão provocando na teoria do Direito.

Desta maneira, se observa uma crise do Direito da modernidade. Saliente-se, porém, que a maioria das observações sobre a existência de uma crise do Direito é extremamente conhecida, e, portanto, não se pretende aqui recordá-las, mas caminhar por percursos que avancem além das já tradicionais percepções de que o Direito, pelos motivos já salientados, começa a ficar defasado em relação a uma série de questões importantes da sociedade, em relação a problemas políticos decisivos e, principalmente, daquilo que chamamos de **novos Direitos**.

---

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1976.

Inserindo-se neste modo de observação, a crise do Direito não é somente uma deficiência de sua estrutura tradicional, mas uma crise da integração de seus pressupostos dogmáticos para funcionarem dentro da globalização. Dessa maneira, é preciso se colocar de forma mais clara a grande questão, e que é uma das conseqüências da crítica que tem sido feita ao Direito da modernidade: a necessidade de se relacionar o Direito com a política e a sociedade - e essa questão não é nada simples. Não basta apenas dizer-se que é preciso pensar-se o Direito juntamente com a política e a sociedade, quanto a isso, há um certo consenso. O problema está em dar-se um efetivo sentido pragmático a essa assertiva.

A crítica jurídica pode ser dividida genericamente em duas etapas: a primeira refere-se ao momento da crítica do normativismo; já a segunda, mais elaborada, propõe uma nova hermenêutica para se pensar o Direito. E o que é essa nova hermenêutica? Trata-se de uma hermenêutica que surge quando se percebe as insuficiências da noção de norma jurídica e se começa a entendê-la como algo que não é completo, um conceito que é limitado, que deve ser complementado pela interpretação das estruturas latentes da sociedade.

### 1.3 Normativismo Analítico

A filosofia analítica<sup>7</sup> (teoria geral do Direito) possui um vasto leque de aplicações. Para Jonathan Turner, a analítica propõe a utilização de esquemas proposicionais que giram em torno de assertivas que ligam variáveis entre si. Esses esquemas podem ser agrupados em três tipos gerais: axiomáticos, formais e empíricos<sup>8</sup>.

Esse projeto de construção de uma linguagem rigorosa para a ciência, no entanto, foi adaptado para o Direito, principalmente, por Hans Kelsen<sup>9</sup> e por Norberto Bobbio<sup>10</sup>. Estes autores podem ser considerados neopositivistas, pois postulam uma ciência do Direito alicerçada em proposições normativas que descrevem sistematicamente o objeto

---

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

<sup>7</sup> Conforme nosso entendimento pode-se dividir epistemologicamente a Teoria do Direito em Três perspectivas. Sobre isso, ver: ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes da Teoria Jurídica. In: **Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos**. n. I, São Leopoldo: Unisinos, 1999.

<sup>8</sup> TURNER, Jonathan H. *The Structure of Sociological Theory*. Homewood: Dorsey Press, 1986.

<sup>9</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1976.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. *Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje*. In: MIGUEL, Alfonso Ruiz (org.). *Contribución a la teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Debate, 1990.

Direito. Trata-se de uma metateoria do Direito, que, ao contrário, do positivismo legalista dominante na tradição jurídica (que confunde lei e Direito), propõe uma ciência do Direito como uma metalinguagem distinta de seu objeto. Para tanto, utiliza-se igualmente a Semiótica de Pierce e a Semiologia de Saussure.

A teoria do Direito de Kelsen possui, porém, influências do neokantismo, evidentes no seu ideal de “*ciência pura*”. Nos capítulos iniciais da Teoria Pura do Direito<sup>11</sup>, são mantidos pressupostos kantianos, que se mesclam com os neopositivistas, pouco a pouco (capítulo sobre “ciência do Direito”). O ideal de pureza implica em separar o conhecimento jurídico, do Direito natural, da metafísica, da moral, da ideologia e da política. Por isso, Kelsen tem como uma de suas diretrizes epistemológicas basilares, o dualismo kantiano: ser e dever ser, que reproduz a oposição entre juízos de realidade e juízos de valor. Kelsen, fiel à tradição relativista do neokantismo de Marburgo, optou pela construção de um sistema jurídico centrado unicamente no mundo do dever ser. Tal ênfase acarretou a superestimação dos aspectos lógicos constitutivos da teoria pura, em detrimento dos suportes fáticos do conhecimento<sup>12</sup>.

A dicotomia entre “*sein/sollen*” foi apreendida por Kant a partir de David Hume. Este último, em sua conhecida lei, afirma: “*não podemos inferir um enunciado normativo de um enunciado declarativo e vice-versa*”. Isto é, não é uma inferência lógica aceitável, por exemplo, sustentar que caso se dê o fato “p”, então “p” está permitido. “Pp” não é logicamente derivável de “p”. Nem é possível concluir que se “p” é obrigatório, então efetivamente “p” é verdadeiro: a verdade de “p” não se infere na norma “Op”<sup>13</sup>.

Kelsen, ao contrário do que pensam seus críticos apressados, por filiar-se à tradição da “teoria do conhecimento”, assume como inevitável a complexidade do mundo em si. Para esse autor, a função do cientista é a construção de um objeto analítico próprio e distinto das influências da moral, da política e da ideologia. A partir dessa premissa é que Kelsen vai procurar, assim como Kant, depurar essa diversidade e elaborar uma “ciência do Direito”. Na Teoria Pura, o Direito é distinto da ciência do Direito. O Direito é a linguagem objeto e a ciência do Direito a metalinguagem: dois planos linguísticos diferentes.

---

<sup>11</sup> KELSEN, op. cit., nota 3.

<sup>12</sup> ROCHA, Leonel Severo. A dimensão política da teoria pura do direito. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre: Instituto de Hermeneutica Jurídica, ano 1, n. 4, jan./dez. de 2006.

<sup>13</sup> VERNENGO, Roberto. **Curso de Teoría General del Derecho**. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho, 1976.

Esta concepção metalinguística do real, criada por Bertrand Russell para superar certos paradoxos lógicos, é utilizada por Kelsen em vários aspectos, que devem ser esclarecidos para evitar confusões. Para ilustrá-lo, pode-se comentar a relação entre a norma jurídica e a ciência. Isto ocorre em dois momentos próprios. O primeiro momento kelseniano da metalinguagem define a norma jurídica como um esquema de interpretação do mundo - um fato só é jurídico se for o conteúdo de uma norma -, isto é, como condição de significação normativa. Trata-se assim do movimento que dá ao ser o seu sentido, através da “imputação” de uma conduta que deve ser obedecida, desenvolvendo-se no nível pragmático dos signos jurídicos; portanto, com caráter prescritivo.

O segundo momento da teoria pura é quando se transforma a metalinguagem, descrita supra - a norma jurídica - em linguagem objeto da ciência do Direito, a qual, por sua vez, passa a ser a sua metalinguagem. Aqui, ao contrário do procedimento anterior, não existiria a intenção prescritiva - que dinamiza o Direito -, apenas se procura uma descrição neutra da estrutura das normas jurídicas. Em breves palavras, a norma jurídica é uma metalinguagem do ser, localiza ao nível pragmático da linguagem, que, ao emitir imperativos de conduta, não pode ser qualificada de verdadeira ou falsa; simplesmente pode ser válida ou inválida. O critério de racionalidade do sistema normativo, já que as normas não podem ser consideradas independentemente de suas interações, é dado pela hierarquia normativa (norma fundamental) na qual uma norma é válida somente se uma norma superior determina a sua integração ao sistema. A teoria jurídica dominante anterior a essa corrente neopositivista, o jusnaturalismo, via o campo normativo como somente estático, dependente da adequação a ideais metafísicos. O normativismo kelseniano acabou por introduzir a perspectiva dinâmica do Direito, explicando os processos de produção e autorreprodução das normas. Já a ciência do Direito, por sua parte, sendo uma metalinguagem das normas jurídicas, ao preocupar-se somente com a descrição do sistema normativo, situando-se ao nível semântico-sintático da estrutura linguística, poderia ser verdadeira ou falsa em relação à objetividade da descrição efetuada por meio de seus modalizadores deônticos. Neste último aspecto, Kelsen é neopositivista.

Explicando melhor: Kelsen mais do que propriamente um neopositivista, possui uma teoria que pode também ser estudada por intermédio da analítica. De fato, foi Bobbio quem aplicou a metodologia da filosofia analítica, por meio do neopositivismo, expressamente às teses do normativismo de Kelsen. O *paradigma do rigor* seria a sua grande proposta metodológica para a ciência jurídica. O neopositivismo seria assim a

metodologia a ser aplicada à teoria do Direito. Nesse sentido, a discussão introdutória à problemática jurídica, deveria ser precedida de uma introdução ao neopositivismo, função reservada para a epistemologia jurídica. Para Bobbio, isto implicaria numa "teoria da reconstrução hermenêutica das regras", isto é, traduzir na linguagem normal dos juristas, a linguagem originária do legislador. A filosofia analítica teria dois campos de atuação a serem trabalhados, respectivamente, pela "teoria do sistema jurídico" e pela "teoria das regras jurídicas". A primeira trataria da estrutura interna e das relações entre as regras, tema da "dinâmica jurídica" em Kelsen e da "teoria do ordenamento" em Bobbio. A teoria das regras jurídicas (Robles) abordaria, por sua vez, a "teoria dos conceitos fundamentais" (Bobbio) e a "estática jurídica" (Kelsen).

No entanto, a analítica é uma matriz ainda bem centrada nos aspectos descritivos e estruturais do Direito. Bobbio chegaria a postular uma função promocional do Direito. De qualquer maneira, essa seria limitada politicamente à noção de Estado, gerando, também, consequências teóricas graves, devido a sua incapacidade de pensar uma complexidade social mais ampla.

A Semiótica fornece assim, por esses motivos, embora limitada no normativismo, um instrumental teórico mais consistente para a análise da interpretação jurídica, permitindo um maior desenvolvimento das posturas que pregavam a necessidade da elaboração de uma linguagem mais rigorosa para o Direito. Nesse sentido, a Semiótica auxiliou na renovação da teoria do Direito que foi iniciada pela "Teoria Pura do Direito" de Hans Kelsen<sup>14</sup>, o "O Conceito de Direito" de Herbert Hart<sup>15</sup> e o "Realismo Jurídico" de Alf Ross<sup>16</sup>, para se citar as propostas mais conhecidas, que procuraram construir, sob diferentes pressupostos epistemológicos, um estatuto de cientificidade neopositivista para o Direito: uma metodologia fundada na elaboração de uma linguagem rigorosa para o Direito.

Do ponto de vista da Semiótica, em grandes linhas, o rigor linguístico, que tornaria famoso Norberto Bobbio<sup>17</sup>, partia da necessidade da realização de um processo de elucidação dos sentidos das palavras que culminaria com a construção de uma jurisprudência fundada na denotação pura. Para Bobbio<sup>18</sup>, as regras com as quais o jurista se ocupa em suas análises se expressam em proposições normativas, sendo a interpretação

---

<sup>14</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1976.

<sup>15</sup> HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1976.

<sup>16</sup> ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: EUDEBA, 1977.

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria dell' Ordinamento Giuridico**. Torino: Giappichelli, 1960.

da lei uma abordagem da linguagem. O problema do jurista seria a construção de uma linguagem na qual fossem estabelecidas as regras de uso das definições jurídicas. Para tanto, seriam necessárias três fases denominadas, respectivamente, por Bobbio, de purificação, integração e ordenação da linguagem jurídica. Este processo deveria solucionar, entre vários problemas, a questão das lacunas e antinomias jurídicas<sup>19</sup>.

Entretanto, mais tarde, com a constatação desta impossibilidade de se apontar definições objetivas, Bobbio chegaria a admitir a presença inexorável de antinomias e lacunas no Direito e Kelsen, ainda mais reticente, aceitaria a total irracionalidade da interpretação feita pelos órgãos do Direito<sup>20</sup>.

O fracasso da tentativa da matriz analítica em elaborar uma linguagem pura para o Direito (desafio hoje em dia retomado pela linguagem técnica da lógica e informática jurídicas) forneceria, contudo, com alguma perplexidade, bons argumentos para a crítica jurídica dos anos setenta. Assim, alguns juristas críticos começaram a propor leituras ideológicas do discurso jurídico a partir da análise positiva das ambiguidades, vagezas e indeterminações que Bobbio pretendeu afastar. Exatamente a percepção dessas indeterminações permitiria desmascarar o conteúdo ideológico do Direito. No entanto, nos últimos textos da fase jurídica de Bobbio, ele chegaria a agregar à definição de Estado, como já assinalamos, aspectos promocionais (sanções positivas), os quais seriam necessários para que o Direito também exercesse uma função social<sup>21</sup>. Tudo isto também facilitou a entrada, na cena jurídica, da tópica argumentativa de Theodor Viehweg e de Chaim Perelman. A filosofia analítica limpou paradoxalmente o caminho para as perspectivas opostas, como, por exemplo, as defendidas pela retórica. Daí, a realização de novas releituras da argumentação de Vico e da Tópica de Aristóteles.

Por essas razões, a **filosofia analítica normativista**, baseada em critérios sintático-semânticos, conforme tinham proposto Kelsen e Bobbio, foi forçada a alterar-se para fazer frente ao surgimento de novas exigências teórico-sociais. Para tanto, a analítica, na atualidade, foi obrigada a voltar-se para a análise de critérios pragmáticos de racionalidade. Nessa linha de ideias, o critério de verdade do neopositivismo, ligado a

---

<sup>18</sup> BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico*. Torino: Giappichelli, 1979.

<sup>19</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *Ciencia del Derecho y Analisis del Lenguage*. In: MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Contribución a la Teoria del Derecho de Norberto Bobbio*. Madrid: Debate, 1990.

<sup>20</sup> Ver capítulo VIII de: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1976.

<sup>21</sup> Ver: BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função*. São Paulo: Manole, 2012.

comprovação lógica e/ou semântica, voltado à intersubjetividade universal de uma demonstração dedutiva ou à verificação empírica dos enunciados, entrou em crise.

Ainda na mesma linha, a crítica jurídica voltada principalmente a uma dialética “denuncionista” do conteúdo ideológico que estaria oculto nos vazios semânticos das palavras da lei, também eclipsou-se junto com o objeto criticado<sup>22</sup>. Em outras palavras, para se fazer uma crítica política efetiva do Direito não é suficiente analisar-se as lacunas e ambiguidades dos signos do Direito, uma vez que o sentido pleno do Direito independe de suas indeterminações *a priori*. O sentido do Direito é complementado pelo contexto e pelas estruturas latentes. A análise isolada das anemias significativas dos signos é completamente desprovida de interesse. Isso seria, a contrario sensu, admitir-se que o normativismo kelseniano era ideologicamente procedente. A Semiótica do Direito exagerou o papel da definição *a priori* dos signos para a constituição da comunicação humana. Pode-se dizer, então, que uma das respostas à crise do normativismo é uma teoria hermenêutica que coloca a importância de compreender o Direito além da norma, com uma participação maior dos operadores do Direito e dos intérpretes não-oficiais, dos intérpretes que fazem parte da sociedade.

Contudo, essa constatação que é coerente, é insuficiente. Em outras palavras, é importante compreender-se o Direito dentro da sociedade, bem como compreender que a norma jurídica é um dever-ser formal. Isso, mantendo-se o pressuposto da adequação do conceito de norma jurídica, pois alguns preferem falar em regras e princípios. A hermenêutica é, portanto, uma tentativa de se manter a estrutura normativa ampliando-se as suas fontes de produção de sentido.

#### **1.4 Hermenêutica Jurídica**

Nesta ótica, as teses hermenêuticas da filosofia da linguagem ordinária, desde Wittgenstein, foram um avanço ao romperem com o apriorismo analítico do neopositivismo, acentuando o fato de que o sentido depende do contexto, da situação, do uso e funções dos discursos. Para Wittgenstein, o sentido depende das *formas de vida e dos jogos de linguagem*. Esta é uma postura que coloca a importância da instituição e da sociedade para a determinação do sentido. Nesse aspecto, valoriza-se a enunciação em relação ao enunciado. Isto permitiu no Direito um melhor aproveitamento dos estudos

---

<sup>22</sup> ROCHA, Leonel Severo. Crítica da Teoria Crítica do Direito. In: ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

sobre a retórica a partir da ampliação do âmbito de abrangência de sua perspectiva problemática, podendo-se destacar, no Brasil, neste setor as contribuições de Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>23</sup> e de Luís Alberto Warat<sup>24</sup>. Igualmente, não foi difícil aproximar-se a tese da linguagem ordinária daquela da teoria dos atos de fala de Austin, que coloca a importância da performatividade do Direito.

A teoria de Austin<sup>25</sup>, revista por Searle, enfatiza a enunciação através dos atos comunicativos (a ação comunicativa) para a delimitação do sentido. Para Austin, existem três tipos principais de atos de fala: os *atos locucionários*, que contém o conteúdo das orações; os *atos ilocucionários*, onde o emissor realiza uma ação dizendo algo; e os *atos perlocucionários*, típicos de verbos performativos, como por exemplo, *te prometo, te ordeno, te confesso, te condeno*. Quem soube utilizar brilhantemente este arsenal teórico para a compreensão do Direito, já desde os anos sessenta, foi a teoria do Direito anglossaxônica, principalmente, através da obra de Herbert Hart. Como expoente da hermenêutica jurídica contemporânea, Hart discute a importância do reconhecimento, como já apontara Hobbes, para a legitimidade do Direito. Graças à hermenêutica filosófica (Gadamer; Ricoeur), esses autores têm conseguido superar a antiga tensão entre a dogmática jurídica e a sociologia, colocando os textos (a enunciação) como o centro das discussões.

A Hermenêutica é hoje, entretanto, uma derivação crítica da filosofia analítica, baseada nos trabalhos de Wittgenstein (“Investigações Filosóficas”<sup>26</sup>) que redefiniu, em meados do século passado, a ênfase no rigor e na pureza linguística por abordagens que privilegiam os contextos e funções das imprecisões dos discursos. A hermenêutica, diferentemente da pragmática, centrada nos procedimentos e práticas sociais, preocupa-se com a interpretação dos textos.

No terreno jurídico, a grande contribuição é, portanto, do positivismo de Herbert Hart (“O Conceito de Direito”) e seus polemizadores (Raz<sup>27</sup>, Dworkin). O positivismo jurídico inglês foi delimitado por Austin e alçado até a filosofia política por intermédio do utilitarismo de Bentham. Na teoria de Hart, leitor de Bentham, a dinâmica das normas

---

<sup>23</sup> WARAT, Luís Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984.

<sup>24</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1980.

<sup>25</sup> AUSTIN, John. **Quando Dizer é Fazer: palavras e ações**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

<sup>26</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Coleção Os Pensadores. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

<sup>27</sup> RAZ, Joseph. **O Conceito de Sistema Jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

somente pode ser explicitada através da análise das chamadas regras secundárias (*adjudicação, mudança e reconhecimento*), que permitem a justificação e a existência do sistema jurídico. Para sistêmicos autopoieticos, como Gunther Teubner, a concepção hartiana dessas regras caracterizou um salto metodológico notável para que o Direito atingisse o que ele denominou de “hiperciclo”<sup>28</sup>.

Hart preocupa-se com a questão das definições; porém, inserindo-se na concepção pragmática da linguagem, com objetivos hermenêuticos, este autor entende que o modo tradicional de definição por *gênero e diferença específica* é inapropriado para a compreensão de noções tão gerais e abstratas. Isso, porque a caracterização de tais definições necessitaria de termos tão ambíguos quanto os que se deseja definir. Para Hart, **Direito é uma expressão familiar que empregamos na prática jurídica sem a necessidade de nenhuma definição filosófica.** Assim, a preocupação da jurisprudência não é com a explicitação da designação pura do signo Direito, como tenta fazer Bobbio, mas "explorar as relações essenciais que existem entre o Direito e a moralidade, a força e a sociedade (...) Na realidade, ela consiste em explorar a natureza de uma importante instituição social"<sup>29</sup>.

A tese do Direito como instituição social significa que se trata de um fenômeno cultural constituído pela linguagem. Por isso é que Hart, desde a linguística, pretende privilegiar o uso da linguagem normativa como o segredo para que se compreenda a normatividade do Direito. Esta atitude epistemológica tem, para Raz<sup>30</sup>, duas consequências: "em primeiro lugar, os termos e expressões mais gerais empregadas no discurso jurídico (...), não são especificamente jurídicos. São, geralmente, o meio corrente mediante o qual se manifesta a maior parte do discurso normativo". Em segundo lugar, com a análise da linguagem,

a normatividade do Direito é explicada conforme a maneira como afeta aqueles que se consideram a si mesmos como sujeitos de Direito. Um dos temas principais tratados por Hart é o fato de que quando uma pessoa diz ‘tenho o dever de...’ ou ‘você tem o dever de...’, ela expressa o seu reconhecimento e respalda um ‘standard’ de conduta que é adotado como um guia de comportamento.<sup>31</sup>

Isso expressa um reconhecimento de quem formula a regra, seu desejo de ser guiado por ela, e a exigência (social) de que outros também o sejam. A normatividade é

<sup>28</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

<sup>29</sup> HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1976.

<sup>30</sup> RAZ, Joseph. **O Conceito de Sistema Jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

<sup>31</sup> Idem.

social. A necessidade do reconhecimento é que colocou a teoria de Hart no centro da hermenêutica. Nessa lógica, não é surpreendente o fato que, para Hart, o Direito possui uma zona de textura aberta que permite a livre manifestação do poder discricionário do juiz para a solução dos conflitos, nos chamados “*hard cases*”.

Esta última postura é criticada por Ronald Dworkin<sup>32</sup>, que exorta a necessidade de o Direito sempre proporcionar uma “boa resposta”, já que o juiz, ao julgar, escreve a continuidade de uma história (“*chain novel*”). Nesse sentido, Dworkin coloca a célebre metáfora do romance escrito em continuidade, apontando para metáfora da *Narração*. A boa resposta (“*right answer*”) seria aquela que resolvesse melhor à dupla exigência que se impõe ao juiz, ou seja, fazer com que a decisão se harmonize o melhor possível com a jurisprudência anterior e ao mesmo tempo a atualize (justifique) conforme a moral política da comunidade.

Dworkin iniciou a partir dessa tese inúmeras polêmicas. Uma das mais célebres foi aquela realizada com Jules Coleman<sup>33</sup>, da Universidade de Yale, que retoma a tese de Raz de que o positivismo é exclusivo, o que permitiria que a moral seja incluída como Direito válido somente se houver uma convenção autorizada expressamente pela comunidade jurídica para tal<sup>34</sup>.

Neste sentido, apesar das diferenças, Hart e Dworkin percebem que o Direito tem necessariamente contatos com a moral e com a justiça. Daí o lado político do Direito anglossaxão, sempre ligado ao liberalismo, embora na versão crítica destes autores: Hart influenciado pelo utilitarismo de Bentham, e Dworkin pelo neo-contratualismo de Rawls.

A concepção de Estado da Hermenêutica é, portanto, mais democrática que a da filosofia analítica, voltando-se para as instituições sociais e abrindo-se já para o Estado interventor (o que Bobbio chegou a assinalar). De qualquer maneira, num certo sentido, essa matriz, já bastante prescritiva, ainda é normativa, embora, possa-se dizer que Dworkin possui uma teoria da interpretação, capaz de avançar além do positivismo e do utilitarismo.

Outrossim, um outro problema que permanece é o excessivo uso da metodologia individualista na hermenêutica do *common law*, fazendo com que a linguagem ordinária, assim como algumas vertentes da hermenêutica, ao efetuarem o seu deslocamento pragmático, não ficassem isentas de dificuldades de compreensão. Pode-se aqui citar, por

---

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

<sup>33</sup> COLEMAN, Jules. *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 2001.

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 266.

exemplo, o psicologismo de sua teoria da ação, ainda muito centrada na chamada filosofia da consciência, de origem cartesiana. Desse modo, mesmo Dworkin<sup>35</sup>, um dos juristas que procurou resolver esta problemática recorrendo à hermenêutica narrativa (que relaciona o sujeito com a instituição), ao considerar a moral como fundamental na interpretação, coloca um forte obstáculo conservador a mudança social, nos casos voltados aos Direitos de gênero e comportamentos não tradicionais.

Todos esses problemas que estamos levantando, e também algumas virtudes, provêm da constatação das limitações das análises centradas exclusivamente nos três níveis da semiótica (sintaxe, semântica e pragmática). Para Landowski, é preciso a elaboração de uma mudança de ponto de vista metodológico e teórico:

A contribuição da semiótica consiste sobretudo, parece-nos, em possibilitar a passagem de uma concepção atomista da significação - aquela em que se apoiaram, na falta de melhor hipótese, os estudos de estatística lexical em voga durante as últimas décadas - a uma problemática de tipo estrutural que tem por objetivo dar conta dos discursos enquanto totalidades significantes, decerto apreensíveis em diferentes níveis de profundidade, mas, em todo caso, irredutíveis a uma simples adição de lexemas imediatamente indetectáveis em superfície.<sup>36</sup>

Assim sendo, num primeiro momento, na modernidade, o normativismo surge como um sistema jurídico fechado, em que as normas válidas se relacionam com outras normas, formando um sistema dogmático hierarquizado; e, num segundo momento, na globalização surgem hermenêuticas que dizem que as normas jurídicas, no sentido kelseniano, no sentido tradicional, não são mais possíveis, que é preciso haver uma noção mais alargada que inclua também regras, princípios, diretrizes políticas, com uma participação maior da sociedade. Deste modo, a hermenêutica é, inicialmente, um avanço da crítica jurídica porque aprofunda a questão da interpretação normativa, dando uma função criativa muito importante aos juízes, advogados e aos operadores do Direito em geral. Isso quer dizer, que a hermenêutica fornece ideologicamente muito mais poder de ação.

Entretanto, a hermenêutica jurídica também possui lacunas teóricas. Por exemplo, logo desembocou na dogmática da resposta certa, negando aos juízes o novo espaço conquistado (tido como voluntarista). Assim sendo, a hermenêutica jurídica abre um importante ponto de referência para análise da sociedade, para a compreensão do Direito.

---

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

<sup>36</sup> LANDOWSKI, Eric. *La Société Réfléchie: Essais de Socio-Sémiotique*. Paris: Seuil, 1989.

Por outro lado, logo retrocede para acatar o tradicional medo da liberdade citado por Tocqueville. Do mesmo modo, ela não explica suficientemente o que seja sociedade, assumindo uma perspectiva de homogeneidade social que ignora o pluralismo cultural e o Direito à diferença.

### **1.5 Sociologia e Teoria dos Sistemas**

Nessa linha de ideias, pode-se propor uma terceira etapa, além das matrizes normativistas e hermenêuticas, na qual se pretende refletir melhor sobre o que é a sociedade<sup>37</sup>. Para que se aprofunde a concepção de uma sociedade relacionada com o Direito é preciso rever-se completamente as relações do Direito com o social. Para tanto, o objetivo seria, basicamente, avançando além da hermenêutica, rediscutir-se a Sociologia do Direito. O problema é qual Sociologia do Direito?

Pretendemos sugerir para responder a essa questão algumas das possibilidades heurísticas que podem nos oferecer as abordagens que vêm produzindo a epistemologia construtivista, a partir das linguísticas pragmáticas, as ciências cognitivas e a atual teoria dos sistemas (notadamente nos trabalhos de Luhmann<sup>38</sup>), para a proposta de uma nova teoria da interpretação jurídica e, conseqüentemente, de outras possibilidades para se avançar além da Semiótica do Direito. Essa perspectiva permite uma revisão da racionalidade jurídica, redefinindo seus critérios tradicionais de cientificidade, ao abrir-se para observações que enfrentam questões normalmente omitidas na atribuição de sentido do Direito, como a consideração positiva da existência de paradoxos na relevância significativa.

Observar é produzir informação. A informação está ligada à comunicação. A problemática da observação do Direito deve ser relacionada com a interpretação jurídica. Para se observar diferentemente é preciso ter-se poder. A principal característica do poder é ser um meio de comunicação encarregado da produção, do controle e do processamento das informações. Uma das formas possíveis para se obter observações mais sofisticadas, de segundo grau, seria portanto o desenvolvimento de uma nova **Teoria dos Meios de Comunicação do Direito**.

---

<sup>37</sup> Essa perspectiva é aprofundada no artigo “Três matrizes da teoria jurídica” de Leonel Severo Rocha, in Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Unisinos, São Leopoldo, 1999;

Deste modo, esta observação poderia estabelecer critérios para a constituição de uma teoria do Direito, cuja função seria elaborar uma observação reflexiva sobre a totalidade da comunicação do Direito. E, como se sabe, conforme a teoria adotada varia o ponto de vista da observação. Assim, para uma observação sobre o Direito, capaz de permitir uma melhor compreensão das mudanças no seu entendimento, é necessário trabalhar-se com matrizes teóricas diferentes daquelas tradicionais. Somente, desde uma observação diferente poder-se-á recolocar o sentido social da interpretação jurídica, que, no século XX, foi dominada pela Semiótica. A hipótese que esboçamos neste texto é que somente uma nova Matriz Jurídica pode nos ajudar na reconstrução da teoria jurídica contemporânea.

### 1.6 A Pragmática-Sistêmica

A interpretação na teoria dos sistemas parte do conceito de comunicação. Esta análise afirma que a sociedade apresenta as características de um sistema, permitindo a observação dos fenômenos sociais através dos laços de interdependência que os unem e os constituem numa totalidade. O sistema, para Bertalanffy, é um conjunto de elementos que se encontram em interação. Nesta teoria entende-se que o sistema reage globalmente, como um todo, às pressões exteriores e às reações dos seus elementos internos. A moderna teoria social dos sistemas foi delineada classicamente por Parsons<sup>39</sup>, possuindo características que privilegiam o aspecto estrutural de sua conservação.

No entanto, a teoria dos sistemas renovou-se enormemente com as contribuições das ciências cognitivas, das novas lógicas e da informática, passando a enfatizar os seus aspectos dinâmicos. Do ponto de vista epistemológico, pode-se enfatizar a importância do chamado **construtivismo** para esta transformação. O construtivismo entende que conhecimento não se baseia na correspondência com a realidade externa, mas somente sobre as construções de um observador (Von Glaserfeld, Heinz Von Foerster). Para a área jurídica, nesta última linha de investigação, é interessante salientar-se, dentro dos limites

---

<sup>38</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemi Sociali: Fondamenti di una Teoria Generale*. Bolonha: Il Mulino, 1990;

<sup>39</sup> PARSONS, Talcott. *Sistema Social*. Madrid: Revista de Occidente, 1976. Ver, também, do mesmo autor: **A Estrutura da Ação Social**. Volumes I e II. Pretópolis: Vozes, 2010.

deste texto, duas perspectivas neo-parsonianas: a teoria da diferenciação e a teoria da ação comunicativa.

Para as teorias neossistêmicas, a interpretação não pode mais restringir-se ao formalismo linguístico da semiótica normativista de matriz analítica, nem ao contextualismo, um tanto psicologista, da matriz hermenêutica; mas deve voltar-se para questões mais sistêmico-institucionais. Assim, centra-se nas formas de interpretação elaboradas pelos **meios de comunicação simbolicamente generalizados**; nas **organizações**, encarregadas de produzir decisões jurídicas, e nas novas maneiras de decidir conflitos, como a **arbitragem** e a **mediação**.

Luhmann e Habermas, importantes autores alemães, vão enfatizar também certos aspectos filosóficos desta matriz, os quais a Sociologia americana de Parsons não tinha dado ênfase. Habermas, por exemplo, elaborou uma teoria dos sistemas, na linha de Parsons, em que o ambiente tem uma certa autonomia. Para Habermas, existe a ideia de sistema, mas também existe igualmente um ambiente, que ele denomina de mundo da vida. A ideia de sistema de Parsons é mantida com a revisão possibilitada pela concepção de mundo da vida. Além do mais, Habermas efetua uma forte leitura filosófica nessa questão, colocando Kant como o autor fundamental, numa rediscussão ética de toda essa problemática. Assim, Habermas força um retorno a Kant juntamente com a ideia de que o consenso seria necessário à sociedade contemporânea. À diferença de Parsons, Habermas também coloca a questão da linguagem, do discurso, como central. Entretanto, não coloca a linguagem como texto, como o faz a hermenêutica mais tradicional, colocando-a como comunicação. Parsons fala em linguagem como comunicação, e, por isso, Habermas, em homenagem aos seus grandes mestres - Weber fala em teoria da ação, Parsons fala em comunicação -, escreve sua principal obra com o título de Teoria da Ação Comunicativa<sup>40</sup>.

Luhmann é, porém, o autor que mais nos interessa aprofundar neste momento. Luhmann, sempre teve uma polêmica com Habermas, tendo uma trajetória intelectual semelhante. Trata-se de uma teoria dos sistemas com um retorno a certas bases filosóficas de Hegel. Deste modo, Luhmann vai inspirar-se em numa dialética e, com isso, ele vai colocar que o mais importante não é a perspectiva que está em Habermas, de se obter o

---

<sup>40</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria da Ação Comunicativa**. Madrid:Taurus,1989;

consenso, mas afirmar, ao contrário, que o sentido da sociedade é a produção da diferença. É sempre preciso que a sociedade produza diferença, não consenso. Deste modo, estamos distantes da linha do diálogo de Habermas, e da estabilização, na perspectiva de Parsons. A sociedade tem de ser observada desde o critério de produção do diferente.

Por isso, a teoria de Luhmann é uma concepção de mundo que pode ser chamada, na falta de outro nome, pós-moderna<sup>41</sup>. Teoria que acentua não a racionalidade, não o consenso, não a identidade; mas a produção da diferença, da fragmentação, da singularidade. É uma teoria crítica nesse sentido avançando o máximo possível além de qualquer noção de racionalidade tradicional. Assim, embora continue aproveitando uma parcela das contribuições de Weber e de Parsons, a sociedade de Niklas Luhmann visa à produção da diferença. Nesta ótica, introduziu-se toda essa trajetória para se salientar a importância da teoria sociológica do Direito. Historicamente, Weber colocou a problemática da ação, como tomada de decisão; Parsons, a problemática dos sistemas. E, Luhmann, por sua vez, vai rever tudo isso e aprofundar numa teoria da sociedade contemporânea.

### 1.7 A Pragmática-sistêmica em Luhmann

Niklas Luhmann adaptaria, entretanto, alguns aspectos da teoria de Parsons, somente numa primeira fase de sua atividade intelectual, porque, em seus últimos textos<sup>42</sup>, voltou-se para uma perspectiva epistemológica “**autopoiética**” (Varela-Maturana<sup>43</sup>): acentuando a sistematicidade do Direito como autorreprodutor de suas condições de possibilidade de ser, rompendo com o funcionalismo (input/output) parsoniano.

A perspectiva sistêmica autopoiética (pragmático-sistêmica) permite afirmar que por trás de todas as dimensões da semiótica, notadamente as funções pragmáticas da linguagem nos processos de decisão jurídica, estão presentes a problemática do risco e do paradoxo, os quais estão redefinidos no interior do sistema. Nessa linha de ideias é que se pode entender porque Luhmann, indo bem além de Kelsen (analítica) e Hart

---

<sup>41</sup> Luhmann se considera um sociólogo da modernidade, porém a sua concepção de modernidade para nós se aproxima mais da idéia de pós-modernidade.

<sup>42</sup> LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. México: Herder, 2007.

(hermenêutica), define o Direito<sup>44</sup> como “uma estrutura de generalização congruente em três níveis: temporal (norma), social (institucionalização) e prático ou objetivo (núcleo significativo)”. Isto porque, para Luhmann, na obra *Sociologia do Direito*, “o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de graduações que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir de expectativas sobre tais expectativas”. Estas reduções podem dar-se através de três dimensões: temporal, social e prática. Na dimensão temporal, “essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização”; na dimensão social, essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, isto é, apoiadas sobre o consenso esperado de terceiros; e, na dimensão prática, “essas estruturas de expectativas podem ser fixadas também através da delimitação de um ‘sentido’ idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas”.

Em um mundo altamente complexo e contingente, o comportamento social, para Luhmann, requer, portanto, reduções que irão possibilitar expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas, a partir das expectativas sobre tais expectativas. Isso gera a questão da dupla contingência. A consecução disso reside então em harmonizar as dimensões, através de reduções que irão se dar em cada uma delas, por intermédio de mecanismos próprios, o que Luhmann denomina “generalização congruente”. O termo “congruente” significa coerência, ou seja, congruência. Importante, também, em Luhmann é a sua constatação de que:

o Direito não é primariamente um ordenamento coativo, mais sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contrafática.

Nesta ordem de ideias, a função do Direito reside na sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as dimensões. O Direito é assim “*a estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas*”. O Direito, para Luhmann, é uma estrutura dinâmica devido a permanente evolução provocada pela sua

---

<sup>43</sup> MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *Él Árbol Del Conocimiento: las bases biológicas del entendimiento humano*. Buenos Aires: Lúmen, 2003.

<sup>44</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1972.

necessidade de constantemente agir como uma das estruturas sociais redutoras da complexidade das possibilidades do ser no mundo (Husserl).

Assim, a complexidade organizada, causada pela chamada dupla contingência, é combatida pelos processos de identificação estrutural, somente possíveis com a criação de diferenciações funcionais. A Teoria Sistemática do Direito, ao comunicar a norma jurídica com o social e a práxis significativa, fornece um importante passo para a construção de uma nova teoria do Direito que aborde simultaneamente os seus aspectos analíticos, hermenêuticos e pragmáticos, em relação com o sistema social.

Nessa linha de ideias, é lúcida a visão de Miguel Reale<sup>45</sup> que há muito tempo tem reivindicado uma postura tridimensional do Direito (do mesmo modo que Luhmann, ao propor também três dimensões para a estrutura jurídica), manifesta por uma dialética de implicação-polaridade em busca de um normativismo jurídico concreto: o Direito é uma experiência histórico-cultural.

Do mesmo modo, é importante a contribuição de Ferraz Júnior<sup>46</sup> que entende a ciência do Direito como voltada ao problema da decidibilidade dos conflitos, desde um instrumental que articula os modelos analíticos, hermenêuticos e argumentativos do Direito. Ferraz Júnior desenvolveu o seu pensamento, inicialmente, a partir de sua tese sobre a obra de Emil Lask, que foi um dos primeiros<sup>47</sup> a ter uma postura “tridimensional do Direito”, ao pretender superar a oposição entre o ser e o dever ser através do mundo da cultura, tendo sofrido também grande influência de Luhmann.

A Teoria dos Sistemas de Luhmann tem, assim, proporcionado a configuração de um novo “estilo científico” mais apto à compreensão das atuais sociedades complexas (nas quais vivemos), estando no centro das discussões atuais sobre o sentido do Direito e da sociedade. A própria filosofia analítica tem se reformulado intensamente com tendências a substituir o neopositivismo (ou complementá-lo) pelas análises da lógica modal (deontica), criada por Von Wright<sup>48</sup> e desenvolvida por lógicos como Kalinowski<sup>49</sup>, revistas pelos trabalhos inovadores da “lógica paraconsistente”, não-trivial, no domínio jurídico. A

---

<sup>45</sup> REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>46</sup> Sobre o tema ver: ROCHA, Leonel Severo. *Semiótica e Pragmática em Tércio Sampaio Ferraz Jr.* In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. (org.). **Filosofia e Teoria Geral do Direito: homenagem à Tércio Sampaio Ferraz Júnior**. São Paulo: Quartier Latin, 2001. p. 755-772.

<sup>47</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 512.

<sup>48</sup> WRIGHT, Georg Von. **Norm and Action: a logical enquiry**. New York: Humanities Press, 1963.

<sup>49</sup> KALINOWSKI, Georges. **Introduction a la logique juridique: elements de semiotique juridique, logique des normes et logique juridique**. Paris: Libr. Generale de Droit Et de Jurisprudence, 1965.

informática jurídica também parece ser um campo de atuação de grande futuro nesse contexto.

Existem igualmente juristas, como Aulis Aarnio, da Universidade de Helsinki, que pretendem retomar a filosofia analítica, através de um viés mais interpretativo, procurando ver o “racional como razoável”<sup>50</sup>. Para tanto, procuram “combinar especialmente três pontos de vista, isto é, chamada Nova retórica, a filosofia lingüística do último Wittgenstein e o enfoque racionalista representado por Jürgen Habermas”<sup>51</sup>. Este autor entende que a interpretação possa ser vista como uma soma de jogos de linguagem, assim como,

a ênfase da conexão entre a linguagem e a forma de vida, a interpretação do conceito de audiência com ajuda do conceito de forma de vida, o exame das teorias da coerência e de consenso como pautas de medição das proposições interpretativas, um moderado relativismo axiológico e uma tentativa de localizar os traços racionalistas da interpretação.

Esta atitude interpretativa de Aarnio coloca a tradição analítica conjuntamente com a hermenêutica. E, nesse aspecto, não podemos igualmente subestimar as críticas feitas por MacCormick à Dworkin, assim como, os seus trabalhos realizados com Ota Weinberger sobre a possibilidade de uma **Teoria Institucional do Direito**. Como se sabe, Dworkin, desde sua controvertida tese da “resposta correta”, conclui pela “completude do Direito”. Para Dworkin “as lacunas do Direito são raras; existe quase sempre uma resposta exata a uma questão jurídica”<sup>52</sup>.

Inobstante, para MacCormick, Dworkin subestima os aspectos “institucionais” do Direito. “A lei é de fato uma caso central e paradigmático de uma ‘instituição de Direito’, e é um fato institucional (jurídico) que os Atos ou Artigos existam como Direito”<sup>53</sup>. Neste sentido, segundo MacCormick:

prefiro a ontologia da teoria institucional do Direito, que autoriza a aceitação da existência das leis como textos-leis independentemente do estabelecimento de uma conclusão qualquer sobre a melhor maneira de interpretar e aplicar estes textos no processo que os torna operacionais. O Direito em ação deve evidentemente ser acionado pela mediação de visões politicamente controvertidas de um Estado ideal. O Direito em repouso é, entretanto, um

<sup>50</sup> AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable: a Treatise on Legal Justification*. Dordrecht: D. Reidel, 1986.

<sup>51</sup> AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable: a Treatise on Legal Justification*. Dordrecht: D. Reidel, 1986.

<sup>52</sup> DWORKIN, Ronald. *La complétude du droit*. In: AMSELEK, P. (ed.). *Controverses autour de l'ontologie du droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 1989. p. 127-135.

<sup>53</sup> MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An Institutional Theory of Law: new approaches to legal Positivism*. Dordrecht: D. Reidel, 1985.

compromisso sempre temporário entre visões opostas. Não é o ideal de ninguém. É um fato institucional.<sup>54</sup>

Para Weinberger, existe uma interdependência entre a ação do indivíduo e a sociedade. Esta interdependência se realiza em instituições que são modelos de ação. Assim, influenciado por Searle e Anscombe, Weinberger volta-se para os fatos institucionais. O conhecimento é o conhecimento de indivíduos capazes de viver e agir num sistema de instituições sociais. Portanto, hipótese mais rica que a da sociologia tradicional baseada em fatos brutos. Para este autor:

é justamente durante a análise destas relações que percebi que toda instituição compreende um núcleo normativo e outro de informações práticas. Este dado está também na base da teoria geral, de fundamento neo-institucionalista, da validade de todas as categorias de normas sociais.<sup>55</sup>

Todas estas derivações da analítica e da hermenêutica jurídica desembocam assim em perspectivas pragmáticas de caráter institucional, chegando à tese de MacCormick e Weinberger do Direito como “fato institucional”.

Embora não pretendamos analisar detidamente neste momento outras perspectivas, não se pode deixar de apontar o enfoque da Análise Econômica do Direito, que permitiu uma abordagem mais detalhada das consequências das decisões jurídicas. Nesse sentido, destacam-se Robert Cooter (Berkeley) e Thomas Ulen (Illinois), os quais, desde o marco teórico iniciado por Ronald Coase, Guido Calabresi e Gary Becker, obrigam-nos a refletir não somente sobre os fundamentos, mas também sobre as consequências econômicas das decisões jurídicas<sup>56</sup>. Com muito sucesso na área do Direito, Richard Posner, por sua vez, critica a obsessão pela teoria moral e constitucional nos juristas, propugnando por uma observação dos fatos sociais e suas relações empíricas com a economia e com a política<sup>57</sup>.

Tais perspectivas (institucionalista e econômica, dentre outras) podem ser heurísticamente complementadas, como abordaremos abaixo, pelas propostas da segunda fase Luhmanniana, aquela de matriz autopoietica, aliada à concepção de “risco”, a qual aponta interessantes avanços para esta discussão da racionalidade do Direito e da sociedade. Por tudo isso, como se depreende de nossa abordagem, a teoria do Direito depende, na atualidade, de uma teoria da sociedade: *pragmático-sistêmica*.

<sup>54</sup> MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

<sup>55</sup> MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An Institutional Theory of Law: new approaches to legal Positivism*. Dordrecht: D. Reidel, 1985.

<sup>56</sup> COOTER, Thomas; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. São Paulo: Artmed, 2010.

A teoria dos sistemas de Luhmann procura explicar a sociedade como sistema social. É importante nesta matriz epistemológica demonstrar-se que certos elementos básicos tornam possível formas de interação social. Isso implica uma grande complexidade, que exige cada vez mais subsistemas, como o Direito, a economia, a religião, etc, os quais, por sua vez, se diferenciam; criando outros subsistemas, e assim sucessivamente<sup>58</sup>.

### **1.8 Comunicação, Risco e Perigo: Sistema Fechado e Aberto**

A sociedade como sistema social se constitui e se sustenta por intermédio da “comunicação”. Por sua vez, a comunicação depende da linguagem, das funções, da diferenciação e das estruturas, gerando a evolução social.

Entretanto, para os objetivos de nosso argumento, interessa-nos acentuar inicialmente a categoria de “risco”. Em outras palavras, na sociedade complexa, o risco torna-se um elemento decisivo: é um evento generalizado da comunicação, sendo uma reflexão sobre as possibilidades de decisão.

Na literatura tradicional, o risco vem acompanhado da reflexão sobre a “segurança”. Nesta ótica, Luhmann prefere colocar o risco em oposição ao “perigo”, por entender que os acontecimentos sociais são provocados por decisões contingentes (poderiam ser de outra forma), que não permitem mais se falar de decisão segura. A sociedade moderna possui condições de controlar as indeterminações, ao mesmo tempo, que não cessa de produzi-las. Isso gera um “paradoxo” na comunicação. Nesta ordem de raciocínio, concordamos com Luhmann, no sentido de que a pesquisa jurídica deve ser dirigida para uma nova concepção da sociedade, centrada no postulado de que o risco é uma das categorias fundamentais para a sua observação.

Toda teoria dos sistemas se caracteriza por manter determinado tipo de relações com o ambiente. A teoria da diferenciação afirma que somente os sistemas são dotados de sentido, sendo que o ambiente é apenas uma complexidade bruta, que ao ser reduzida, já faz parte de um sistema. É o sistema a partir da dinâmica da diferenciação que constrói o sentido. Trata-se do princípio da diferenciação funcional dos sistemas sociais da sociedade moderna.

---

<sup>57</sup> POSNER, Richard. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

Um sistema diferenciado deve ser, simultaneamente, **operativamente fechado**, para manter a sua unidade, e **cognitivamente aberto**, para poder observar a sua diferença constitutiva. Portanto, a sociedade possui como elemento principal a comunicação: a capacidade de repetir as suas operações diferenciando-as de suas observações. A tomada de decisões produz tempo dentro da sociedade. Nesta perspectiva, não é o consenso que produz o sentido das decisões, mas a diferenciação.

As organizações são as estruturas burocráticas encarregadas de tomar decisões coletivas a partir da programação e do código dos sistemas. Os sistemas adquirem a sua identidade numa permanente diferenciação com o ambiente e com os outros sistemas, graças às decisões das organizações. O poder judiciário pode ser visto como uma organização voltada à consecução das decisões do sistema do Direito. A produção do diferente em cada processo de tomada de decisões gera o tempo. Quando a diferenciação ocorre numa meta-observação do sistema, surgem paradoxos que constituem a efetiva matriz da história.

Devido a todos estes fatores, Luhmann<sup>59</sup>, coloca como objeto preferencial de seu campo temático a Comunicação: somente a comunicação pode produzir comunicação. A comunicação para Luhmann se articula com a discussão a respeito dos chamados “Meios de Comunicação Simbolicamente Generalizados”. A comunicação, para Luhmann, é uma síntese entre a *informação*, o *ato de comunicação* e a *compreensão*. Esta síntese é possível dependendo da forma como os meios de comunicação permitem a produção do sentido. Assim, a comunicação não derivaria de suas pretensões de racionalidade consensual. Uma tal postura permite afirmar que as funções pragmáticas da linguagem nos processos de decisão jurídica, podem e devem ser redefinidas somente no interior dos sistemas.

Nessa segunda fase, denominada autopoiética, Luhmann radicaliza a sua crítica da sociedade, graças, então, às suas concepções de risco e de paradoxo, que apontam avanços para a discussão a respeito da racionalidade do Direito e da sociedade. A constatação da presença permanente do risco de não se obter consequências racionais em relação aos fins pretendidos nas decisões (como pregara Weber), para Luhmann, gera o inevitável paradoxo da comunicação na sociedade moderna. Em outros termos, impede a diferenciação entre a operação de fechamento e abertura dos sistemas. Assim, rompe com

---

<sup>58</sup> LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New York, Aldine de Gruyter, 1993.

<sup>59</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemi Sociali*. Bolonha: Il Mulino, 1990.

o funcionalismo parsoniano, voltado à teoria do interesse: cuja racionalidade dependeria da objetividade da ação do ator em relação a determinados fins (funções).

### 1.9 Paradoxo e Autopoiese

Qual é a noção a partir daí que podemos ter de um sistema que é ligado ao passado e ao futuro simultaneamente, que lida com a ideia de paradoxo? Chamamos isso de *autopoiesis*<sup>60</sup>. O sistema autopoietico é simultaneamente fechado e aberto, ou seja, é um sistema que sincroniza a repetição e a diferença, tendo que equacionar no seu interior esse paradoxo que os operadores do Direito vão usar como critério para tomar decisões.

Assim, a noção de autopoiese surge como uma necessidade de se pensar aquilo que não poderia ser pensado em uma visão dogmática e unidimensional. É um sistema que não é fechado nem aberto. Por quê? Porque um sistema fechado é impossível, não pode haver um sistema que se autorreproduza somente nele mesmo. Por sua vez, igualmente, não pode haver um sistema totalmente aberto e sem limites. Há, aqui, então, a proposta da autopoiese que estabelece um critério de repetição e diferença simultânea. E, aprofundando esse último aspecto, tendo-se interesse em falar novamente a respeito de programação finalística (economia, por exemplo) na programação de produção da diferença, iremos então retomar aquela complexidade inicial enfrentada por Weber. Retorna-se, desse modo, ao problema da dupla contingência (indeterminação), e forçando-nos novamente a discutirmos quais são as consequências das nossas ações.

A fuga desse dilema é obtida no Direito tradicional por intermédio do jogo da resposta dogmática, onde as consequências das nossas ações já estão dadas antecipadamente. Se, por exemplo, alguém matar outrem e isso for comprovado em um “devido processo legal”, aquele poderá sofrer uma determinada pena, que já estaria prevista na legislação. O Direito dá o sentido do futuro. A partir do momento em que rompemos com essa noção e começamos a pensar a produção da diferença, na construção de novas realidades, temos que reavaliar que tipo de consequências podem decorrer de nossas decisões. E é por isso que destacamos o conceito sociológico de risco<sup>61</sup>, porque, a cada vez que uma decisão é tomada em relação ao futuro (e sabemos que não é fácil tomá-la em razão da grande complexidade), temos que pensar na contingência (como sendo a

---

<sup>60</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

possibilidade de que os fatos não ocorram da maneira como estamos antevendo). É preciso, portanto, levar-se a sério a consideração de todas as consequências, toda a complexidade que está por trás da produção de uma decisão diferente. Por isso, devemos investigar também as organizações e os sistemas, como a Administração, a Economia, que participam ativamente das decisões. O risco é a contingência: uma decisão sempre implica na possibilidade de que as suas consequências ocorram de maneira diferente. As organizações são os sistemas encarregados de reduzir a complexidade em tal situação. E essa é uma das funções do Poder Judiciário, cuja posição é central no Sistema do Direito.

Assim sendo, a sociologia luhmanniana apresenta uma série de propostas que nos permitem observar o Direito de maneira diferente; de uma maneira mais dialética (sem síntese), no sentido de que é preciso ver a sociedade como tentativa de construção de futuro. É difícil observar-se o Direito atual usando-se somente critérios dogmáticos-normativistas. A partir desta ruptura epistemológica, proposta pela matriz pragmático-sistêmica, vislumbra-se uma epistemologia circular e não mais linear, como tradicionalmente enfocada. De qualquer maneira, para que seja possível o perfeito entendimento dessa nova perspectiva com que é vislumbrada a teoria e a prática do Direito, necessita-se de uma abordagem das características decorrentes da autorreferencialidade do sistema jurídico<sup>62</sup>.

Conforme Gunther Teubner, a autorreferência é a “característica visceral” do Direito Pós-Moderno e sua abordagem faz-se essencial para um entendimento do Direito como um sistema autopoietico<sup>63</sup>. A Referência é a designação proveniente de uma distinção, e a peculiaridade do prefixo “*auto*” reside no fato de que a operação de referência resulta naquilo que designa a si mesmo. Para Luhmann, a expressão autorreferência (*Self-reference*):

Designa toda operação que se refere a algo fora de si mesmo e que, através disto, volta a si. A pura auto-referência, a qual não toma o desvio do que lhe é externo, equivaleria a uma tautologia. Operações reais ou sistemas reais dependem de um ‘desdobramento’ ou destautologização desta tautologia, pois somente então, estas poderão compreender que são somente possíveis em um ambiente real de uma maneira limitada, não arbitrária.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> Sobre Risco ver: LUHMANN, Niklas. *Sociologia del Riesgo*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: iberoamericana, 1992.

<sup>62</sup> Aqui, e nas páginas seguintes, acentua-se algumas ideias que já anotamos no texto escrito conjuntamente com Delton Winter de Carvalho intitulado “Auto-referência, Circularidade e Paradoxos na Teoria do Direito”, publicado no Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos, n. 4, 2002.

<sup>63</sup> Idem.

<sup>64</sup> Luhmann conceitua *Self-reference* como a expressão que: “*Designates every operation that refers to something beyond itself and through this back to itself. Pure self-reference that does not take this detour through what is external to it self would amount to a tautology. Real operations or systems depend on an*

Para Teubner, essa nova forma do Direito sugere quatro características<sup>65</sup>. Primeiramente, a autoreferência aponta uma indeterminação por parte do Direito, como algo insuscetível de qualquer controle ou direção externa, não sendo determinada por autoridades terrestres ou por textos, pelo Direito Natural ou pela revelação divina. São as decisões anteriores que estabelecem a validade do Direito e este determina a si próprio por sua autorreferência, baseando-se em sua própria positividade. O Direito retira sua validade desta autorreferência pura, segundo a qual o Direito é o que o Direito diz ser Direito, isto é, qualquer operação jurídica reenvia ao resultado de operações jurídicas anteriores. A validade não pode ser importada do ambiente do sistema jurídico porque “o Direito é válido, então, em razão de decisões que estabelecem sua validade”<sup>66</sup>, assim, a única racionalidade possível é a que consiste numa configuração interna possibilitadora de redução de complexidade do meio, o que incompatibiliza-se com as noções de “input” e “output”.

A segunda característica salienta a relação entre autorreferência é a imprevisibilidade do Direito. Segundo esta concepção, o dogma da segurança jurídica (previsibilidade da aplicação do Direito aos casos concretos) seria incompatível com a autorreferência. Conforme abordou-se acima, a própria ideia de contingência afasta o dogma da segurança jurídica e pode-se vislumbrar a indeterminação diretamente ligada à autonomia do Sistema do Direito. O Direito apresenta uma contínua mutação estrutural, no sentido de satisfação de sua funcionalidade específica. “*Existe a certeza de que haverá Direito, porém incerteza quanto ao seu conteúdo*”.<sup>67</sup>

A terceira interpretação proposta por Teubner salienta a circularidade essencial do Direito. Tal perspectiva parte da constatação de que, ao atingir os níveis hierarquicamente superiores, há a impossibilidade de seguir-se adiante, uma vez que há a remessa ao nível hierárquico mais inferior, num estranho círculo (“espiral”), onde geralmente uma norma processual tenderá a decidir o conflito posto ao sistema jurídico.

---

*‘unfolding’ or de-tautologization of this tautology because only then can they grasp that they are possible in a real environment only in a restricted, non-arbitrary way.” In: LUHMANN, Niklas. **Ecological Communication**. Cambridge: Chicago University Press. p. 143.*

<sup>65</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

<sup>66</sup> LUHMANN, Niklas. “O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito”. **Revista Seqüência**. nº 28, Junho, 1994. p. 6

<sup>67</sup> NICOLA, Daniela R. Mendes. Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade de Luhmann. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da Auto-Observação**. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 238.

O Sistema do Direito é um sistema social parcial que, a fim de reduzir a complexidade apresentada por seu ambiente, aplica uma distinção específica (codificação binária: Direito/Não-Direito) através da formação de uma comunicação peculiar (comunicação jurídica). Com isso, a operacionalidade deste sistema parcial tem por condição de possibilidade a formação de uma estrutura seletiva que, reflexivamente, pretende apreender situações do mundo real<sup>68</sup> (meio envolvente) para o sistema parcial funcionalmente diferenciado que é o Direito. O Direito apresenta-se, assim, como um código comunicativo (a unidade da diferença entre Direito e Não Direito), no sentido manter sua estabilidade e autonomia - mesmo diante de uma imensa complexidade (excesso de possibilidades comunicativas) - através da aplicação de um código binário. Isso ocorre, porque, a partir do circuito comunicativo geral (sistema social), novos e específicos circuitos comunicativos vão sendo gerados e desenvolvidos até o ponto de atingirem uma complexidade e perfiência tal, na sua própria organização autorreprodutiva (através da aplicação seletiva de um código binário específico), que autonomizam-se do sistema social geral, formando subsistemas sociais autopoieticos de segundo grau/sistemas parciais<sup>69</sup>; isto é, sistemas parciais de comunicação específica.

Cada Sistema Parcial passa a integrar/constituir o Sistema Social Geral mediante uma perspectiva própria. Com isso tem-se um acréscimo no potencial do sistema social para poder enfrentar e reduzir a complexidade que, paradoxalmente, devido a essa especialização funcional, é ampliada. O problema surge, quando, irresistivelmente, tende-se a aplicar a distinção Direito/Não-Direito (a qual possibilita o fechamento operacional) à própria distinção, o que repercutiria em conclusões do tipo: “não é Direito dizer o que é Direito/Não-Direito”. Tal fato causaria um bloqueio no processo de tomada de decisões. Esses bloqueios, por sua vez, denominam-se “paradoxos da autorreferência”.

A partir disso, apresenta-se a quarta característica da autorreferencialidade do Direito, cuja perspectiva reflexiva constata que a realidade da prática do Direito é uma realidade circularmente estruturada. Esta interação autorreferencial dos elementos internos

---

<sup>68</sup> Assim, pode-se conceber o Direito como a construção de uma “para-realidade, uma *Wirklichkeit*, de complexidade reduzida, em cima de uma realidade propriamente dita”. Ver: GUERRA FILHO, Willis Santiago. O Direito como Sistema Autopoietico. In: **Revista Brasileira de Filosofia**. São Paulo. n. 163. 1991. p. 190.

<sup>69</sup> Neste sentido, pode-se afirmar que o Direito não é um ordenamento de condutas mas sim, um código de comunicação, conforme, NICOLA, Daniela R. Mendes. Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da Auto-Observação**. Curitiba: JM Editora, 1997.

(que se dão mediante articulações circulares) acarretam em tautologias que bloqueiam a operação interna. Luhmann explica este problema da seguinte forma:

Através da aceitação de um código binário (jurídico/antijurídico), o sistema obriga a si próprio a essa bifurcação, e somente reconhece as operações como pertencentes ao sistema, se elas obedecem a esta lei. (...) Se os sistemas se baseiam em uma diferença codificada (verdadeiro/falso, jurídico/antijurídico, ter/não ter), toda a auto-referência teria lugar dentro destes códigos. Opera dentro deles como relação de negação, que excepciona terceiras possibilidades e contradições; precisamente este procedimento que estabelece o código não pode ser aplicado à unidade do próprio código.

E, concluindo de forma “desparadoxizante”, afirma o autor: “A não ser: por um observador”<sup>70</sup>.

Quando ciente dessa evolução, estar-se-á preparado para reconhecer e identificar todo o conjunto de fenômenos permanentes de autorreferência, paradoxos e contradições que permeiam o sistema jurídico. Esses paradoxos são inerentes à realidade do Direito e não podem ser suplantados por uma simples postura crítica (a qual apenas demonstra a existência de paradoxos dentro do sistema do Direito), ou por uma tentativa de suplantá-los mediante uma nova distinção; mas, conforme Teubner, por intermédio da constatação de que os elementos que compõe o sistema do Direito – ações, normas, processos, realidade jurídica, estrutura, identificação – constituem-se circularmente, além de vincularem-se uns aos outros também de forma circular.

Destarte, o sistema jurídico, como um sistema autopoietico, apresenta-se ante uma interação autorreferente, recursiva e circular de seus elementos internos (fechamento operacional), os quais, por isso, não apenas se auto-organizam, mas, também, se autoproduzem; isto é, produzem os elementos necessários para a sua reprodução. Assim, suas condições originárias, tornam-se independentes do meio envolvente e possibilitam sua própria evolução. Todavia, Teubner, mais recentemente, tem trabalhado o conceito de policontextualidade como condição para observação do Direito na globalização<sup>71</sup>.

Entretanto, retomando a nossa argumentação, além do sistema efetuar uma autoprodução de seus elementos e estruturas, o próprio ciclo de autoprodução deve ser capaz de se (re)alimentar. “Esta função de auto-manutenção é obtida através da conexão do

<sup>70</sup> LUHMANN, Niklas. O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito. In: **Revista Sequência**. n° 28, junho, 1994. p. 3-4.

<sup>71</sup> TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. São Paulo : Unimep, 2005.

primeiro ciclo de auto-produção com um segundo ciclo, que possibilite a produção cíclica garantindo as condições de sua própria produção (é o chamado hiperciclo).”<sup>72</sup>

### **1.10 Forma de sociedade Transnacionalizada: Novos Direitos?**

Na atualidade, o Direito atravessa uma outra fase teórica, seguindo Luhmann, que pode ser chamada de autopoietica. Nessa fase mais evoluída, radicaliza-se a sua crítica, graças às concepções de risco e de paradoxo, que apontam interessantes avanços para a discussão a respeito da racionalidade do Direito e da sociedade.

Isso caracteriza a forma de sociedade do terceiro milênio como um sistema social hipercomplexo dominado pela complexidade e pela dupla contingência<sup>73</sup>. Por isso, a produção e imposição do sentido pelo Direito é extremamente difícil, e se percebe a relevância cada vez maior dos meios de comunicação simbolicamente generalizados como únicos detentores do poder e construção de futuro.

Com a constatação da presença permanente do risco nas decisões, percebe-se o inevitável paradoxo da comunicação na sociedade moderna. Por isso, aquela possui condições de controlar as indeterminações, ao mesmo tempo, que não cessa de produzi-las. A sociedade contemporânea é constituída por uma estrutura paradoxal, na qual se amplia a justiça e a injustiça, o Direito e o não-Direito, a segurança e a insegurança, a determinação e a indeterminação. Em outras palavras, nunca a sociedade foi tão estável e nunca a sociedade foi tão instável, pois a lógica binária não tem mais sentido na “paradoxalidade” comunicativa.

Nessa ordem de raciocínio, a pesquisa jurídica deve ser dirigida para uma nova forma de sociedade, centrada no postulado de que a complexidade é uma das categorias fundamentais para a sua observação. A concepção de sociedade de risco torna ultrapassada toda a sociologia clássica voltada, seja para a segurança social, seja a um conflito de classes determinado dialéticamente; como também torna utópica a teoria da ação comunicativa livre e sem amarras. O risco coloca a importância de uma nova racionalidade para tomada das decisões nas sociedades complexas, redefinindo a filosofia analítica, a hermenêutica e a pragmática jurídicas, numa teoria da sociedade pragmático-sistêmica, que desbloqueie a comunicação jurídica.

---

<sup>72</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 48-49.

<sup>73</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1972.

Na atual forma de sociedade, inequivocamente é relevante a ideia de transnacionalização. A transnacionalização é a união de dois pólos espaciais inconciliáveis na lógica tradicional: o local e o universal. Para muitos pareceria a recuperação da dialética, porém não se trata da possibilidade de nenhuma síntese. Trata-se da produção da simultaneidade entre a presença e a ausência, que somente é possível devido a sua impossibilidade. Esse paradoxo é constitutivo da nova forma de sociedade que começamos a experimentar, e, nesse sentido, é um convite a reinventar, uma vez mais, o político e o Direito.

Toda a teoria do Direito está ligada a uma teoria do Estado: Estado de Direito. A matriz teórica analítico-normativista somente é possível a partir de um conceito de validade fundamentado na força obrigatória do poder do Estado. Comparativamente, a matriz hermenêutica é uma derivação dialético-crítica do normativismo. Assim sendo, estas matrizes mantêm uma relação preponderante com a noção estatal de Direito. É fácil perceber, assim, a amplitude das transformações que provoca no Direito a constatação de que o Estado deixou de ser o fundamento único de validade do poder e da lei<sup>74</sup>.

Na perspectiva da teoria sistêmica, vivencia-se, então, uma hipercomplexidade, uma vez que os processos de autopoiese dos sistemas sociais dinamizam-se intensamente para fazer frente a esta desorganização do poder e do Direito. A hipercomplexidade é a possibilidade de recorrer-se a diferentes sistemas para o enfrentamento de questões específicas. As organizações têm a função de tomar decisões a partir de cada sistema (por exemplo, o Poder Judiciário é a organização encarregada de decidir desde o sistema do Direito). Não existe mais a pretensão de se tomar decisões isoladas. As decisões não dependem somente dos indivíduos, mas das organizações.

A programação condicional foi a maneira elaborada pela dogmática jurídica para racionalizar os processos decisórios do Direito estatal. No momento em que o Estado, enquanto programador do Direito, deixa de ser o centro de organização da política, a programação sofre uma perda de racionalidade, recuperando a indeterminação que visa a reduzir. Neste sentido, em muitas questões jurídicas, o poder judiciário em vez de simplesmente aplicar a programação condicional, necessita recorrer a fundamentações extraestatais. Em outros termos, a quebra de racionalidade do controle do Estado sobre a

---

<sup>74</sup> Porém, o Estado ainda detém o monopólio em muitas questões-chaves da sociedade, dificultando as análises simplistas que afirmam o seu desaparecimento. O Estado continua existindo, ao lado de outras organizações, caracterizando mais um paradoxo; é soberano e não-soberano.

política faz com que a política invada setores do Direito, forçando o Judiciário a tomar decisões de um outro tipo: a programação finalística.

Na linguagem tradicional, poder-se-ia dizer que a programação condicional caracteriza um sistema fechado e a programação finalística um sistema aberto. Assim a tendência do Direito seria a de transformar-se em um sistema aberto. Do ponto de vista sistêmico, pode-se afirmar que o sistema do Direito é operativamente fechado e cognitivamente aberto ao mesmo tempo. Em outras palavras, o sistema do Direito é autopoietico: reproduz de forma condicional os seus elementos diferenciando-se de suas conseqüências cognitivas.

O sistema do Direito é constituído por uma lógica que articula a repetição e a diferença. Desse modo, autopoiese não é sinônimo de sistema fechado. É preciso livrar-se das amarras da lógica clássica que, fundamentada no princípio da não-contradição, não nos permite pensar a riqueza da alteridade. A complexidade da produção de sentido do Direito como paradoxo torna-se, assim, uma condição para a observação da comunicação do Direito, uma vez que essa constitui-se numa das mais importantes características da nova forma de sociedade.