

NOVAS PERSPECTIVAS DA TEORIA DO DIREITO

Leonel Severo Rocha

INTRODUÇÃO

1. Não é nenhuma novidade falar das insuficiências teórico-políticas da teoria do direito. É hoje até certo modismo, um consenso prévio. Dizer que existe uma crise do direito. Porém, ao lado dessa crescente crítica, existe uma reduzida elaboração de pressupostos teóricos sérios para o repensar do direito. Segundo nossa maneira de perceber esse problema isto decorre, entre outros motivos da falta de maior discussão a respeito de seus pressupostos teóricos.

O nosso objetivo nesta rápida comunicação é, portanto, salientar que somente uma nova matriz teórica pode nos ajudar na reconstrução da teoria jurídica contemporânea que, até então, enfrenta grandes dificuldades para a compreensão e a transformação dos acontecimentos do final do século, nos quais está se configurando uma cultura política voltada a uma nova forma de sociedade, ainda não tematizada suficientemente.

2. Visando a facilitar a exposição (para aqueles que não estão habituados com a epistemologia jurídica), pode-se, como opção metodológica, aglutinar as principais teorias jurídicas contemporâneas conforme o campo de racionalidade no qual se inserem. Assim, obtém-se a sua matriz epistemológica dominante.

A matriz epistemológica dominante impõe os critérios exigidos para a construção do conhecimento, caracterizando um estilo científico próprio de racionalidade, tendo sempre em vista os problemas específicos a que se dirige. A racionalidade do estilo científico assim também de sua articulação com as questões privilegiadas historicamente. Isso implica igualmente uma reavaliação

da filosofia, vista por nós como o parâmetro crítico desses estilos de racionalidade. Incumbe à filosofia questionar a legitimidade teórico-política dos saberes.

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

3. De modo geral, pode-se explicar os critérios, as especificidades e as nuances que a teoria jurídica configurou¹, na tentativa de elaboração de uma racionalidade capaz de transformar o direito em uma ciência, analisando-se as suas matrizes teóricas. Nesse sentido, a "Teoria Pura do Direito", de *Hans Kelsen*, a "Jurisprudência" de *Herbert Hart*, ou o "Realismo Jurídico", de *Alf Ross*, para citar as propostas mais conhecidas, procuraram construir, sob diferentes pressupostos epistemológicos, um estatuto de cientificidade neopositivista para o direito: uma metodologia que procura elaborar uma linguagem rigorosa para o direito.

Entretanto, apesar de todos esses esforços, nos últimos tempos, essa noção de ciência do direito, que em grandes traços se enquadra na chamada filosofia analítica normativista, baseada em critérios sintático-semânticos, tem sido forçada a alterar-se devido às suas dificuldades em fazer frente ao surgimento de novas exigências teórico-sociais. Desse modo, a filosofia analítica na atualidade tem se voltado para a análise de critérios pragmáticos de racionalidade.

Essa concepção desloca a racionalidade jurídica da perspectiva estrutural, voltada somente para os seus aspectos normativos, para a perspectiva funcionalista, dirigida igualmente às suas funções sociais. Desse modo, esse ponto de vista permite melhor compreensão das relações do direito com a política, principalmente, a respeito do problema da democracia.

Em virtude dessa constatação das limitações das análises centradas exclusivamente nas normas, como pressuposto para uma abordagem mais

¹ Conforme já assinalamos anteriormente em "Matrizes Teórico-Políticas da Teoria Jurídica Contemporânea" (Revista *Sequitência*, n.26, Florianópolis : Editora UFSC).

sofisticada da complexidade social, abriu-se importante espaço na epistemologia jurídica para novas perspectivas teóricas, notadamente a filosofia analítica pragmática, a hermenêutica e a teoria dos sistemas.

4. Nessa linha de idéias, uma matriz teórica consistente deve estar apta a refletir o direito a partir da especificidade de sua racionalidade, levando em consideração, simultaneamente, noções mais modernas da sociedade e da política, ou seja, desde a hiper-complexidade da sociedade contemporânea, sob pena de descontextualizar-se completamente. Nesse sentido, é interessante analisar o potencial heurístico dessas matrizes.

Para os fins desta comunicação, comentaremos, brevemente, aquela que denominamos Matriz Pragmático-Sistêmica, que pretende pensar o direito como componente de uma estrutura social complexa e diferenciada².

Em classificação anterior das matrizes da teoria jurídica contemporânea já tínhamos salientado a existência de uma Matriz Sistêmica. Porém, os últimos trabalhos de alguns autores, como *Niklas Luhmann*, notadamente, a partir dos conceitos de risco e paradoxo, centrados na constante diferenciação dos sistemas sociais, permitem, a nosso ver, um passo à frente em relação à teoria dos sistemas tradicionais, voltada à adaptação e à estabilização da sociedade. Por isso a chamamos de Pragmático-Sistêmica.

A MATRIZ PRAGMÁTICO-SISTÊMICA

1. Essa matriz realmente provoca uma mudança epistemológica na teoria jurídica e por isso ainda não chegou a ter grande influência na dogmática dominante. O ponto de partida são as análises de *Luhmann* sobre a "Teoria dos Sistemas" de *Parsons*³.

² Nos referimos à proposta epistemológica da *Teoria da Sociedade*, de *Niklas Luhmann*: *LUHMANN, Niklas, DE GEORGI, Raffaele. Teoria della società*. Milán : Franco Angeli, 1992.

³ *PARSONS, Talcott. The system of societies*. 1969. Torres Nafarrata. Guadalupe : Universidade de Guadalupe, 1993.

⁴ *Teoria de la sociedad*. Trad. Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos e Javier Torres Nafarrata. Guadalupe : Universidade de Guadalupe, 1993.

Parsons elaborou uma "Teoria Geral da Ação", que poderia ser aplicada a todos os fenômenos sociais, entre eles o direito.

Niklas Luhmann adaptou alguns aspectos da teoria de Parsons, somente na primeira fase de sua atividade intelectual, que caracterizou a matriz inicialmente, por nós, denominada de sistêmica. Porém, mais tarde, Luhmann voltar-se-ia na segunda fase, a uma perspectiva epistemológica chamada autopoietica (Varela-Maturana), que, ao ser aplicada ao direito, caracteriza a sua sistematicidade a partir de suas condições de auto-reprodução de suas condições de possibilidade de ser. Para tanto, coloca como objeto de seu campo temático a Comunicação: somente a comunicação pode produzir comunicação. Assim, rompe com o funcionalismo parsoniano, voltado à teoria do interesse, cuja racionalidade depende da ação do ator em relação a determinados fins.

2. A perspectiva Pragmático-Sistêmica permite afirmar que as funções pragmáticas da linguagem nos processos de decisão jurídica podem ser redêfidas no interior do sistema. Nessa linha de idéias é que se pode entender porque Luhmann, indo bem além de Kelsen (analítica normativista), já em sua primeira fase, define o direito como "uma estrutura de generalização congruente em três níveis: temporal (normas) social (institucionalização) e prático ou objetivo (núcleo significativo)".⁴

Isso porque para Luhmann⁵ "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". Essas 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 expectati-

⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

⁵ _____. *Sociologia do Direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

vas podem ser fixadas também através da delimitação de um sentido idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas".

Num mundo altamente complexo e contingente, o comportamento social, para Luhmann, requer reduções que irão possibilitar expectativas comportamentais recíprocas. A consecução disso reside então em harmonizar as dimensões, mediante reduções que irão se dar em cada uma delas, por intermédio de mecanismos próprios. Isso caracteriza o que Luhmann denomina generalização congruente. O termo congruente e derivado de congruência significa coerência. 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 e generalizados para as expectativas significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contratática."

Nessa ordem de idéias, 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, embora visto como 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, essa complexidade heterogênea, causada pela chamada dupla contingência, é combatida pelos processos de identificação estrutural, somente possíveis com a criação de diferenças funcionais.

RISCO E PARADOXO

1. Contudo, como já assinalamos, Luhmann, na atualidade, atravessa outra fase teórica, que pode ser chamada de autopoietica. Nessa fase mais

evolvida, radicaliza-se a sua crítica da sociedade, graças a suas concepções de risco e de paradoxo, que apontam para interessantes avanços da discussão a respeito da racionalidade do direito e da sociedade.

A teoria da sociedade autopiética de Luhmann procura explicar a sociedade como sistema social. É importante nessa matriz epistemológica demonstrar que certos elementos básicos tornam possível distintas formas, entre infinitas possibilidades de interação social. Isso implica uma grande complexidade, que exige cada vez mais subsistemas, como o direito, a economia, a religião etc, que por sua vez de diferenciam criando outros subsistemas e assim sucessivamente. Existem então dois problemas principais que a sociedade se coloca: a complexidade e a dupla contingência.⁶

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. Isso torna possível a evolução social, porém decisiva é nesse sentido a diferenciação.

Entretanto, para os objetivos de nossa comunicação interessa-nos acentuar a categoria risco: "um tema que interessa para a comunicação política, científica, tecnológica, institucional, econômica"⁷. Ou seja, na sociedade complexa o risco torna-se um elemento decisivo. O risco é um evento generalizado da comunicação, sendo uma reflexão sobre as possibilidades de decisão. Geralmente se relaciona o risco com o problema da segurança. Na versão sistêmica prefere-se colocar o risco em oposição ao perigo, por entender-se que os acontecimentos sociais são provocados por decisões contingentes (poderiam ser de outra forma), não permitindo mais se falar de decisão segura.

A diferença entre risco e perigo está ligada à possibilidade ou não da tomada de decisões. Por exemplo, um motorista de automóvel corre o risco ao dirigi-lo numa auto-estrada, já o passageiro corre o perigo. O motorista decide a respeito das manobras a serem executadas e o "carona" apenas observa.

⁶ LUHMANN, 1984.

⁷ DE GIORGI, 1993.

Com a constatação da presença permanente do risco nas decisões percebe-se o inevitável paradoxo da comunicação na sociedade moderna. Por isso, a sociedade moderna 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 ampliam-se 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. Por exemplo, há mais pobreza, porque há mais riqueza.

Nessa 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 compreensão. A concepção de sociedade de risco torna ultrapassada toda a sociologia clássica voltada seja para a segurança social, seja para o conflito de classes determinado dialeticamente; 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 mais realista, pragamático-sistêmica.

2. A concepção luhmaniana de paradoxo, ao lado da concepção de risco, modifica radicalmente a teoria jurídica contemporânea. Em relação ao paradoxo, por dois motivos, para nós, indissociáveis, que queremos deixar bem-esclarecidos: o primeiro, ligado ao pluralismo metodológico, pressupõe que existam várias maneiras, simultâneas, de observar (teoria) a auto-observação (dogmática) do direito; o segundo, é que o paradoxo caracteriza o pelas distintas observações - sobre observações - deve ser estimulado como intuito de assimetizar-se as tautologias da dogmática jurídica produzindo-se novo direito. Pois, como salienta Heinz Von Foerster, o "paradoxo é aquilo que destrói a legitimação do ortodoxo".

Pode-se dizer que a teoria jurídica contemporânea mantém uma atitude paradoxal com a dogmática jurídica - e com o próprio direito - no sentido que faz parte e não faz parte dessa: é teoria e prática simultaneamente-

te. Isso pode ser esclarecido ampliando-se, ainda mais, a perspectiva da noção de direito desenvolvida por Dworkin, que, a partir de uma revisão crítica de Hart (e de Keisen), afirma que fazem parte do direito, além das regras (normas), inclusive secundárias, também os princípios e as diretrizes políticas.

Nessa ótica, pode-se entender que a teoria jurídica igualmente complementa as possibilidades de reconhecimento pragmático-hermenêutico do direito. Porém, Dworkin não explica completamente, segundo a nossa opinião, como é possível essa interação na dogmática jurídica, embora proponha nova teoria da interpretação desde a hermenêutica de Gadamer-Habermas. O fato é que afirmar que princípios e diretrizes da teoria jurídica fazem parte da interpretação do direito, pode ser visto como um paradoxo.

Na linha da teoria sistêmica de Luhmann, entretanto, falar-se de paradoxos do direito não é nenhum problema, sendo, ao contrário, condição necessária para a compreensão e a crítica do direito: a constatação do paradoxo é um estímulo para a crítica e a questão que surge não é a da eliminação do paradoxo, como tentou a lógica clássica, mas a de ampliá-lo, desenvolvê-lo.

Dessa forma, desde o contrutivismo radical de Von Foerster, seguido por Luhmann, pode-se procurar descrever a maneira como pragmaticamente utilizam-se os paradoxos do direito. Para nós, a teoria jurídica articula-se com a dogmática jurídica desse modo (paradoxal).

Os paradoxos surgem quando as condições de possibilidade de uma operação são também as condições de sua impossibilidade. A mitologia grega é uma boa fonte para exemplificar-se os paradoxos. Já Hesíodo na *Teogonia* salientava que "no princípio existia o caos". O caos foi o princípio criador, o ponto inicial que contém a origem do universo: o indeterminado seria a unidade.

Essa idéia nos permite nova interpretação do destino para os gregos. Como se sabe o destino era a lei que regia o universo, estando todos, sem exceção, sujeitos a essa lei. Porém o deus supremo, senhor dos deuses, Zeus, elaborava a lei. Isso caracteriza um paradoxo, que não deixa de ser semelhante ao bíblico, que afirma a perfeição de Deus, o bem, que, no entanto, permitiu a criação da imperfeição, o mal. No caso de Zeus, este temia a profecia (destino) de que um de seus filhos iria derrotá-lo.

Desse modo, Zeus não fugiria ao destino, como antes o fizeram Urano e Cronos - seu pai -, mas não fora ele mesmo a elaborar o destino? O paradoxo é: o criador da lei pode ser regido por ela? A resposta é que pragmaticamente é possível que Zeus crie o destino e seja atingido por ele. Esse paradoxo não impede a comunicação, pois Zeus não tem a consciência do paradoxo, não observa com total visibilidade a comunicação - condição, também paradoxal, para a visibilidade: a comunicação depende de uma articulação entre o visível e o invisível (Merleau-Ponty).

O paradoxo somente é visível para um observador de segunda ordem, meta-observador que indica os pontos onde as distinções, se aplicando a si mesmas, se impossibilitam. Porém, pode-se perceber uma possibilidade criativa e fundamental dos paradoxos: esses criam caos, a assimetização, provocando a dinâmica histórica e a evolução. Sem paradoxos não existiria a mitologia grega, nem direito e a sociedade.

Nessa linha de raciocínio, analisando-se o direito desde a teoria jurídica, percebe-se por que e como a auto-observação do direito produz a dogmática jurídica. Essa é decorrente de distinções que não podem perceber os seus paradoxos constitutivos. Somente pode-se ver os paradoxos quando se aplicam as distinções (metadescrições) sobre as distinções primeiras. Essa atividade de observação da auto-observação da dogmática é básica nas teorias jurídicas. Nesse sentido, as teorias jurídicas são paradoxais pelo fato de suas descrições co-constituírem e não co-constituírem o direito.

MATRIZ PRAGMÁTICA-SISTÊMICA E DEMOCRACIA

Por último, não poderíamos deixar de comentar, em nossa atitude epistêmica, como fica a questão democrática, em relação a essa matriz. Nesse sentido, entendemos que a sua concepção de sociedade, a partir de conceitos como de complexidade, paradoxo e risco se aproxima, no sentido político, da idéia de Invenção Democrática de Claude Lefort⁸.

Assim, pretendemos concluir lembrando a nossa proposta de constituição de uma nova cultura política para que se ajude a permitir a livre

⁸ LEFORT, Claude. *Essais sur le politique*. 1986.

Essa idéia foi por nós desenvolvida em outros trabalhos (Rocha, 1992).

irrupção de uma sociedade democrática, não-totalitária (Rocha, 1992). Isso implica a necessidade de se repensar em 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. A contribuição da matriz Pragmático-Sistêmica é portanto evidente.

Nessa ótica, podemos adiantar que não existe democracia com verdade (sintático-semântica). A democracia é o lugar da indeterminação e da invenção (Lefort), da possibilidade do risco e do paradoxo (Luhmann), pois somente o totalitarismo fornece a tranquilidade dos lugares preestabelecidos.

A democracia constitui-se (enquanto forma política - Lefort, 1986) centro de articulação e auto-instituição da sociedade, onde a política não é vista como 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 auto-instituição do social (Castoriadis).

Todos esses fatores nos exigem uma revolução epistemológica que avançando além da racionalidade analítica dominante aponta para uma racionalidade também pragmático-sistêmica. Porém, trata-se de uma crítica voltada ao controle democrático da produção dos mecanismos procedimentais e decisórios do direito, nunca uma pura negação irracionalista ou ideológica das regras do jogo, que nos colocaria numa etapa pré-analítica.

A invenção democrática é a possibilidade da tomada de decisões sempre diferentes, inserindo a sociedade no paradoxo comunicativo do risco. A matriz Pragmático-Sistêmica procura refletir essas ambivalências e alteridades com o intuito de permitir uma perspectiva mais consciente e lúcida da teoria jurídica e da democracia.