

RISCO E DECISÃO JURÍDICA NAS MATRIZES ANALÍTICA, HERMENÊUTICA¹ E PRAGMÁTICO-SISTÊMICA**RISK AND LEGAL DECISION IN ANALYTICAL MATRICES, HERMENEUTICS AND PRAGMATICS-SYSTEM****Fernanda Busanello Ferreira♦****RESUMO**

A sociedade contemporânea é marcada pela extrema complexidade, pela contingência e pelo risco. No entanto, no direito ainda são tomadas decisões dentro de um modelo teórico desenvolvido para resolver os problemas da modernidade; portanto, muito ligado à idéia de racionalidade, positivismo e segurança. Mesmo o avanço da compreensão hermenêutica do direito acabou se mostrando insatisfatória para construir respostas coerentes com a sociedade atual. Desta forma, a abordagem proposta pela matriz pragmático-sistêmica pretende introduzir no Direito uma nova forma de estruturação do pensamento jurídico que incorpore o risco como inerente ao seu funcionamento.

PALAVRAS-CHAVE: matrizes jurídicas, risco e decisão.

ABSTRACT

Contemporary society is marked by extreme complexity, contingency and risk. However, even the law decisions are made within a theoretical model developed to solve the problems of modernity, so much connected with the idea of rationality, positivism and security. Even advancing understanding of the hermeneutics of law turned out to be unsatisfactory to build a coherent response to current society. Thus, the pragmatic approach proposed by matrix-system aims to introduce a new law in order to structure the legal thinking that incorporates risk as inherent to its operation.

KEYWORDS: Legal matrix, risk and decision.

¹Artigo recebido em 20 de junho de 2010

♦Professora de Direito da UNIBRASIL/PR. Graduada em Direito pela Universidade de Cruz Alta/RS. Especialista em Direito Público (UCS/ESMAFE/RS). Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul/RS. Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná/PR, na linha de Direitos Humanos e Democracia. Artigo publicado como resultado das atividades desenvolvidas na UNIBRASIL como Professora Pesquisadora na linha de Teoria do Direito.

E-mail: profa.fernanda@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Antes do desenvolvimento da concepção positivista do direito, na época feudal, o direito era lido de forma jusnaturalista, ou seja, havia uma compreensão do direito como direito natural, inerente ao ser humano, considerado imutável e indiferente às transformações sociais. A bem da verdade esta era a forma ideal de direito para legitimar uma sociedade com uma estrutura social bastante estagnada. Contudo, a passagem para a modernidade, caracterizada pelo dinamismo social, acabou por transformar tal noção inserindo o direito positivo como forma de “resolver” os problemas gerados em sociedade (matriz analítica).

Revelada a insuficiência da matriz positivista nas sociedades contemporâneas, altamente complexas, emergiram dois movimentos de antítese com propostas para promover soluções mais satisfatórias à sociedade no plano jurídico, quais sejam: matriz hermenêutica e matriz pragmático-sistêmica. A indagação que move esse estudo é: alguma dessas matrizes é capaz de assimilar o risco inerente à sociedade atual? Em outras palavras, como tais matrizes constroem soluções e como lidam (se é que lidam) com o risco, dada a impossibilidade de não-decisão imamente ao jurídico?

O RISCO NA MATRIZ ANALÍTICA

A matriz analítica (positivismo jurídico) desenvolve-se num contexto moderno em que a idéia de racionalidade era bastante forte na ciência e no mundo. Desta forma, o direito foi desenvolvido articulando-se postulados racionais, lógicos e coerentes lingüisticamente.

O desenvolvimento do positivismo teve seu ápice com as idéias de KELSEN². A teoria kelseniana tem profunda relação com as idéias desenvolvidas pelo Círculo de Viena, articulado entre os anos 1929 e 1940. A Escola de Viena caracterizava-se pela busca da metodologia perfeita, como refere SCHWARTZ:

os integrantes do Círculo de Viena acreditavam que as palavras da lei deviam fazer valer as regras semânticas, isto é, não há na lei letra a mais do que o necessário, pois toda letra de um diploma legal possui um significado, e, por este motivo, encontra-se em seu corpo. A lei não pode ressentir-se de vício algum, quanto mais em sua linguagem. Para o Círculo de Viena, a crise da ciência residia no problema da linguagem. Assim, a descoberta de uma linguagem neutra, capaz de traduzir perfeitamente o pensamento vigente, resolveria o problema do conhecimento³.

O pensamento de KELSEN é claramente marcado pelos estudos do Círculo e desenvolveu-se com a finalidade de conferir à ciência jurídica objeto e métodos próprios permitindo ao jurista autonomia científica. Buscava-se, assim, uma pureza no estudo do direito - enquanto ciência - a partir da redução do objeto de estudo do cientista jurídico à norma, visando uma pureza axiológica. Acabando com todas as controvérsias sobre uma possível mediocridade da teoria kelseniana explica ROCHA que “na teoria pura uma coisa é o direito, outra distinta é a ciência do direito. O direito é a linguagem do objeto, e a ciência do direito, a metalinguagem: dois planos lingüísticos diferentes”⁴.

O direito, nesta perspectiva, é percebido como um sistema hierarquizado de normas, cujo escalonamento implica em que as normas estão localizadas em diferentes níveis, sendo que a norma inferior

² KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

³ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Considerações sobre a teoria kelseniana. In: GRUNWALD, Astried Brettas (org.). Revista do Curso de Direito. – v.5, n. 5 (jan./dez.) – Cruz Alta: UNICRUZ, 2000. p. 97.

⁴ ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.p. 16

encontra seu fundamento de validade na norma superior, cujo fundamental último seria a norma fundamental.

A norma fundamental (pressuposição hipotética) autolegitima todo o sistema proposto por KELSEN, mantendo uma coerência, de forma que o direito pode ser descrito como um sistema fechado.

A teoria kelseniana refere que o direito situa-se no mundo do ‘dever-ser’ em contraposição ao mundo do ‘ser’. À idéia de dever-ser associa-se a imputação. No modelo kelseniano, o direito é uma ordem normativa e todos os problemas jurídicos devem ser postos e resolvidos como problemas de ordem.

Neste sentido, a purificação da ciência do direito é realizada por Hans KELSEN a partir de cinco níveis, ou cinco purificações, quais sejam, a purificação anti-causalística ou anti-naturalística, que definiu a ciência do direito como sendo normativa como a teologia e a ética, afastando de sua análise o que chamou de ciências causais; a purificação intranormativa, onde separa, dentro das ciências normativas, o direito da ética e da teologia; a purificação política e ideológica, afastando da ciência do direito compromentimentos de ordem moral, política ou ideológica, preocupando-se tão-somente com a normatividade; a purificação anti-jusnaturalista que defende que a preocupação da ciência do direito deve estar voltada ao direito positivo, posto, factual, e não a um pretense direito natural; e, por fim, a purificação monista onde, para análise científica, não há separações entre as várias áreas do Direito (civil, penal comercial, etc.)⁵.

Assim, a tentativa de KELSEN, firmada no postulado da autolimitação da pesquisa tão só no enunciado das normas jurídicas, com exclusão de qualquer dado histórico, psicológico ou social e de qualquer referência às funções sociais que a aplicação prática destas normas pode garantir, é perfeitamente semelhante à de SAUSSURE que fundamenta a sua teoria pura da língua na distinção entre lingüística interna e a lingüística externa, quer dizer, na exclusão de qualquer referência às condições históricas, geográficas ou sociológicas do funcionamento da língua ou das suas transformações⁶.

Devido a esta influência a teoria kelseniana esteve muito ligada a uma abordagem estrutural e descritiva do direito. Importante destacar que outro contemporâneo de KELSEN auxiliou na construção da matriz analítica do direito, trata-se de Norberto BOBBIO⁷ para quem “o problema do jurista seria a construção de uma linguagem em que se estabelece as regras de uso das definições jurídicas”⁸.

Foi, portanto, BOBBIO “quem de fato aplicou a metodologia da filosofia analítica, por meio do neopositivismo, à tese do normativismo de Kelsen”⁹. A ambição do positivismo jurídico foi “assumir uma atitude neutra diante do direito, para estudá-lo assim como é e não como deveria ser: isto é uma teoria e não uma ideologia”¹⁰.

Neste sentido, BOBBIO apresenta uma profunda preocupação com a coerência do ordenamento jurídico e apresenta uma teoria que busca eliminar as antinomias, considera o autor que “a situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontram os juristas de todos os tempos”¹¹. Em suma, o fato de o direito não tolerar antinomias reside na tentativa de observar o direito como sistema fechado como única condição de possibilidade válida, consolidando a idéia de direito iniciada por KELSEN.

Caracterizados os principais autores da matriz analítica, cabe referir que seus pensamentos permitiram a construção da denominada dogmática jurídica que possui uma estrutura temporal específica que objetiva o controle das decisões: ela tenta responder os problemas a priori. Explicando melhor, o positivismo, através de seu apego à lei tenta prever antecipadamente as soluções para os problemas futuros¹².

⁵Conforme entendimento Waratiano. WARAT. Luis Alberto. A pureza do poder. Santa Catarina: UFSC, 1983.

⁶BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Lisboa: Difusão, 1989. p. 211.

⁷BOBBIO, Norberto. Il positivismo giuridico. Torino: G. Giappichelli, 1996.

⁸ROCHA, Leonel. Interpretação jurídica e racionalidade. In: Revista da Faculdade de Direito de Cruz Alta- v. 04, n. 4 – Cruz Alta: UNICRUZ, 1999. p. 46

⁹ROCHA, Leonel. Epistemologia Jurídica e Democracia. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 18.

¹⁰BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999. p. 223

¹¹BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 81

¹²Como refere WARAT o direito na versão positivista emerge como “um modelo axiomático, um sistema completo, dotado de plenitude hermética, do qual se pode extrair conclusões para todas as hipóteses”. WARAT, Luis Alberto.

Analogamente a um software de computador, esta matriz pretendeu construir um programa capaz de fornecer todos os comportamentos, todas as possibilidades de ação e organização social¹³. Acreditava-se num fechamento operativo do sistema do direito como forma de enfrentar as questões impostas pela sociedade. Assim, num primeiro momento na teoria do Direito, o normativismo formou um sistema dogmático hierarquizado, um sistema fechado. O juiz seria como um operador deste programa, sendo incapaz de alterá-lo por meio de suas operações devido à impenetrabilidade do sistema que fora construído de forma a permitir a realização desta atividade imparcial (pelo menos era nisto que se acreditava).

Inegavelmente, tal matriz difunde-se por todo o ocidente sendo considerada a matriz teórica que melhor representa o Direito da modernidade. Resume ROCHA:

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 conseqüências teóricas graves, devido à sua incapacidade de pensar uma complexidade social mais ampla¹⁴.

Como se pode observar para esta matriz não existe a idéia de risco, pois se acredita na possibilidade de total previsibilidade dos fenômenos e na garantia das decisões (dado o pressuposto de neutralidade dos juízes). A matriz analítica está fortemente ligada à idéia de segurança jurídica. Acredita-se na lei como fonte de imunização, como forma de controle do tempo. Ou seja, esta matriz representa uma tentativa de controlar pelo passado toda manifestação possível de situações no futuro, implicando na necessidade de se antecipar para se ter as melhores estratégias e produzir melhores resultados e decisões. A noção de risco inexistente, portanto, ao contrário da idéia de segurança, que é muito forte.

Em suma, o paradigma positivista do início do séc. XX, caracterizou-se por seu rígido formalismo e pela ausência de qualquer fundamento teórico-filosófico, exigindo, assim, a sujeição do juiz a critérios estritamente formalistas na aplicação da lei, prescindindo dos condicionamentos sociais, culturais ou éticos do seu meio. A segurança jurídica tinha evidentemente a primazia nesta perspectiva e o risco era totalmente ignorado.

O RISCO NA MATRIZ HERMENÊUTICA

Se por um lado, a proposta de primeira matriz foi a de associar o direito a uma forte idéia de neutralidade e racionalidade, houve um movimento de antítese a esta proposta que partiu justamente do questionamento dos seus ideais. A hermenêutica¹⁵ surge tocando nas feridas da matriz analítica.

Dado a analogia referida no item anterior que comparou a analítica com um programa de computador, imagine-se que a hermenêutica revele que os operadores do sistema invariavelmente irão interferir no resultado final devido ao fato de que ao realizarem uma escolha entre os diferentes tipos de comandos estarão fazendo-a sem imparcialidade/neutralidade, mas sim inconscientemente motivados por padrões pessoais de conduta. É o que mais ou menos ocorreu, como será verificado.

A matriz hermenêutica emerge como crítica da matriz analítica, pois coloca os textos e seus senti-

Mitos e teorias na interpretação da lei. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 50

¹³Essa idéia de ordem é também contemplada através da instituição de Códigos pelo Direito.

¹⁴ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia...Op. cit. p. 98

¹⁵Etimologicamente, como informa PALMER, hermenêutica remonta ao verbo grego hermeneuein, geralmente traduzido por “interpretar”, e ao substantivo hermeneia, “interpretação”, objeto do tratado Peri hermeneias, “Da interpretação”, de Aristóteles. O termo aparece também em Platão e na maior parte dos escritores antigos mais conhecidos, como Xenofonte, Plutarco e Eurípides. O deus Hermes -- não se sabe se seu nome deu origem ao termo, ou vice-versa -- era associado, segundo Palmer, à função de transmutar aquilo que estivesse além do entendimento humano em uma forma que a inteligência humana pudesse compreender. PALMER, Richard. Hermenêutica. Lisboa: Edições 70, 1999.

dos no centro das discussões ao invés de privilegiar aspectos mais estruturais. Isto significa que ela aprofunda a questão da interpretação normativa, dando uma função muito importante também aos operadores do Direito.

De fato, desde o começo do século XX, se tem aberto espaço na teoria do direito à idéia de que o direito não se esgota/finda no texto, no puro enunciado legislativo. Cada vez mais se fortalece a idéia de que a atividade interpretativa é uma mediação para a concretização do enunciado legal, a fim de poder aplicá-lo nos casos concretos, e de que essa interpretação, que tem um componente sempre criativo, contextual e pessoal, é constitutiva ou co-constitutiva da norma jurídica em si, do próprio objeto do direito¹⁶.

A hermenêutica deixa de ser um método para tornar-se uma ontologia, afirmando que o conhecimento metodológico das ciências deriva da compreensão das coisas, como afirma HEIDEGGER:

a interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar isenta de pressuposições. (...) Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já “põe”, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia¹⁷.

Por sua vez, GADAMER procura desenvolver, a partir de Heidegger, uma hermenêutica de orientação ontológica, na qual a compreensão aparece como um modo peculiar da existência do ser. A compreensão ocorria a partir de nossos pré-conceitos (ou pré-juízos), que são muito mais do que meros juízos individuais, mas sim a realidade histórica do nosso ser, conforme o autor:

a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa de conjunto¹⁸.

Incrementou-se assim a visão do direito que acreditava que o jurídico tinha uma essência consistente pré-estabelecida ao tratamento prático dos casos que decidia (o que permitia também a neutralidade das decisões). Nesta perspectiva, o direito não corresponde mais ao direito dado antes da decisão, mas é a soma do direito dado com o direito construído na aplicação ao caso concreto²⁰.

A importância de HEIDEGGER e GADAMER para o direito é enfatizada por STRECK para quem:

os contributos da hermenêutica filosófica para o direito trazem uma nova perspectiva para a hermenêutica jurídica, assumindo grande importância as obras de Heidegger e de Gadamer. Com efeito, Heidegger, desenvolvendo a hermenêutica no nível ontológico, trabalha com a idéia de que o horizonte do sentido é dado pela compreensão; é na compreensão que se esboça a matriz do método fenomenológico. A compreensão possui uma estrutura em que se antecipa o sentido. Ela se compõe de aquisição prévia, vista prévia e antecipação nascendo desta estrutura a situação hermenêutica. Já Gadamer, seguidor de Heidegger, ao dizer que ser que pode

¹⁶AMADO, Juan Antonio García. Ensayos de Filosofía Jurídica. Colômbia: Temis, 2003. p. 218

¹⁷HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Petrópolis, Vozes, 1988. p. 207.

¹⁸GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 489.

¹⁹AMADO, Juan Antonio García. Op. cit. 222

ser que pode ser compreendido é linguagem, retoma a idéia de Heidegger da linguagem como casa do ser, onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado. Daí que, para Gadamer, ter um mundo é ter uma linguagem. As palavras são especulativas, e toda interpretação é especulativa, uma vez que não se pode crer em um significado infinito, o que caracterizaria o dogma. A hermenêutica, desse modo, é universal, pertence ao ser da filosofia, pois, como assinala Palmer, a concepção especulativa do ser que está na base da hermenêutica é tão englobante como a razão e a linguagem ²⁰.

ROCHA²¹, por sua vez, entende que a hermenêutica é uma derivação crítica da filosofia analítica que se baseou nos trabalhos de WITTGENSTEIN o qual “redefiniu a ênfase no rigor e na pureza lingüística por abordagens que privilegiem os contextos e funções das imprecisões dos discursos” ²². A hermenêutica se preocuparia, diferentemente da matriz analítica, com a interpretação dos textos²³.

A contemplação das idéias propagadas pela hermenêutica filosófica respaldou o surgimento da hermenêutica jurídica que se apresenta na obras de HART²⁴ e DWORKIN²⁵.

A teoria hartiniana tem inspiração nas obras de WITTGENSTEIN²⁶. Para HART o direito normatizado deve responder a todas as questões juridicamente suscitadas e se não puder resolver (hard cases), o magistrado usa seu poder discricionário e cria o direito aplicável ao caso. Esta criação, na visão de Hart, seria oriunda de uma fonte externa e alheia ao Direito. Essa liberdade de criação é muito criticada na teoria hartiana e justamente neste ponto a teoria do Ronald DWORKIN surge como forma de resgate do direito no sentido de trazer de volta seu conteúdo de alcance às normas não positivadas, através da compreensão que existem princípios e dentre a análise destes é que deve surgir o direito a ser aplicado, estando a solução interna ao direito.

A teoria de DWORKIN pretende mostrar que mesmo os mecanismos do positivismo (exegese dos textos legais) poderiam levar ao juiz a chegar à resposta certa, não necessitando para isto criar um novo direito²⁷.

²⁰STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000. p. 165

²¹ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia...Op. cit.* p. 98

²²WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

²³KOZICKI comenta que “no viés da teoria dos jogos da linguagem de Wittgenstein, vemos que o direito também é constituído por um universo de diferentes usos lingüísticos (os enunciados jurídicos), os quais permitem que os seus usuários os interpretem de diferentes formas. Assim também a postura do usuário frente ao sistema pode assumir mais de um aspecto. Na perspectiva do conhecimento jurídico, um professor de direito e um juiz – este encarregado da aplicação da lei, mas ambos relacionados a um mesmo ordenamento – podem assumir pontos de vista radicalmente opostos em relação a este sistema”. KOZICKI, Katya. *O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito*. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos de Auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 133

²⁴HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

²⁵DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

²⁶Como refere KOZICKI “um dos aspectos fundamentais da obra de Hart é a sua preocupação com a linguagem que serve de base à formação dos enunciados jurídicos. Ao focar a centralidade da posição do intérprete do sistema e dentro de uma concepção do direito como fato institucional, este autor toma em consideração o aspecto pragmático da linguagem. Nesta perspectiva, tem-se em vista a função desta como instrumento de mediação na relação sujeito/sujeito. Os usos e funções da linguagem vão ser revelados dentro da situação comunicacional, tendo em vista também o contexto da enunciação. Esta tomada de posição frente ao processo de comunicação tem sua origem com a escola de Filosofia da Linguagem Ordinária, marcadamente através da obra de Wittgenstein”. KOZICKI, Katya. *Op. cit.* p. 130

²⁷Nesta perspectiva, CHUEIRI comenta que para definir o que seja a resposta certa “Dworkin lança mão da analogia do sistema jurídico com o exercício literário”. CHUEIRI, Vera Karam de. *A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin*. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos de Auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 174

Em suma, ao final do séc. XIX se vai impondo a consciência do papel criativo do juiz e da inevitabilidade e dificuldade da interpretação que sempre há de levar a cabo. Tal fato advém da consciência de que o ordenamento jurídico tem muito mais vazios que regras²⁸ resolutórias, e cada regra tem uma enorme gama de significados possíveis (normas)²⁹.

A hermenêutica representaria, portanto, um avanço da crítica jurídica porque aprofunda a questão da interpretação normativa, ou seja, fornece muito mais poder de ação aos juízes, advogados, etc.³⁰. Todavia, não explica satisfatoriamente o que seja sociedade.

Esta matriz aproxima-se um pouco mais da questão do risco, embora conscientemente não se utilize desta categoria. Devido à abertura cognitiva possibilitada pela hermenêutica dão-se os primeiros passos na direção de um direito que incorpore o risco como inerente ao processo decisório. Entretanto, a constituição lingüística do mundo valoriza demais as tradições, provocando uma orientação das decisões jurídicas ao passado. A matriz hermenêutica torna-se problemática, por exemplo, diante do risco das decisões jurídicas sobre os novos direitos, que não possuem uma tradição suficientemente consolidada para servir de vetor de racionalidade para decisões no presente. A matriz pragmático-sistêmica, por sua vez, pretende inserir o risco na complexidade de sua teoria, de forma a responder satisfatoriamente aos problemas sociais.

O RISCO NA MATRIZ PRAGMÁTICO-SISTÊMICA

Se por um lado a concepção de direito de KELSEN de privilégio da norma jurídica ganhou notoriedade e influenciou grande parte dos ordenamentos ocidentais, por outro acabou perdendo força a medida que se tornou insatisfatória, devido a sua simplicidade, para resolver as questões da complexa sociedade contemporânea. Ainda que a hermenêutica tenha despertado para algumas deficiências do apego à regra e tenha denunciado o conteúdo ideológico embutido nas decisões derivadas do positivismo, não conseguiu desenvolver uma teoria tão rica e complexa quanto a que propõe a matriz pragmático-sistêmica.

A matriz pragmático-sistêmica de Direito possibilita uma (re)construção da teoria jurídica a partir de postulados sistêmicos, compreendendo o fenômeno normativo-social como Direito Reflexivo³¹. Seus grandes expoentes são os autores Niklas LUHMANN e Jürgen HABERMAS que partem da análise da teoria de PARSONS.

O americano Talcott PARSONS, da Universidade de Harvard, buscou refletir sobre a sociedade considerando-a em sua totalidade, ao contrário de seu estudo tradicional que privilegiava as divisões isoladas; este autor define sociedade como “o tipo de sistema social caracterizado pelo nível mais elevado de auto-suficiência com relação ao seu ambiente, onde se incluem outros sistemas sociais”³². Importante mencionar que PARSONS parte de uma perspectiva interdisciplinar, inspirando-se na teoria dos sistemas da biologia e da cibernética. Na década de sessenta LUHMANN e HABERMAS direcionam-se à Harvard para estudar com PARSONS, mas algum tempo depois, os dois autores acabam por tomar rumos diferentes³³.

LUHMANN, em sua primeira fase, parte de uma análise sociológica do direito. A sociedade é vista como um sistema e o direito pode ser entendido como uma diferenciação funcional o que significaria que o sistema jurídico é um sistema que pertence a sociedade e a realiza³⁴. Portanto, o direito estaria sempre

²⁸Observe-se que alguns autores (ALEXY, CANOTILHO, ASCENSÃO) concebem a diferença entre norma e regra, em contraponto a concepção inicial proposta por KELSEN.

²⁹AMADO, Juan Antonio García. Op. cit. p. 228

³⁰ROCHA, Leonel; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. Op. cit. p. 26

³¹ROCHA, Leonel; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. Op. cit. p.7.

³²PARSONS, Talcott. O sistema das sociedades modernas. São Paulo: Livraria Pioneira, 1974. Pg. 19.

³³Para maiores detalhes ver GUIBENTIF, Pierre. Entrevista com Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

³⁴ROCHA, Leonel; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. Op. cit. p.12

vinculado à forma de sociedade vivenciada³⁵. LUHMANN parte da idéia do direito enquanto estrutura de um sistema social. E, segundo este autor, “a estrutura de um sistema social tem por função regular a complexidade do sistema”³⁶. O direito, portanto, liga-se a idéia de sociedade (está dentro da sociedade) e não se poderia pensar o direito diferentemente da forma de sociedade em que ele está inserido.

Para a formulação de sua teoria dos sistemas, LUHMANN parte da constatação de que a sociedade contemporânea é profundamente complexa e contingente e funcionalmente diferenciada³⁷. Nesse sentido, por complexidade quer-se dizer que “sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar”³⁸. Isto é, por complexidade, entende-se tudo aquilo que é um excesso de possibilidades; ou, em termos práticos, significa seleção forçada. Já por contingência, “entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas”³⁹. Em suma, contingência indica a possibilidade de que um dado seja diferente daquilo que é.

Nessa fase do pensamento luhmanniano, o direito pode ser visto como uma estrutura de Generalização Congruente de Expectativas Comportamentais Normativas. Ou seja, o direito é visto como a estrutura do sistema social; e a congruência (coerência) das expectativas é utilizada no sentido de uma seleção mais estreita⁴⁰. Significa dizer que:

*as expectativas são condensações de referências de sentido que indicam o que indica e como se delineia uma determinada situação. Tem a função de orientar de modo relativamente estável a comunicação e o pensamento frente à complexidade e à contingência do mundo*⁴¹.

Desta forma, os sistemas sociais, “estabilizam expectativas objetivas, vigentes, pelas quais as pessoas se orientam”⁴². Logo, para LUHMANN, a função do direito seria reduzir a complexidade por meio da produção de sentido. Isso a partir da seleção de expectativas comportamentais que podem ser generalizadas em três dimensões de sentido: dimensão temporal, dimensão social e dimensão prática.

Na dimensão temporal, as expectativas são estabilizadas contra frustrações através da normatização; ou seja, a generalização possibilita através da normatização (expectativas estabilizadas contrafaticamente) que exista uma maior segurança contra a frustração⁴³. Nesse sentido, LUHMANN afirma que “a normatização dá continuidade a uma expectativa, independente do fato de que ela de tempos em tempos venha a ser frustrada”⁴⁴.

Na dimensão social as expectativas são institucionalizadas (isto é, elas são amparadas sobre o con-

³⁵LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1983. p. 7.

³⁶Ibidem. p. 15.

³⁷Como refere LUHMANN “definimos o conceito de sociedade moderna através da forma da diferenciação da sociedade; assim mantemos o conceito como algo distinto das descrições que até os dias de hoje se disponibiliza na sociedade moderna para a compreensão de sua específica particularidade”. LUHMANN, Niklas. Sistemas sociais: lineamentos para uma teoria general. Barcelona: Anthopos, 1998, p. 339.

³⁸LUHMANN, Niklas. Sociologia...Op. cit. p. 45.

³⁹Idem.

⁴⁰Como preceitua SCHWARTZ “o direito torna-se um mecanismo redutor de complexidade, em que a norma serve para orientar o indivíduo, trazendo consigo mesma a possibilidade de risco, dispensando a orientação a partir de expectativas, e, por isso, reduzindo a probabilidade de dano futuro (risco). Nessa medida a regra alivia a consciência no contexto da complexidade e da contingência”. SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistema luhmanniano. In: ROCHA, Leonel; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. Op. cit. p. 77.

⁴¹CORSI, Giancarlo, ELENA, Espósito e BARALDI, Cláudio. Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann. México. Universidad Iberoamericana, 1996. pg. 79.

⁴²LUHMANN, Niklas. Sociologia...Op. cit. p. 52

⁴³NICOLA refere que “a sanção é a estratégia utilizada pelo direito para a normatização do comportamento face aos desapontamentos. A aquisição da grande improbabilidade evolutiva assinalada pela positividade diz respeito à possibilidade de alteração do direito como uma questão de routine. O que é direito hoje, pode não sê-lo amanhã. Trata-se da principal esfera de variação do sistema”. NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do direito na teoria da sociedade. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). Paradoxos de Auto-observação: percursos da teoria jurídica

senso esperado a partir de terceiros); e “através da institucionalização que o consenso geral é suposto, independentemente do fato de não existir uma aprovação individual”⁴⁵.

Já na dimensão prática, as expectativas são fixadas através de um sentido idêntico, como explica LUHMANN:

*o sentido patrocina o encadeamento das expectativas, regula a passagem de uma expectativa a outra, a assimilação de experiências e desapontamentos no contexto das expectativas, a possibilidade de substituição de antigas por novas expectativas, e também o alcance da revogação da cadeia de expectativas no caso de desapontamentos, assim como o tipo e o tempo necessário das possibilidades de assimilação daí resultantes.*⁴⁶

Essencial se faz para uma adequada compreensão do fenômeno jurídico, entender como ocorrem tais estabilizações de expectativas nos diversos planos de sentido, bem como as discrepâncias que daí resultam nas já referidas dimensões. Nas palavras de LUHMANN:

*o direito é imprescindível enquanto estrutura, porque sem a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas os homens não podem orientar-se entre si, não podem esperar suas expectativas.*⁴⁷

O direito surgiria como sistema dinâmico, funcionalmente diferenciado, em evolução permanente no seio da sociedade, e que age como redutor dessa complexidade.

Notadamente no início da década de oitenta, Niklas LUHMANN inaugura o que seria sua fase denominada autopoietica⁴⁸. Com *Sistemas Sociais* (1984), aprofunda sua teoria sociológica trazendo e incorporando elementos da biologia à sua teoria. Inspirando-se em MATURANA e VARELA, dois biólogos chilenos, alguns conceitos-chaves, tais como autopoiese e acoplamento estrutural, são incorporados a sua teoria para explicar o fenômeno social.

De acordo com MATURANA, “os seres vivos se caracterizam por – literalmente – produzirem de modo contínuo a si próprios”⁴⁹. Este é o sentido da autopoiese; refere-se a sistemas que auto-produzem seus próprios elementos.

É vital para a compreensão de tal fenômeno (autopoiese), a elucidação de ROCHA: “a autopoiese não deve ser confundida com auto-referência, pois esta seria um conceito mais geral e abrangente, referindo-se a todas as formas possíveis de circularidade e recursividade em que uma unidade operacional interage consigo mesma”⁵⁰.

Nesta ordem de idéias, a teoria dos sistemas de Niklas LUHMANN procura descrever a sociedade

contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 234

⁴⁵Idem.

⁴⁶Ibidem.

⁴⁷Ibidem.

⁴⁸Para ROCHA “a idéia de autopoiese surge como uma necessidade de se pensar aquilo que não poderia ser pensado. É um sistema que não é fechado nem aberto. Por quê? Porque um sistema fechado é impossível, não pode haver um sistema que se auto-reproduza somente nele mesmo. E um sistema aberto seria só para manter a idéia de sistema. Se falamos em sistema aberto, já nem falamos mais em sistema, podemos falar de outra coisa. Então, o sistema fechado não é possível, o sistema aberto é inútil. Há, aqui, então, a proposta de que, existindo um critério de repetição e diferença simultânea, temos uma idéia de autopoiese”. ROCHA, Leonel. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. Op. cit. p.38

⁴⁹MATURANA, Humberto R. *A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001. P. 52.

⁵⁰ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton W. de. Auto-referência, circularidade e paradoxos na teoria do direito. In. *Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado*. 2002. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2002. P. 241.

na forma de sistemas baseados em comunicação⁵¹ significativa.

A partir do acima exposto, o risco pode ser observado em três dimensões: objetiva, temporal e social. Na dimensão objetiva, o risco se expressa na forma de um problema cognitivo. Um sistema, diante da complexidade do ambiente, não tem outra alternativa senão fechar-se em um código binário que estrutura a complexidade do ambiente em uma forma reduzida.

No direito, isto significa que as decisões jurídicas não têm condições cognitivas para observar toda a complexidade do ambiente. A decisão jurídica está obrigada, como condição de possibilidade, a manter-se dentro da estrutura do sistema jurídico. Então, logo se pode ver que todos os demais sentidos não-jurídicos como os gerados na economia, na política, na ciência, na religião, etc., não são observáveis pela estrutura do sistema jurídico.

O risco das decisões jurídicas, então, fica evidente, uma vez que a decisão jurídica trabalha apenas sobre uma “realidade” jurídica, da qual ficam pré-excluídas todas as demais realidades da sociedade complexa. LUHMANN denomina esse problema de policontextualidade, cujo conceito significa que:

*a sociedade cria numerosos códigos binários e os programas que dependem destes, e ademais começa com criações de contextos que têm diferenciações muito distintas. A lógica tampouco se escapa desta regra, sem dúvida, pode entender seu contexto específico como a simplificação da policontextualidade. Se algo é inevitável, então um dos contextos emerge como aspecto indireto para a diferenciação dos outros como por exemplo o contexto político de governo/oposição para a rejeição da diferenciação verdade/falsidade.*⁵²

Pode-se ilustrar isso no âmbito de direito ambiental, quando, por exemplo, a própria constatação da existência de um dano ambiental depende de perícias técnicas que são realizadas por instâncias vinculadas ao sistema científico da sociedade. E somente no direito essas perícias serão trabalhadas a partir de um código jurídico. Um laudo de constatação de dano ambiental pressupõe conhecimentos técnicos que só a ciência disponibiliza. E quando esses laudos são trazidos para o sistema jurídico na forma das perícias técnicas, eles já perdem a sua racionalidade científica pela suplementação da racionalidade jurídica.

Na dimensão temporal, o risco pode ser observado como um problema de planejamento. Em uma sociedade onde tudo ocorre de modo simultâneo, não há como dispor de uma base segura de faticidade para a projeção de metas para o futuro. Simultaneidade significa incontrolabilidade⁵³. Significa também que o direito perde a possibilidade de servir como um instrumento de controle da forma de organização da sociedade.

Quando uma decisão jurídica, na matriz neokantiana do direito, decide com base no processo de subsunção da lei ao caso concreto, ela está, ao mesmo tempo, mantendo a continuidade do passado. Também na matriz hermenêutica ocorre esta manutenção do passado, na medida em que a orientação às tradições autênticas, reafirmam, no presente, a autoridade da tradição. Por outro lado, na matriz sistêmica, torna-se possível constatar que a produção da diferença é algo inevitável em qualquer paradigma do direito. Quando uma decisão procura confirmar um precedente, ela pode estar, ao mesmo tempo, tornando-se progressista diante da dinâmica da sociedade.

Por fim, na dimensão social, o risco conquista o status de meio de comunicação simbolicamente generalizado⁵⁴. O risco legitima decisões baseadas em situações complexas que, sem ele, seriam incomen-

⁵¹Conforme Lopes Jr. “a comunicação é o componente autopoiético dos sistemas sociais”. LOPES JR., Dalmir. Introdução. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. Op. cit. p. 7

⁵²LUHMANN, Niklas. La ciencia de la sociedad. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 468

⁵³LUHMANN, Niklas. Sociología del Riesgo. México: Universidad Iberoamericana. 1992, p. 144

⁵⁴Como meios de comunicação simbolicamente generalizados podemos citar a propriedade e o dinheiro, que codificam a oposição binária ter/não ter no sistema economia, o poder, que codifica a oposição governo/oposição no sistema político, e a teoria e o método, que codificam a oposição válido/inválido, no sistema ciência.

suráveis. Por exemplo, o uso do risco na argumentação pode convencer facilmente o licenciamento ambiental do empreendimento potencialmente poluidor diante do “risco” de desemprego. Pode também legitimar, por exemplo, uma guerra pelo risco de ataques terroristas.

No direito decidir é fundamental. As decisões movimentam o sistema jurídico, elas apresentam-se como alternativas a cerca dos caminhos a serem seguidos, de modo que “a própria decisão a respeito da mudança ou da manutenção do Direito torna-se objeto da decisão”⁵⁵.

Ao sistema jurídico não é permitido não decidir, mesmo alegando a existência de lacunas ou a inexistências de normas legais. Ou seja, as decisões no sistema jurídico possuem caráter autopoietico e paradoxal. O paradoxo se apresenta, pois a decisão é motivada pela impossibilidade da não-decisão o que leva o direito a autopoieticamente se recriar, testar e reutilizar decisões anteriores.

O conceito de risco dado por LUHMANN implica no reconhecimento de que as decisões condicionam as possibilidades de danos futuros, ainda que não se saiba de que modo este processo ocorra. Isto significa que a tomada de decisão no presente condiciona o que acontecerá no futuro e que tais decisões deverão ser tomadas sem existir uma certeza sobre o que de fato ocorrerá. Afinal, a negação da aceitação dos riscos é em si mesma um fator arriscado (grifo nosso).

Nesta perspectiva, o processo de decisão sempre será contingencial (devido a sua seletividade) e, portanto, implicará em risco. Isto significa que a decisão tomada pode não ser a correta, mas ela alivia a contingência. Não se pode, contudo, falar em certeza. Como leciona SCHWARTZ:

*a decisão jurídica é uma seleção contingencial que visa a (re)construir o futuro (variável) com base no passado (invariável – fato), procurando-se apreender o nó cego que é o presente (que só pode ser entendido pela distinção passado/futuro). Desse modo, uma decisão jurídica é dada em determinado tempo. Mais, produzirá tempo. Que tempo? Futuro, se produz diferença; passado, quando sublima a repetição.*⁵⁶

A matriz pragmático-sistêmica denuncia a impossibilidade da tomada de decisão ser tomada num contexto de oposição risco/segurança. Não há como decidir optando pelo lado seguro, porque a segurança não existe (ou existe apenas como ficção operativa do sistema). Como aponta LUHMANN:

*é impossível que existam situações nas quais se possa – ou inclusive, que se tenha que – eleger entre risco e segurança, entre uma alternativa arriscada e outra segura. Este problema nos obriga a ajustar mais precisamente nossa conceitualização. Como freqüência se afirma tal possibilidade eletiva. A alternativa aparentemente segura implica então a dupla segurança de que não surja nenhum dano e de que se perca a oportunidade que possivelmente poderia realizar-se por meio da variável arriscada. Sem dúvida, este argumento é enganoso, posto que a oportunidade perdida não era, em si mesma, nenhuma coisa segura.*⁵⁷

Nesta linha de raciocínio não se pode mais falar em decisão segura, pois os acontecimentos sociais são provocados por decisões contingentes (poderiam ser de outra forma). Entende ROCHA que:

o risco é um evento generalizado da comunicação, sendo uma reflexão sobre as possibilidades de decisão. A sociedade moderna possui condições de controlar as indeterminações, ao mesmo tempo que não cessa de produzi-las. Isto gera ao “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

⁵⁵NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit. p. 235

⁵⁶SCHWARTZ, Germano. O tratamento jurídico do risco no direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p 147

⁵⁷LUHMANN, Niklas. Sociología del...Op. cit. p. 64

*uma das categorias fundamentais para a sua compreensão.*⁵⁸

O risco é entendido, no âmbito da teoria sistemista como uma “aquisição evolutiva do tratamento das contingências que, se exclui toda a segurança, exclui também todo o destino”⁵⁹. O direito não pode se orientar com base nas suas conseqüências senão na dicotomia probabilidade/improbabilidade que é a fórmula de vínculos com o futuro.

Desta forma, todo ato decisório será gravado de risco⁶¹. Mesmo a decisão intencional de evitar o risco pode se converter em risco, ou seja, a possibilidade pode converter-se em dano e este ônus está presente em toda decisão, inclusive na decisão jurídica (grifo nosso).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dogmática jurídica pretende criar condições razoáveis para a tomada da decisão para que seja considerado que esta decorre de argumentos plausíveis. Já a dogmática hermenêutica gira em torno do sentido jurídico da decisão, todavia ao se buscar a interpretação verdadeira, abre-se espaço à interpretação divergente⁶². A decisão, contudo, passa a ser vista num plano pragmático-sistêmico como um processo complexo, caracterizado pelo risco, ou seja, que deve absorver a insegurança. Como refere FERRAZ JR.⁶³:

absorção de insegurança significa, pois, que o ato de decidir transforma incompatibilidades indecíveis em alternativas decíveis, ainda que, num momento subsequente, venha a gerar novas situações de incompatibilidade eventualmente até mais complexas que as anteriores. Absorção de insegurança, portanto, nada tem a ver com a idéia mais tradicional de obtenção de harmonia e consenso, como se em toda decisão tivesse em jogo a possibilidade e eliminar-se o conflito. Ao contrário, se o conflito é incompatibilidade que exige decisão é porque ele não pode ser dissolvido, não pode acabar, pois então não precisaríamos de decisão, mas de simples opção que já estava, desde sempre, implícita entre as alternativas. Decisões, portanto, absorvem insegurança, não porque eliminem o conflito, mas porque o transformam.

A assimilação do risco é deveras importante nos dias atuais em que a sociedade aumentou sua necessidade de decidir sobre o seu futuro, em que ela se tornou reflexiva. A reflexividade permite à sociedade se auto-observar de modo que “o temor de que algo saia mal tem aumentado e com ele se aumenta o risco que se atribui às decisões”⁶⁴.

Como observado acima, na matriz analítica do direito o risco é tratado como um problema de falta de segurança jurídica. Enquanto que na matriz hermenêutica, o risco é trabalhado como um problema de coerência na busca da resposta correta do direito. Já na matriz pragmático-sistêmica, o risco é uma das categorias fundamentais da forma de organização da sociedade. Nessa perspectiva, o risco existe como um meio de comunicação simbolicamente generalizado que legitima decisões orientadas às conseqüências.

⁵⁸ROCHA, Leonel. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. Op. cit. p. 36

⁵⁹DE GEORGI, Rafaele. Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. p. 198.

⁶⁰SCHWARTZ, Germano. O tratamento...Op. cit. p. 151

⁶¹CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. Op. cit. p. 142

⁶²FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2003. p. 310

⁶³Ibidem. p. 313

⁶⁴LUHMANN, Niklas. Sociología del...Op. cit. p.40

Mas como o risco expressa uma descontinuidade temporal entre o passado e o futuro, as conseqüências jamais poderão ser previstas, com precisão. Diante desse problema a matriz pragmático-sistêmica pode contribuir à descrição das dinâmicas comunicativas da sociedade para uma cada vez melhor adequação jurídica às situações de risco.

REFERÊNCIAS

- AMADO, Juan Antonio García. *Ensayos de Filosofía Jurídica*. Colômbia: Temis, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*. Torino: G. Giappichelli, 1996.
- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difusão, 1989.
- CORSI, Giancarlo, ELENA, Espósito e BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. México. Universidad Iberoamericana, 1996.
- CHUEIRI, Vera Karam de. *A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin*. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos de Auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997.
- DE GEORGI, Rafaelle. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GUIBENTIF, Pierre. *Entrevista com Niklas Luhmann*. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis, Vozes, 1988.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KOZICKI, Katya. *O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito*. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos de Auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997.
- LOPES JR., Dalmir. *Introdução*. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 1996.
- _____. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos, 1998.
- _____. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1983.
- _____. *Sociología del Riesgo*. México: Universidad Iberoamericana. 1992.
- MATURANA, Humberto R. *A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001.
- NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. *Estrutura e função do direito na teoria da sociedade*. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos de Auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997.
- PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1999.
- PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. São Paulo: Livraria Pioneira, 1974.
- ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.
- _____. *Interpretação jurídica e racionalidade*. In: *Revista da Faculdade de Direito de Cruz Alta- v. 04, n. 4 – Cruz Alta: UNICRUZ, 1999.*
- _____. *Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico*. In: ROCHA, Leonel; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. Porto Ale-

gre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton W. de. Auto-referência, circularidade e paradoxos na teoria do direito. In. Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado. 2002. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

SCHWARTZ, Germano. O tratamento jurídico do risco no direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Considerações sobre a teoria kelseniana. In: GRUNWALD, Astried Brettas (org.). Revista do Curso de Direito. – v.5, n. 5 (jan./dez.) – Cruz Alta: UNICRUZ, 2000.

WARAT, Luis Alberto. A pureza do poder. Santa Catarina: UFSC, 1983.

_____. Mitos e teorias na interpretação da lei. Porto Alegre: Síntese, 1979.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações filosóficas. São Paulo: Nova Cultural, 1991.