

Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas¹

Epistemology of Law: Revisiting the three juridical matrices

Leonel Severo Rocha²

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

leonel.rocha@uol.com.br

Resumo

A Teoria jurídica pode articular a concepção tridimensional de Reale dominante no Brasil, revista pela análise Semiótica dos três modelos de Ferraz Jr. e Robert Alexy, em uma teoria do Direito caracterizada por três Matrizes com predominância da Comunicação sistêmica. A diferença está na ênfase na Organização em lugar do sujeito atomizado.

Palavras-chave: decisão jurídica, organização, autopoiese.

Abstract

Law Theory can articulate Reale's tridimensional conception, which is predominant in Brazil, revised by a semiotic analysis of the three models of Ferraz Jr. and Robert Alexy, in a Law Theory characterized by three matrices, with a predominance of systemic communication. The difference lies in the emphasis on organization instead of the atomized subject.

Key words: juridical decision, organization, autopoiesis.

Incursões preliminares

A hipótese que se pretende esboçar é que somente uma nova Matriz Teórica poderá permitir a reconstrução da teoria jurídica contemporânea para a compreensão e transformação dos acontecimentos deste início de século. Esta proposta deve ser também encaminhada conjuntamente com a elaboração de uma nova cultura política, voltada a uma forma de sociedade democrática.

A teoria jurídica do século XX se caracterizou, como já assinalamos anteriormente no texto *Matrizes*

Teórico-Políticas da Teoria Jurídica Contemporânea (Rocha, 2003, p. 83), pela tentativa de elaboração de uma racionalidade própria para o Direito. Neste sentido, desde a *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen (1976), a *O conceito de Direito* de Hart (2009), o *Direito Responsivo* de Nonet e Selznick (2010), a *Teoria da Argumentação Jurídica* de Alexy (1989), entre tantas tentativas, até a *La Sociedad de la Sociedad* de Niklas Luhmann (2007), procurou-se construir, sob diferentes pressupostos epistemológicos, um estatuto de observação para o Direito. Nos últimos tempos, a noção de ciência do Direito, baseada em critérios sintático-semânticos, tem se alterado para

¹ Trata-se de um texto referente a projeto de pesquisa apoiado pelo CNPq.

² Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Av. Unisinos, 950, Cristo Rei, 93022-000, São Leopoldo, RS, Brasil.

critérios pragmáticos. Esta trajetória se desloca sucessivamente de uma perspectiva estrutural, ontológica, voltada aos aspectos normativos do Direito, até uma perspectiva funcionalista, responsiva (Nonet e Selznick, 2010), dirigida às funções sociais do Direito, indo de um ponto de vista teórico até um mais político, permitindo-se a colocação do problema da democracia.

O raciocínio jurídico tradicionalmente apresenta características cartesianas onde a racionalidade seria obtida graças à utilização de uma metodologia dedutiva baseada nas evidências, demonstrações, das relações de causalidade dos argumentos. Nesta linha de pensamento, o Direito é uma metafísica com aspectos claramente ontológicos cuja essência estaria à disposição da pré-compreensão dos juristas. Esse raciocínio foi ultrapassado pelas perspectivas sistêmicas que buscavam o sentido na estrutura (Saussure, 1985) e abandonaram as visões metafísicas da verdade atomizada.

Na Europa, depois da Segunda Guerra Mundial, afirmou-se que a interpretação de um texto dependeria, principalmente, da dimensão temporal, dividida em tempo contextual e tempo teórico. O tempo contextual levaria em consideração as condições históricas de sua produção; já o tempo teórico se ocuparia da lógica interna dos argumentos. Neste momento, tem-se um duplo movimento que mudaria a Filosofia ocidental. Em um primeiro passo, entende-se que, desde o estruturalismo, se poderia explicar a produção do sentido. Mas, em um segundo passo, os autores mais importantes da época chegaram à conclusão de que, indo até o fundo das possibilidades latentes das estruturas, a razão e o sujeito não existiriam mais. Assim, Foucault, Derrida, Barthes, Deleuze, entre os mais célebres, iniciaram um movimento que pode ser chamado, na falta de uma denominação, de desconstrutivismo. Uma consequência dramática para os juristas foi o descrédito de qualquer concepção fundada na tradição, verdade e fundamentação *a priori* do mundo.

Por tudo isto, ciente das insuficiências das análises positivistas, centradas nas normas, e das perspectivas hermenêuticas e pragmáticas, excessivamente convencionalistas, a *Teoria dos Sistemas* de Niklas Luhmann (2007), aliada à concepção de *Democracia* de Claude Lefort (2007), aparece como uma boa pista para uma abordagem mais sofisticada da complexidade social. Lefort aparece como decisivo, pois frente à carência da racionalidade da teoria do Direito, nada melhor que recorrer a uma teoria da democracia. No tocante a Luhmann, como já se assinalou, sua observação de segunda

ordem configura uma importante tentativa de teoria pós-ontológica.

Em suma, deste ponto de partida, pode-se articular a concepção tridimensional do Direito de Reale dominante no Brasil, revista pela análise semiótica dos três modelos de Ferraz Jr. (2002) e Alexy (1989), por uma teoria do Direito caracterizada por três matrizes com predominância da comunicação sistêmica. A diferença está na ênfase na organização em lugar do sujeito atomizado.

Matrizes epistemológicas

Inicialmente reuniram-se as principais teorias jurídicas contemporâneas conforme o *campo de racionalidade* no qual se inserem. Ou seja, segundo a *matriz epistemológica* dominante, em seus critérios de cientificidade exigidos para a construção do conhecimento jurídico, que caracterizam um *estilo científico próprio de racionalidade*, tendo em vista os problemas específicos a que se dirigem os saberes. A racionalidade do estilo científico depende, assim, também de sua articulação com as questões privilegiadas historicamente. Para tanto, utiliza-se a ideia de epistemologia de Kuhn conjuntamente com o conceito de *instituição imaginária da sociedade* de Castoriadis (1997). Isto implica igualmente uma reavaliação da filosofia, vista por nós como o parâmetro crítico destes estilos de racionalidade. Incumbe à filosofia questionar a legitimidade teórico-política dos saberes a partir da democracia.

As categorias de *estilo científico* e de *campo de racionalidade* colocam, assim, a necessidade de se ligarem as teorias jurídicas, simultaneamente, com o problema de sua cientificidade propriamente dita e as implicações sociais que se sucedem na história.

Devido a todos estes fatores, propõe-se, como complementação dos pressupostos apontados em outra oportunidade, pensar o Direito como componente de uma estrutura social complexa e paradoxal³. Em anterior classificação das matrizes da teoria jurídica contemporânea, já se tinha salientado a existência de uma *Matriz Sistêmica*. Porém, os últimos trabalhos de Luhmann, notadamente, a partir da Sociologia das Organizações, e de conceitos como os de risco e paradoxo, permitem um passo à frente para a compreensão da hipercomplexidade da sociedade atual. Esta teoria da sociedade possibilita uma observação de segunda ordem do contato na teoria jurídica entre os aspectos externos e internos, entre a práxis e a teoria, superando as concepções dogmáticas dominantes (Rocha, 2003, p. 83-92).

³ Em texto anterior, propomos a delimitação de uma 5ª Matriz Pragmático-Formal (Rocha, 2003).

Por isso, é possível conciliar as novas posturas da teoria de Luhmann com as exigências colocadas para a constituição de uma *Matriz Pragmático-Sistêmica*. Desta maneira, voltaríamos a ter uma classificação com três matrizes principais, sendo a terceira, ao mesmo tempo, histórica e social.

Nesta linha de ideias, com intuito meramente didático utilizar-se-á, tendo em vista uma melhor delimitação das matrizes epistemológicas, a tradicional divisão da semiótica de Carnap (1964) em três níveis: a *sintaxe*, cujo objetivo é o estudo da estrutura formal da linguagem, através da análise lógico-linguística; a *semântica*, que visa averiguar o sentido das proposições, tendo em vista as relações dos enunciados com a realidade; e a *pragmática*, voltada ao estudo do uso das preferências discursivas (Warat, 1985). A seguir, relataremos as construções jurídicas⁴ desde o nível semiótico nelas dominante, resumindo-as radicalmente em três matrizes características: a analítica, a hermenêutica e a pragmática. A pragmática, neste caso, redefinida pela teoria sistêmica, nos traz a vantagem de romper com o psicologismo da versão pragmática tradicional.

Porém, esta opção é apenas para facilitar a descrição destas matrizes, já que entende-se que a partir de nosso referencial privilegiado, a Matriz Pragmático-Sistêmica, pode-se analisar simultaneamente os três níveis da semiótica, com predominância do nível pragmático e suas conexões com o social, graças à sua perspectiva sistêmica (Rocha, 2005b; Rocha *et al.*, 2009). Na verdade, este relato visa demonstrar a superioridade desta matriz perante a semiologia numa sociedade complexa.

Assim sendo, propedeuticamente inventariaram-se as matrizes teórico-jurídicas de acordo com a sua inserção semiótica. Deste modo, a filosofia analítica encontrou o seu desdobramento na Teoria Geral do Direito, através da análise lógico-formal das normas jurídicas. Esta visão se impõe no normativismo kelseniano, passando por Bobbio (1993) até as tentativas de elaboração de lógicas jurídicas, nas quais foram pioneiros Von Wright (1963) e Kalinowski (1965). Esta linha, na América Latina, é muito representativa na Argentina, notadamente, com os trabalhos de Alchourrón e Buligyn (1975), bem como os de Vernengo (1976), procurando formalizar uma lógica própria para o Direito. A hermenêutica, por sua vez, no nível semântico, está voltada à análise dos conteúdos de sentido das proposições, colocando o problema da interpretação de textos, típico da dogmática jurídica. Por fim, o nível da pragmática

(*pragmático-sistêmica*) indaga sobre as formas de comunicação e os procedimentos utilizados nos processos de decisão jurídica.

No Brasil, no entanto, a teoria dominante durante o século passado foi a perspectiva tridimensional de Miguel Reale (1968). Para esse autor, o Direito possuiria uma especificidade ontológica fundada numa dialética de implicação e polaridade. Deste modo, para Reale, o Direito seria uma composição de um *Modelo Ontológico* entre os fatos, valores e normas. Em outras palavras, observa-se que Reale se localiza em um patamar anterior à nossa classificação. Pois, como se salientou acima, a perspectiva semiótica permitiu um detalhamento muito mais preciso dessa tridimensionalidade. A teoria de Reale configura uma *matriz ontológica I* (Figura 1).

A filosofia analítica

Do ponto de vista da predominância da *sintaxe*, a Teoria do Direito passa a ser denominada de analítica. A norma jurídica vista como um dos elementos do Direito, para Reale, adquire a complexidade de um sistema. A filosofia analítica (*Teoria Geral do Direito*) possui um vasto leque de aplicações. O projeto de construção de uma linguagem rigorosa para a ciência foi adaptado para o Direito, principalmente, por Hans Kelsen (1976) e por Norberto Bobbio (1993). Estes autores podem ser considerados neopositivistas, pois postulam uma ciência do Direito alicerçada em proposições normativas que descrevem sistematicamente o objeto 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.

A Teoria do Direito de Kelsen também possui influências do neokantismo, evidentes no seu ideal de

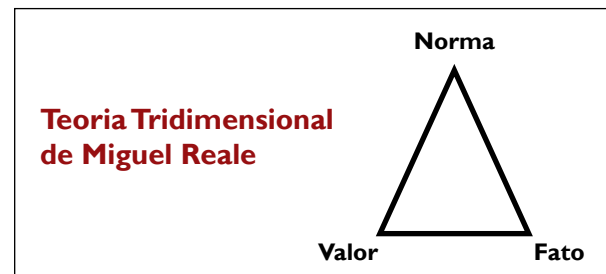


Figura 1. Matriz Ontológica I.
Figure 1. Ontological Matrix I.

⁴ Para tanto, selecionamos as principais teorias existentes e divulgadas no Brasil. É evidente que algumas perspectivas tidas como importantes foram intencionalmente esquecidas.

ciência pura. Nos capítulos iniciais de sua *Teoria Pura do Direito* (Kelsen, (1976), mantém pressupostos kantianos que se mesclam pouco a pouco com os neopositivistas (capítulo 3º sobre *Ciência do Direito*) (Kelsen, (1976). O ideal de pureza implica 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, entre *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, optaria 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 (Rocha, 2003, p. 67-82).

A dicotomia entre *sein/sollen* foi apreendida por Kant de Hume. Este último, em sua conhecida lei, conforme Vernengo, 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” (Vernengo, 1976).

Deste modo, a função do cientista seria a construção de um objeto analítico próprio e distinto de outras influências. A partir desta constatação é que Kelsen vai procurar, assim como Kant, depurar essa diversidade e elaborar uma *Ciência do Direito*. Ou seja, na teoria pura, uma coisa é o Direito, outra distinta é a ciência do direito. O Direito é a linguagem objeto, e a ciência do Direito a metalinguagem: dois planos linguísticos diferentes.

Esta concepção metalinguística do real, criada por Bertrand Russell para superar certos paradoxos lógicos, seria utilizada por Kelsen em vários aspectos, que devem ser esclarecidos para evitar confusões. Para ilustrá-lo, explicaremos neste texto a relação entre a norma jurídica e a ciência. Isto ocorre em dois momentos distintos. 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 seria 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 descrever de forma neutra a estrutura das normas jurídicas. Em breves palavras, a norma jurídica é uma metalinguagem do ser, localizada no 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 foi quem introduziu 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 apenas uma teoria que pode ser estudada através da analítica.

Por isso, Bobbio (1993) foi quem de fato aplicou a metodologia da filosofia analítica, por meio do neopositivismo, às teses do normativismo de Kelsen. O paradigma do rigor seria a sua grande proposta metodológica para a ciência jurídica. O neopositivismo seria, assim, assim a metodologia a ser aplicada à teoria do Direito. Neste 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 uma “*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 agilizados, 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 Jurídico* em Bobbio. A teoria das regras jurídicas (Robles, 1982) abordaria, por sua vez, a *Teoria dos Conceitos Fundamentais* (Bobbio), ou a *estática jurídica* (Kelsen).

No entanto, a analítica é uma matriz ainda bem centrada nos aspectos descritivos e estruturais do Direito, mantendo ainda, no tocante aos seus aspectos políticos, uma visão de neutralidade, por enquadrar-se no tipo de Estado liberal clássico, não interventor. Portanto, bem limitada politicamente, gerando também consequências teóricas graves, devido à sua incapacidade de pensar uma complexidade social mais ampla. Assim sendo, o normativismo configura um *modelo ontológico 2* (Figura 2).

A hermenêutica

A *semântica* teve como correspondente jurídico acerca da determinação do sentido referencial do mundo a perspectiva que pode ser denominada, genericamente, de hermenêutica jurídica. O aprofundamento da hermenêutica como *semântica* será analisado aqui a partir do Direito da *common law*, principalmente, na obra de Herbert Hart (2009), que discute a importância do reconhecimento, como já apontara Hobbes, para a legitimidade do Direito.

A Hermenêutica Jurídica é hoje uma derivação crítica da filosofia analítica, baseada nos trabalhos de Wittgenstein, 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 Hart (2009) e seus polemizadores, como Raz (2012) e Dworkin (1986). O positivismo jurídico inglês foi delimitado por Austin e alçado até a filosofia política através do utilitarismo de Bentham (1973). Na teoria de Hart, leitor de Bentham, a dinâmica das normas somente pode ser explicitada através da análise das chamadas *regras secundárias* (adjudicação, mudança e reconhecimento), que permitem a justifica-

ção e existência do sistema jurídico. Hart preocupa-se com a questão das definições. Porém, inserindo-se na concepção pragmática da linguagem, com objetivos hermenêuticos, entende que o modo tradicional de definição por gênero e diferença específica é inapropriado para a compreensão de noções tão gerais e abstratas. Pois tais definições necessitam 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 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” (Hart, 2009, p. 7).

A tese do *Direito como instituição social* significa que o Direito é um fenômeno cultural constituído pela linguagem. Por isso é que Hart (2009), 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 (2012, p. 10), 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 (Raz, 2012, p. 10).

Isto 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 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 (1986), que entende que o Direito sempre proporciona uma “boa resposta”, já que o juiz, ao julgar,

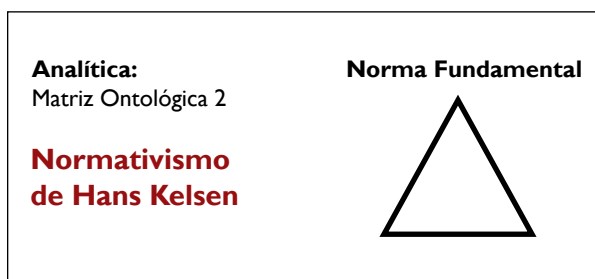


Figura 2. Matriz Ontológica 2.
Figure 2. Ontological Matrix 2.

escreve a continuidade de uma história. Neste sentido, Dworkin coloca a célebre metáfora do romance escrito em continuidade, como “*narração*”. A “*boa resposta*” seria aquela que resolvesse melhor a 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.

Neste sentido, apesar das diferenças, Hart e Dworkin percebem que o Direito tem necessariamente contatos com as ideias de moral e a justiça. Daí o lado moralista do Direito *anglo-saxão*, sempre ligado ao liberalismo, embora na versão crítica destes autores: Hart influenciado pelo utilitarismo de Bentham, e Dworkin pelo neocontratualismo de Rawls (1980).

A concepção de Estado da Hermenêutica é, portanto, mais atual que a da filosofia analítica, voltando-se para as instituições sociais e abrindo-se já para o Estado interventor. Entretanto, num certo sentido, esta matriz, já bastante prescritiva, ainda é normativa (normativismo de 2º grau), embora se possa dizer que Dworkin (2010) possui uma teoria da interpretação capaz de avançar além do positivismo e do utilitarismo. Outro problema que permanece é o excessivo individualismo da hermenêutica do *common law*.

Do mesmo modo, foi importante a contribuição de Ferraz Junior, que perscrutou 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 Jr. desenvolveu o seu pensamento, inicialmente, a partir de sua tese sobre a obra de Emil Lask, que foi um dos primeiros a ter uma postura “tridimensional do direito” (Reale, 1968), ao pretender superar a oposição entre o ser e o dever ser através do mundo da cultura, tendo sofrido também influência de Luhmann.

Um outro autor que realizou, na Alemanha, pesquisas no mesmo sentido, embora limitado à elaboração de uma razão prática, foi Robert Alexy, que efetuou uma releitura da *Argumentação Jurídica*, definindo as formas

e as regras dos argumentos jurídicos (Alexy, 1989). É possível estabelecer, para Alexy, pelo menos três perspectivas de análise para o discurso jurídico: (a) *Empírica*: descreve e explica a frequência de determinados argumentos, a correlação entre determinados grupos de falantes, situações linguísticas, o uso de determinados argumentos, o efeito dos argumentos, a motivação para seu uso e as concepções de determinados grupos sobre a validade de argumentos específicos. Utiliza-se de métodos das ciências sociais. (b) *Analítica*: verifica a estrutura lógica dos argumentos efetuados ou possíveis. Tem por escopo a determinação do tipo de silogismo apresentado (se apofântico/apodítico, heurístico ou entimemático); e (c) *Normativa*: estabelece critérios para a racionalidade do discurso jurídico. Deste modo, surge desde a pragmática, a seguinte Matriz baseada em Carnap (1964), apresentada no Quadro I.

A teoria dos sistemas de Luhmann tem, assim, proporcionado a configuração de um novo “estilo científico” mais apto à compreensão das atuais sociedades complexas em que 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 complementar) pelas análises da *lógica modal* (deôntica), criada por Von Wright (1963) e desenvolvida por lógicos como Kalinowski (1965), revistas pelos trabalhos inovadores da *lógica paraconsistente*, não trivial, no domínio jurídico. A informática jurídica também parece ser um campo de atuação de grande futuro.

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* (Aarnio, 1987). Este autor entende que a interpretação pode ser vista como uma soma de jogos de linguagem.

Esta atitude interpretativa de Aarnio coloca a tradição analítica conjuntamente com a hermenêutica; neste aspecto, não podemos igualmente subestimar as críticas feitas por MacCormick a Dworkin, assim como

Quadro I. Matriz Semiótico-Argumentativa.

Chart I. Semiotic-argumentative matrix.

Matriz Semiótico-Argumentativa			
Alexy (1989) – Ferraz Jr. (2002)			
Semiótica	Sintaxe	Semântica	Pragmática
Dogmática	Analítica	Hermenêutica	Empírica
	Norma	Resposta	Decidibilidade

os seus trabalhos realizados com Ota Weinberger sobre a possibilidade de uma *teoria institucional do direito* (MacCormick e Weinberger, 1986).

Como se sabe, Dworkin, desde sua controversa 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 (Dworkin, 1986). Para MacCormick, Dworkin subestima os aspectos *institucionais* do Direito.

Para Weinberger, existe uma interdependência entre a ação do indivíduo e a sociedade (MacCormick e Weinberger, 1986). 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, é uma proposta mais rica que a da sociologia tradicional baseada em fatos brutos.

Por outro lado, pode-se colocar como uma teoria que sintetiza brilhantemente toda a discussão jurídica dos anos oitenta a perspectiva do *Direito Responsivo* de Philippe Nonet e Philip Selznick. Para esses autores, o Direito possui uma tipologia caracterizada pelo que se poderia denominar de *Direito em uma sociedade em transição*. Para tanto, estabelecem uma *Matriz Política* na qual existiriam três tipos principais de Direito: Direito Repressivo, Direito Autônomo e Direito Responsivo (Nonet e Selznick, 2010) (Quadro 2).

A pragmático-sistêmica

Esta matriz realmente provoca uma mudança epistemológica na teoria jurídica. O ponto de partida são as análises de Luhmann sobre a *Teoria dos Sistemas Sociais*. Niklas Luhmann adaptaria alguns aspectos da teoria de Parsons (2010) em uma primeira fase de sua

atividade intelectual. Porém, na maturidade, Luhmann voltou-se para uma perspectiva *autopoietica* (Maturana e Varela, 1996), acentuando a sistematicidade do Direito como organização da sociedade.

A perspectiva sistêmica autopoietica (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, redefinidas no interior do sistema, a problemática do risco e do paradoxo. Nesta linha de ideias, pode-se entender porque Luhmann, indo bem além de Kelsen (analítica) e Hart (hermenêutica), define o Direito⁵ como “uma estrutura de generalização congruente”. Isto porque, para Luhmann, na *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” (Luhmann, 1985). Estas reduções podem dar-se através de três dimensões: *temporal*, *social* e *prática*.

Num 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. 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.

Isto caracteriza o que Luhmann denomina “*generalização congruente*”. 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 congruente-mente generalizados para as expectativas significando

Quadro 2. Matriz Política.

Chart 2. Political matrix.

Matriz Política			
Nonet e Selznick (2010)			
Três tipos de Direito			
	Direito Repressivo	Direito Autônomo	Direito Responsivo
Finalidade do Direito	<i>Ordem</i>	<i>Legitimação</i>	<i>Competência capacidade de resolver problemas</i>

⁵ Concepção abordada em sua obra sobre *Sociologia do Direito* (Luhmann, 1985) e depois aprofundada no livro *La Sociedad de la Sociedad* (Luhmann, 2007).

uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contrafática (Luhmann, 1985, p. 115).

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*” (Luhmann, 1985, p. 115) que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas.

O Direito, para Luhmann, embora visto como uma estrutura, é dinâmico devido à permanente evolução provocada pela sua necessidade de constantemente agir como uma das estruturas sociais redutoras da complexidade das possibilidades do ser no mundo. Assim, esta complexidade heterogênea, causada pela chamada *dupla contingência*, é combatida pelos processos de identificação estrutural, somente possíveis com a criação de diferenciações funcionais.

A teoria sistêmica do Direito, comunicando a norma jurídica com o social e a práxis significativa, fornece um importante passo para a construção de uma nova teoria do Direito relacionada com as funções do Estado: aqui estamos claramente refletindo sobre o Direito de um Estado Interventor, numa sociedade complexa.

Percebe-se, assim, claramente a proposta de rever a teoria jurídica numa perspectiva sistêmica que aborde simultaneamente os seus aspectos analíticos, hermenêuticos e pragmáticos, em relação com a sociedade.

Considerações finais

A teoria dos sistemas de Luhmann procura explicar a sociedade como sistema social. Nessa matriz epistemológica é importante demonstrar que certos elementos básicos tornam possíveis distintas formas, entre infinitas possibilidades, de interação social. Isto implica uma grande complexidade, que exige cada vez mais subsistemas, como o Direito, a Economia, a Religião, etc., que por sua vez se diferenciam criando outros subsistemas, e assim sucessivamente. Existem então dois problemas principais que a sociedade se coloca: a *complexidade* e a *dupla contingência* (Luhmann, 1985, p. 115).

A sociedade como sistema social é possível graças à “*comunicação*”. Por sua vez, a comunicação depende da linguagem, das funções, da diferenciação e das estruturas. Isto torna possível a evolução social, porém decisiva é, neste sentido, a “*diferenciação*”. Nesta linha de ideias, a sociedade moderna possui condições de controlar as indeterminações, ao mesmo tempo em

que não cessa de produzi-las. Isto 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 na organização.

Por último, não poderíamos deixar de comentar, em nossa atitude epistêmica, como fica a questão democrática, em relação a esta matriz. Neste sentido, entendemos que a ideia de indeterminação autopoiética se aproxima, no sentido político, do conceito de invenção democrática de Claude Lefort, que já esboçamos em outros trabalhos (Rocha, 2005). Assim, pretendemos concluir nosso texto lembrando a nossa proposta de constituição de uma nova *cultura política* para que se permita a irrupção de uma sociedade não totalitária (Rocha, 2005). Isto implica a necessidade de se repensar a política, o Direito e a democracia, por entendermos que a “*invenção democrática*” é fundamental para a compreensão da lei, do saber e do poder nas sociedades complexas.

Nesta ótica, podemos adiantar que não existe democracia com “*verdade*” (sintático-semântica); a democracia é o lugar da indeterminação e da invenção.

A democracia constituiu-se, enquanto forma política (Lefort, 1986), num centro de articulação e autoinstituição da sociedade, onde a política não é vista como uma instância autônoma, mas como a “*mise en forme*” de sentido e encenação do social. A própria identidade da sociedade é, então, uma questão política. A política é que possibilita a delimitação do espaço de autoinstituição do social (Castoriadis, 1997).

A democracia é a possibilidade da tomada de decisões sempre diferentes, inserindo a sociedade no paradoxo comunicativo da invenção (Quadro 3).

Todos esses fatores nos exigem uma revolução epistemológica que, rompendo com a departamentalização dos campos de racionalidade dominantes, que isoladamente trabalham a analítica, a hermenêutica e a pragmática, aponte para uma perspectiva *pragmático-sistêmica*. Isto é, permita a comunicação entre o *eixo sincrônico* e o *eixo diacrônico* da linguística (Saussure, 1985), inter-relacionando a língua e a fala: o sistema jurídico e a histórica. Deste modo, trata-se de uma crítica à técnica jurídico-dogmática, voltada muito mais para um controle democrático da produção dos mecanismos procedimentais e decisórios do Direito do que para uma pura negação *irracionalista* ou ideológica das regras do jogo. Trata-se de vislumbrar as possibilidades de uma nova perspectiva da reflexão jurídica que passa a dar maior espaço para a complexidade, organização e decisão na observação do Direito.

Quadro 3. Matriz jurídica.**Chart 3.** Legal matrix.

Três Matrizes Jurídicas			
Leonel Severo Rocha			
Epistemologia	Analítica	Hermenêutica	Pragmático-sistêmica
Sistema	Fechado	Aberto	Complexo
Observação	Normas	Operador	Organização-Decisão
Dimensões	Temporal	Social	Prática

Referências

- AARNIO, A. 1987. *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht, Holland, D. Reiderl Publishing Company.
- ALCHOURRÓN, C.; BULYGIN, E. 1975. *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires, Astrea, 277 p.
- ALEXY, R. 1989. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid, Centro Estudios Constitucionales, 346 p.
- BENTHAM, J. 1973. *Fragmento sobre el gobierno*. Madrid, Aguilar.
- BOBBIO, N. 1993. *Teoria generale del diritto*. Torino, G. Giappichelli Editore, 297 p.
- CARNAP, R. 1964. *Meaning and Necessity*. Chicago, The University of Chicago Press, 258 p.
- CASTORIADIS, C. 1997. *Fait et à faire*. Paris, Seuil, 281 p.
- DWORKIN, R. 1986. *Law's Empire*. London, Fontana Press, 470 p.
- DWORKIN, R. 2010. *Levando os direitos a sério*. São Paulo, Martins Fontes, 568 p.
- FERRAZ JÚNIOR, T.S. 2002. *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo, Atlas, 286 p.
- HART, H.L.A. 2009. *O conceito de direito*. São Paulo, Martins Fontes, 399 p.
- KALINOWSKI, G. 1965. *Introduction à logique juridique*. Paris, Pichon et Durand-Auzias.
- KELSEN, H. 1976. *Teoria pura do Direito*. Coimbra, Armenio-Amado, 484 p.
- LEFORT, C. 1986. *Essais sur le politique*. Paris, Seuil, 331 p.
- LEFORT, C. 2007. *Le temps présent, Écrits 1945-2005*, Paris, Belin, 10041 p.
- LUHMANN, N. 2007. *La sociedad de la sociedad*. México, Herder, 954 p.
- LUHMANN, N. 1985. *Sociologia do Direito –II*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 212 p.
- MACCORMICK, N.; WEINBERGER, O. 1986. *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 229 p.
<http://dx.doi.org/10.1007/978-94-015-7727-4>
- MATURANA, H.R.; VARELA, F. 1996. *El árbol del conocimiento: las bases biológicas del conocimiento humano*. Madrid, Debate, 172 p.
- NONET, P.; SELZNICK, P. 2010. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro, Revan, 174 p.
- PARSONS, T. 2010. *A estrutura da ação social*. Petrópolis, Vozes, vols. I e II, 999 p.
- RAWLS, J. 1980. *A Theory of Justice*. Cambridge, Harvard University Press, 461 p.
- RAZ, J. 2012. *O sistema do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 326 p.
- REALE, M. 1968. *Teoria tridimensional do Direito*. São Paulo, Saraiva, 105 p.
- ROBLES, G. 1982. *Epistemología y Derecho*. Madrid, Pirámide, 310 p.
- ROCHA, L.S. 2003. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2ª ed., São Leopoldo, Editora Unisinos, 201 p.
- ROCHA, L.S. 2005. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: L.S. ROCHA; G. SCHWARTZ; J. CLAM, *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 9-48.
- ROCHA, L.S.; KING, M.; SCHWARTZ, G. 2009. *A verdade sobre a auto-poiese no Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 148 p.
- SAUSSURE, F. de. 1985. *Cours de linguistique générale*. Paris, Payot, 520 p.
- VERNENGO, R.J. 1976. *Curso de Teoria General del Derecho*. Buenos Aires, Cooperadora del Derecho, 461 p.
- VON WRIGHT, G. 1963. *Norm and Action: A Logical Enquiry*. London, Routledge & Kegan Paul.
- WARAT, L.A. 1985. *O Direito e sua linguagem*. Porto Alegre, Safe, 120 p.

Submetido: 10/11/2013

Aceito: 22/11/2013