

PARADOXOS DA AUTO-OBSERVAÇÃO

Coleção Direito, Política e Cidadania, 29

Leonel Severo Rocha

Organizador

**PARADOXOS DA
AUTO-OBSERVAÇÃO**
Percurso da Teoria Jurídica
Contemporânea

2ª edição revisada e ampliada



Editora UNIJUÍ

Ijuí

2013

© 2013, Editora Unijuí
Rua do Comércio, 1364
98700-000 - Ijuí - RS - Brasil -
Fone: (0__55) 3332-0217
Fax: (0__55) 3332-0216
E-mail: editora@unijui.edu.br
Http://www.editoraunijui.com.br

Editor: Gilmar Antonio Bedin

Editor-Adjunto: Joel Corso

Capa: Alexandre Sadi Dallepiane

Responsabilidade Editorial, Gráfica e Administrativa:

Editora Unijuí da Universidade Regional do Noroeste
do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí; Ijuí, RS, Brasil)

Primeira edição: editado em 1997 na JM Editora

Catálogo na Publicação:
Biblioteca Universitária Mario Osorio Marques – Unijuí

P222 Paradoxos da auto-observação : percursos da teoria jurídica contemporânea / organizador Leonel Severo Rocha. – 2. ed. rev. e atual. – Ijuí : Ed. Unijuí, 2013. 400 p. (Coleção direito, política e cidadania ; 29)

ISBN 978-85-419-0086-7

1. Direito. 2. Teoria do direito. 3. Teoria jurídica. I. Rocha, Leonel Severo. II. Título. III. Título: Percursos da teoria jurídica contemporânea.

CDU : 340.12

Editora Unijuí afiliada:



Associação Brasileira
das Editoras Universitárias



A Coleção *Direito, Política e Cidadania* é uma iniciativa editorial do Departamento de Estudos Jurídicos da Unijuí e da Editora Unijuí, voltada à publicação de textos que privilegiam a pesquisa jurídica interdisciplinar e a reflexão crítica sobre o direito e suas relações com as diversas ciências humanas e sociais. O objetivo da Coleção é disponibilizar, aos leitores interessados, um conjunto de publicações que contribuam para qualificar o debate sobre os principais temas da área e que auxiliem no desenvolvimento da cidadania.

CONSELHO EDITORIAL

- Dr. José Eduardo Faria (USP – SP)
- Dr. Darcísio Corrêa (Unijuí – RS)
- Dr. Gilmar A. Bedin (Unijuí – RS)
- Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araújo (UFSM – RS)
- Dra. Odete Maria de Oliveira (UFSC – SC)
- Dr. Sérgio Augustin (UCS – RS)
- Dra. Cláudia Rosane Roesler (Univali e Cesusc – SC)
- Dr. Leonel Severo Rocha (Unisinos – RS)
- Dr. Arno Dal Ri Júnior (Fondazione Cassamarca de Treviso – Itália)
- Dr. José L. Bolzan de Moraes (Unisinos – RS)
- Dra. Silvana Winckler (Unochapecó – SC)
- Dr. Otávio C. Fischer (Universidade Tuiti do Paraná e Unicamp – PR)
- Dr. Celso L. Ludwig (UFPR-PR)
- Dra. Maria Cláudia Crespo Brauner (UCS – RS)
- Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (UCS-RS)
- Dra. Sandra Regina Leal (Faplan – RS)
- Dra. Sandra Regina Martini Vial (Unisinos – RS)

COMITÊ EDITORIAL

- Dr. André Leonardo Copetti Santos
- Dr. Douglas Cesar Lucas
- Dra. Fabiana Marion Spengler

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	9
PREFÁCIO À NOVA EDIÇÃO.....	13
<i>Leonel Severo Rocha</i>	
PRÓLOGO.....	17
<i>Leonel Severo Rocha</i>	
INTRODUÇÃO.....	21
<i>Leonel Severo Rocha</i>	
UMA ANÁLISE DO CONCEITO DE SANÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO DE HANS KELSEN.....	43
<i>Patrícia Luiza Kegel</i>	
LÓGICA E DIREITO.....	81
<i>Claudia Maria Barbosa</i>	
INTRODUÇÃO AOS SISTEMAS ESPECIALISTAS LEGAIS: Dificuldades Acerca do Sistema Jurídico.....	113
<i>Aires José Rover</i>	
O POSITIVISMO JURÍDICO DE HART E A PERSPECTIVA HERMENÊUTICA DO DIREITO.....	153
<i>Katya Kozicki</i>	

A DIMENSÃO JURÍDICO-ÉTICA DA RAZÃO: o Liberalismo Jurídico de Dworkin	181
<i>Vera Karam de Chueiri</i>	
A RENOVAÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA SEGUNDO O ESTRUTURALISMO DE ANTONIO HERNÁNDEZ GIL...	235
<i>Cecilia Caballero Lois</i>	
ESTRUTURA E FUNÇÃO DO DIREITO NA TEORIA DA SOCIEDADE DE LUHMANN.....	259
<i>Daniela Ribeiro Mendes Nicola</i>	
O USO CRIATIVO DOS PARADOXOS DO DIREITO: A Aplicação dos Princípios Gerais do Direito pela Corte de Justiça Europeia.....	287
<i>Juliana Neuenschwander Magalhães</i>	
TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICOS: Perspectivas de uma Matriz Jurídica Contemporânea	329
<i>Leonel Severo Rocha</i>	
REFERÊNCIAS.....	357
SOBRE OS AUTORES	397

APRESENTAÇÃO

Com o fim das utopias socialistas e a crise das ideias liberais mais extremistas, as grandes narrativas, tanto jurídicas quanto políticas, que separavam a teoria do Direito da teoria da democracia, demonstraram sinais de precariedade e de esgotamento. Se, por um lado, a teoria crítica do Direito, de matiz marxista, condicionou o conteúdo do Direito a elementos extrajurídicos de cunho econômico, por outro as teses jurídico-liberais consideravam a democracia não mais do que uma forma de governo e reduziram a teoria do Estado a uma teoria juridicista.

Aos poucos foi sendo percebido que tanto a democracia quanto o Direito eram mais do que condicionantes histórico-materiais ou instrumentos técnicos de tomada de decisão. Com efeito, passou-se a reconhecer que eram portadores de projetos substanciais de sociabilidade que indicavam uma espécie de simbiose entre o Direito e a democracia, entre os conteúdos e os procedimentos de ambos. Mais do que dar forma, a democracia passou a fazer parte do conteúdo do Direito, definindo os seus novos contornos de legitimidade e validade. Não que a positividade do Direito tenha perdido sua importância, mas sua estrutura e função foram substancializadas.

O avanço e a consolidação, pelo menos em âmbito formal, dos regimes democráticos nas últimas três décadas, sobretudo na América Latina, forçaram uma revisão das categorias jurídicas e democráticas para dar conta de um cenário mais complexo inaugurado com a emergência do fenômeno da globalização. Neste sentido, é importante lembrar que o professor Leonel Severo Rocha chamava a atenção, já em 1991, para a necessidade de se adotar uma estratégia teórico-crítica de aproximação entre Direito e democracia, alertando para o fato de que “para se com-

prender a Política e o Direito é necessário um retorno, uma releitura, das principais teorias existentes, buscando as razões analítico-políticas que permitiram seus sucessos e fracassos...”¹

Atento a esse novo momento da sociedade, o organizador ensina, pesquisa e orienta seus alunos guiado por novas hipóteses de investigação que o levaram a discutir o Direito como sistema, aberto e/ou fechado, suas relações com outros sistemas sociais, seus paradoxos, sua justificação e completude. Assim, muito antes da onda dos estudos “pós-positivistas”, das “novas” teorias críticas, que se arvoraram a prerrogativa de ter produzido um novo saber jurídico no Brasil, o professor Leonel S. Rocha há mais de 20 anos já revisitava autores clássicos sob o olhar das novas teorias (Dworkin e Luhmann destacam-se nesta obra), justamente com o objetivo de explicar ou interrogar melhor as novas formatações da sociedade que protagonizaram a democracia como conteúdo do Direito.

Este livro reflete muito bem esta percepção e os desafios teóricos que estavam colocados para a teoria jurídica contemporânea desde a década de 90 do século 20 e que ainda hoje continuam a render muitas análises. Composto por artigos do organizador desta obra e de seus orientandos, atualmente professores reconhecidos nacionalmente, a primeira edição deste livro foi publicada em 1997 pela JM Editora e contribuiu de modo substancial para introduzir alguns temas e autores que hoje se tornaram amplamente traduzidos e estudados em nosso país.

Passados quase 20 anos da primeira versão, esta segunda edição, revisada e ampliada, reforça o caráter plural das teorias jurídicas contemporâneas, caracterizado pela adoção de diferentes recursos teóricos e metodológicos para explicar a estrutura e função do Direito. Mais do que isso, contudo, a presente obra tem o mérito de evidenciar, sob diferentes olhares e de forma didática, as conexões existentes entre

¹ Rocha, Leonel Severo. A democracia e o conceito de sistema na teoria jurídica contemporânea. In: *Contradogmáticas, Revista Internacional de Filosofia e Sociologia do Direito*, São Paulo: Editora Acadêmica, n. 9, 1991.

Direito, sociedade e democracia e como a teoria e práticas jurídicas e a positividade do Direito produzem suas autonomias e suas implicações recíprocas e em que grau isso se dá.

Sob essa perspectiva, a presente obra é um livro que já contribuiu para a compreensão do tema e continuará ajudando na formação de novos juristas e reforçando o percurso da teoria jurídica contemporânea no Brasil.

Douglas Cesar Lucas

o Rio dos Sinos (Unisinos) e mestre em Direito pela UFSC Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, Itália. Doutor em Direito pela Universidade do Vale d. Professor nos cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí). Professor no curso de Graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo – Iesa.

Gilmar Antonio Bedin

Doutor e mestre em Direito pela UFSC. Coordenador e professor do Mestrado em Direitos Humanos da Unijuí. Professor colaborador do Mestrado em Direito da URI.

PREFÁCIO À NOVA EDIÇÃO

Leonel Severo Rocha

Na 1ª edição deste livro abordamos, em 1997, temas e autores como Ronald Dworkin, que somente no século 21 foram divulgados ao grande público, e hoje são, às vezes, adotados como grande novidade. Por isso, achamos importante publicá-lo novamente, com revisões e alguns textos novos, com o intuito de mostrar que a Teoria do Direito no Brasil tem uma tradição mais longa e rigorosa do que pensa a nova geração de juristas.

A teoria jurídica do século 20 caracterizou-se pela tentativa de elaboração de uma racionalidade própria para o Direito. Neste sentido, desde a *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, a *Jurisprudência*, de Hart, o *Direito Responsivo*, de Nonet e Selznick, a *Teoria da Argumentação Jurídica*, de Alexy, entre tantas outras tentativas, até a *Teoria Sistemica*, de Niklas Luhmann,¹ 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, alterou-se para critérios pragmáticos. Esta trajetória deslocou-se sucessivamente de uma perspectiva estrutural, ontológica,² voltada aos aspectos normativos do Direito, até uma perspectiva funcionalista,

¹ Luhmann, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Herder, 2005. Cap. 1.

² Cf. Reale, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1968.

responsiva,³ 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 nas quais a racionalidade seria obtida graças à utilização de uma metodologia dedutiva baseada nas evidências, nas 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) e abandonaram as visões metafísicas da verdade atomizada.

Na Europa depois da Segunda Guerra Mundial afirmava-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 seria possível explicar a produção do sentido. Em um segundo passo, porém, 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 outra 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.

³ Cf. Nonet, Philippe; Selznick, Philip. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

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,⁴ aparece como uma boa pista para uma abordagem mais sofisticada da complexidade social, pois a sua observação de segunda ordem configura uma importante tentativa de teoria pós-ontológica. Deste modo, pode-se conceber a *teoria do Direito como caracterizada por três matrizes* com predominância da comunicação sistêmica. A diferença está na ênfase na organização em lugar do sujeito atomizado.

Neste sentido, contrariamente à mentalidade que analisa os campos de racionalidade dominantes, de forma isolada, vê-se como distintas a analítica, a hermenêutica e a pragmática. Desde uma perspectiva *pragmático-sistêmica*, permite-se a comunicação entre o *eixo sincrônico* e o *eixo diacrônico* da linguística (Saussure), 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 a uma pura negação *irracionalista* ou ideológica das regras do jogo. A democracia é a possibilidade de tomadas de decisão sempre diferentes, inserindo a sociedade no paradoxo comunicativo da invenção. Neste livro abordamos sucessivamente as três matrizes jurídicas, com o objetivo de facilitar a compreensão da complexidade do Direito.

⁴ Cf. Luhmann, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. México: Herder, 2007.

PRÓLOGO

Leonel Severo Rocha

Em janeiro de 1989, depois de havermos concluído nosso Doutorado na *École des Hautes Etudes En Sciences Sociales* de Paris, retornamos a nossa atividade de professor e pesquisador do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Uma vez no Brasil, a nossa primeira iniciativa, que foi aprovada, constituiu-se na abertura, no programa de Mestrado do CPGD-UFSC, de uma nova área de concentração em “Filosofia e Teoria do Direito”. Este fato coincidiu (e influenciou) com o início de nossa atuação também como docente do programa de Doutorado.

Esta área de estudos que possui poucos, porém brilhantes expoentes em nosso país, atraiu a Florianópolis um grupo seletivo de pesquisadores, durante o período que vai de março de 1989 a dezembro de 1994 (em 1995 partimos novamente para a Europa – Itália – para realizarmos nosso Pós-Doutorado), os quais, além de seguirem nossos cursos sobre “Teoria Geral do Direito”, “Epistemologia Jurídica” e “Teoria da Argumentação Jurídica”, deram-nos a honra de orientar as suas pesquisas.

Em nossos cursos sempre tivemos a preocupação de realizarmos um trabalho de alto nível intelectual, semelhante – respeitando as nossas limitações – ao desenvolvido nas melhores instituições do exterior, voltado à análise dos principais temas e autores da teoria jurídica contemporânea, muitos dos quais desconhecidos pela maioria dos juristas pátrios. Assim, realizamos seminários sobre a obra de Hans Kelsen, Norberto

Bobbio, Herbert Hart, Ronald Dworkin, Niklas Luhmann, Robert Alexy, Claus Canaris, sobre a lógica jurídica, a Filosofia analítica, a Filosofia da linguagem ordinária, a teoria da ação comunicativa (Habermas), a teoria jurídica espanhola e a teoria da sociedade. A nossa abordagem sempre foi interdisciplinar com forte referencial à teoria da sociedade e à teoria política (Lefort) e às novas contribuições da epistemologia moderna.

Neste período foram efetuadas, escritas e defendidas sob a nossa orientação, no CPGD-UFSC, oito dissertações de Mestrado, todas tendo recebido das respectivas bancas, como avaliação final, sempre o conceito mais elevado da Pós-Graduação, “Distinção e Louvor”. Com o intuito de divulgarmos estes trabalhos, à exceção daquele de Vera Karam de Chueiri, inéditos, solicitamos que fosse feito um resumo, em forma de artigo de suas principais teses, resultando neste livro, sob nossa organização.

Engana-se, porém, quem pensa que se trata de pesquisas superficiais, como se acredita, às vezes, que são as dissertações de Mestrado. Estas dissertações possuem um excelente padrão metodológico e intelectual, podendo servir de guia para pesquisas em teoria do Direito, não somente para estudantes, mas também para profissionais do Direito. A leitura dos textos que compõem este livro pode demonstrá-lo.

O nosso método de trabalho foi dedicado à análise de um autor ou de um tema específico, seguindo-se o plano dos nossos seminários, visando-se a aprofundar suficientemente a temática escolhida. Isto permitiu a produção de pesquisas bem completas, em alguns casos sobre autores pouco trabalhados no Brasil, servindo igualmente como obras de referência para futuras pesquisas. Como, no entanto, o nosso trabalho abrangeu os principais problemas da teoria jurídica contemporânea, mesmo levando-se em consideração o fato evidente de que as dissertações são independentes e possuem características próprias – cada autor trabalhou livremente –, pode-se encontrar uma unidade, um fio condutor comum em todas: referem-se à autodescrição elaborada pela teoria sobre a dogmática jurídica dominante. Deste modo, este livro possui certa sequência

lógica, desde as teses da Filosofia analítica sobre o normativismo e a lógica jurídica, passando pela hermenêutica e o estruturalismo jurídico, indo até a teoria da sociedade e os paradoxos do Direito.

A bibliografia reunida no final do livro, com mais de 450 títulos (entre livros e periódicos) consultados, constitui a mais completa seleção de obras sobre esta temática realizada recentemente no Brasil (1995).

Deve-se ressaltar que nosso trabalho foi facilitado pela presença constante entre nós de juristas notáveis, como Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Aurélio Wander Bastos, Enrique Zuleta Puceiro, de lógicos como Décio Krause, e, principalmente, do professor Luis Alberto Warat, grande mestre de nossa geração.

Em suma, para finalizar gostaríamos de afirmar a grande satisfação que tivemos ao colaborar para a formação e constituição deste grupo de novos pesquisadores, justificando os nossos grandes investimentos nesses duros tempos de mercantilismo sem barreiras, no estudo e na crítica séria do direito. Isto por dois motivos: 1 – esta experiência permitiu a elaboração de trabalhos, que apesar da juventude de seus autores, constituem um padrão de referência e qualidade, não somente para o CPDG-UFSC, mas para todo o Brasil; 2 – gerou entre todos uma grande amizade e afetividade, indispensável para a pesquisa universitária e para a nossa vida. É claro que a originalidade, a argumentação e as conclusões, bem como os méritos dos trabalhos pertencem exclusivamente aos seus autores.