

LUIZ GUSTAVO FRIGGI RODRIGUES

**RESSIGNIFICAÇÃO DA DOGMÁTICA JURÍDICA À LUZ DO
PARADIGMA DA FUNÇÃO SOCIAL**

Dissertação apresentada à
Universidade Presbiteriana Mackenzie,
como requisito parcial para a obtenção
do título de Mestre em Direito Político
e Econômico.

Orientador: Prof. Dr. Fabiano Dolenc Del Masso

São Paulo
2008

LUIZ GUSTAVO FRIGGI RODRIGUES

Matrícula: 7065325-9

**RESSIGNIFICAÇÃO DA DOGMÁTICA JURÍDICA À LUZ DO
PARADIGMA DA FUNÇÃO SOCIAL**

Dissertação apresentada à
Universidade Presbiteriana Mackenzie,
como requisito parcial para a obtenção
do título de Mestre em Direito Político
e Econômico.

Aprovado em _____ de _____ de 2008.

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Fabiano Dolenc Del Masso
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Professor Dr. Orlando Villas Bôas Filho
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Professor Dr. Manoel de Queiroz Pereira Calças
Universidade de São Paulo

Aos meus pais, porque sabiamente
nunca mediram esforços para prover
boa educação aos seus filhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os professores do Mestrado em Direito da Universidade Mackenzie, não só pela competência e dedicação demonstradas durante todo o curso, mas principalmente pelo amor com que se dedicam a ensinar.

Em especial agradeço ao Professor Fabiano Del Masso, pela valiosa orientação, assim como aos Professores Orlando Villas Bôas e Manoel Pereira Calças, que tanto colaboraram para a desenvolvimento deste trabalho com suas certeiras opiniões na banca de qualificação.

Por fim, agradeço ao sempre prestativo Renato, da secretaria da pós-graduação, que nunca deixa de estender a mão aos necessitados mestrandos.

A sociedade científica na sua forma pura, isto é, como a tentamos retratar, é incompatível com a busca da verdade, com o amor, com a arte, com o deleite espontâneo, com todos os ideais que o homem acalentou até agora, exceção feita apenas para a renúncia ascética (Bertrand Russel).

RESUMO

Com o crescimento da complexidade social, surge a necessidade de novos mecanismos normativos que correspondam às expectativas de estabilização de condutas que são próprias do exercício do poder legitimado.

A inserção de normas de conteúdo aberto, ou referida a valores inseridos na observação do ambiente social, como ocorre com as cláusulas gerais que dispõem sobre a *função social*, impõe um trabalhoso exercício ao julgador, em especial quanto à fundamentação das decisões que façam a integração de tais normas.

Assim, o papel da Dogmática Jurídica, como *ciência normativa do direito*, deve passar por uma reformulação de seu significado, passando a compreender o direito não só por uma perspectiva purista-normativa, como veio a consolidar-se no século XX, mas integrando-se a um trabalho hermenêutico que abrirá possibilidades metodológicas para a aplicação judicial das cláusulas gerais de função social.

Para iluminar um possível caminho nessa abertura da Dogmática, o presente trabalho a situa no estudo da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, como forma de compatibilizar a rigidez do direito positivo com a perspectiva de sua abertura para a assunção de valores no sistema jurídico.

Ao lado da exposição sobre a Dogmática e sua reformulação, a hermenêutica filosófica e o *círculo hermenêutico* formulado por Heidegger e Gadamer representam a historicidade na auto-observação e auto-referência do direito, projetando o indivíduo como emissor e receptor de informações em seu ambiente, sempre posicionado e em respeito à tradição consolidada, mas de forma a possibilitar uma compreensão plena e total do direito positivo.

Este trabalho converge à linha de pesquisa “*A cidadania modelando o Estado*”, uma vez que põe sob enfoque analítico a relação entre os poderes estatais incumbidos da *criação normativa* (Legislativo) e da *aplicação normativa* (Judiciário), expondo as operações de caráter sistêmico (na Teoria dos Sistemas de Luhmann, subsistemas *Político* e *Jurídico*, respectivamente) que conduzem às suas inter-relações no interior do *ambiente social*, formado e alimentado tanto pela consciência coletiva humana, como por seus elementos comunicativos.

Palavras-chave: Dogmática Jurídica, Hermenêutica Jurídica, função social, Teoria dos Sistemas.

ABSTRACT

With the growth of social complexity, comes the need of legal mechanisms that correspond to the social stabilization expectations that are inherent to the exercise of a legitimate power.

The insertion of open-content laws, or referred to values inserted in the social system observation, as occurs with general clauses that carries the concept of *social function*, impose an enormously difficult job to the judges, specially when it comes to the base arguments of those decisions applying the integration of such clauses.

Therefore, the role of Legal Dogmatic, as a *law science*, should be reformulated in its whole signification, becoming to comprehend the law not only by a purist-legal perspective, as it came to be on the twentieth century, but integrated to a hermeneutic job that will open methodological possibilities for the judicial application of social function regulated general clauses.

To enlighten a possible way to this Dogmatic opening, this work situates it in the studies of The Social Systems Theory by Niklas Luhmann, as a form to make compatible the rigidity of positive law with the perspective of its opening to the assumption of values inside the law system.

Besides the exposition over Dogmatic and its reformulation, the philosophic hermeneutics and the *hermeneutic circle* formulated by Heidegger and Gadamer represent a historic path to self-observation and self-reference of law, projecting the individual as an emitter and receiver of information from the ambient, always positioned and respectful to the consolidated tradition, but in a way that makes possible a full comprehension of positive law.

This work concentrates in the field of research “*The citizenship modeling the State*”, since it puts under analytic focus the relation between two State powers entrusted of law creation (Legislative) and law application (Judiciary), exposing systemic operations (on Luhmann's System Theory, *Political* and *Legal* subsystem, respectively) that conduct to their inter-relations inside the *social environment*, fed and formed by the whole human conscience, as much as its communicative elements.

Keywords: Legal Dogmatic, Legal Hermeneutics, social function, Systems Theory.

Sumário

1. Introdução – a complexa cidadania social que permeia e reformula o poder estatal.....	11
2. Dogmática Jurídica.....	16
2.1. Acerca do modelo dogmático subsuntivo-positivista.....	16
2.2. Conceituação do termo Dogmática Jurídica.....	25
3. Aproximação à Dogmática em Niklas Luhmann.....	30
3.1. Aclarações sobre o direito como subsistema social autopoietico.....	30
3.2. O estudo da Dogmática Jurídica por Niklas Luhmann.....	41
3.2.1. Funções sistêmicas e jurisdicionais da Dogmática.....	45
3.2.2. Interdições de negação, conseqüências e valores.....	47
3.2.3. Os conceitos socialmente adequados.....	54
3.2.4. Direitos fundamentais como acoplamentos estruturais.....	57
3.2.5. Adequação à linha teórica luhmanniana.....	61
4. Substrato normativo e hermenêutico para a ressignificação da Dogmática Jurídica.....	65
4.1. Crítica inicial à Dogmática de modelo subsuntivo.....	65
4.2. Conceitos determinados pela função, cláusulas gerais e a mobilidade do sistema.....	75
4.3. O paradigma da função social e seu paradoxo no direito.....	84
4.4. Dogmática Jurídica e Hermenêutica Filosófica: uma simbiose.....	92
4.5. O método hermenêutico-valorativo na Dogmática Jurídica.....	102
5. O Judiciário e a práxis da função social.....	108
6. Conclusão.....	118
7. Bibliografia.....	121

1. INTRODUÇÃO – A COMPLEXA CIDADANIA SOCIAL QUE PERMEIA E REFORMULA O PODER ESTATAL

Na filosofia política hobbesiana, expressa no *Leviatã*, o poder do soberano era absoluto. A vontade do monarca representava a vontade do próprio Estado, e o *direito* partia desse ente único, fazendo com que qualquer decisão estatal ocorresse de acordo com esse sistema jurídico e, portanto, jamais pudesse ser considerada *arbitrária* ou *injusta* (pois o monarca decidiria sempre o que é justo ou injusto no caso concreto).

Ensina Michel Villey que foi de Hobbes um dos movimentos iniciais para a fundação do positivismo contemporâneo, e o sistema por ele desenhado continua sendo, de uma forma substancial, utilizado por nós. A lógica de Hobbes pretende uma ordem jurídica unitária, coerente e sistemática, uma vez que procede de uma única fonte que é a vontade do príncipe. A função do juiz, nesse contexto, é meramente subsuntiva; sua tarefa é simplista a partir do momento em que cabe a ele ater-se à lei positiva e à sua fórmula precisa e aplicá-la mecanicamente ao fato.¹

Em Hobbes havia uma característica de voluntarismo e de autoridade na produção do direito. O soberano é o único com poder para definir o que é conforme ou não conforme direito, mediante apenas o uso de sua vontade. A regra jurídica, de origem estatal, sendo única fonte do direito, exclui como fontes criadoras a atividade judiciária, os costumes e qualquer espécie de hermenêutica ou interpretação da norma.

Villey toma dois exemplos que tangenciarão este trabalho, ao reconhecer que a máquina imaginada por Hobbes serve aos objetivos que a elite liberal burguesa atribuiu ao direito, de utilidade e segurança das posses individuais. O *direito de propriedade* e a *liberdade de contratar*, enquanto aplicados de forma estrita e precisa,

¹ Cf., por toda a explanação sobre Hobbes: VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 739-755.

assegurariam a manutenção de uma ordem jurídica unitária, coerente e sistemática, e portanto de pleno interesse da emergente burguesia.

A Revolução Francesa, conquanto tenha extinto o poder soberano por meio da proposta da separação de poderes, apenas trocou a idéia de *poder soberano* por *poder do “povo”* (em realidade, de uma parcela do povo) que exprimiria a sua vontade através do legislador, sendo também uma ordem direta de aplicação ao julgador, que diante da supremacia da lei não teria o papel de interpretá-la.

Entretanto, as relações sociais no início da Idade Contemporânea evoluíram, em especial após a Revolução Industrial, de um menor grau de complexidade para uma sociedade em que as relações são cada vez mais complexas. Com o crescimento dessa complexidade, surgem inúmeras teorias sobre o Estado e o direito positivo, e mais adiante, das relações de parcelas do sistema social com o sistema jurídico. O exemplo da riqueza de pensadores como Kant, Rousseau, Locke, Hegel, Marx, e dos positivistas contemporâneos Kelsen, Bobbio e Hart, permitiu uma reconstrução do direito e uma análise profunda a respeito do positivismo, culminando em teorias que pretendiam isolar e explicar o direito e a lei de forma autônoma, reduzir ou expandir seu significado; enfim, de forma intensa, a lei, a atividade legislativa e a atividade jurisdicional foram estudadas.

Para este trabalho, será analisado o ponto em que, devido à complexidade crescente das relações sociais, o Estado passou, por meio do Poder Legislativo, a valer-se da utilização, na norma positiva, de expressões conhecidas como *conceitos indeterminados (ou determinados pela função)* e também pelas *cláusulas gerais*. Tais técnicas já são utilizadas há muito na legislação e não chegam a representar, hoje, qualquer reformulação expressiva do direito. No entanto, o enfoque vai mais além, e desemboca na utilização do conceito determinado pela *função social*, destinado a construir leis sob a forma de *cláusulas gerais* que apresentam um desafio raramente antes vislumbrado pelo aplicador do direito.

Nas últimas décadas, no direito pátrio, passou-se a exprimir normativamente, de uma forma mais específica, o conceito determinado pela *função social*². Quer esteja-se falando da *função social da propriedade, do contrato*, ou até mesmo *da empresa*, é certo que a norma levou a questão da vaguidade de conceitos ao extremo. Não somente vaguidade, mas a introdução de um elemento estranho no interior do sistema jurídico: a complexa questão (social) de uma decisão tendo por base em um direito solidamente reconhecido, mas de conteúdo *indeterminado* pela *própria* norma garantidora. Seria este o primeiro passo para o afastamento da concepção jurídica burguesa? Ver-se-á que, sozinho, não.

A cultura jurídica tradicional e os juízes (principalmente pela forma de seleção e ingresso na magistratura) têm base essencialmente *dogmática*, no sentido clássico de seu conceito. É inegável que a aplicação de uma norma cuja premissa deve se fundar na função social de um instituto, seja qual ele for, traz intensa dificuldade para a questão da decidibilidade, e sobrepõe ao Judiciário uma tarefa assaz complexa; fato que põe em risco até mesmo a concretização prática da intenção legislativa.

Assim, ainda que se suponha uma decisão ser sempre possível, não se deve entender que a extrema abertura cognitiva da norma descortine o caminho para o arbítrio judicial. Substituir a vontade irrestrita do monarca, ou a do “povo” representado pelo legislador, somente pelo alvitre do Judiciário não representaria qualquer avanço no direito, mas apenas completaria a ciranda de autoritarismo na divisão dos poderes do Estado.

Na sua tarefa, aos juízes é vedado declinar a jurisdição, do mesmo modo que lhes é vedado decidir sem adequada fundamentação³. Esse paradoxo é próprio do sistema jurídico, pois aos juízes cabe sempre decidir sobre um caso concreto e decidir

² Na legislação civil, a Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, prevê em seu artigo 5º que o juiz, ao aplicar a lei, deve atender aos *fins sociais* a que ela se dirige. Essa norma genérica não estava ligada diretamente a algum instituto em específico. De uma abstração enorme, também resultava (e resulta) numa grande dificuldade em sua aplicação prática (BRASIL. Lei Federal nº 4.657).

³ BRASIL. Constituição Federal de 1988, artigo 5º, XXXV, e artigo 93, IX.

com critérios jurídicos. Para isto, devem aplicar as mesmas regras para cada caso concreto, em condição de igualdade. Somente desse modo a interpretação pode ser considerada “justa”⁴, e em parte, o ferramental para essa prática advém da Dogmática Jurídica.

Este trabalho pretende demonstrar como a *ressignificação* da Dogmática Jurídica pode vir ao encontro desse momento de extrema complexidade trazida com a introdução, no ordenamento, das cláusulas gerais e conceitos determinados pela *função social*. Isto quer dizer, a Dogmática deve aumentar sua complexidade estrutural, mas manter-se apoiada em premissas de validade que decorram da interpretação (jurídica) dos múltiplos fenômenos sociais.

A hermenêutica jurídica também desempenha seu papel, ao lado da Dogmática, ao permitir que ela se reconstrua a partir de seus próprios conceitos e também por meio de sua própria observação *no mundo e do mundo*.

O cerne do problema passa para a reformulação da Dogmática clássica, cuja função básica era apenas lógica, de subsunção, para a recriação de um sistema valorativo, em que selecionadas fontes sociais (previamente classificadas no interior do sistema jurídico) darão o suporte de fundamentação para as decisões judiciais que necessitem dispor sobre a função social. Mesmo porque, crê-se, a “função social” não é mera norma programática, como outras que caem no esquecimento; ao contrário, é imperativa e imediatamente aplicável.

A partir da leitura do *sumário* deste trabalho pode-se entrever a aproximação das idéias de Niklas Luhmann – desde a concepção da teoria dos sistemas e seu estudo sobre a Dogmática Jurídica – à teoria hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer; o que pode aparentar, de início, um conflito iminente e fadado ao insucesso. Entretanto, é possível não só conciliar, mas bem como extrair de ambas o que possuem de melhor. Não se trata de um choque de tese e antítese – pelo menos

⁴ Cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 168 et seq. e 288-289.

não de forma integral – mas do aproveitamento da racionalidade funcional de Luhmann no que há de positivo, que é permitir a redução da complexidade social, e *a partir* ou *sobre* ela desenvolver o processo hermenêutico de reconhecimento histórico. A Dogmática Jurídica é essencialmente histórica e projeta-se no seu mundo; logo o processo hermenêutico não só lhe é compatível como faz parte de sua essência.

O escopo deste trabalho é identificar a Dogmática como atividade elaboradora e formadora sobre o direito, deixando de lado as *proposições dogmáticas*, que são apenas *um* dos resultados dessa tarefa.

2. DOGMÁTICA JURÍDICA

2.1. ACERCA DO MODELO DOGMÁTICO SUBSUNTIVO-POSITIVISTA

A idéia de ressignificação, exposta neste trabalho, demanda o levantamento de duas questões: *ressignificar* a partir de quê? Qual seria o “problema” da Dogmática no presente? Para começar a responder essas perguntas, cumpre analisar, brevemente, o panorama positivista recente, no qual a Dogmática assimilou e desenvolveu ideais de ciência sistemática rigorosa, de lógica pura e destinada à aplicação, eminentemente técnica, da norma jurídica ao caso concreto.

A Dogmática Jurídica, do modo que se desenvolveu, após a Revolução Francesa, desde a Escola da Exegese – resultado da necessidade de conferir sentido inequívoco aos textos legais – até o século passado, reveste-se de um caráter purista-normativo, essencialmente sistemático.

Em primeiro lugar, importante é dizer o termo *positivismo jurídico* pode ter significados distintos, desde as lições de Augusto Comte até as idéias de positivistas contemporâneos como Herbert Hart; passando, em toda essa linha histórica, por diversas doutrinas e *escolas* a tentar dar significado à norma, ao direito e às suas relações na sociedade.⁵

Para realizarmos um corte metodológico, com vistas a analisar a maior influência positivista no desenvolvimento do Dogmática, centrar-se-á acerca do

⁵ “Essa expressão – *positivismo* – tem sentidos diferentes na filosofia em geral e na filosofia jurídica, além de expressar ambigüidades em cada uma dessas áreas. Inicialmente, foi utilizada na identificação de uma vertente filosófica, representada em especial por Comte, segundo a qual o conhecimento científico seria a mais evoluída manifestação do espírito humano, suplantando a metafísica e a religião. Progressivamente, a expressão passou a designar uma postura epistemológica de busca de rigor nos resultados alcançados pelo conhecimento.” (COELHO, Fábio Ulhôa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 17).

dogma positivista da subsunção à norma legal, a partir dos estudos de um dos autores de maior influência entre todos os positivistas, o austríaco Hans Kelsen.

Como dito, diante das diversas escolas⁶ que buscavam relacionar o direito às outras ciências sociais, até o início do século XX, uma onda de *purificação* do direito passou a ser a tônica para o desenvolvimento de grandes teorias.

É nesse fértil campo que nasce a *teoria pura do direito*, apresentada pelo jurista Hans Kelsen, em obra publicada inicialmente em 1934, com esse título. Nela, Kelsen buscava separar o estudo do direito, como ciência, de todos os outros elementos não-jurídicos.

Kelsen faz a distinção entre as ciências sociais e as ciências da natureza. As primeiras, em que está situado o direito, são consideradas normativas, pois trabalham com o princípio da imputação (que designa uma relação normativa, expressa no “dever-ser”); as segundas operam por meio do princípio da causalidade (numa relação de causa e efeito, como nas leis da física).⁷

Para o jurista, o direito, como ciência normativa, trabalha apenas com a norma jurídica, formal, já que outras informações de cunho não normativo (valores e princípios) não fazem parte do direito. A norma jurídica, representa apenas um *dever-ser*, uma obediência pressuposta de acordo com os comandos normativos. Dessa maneira, resta afastado qualquer interesse com as conseqüências sociais da norma, dada a ausência de preocupação, por parte do direito, com o *ser*.⁸

⁶ Para citar exemplos: *Jurisprudência dos Conceitos*, *Jurisprudência dos Interesses* e a *Jurisprudência dos Valores*.

⁷ ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico - princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001, p. 162. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 85-91. “[...] Em parte os dois padrões classificatórios se interpenetram, mas, embora se possam qualificar certos conhecimentos como sociais e causais (a sociologia, a psicologia etc.), não existe nenhum que se possa chamar de ciência natural normativa.” (COELHO, Fábio Ulhôa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 51).

⁸ ENGELMANN, loc. cit. “Com o termo ‘norma’ se quer significar algo que *deve* ser ou acontecer, especialmente que um homem *se deve* conduzir de determinada maneira.” (KELSEN, op. cit., p. 4).

Assim, para Kelsen, *positivismo jurídico* é a teoria jurídica que possui, como fonte única, o *direito positivo*, ou seja, as normas postas pela vontade humana. Partindo dessa premissa, Kelsen realiza a distinção entre o direito e a moral, e também distingue o direito e a justiça, por entender que a justiça é a maneira como a moral realiza sua projeção em relação ao direito.⁹

Segundo Kelsen, o Estado é um sistema normativo, a própria personalização da ordem jurídica, dotada de coercibilidade. Tal sistema normativo teria a função precípua de regulamentar a conduta dos indivíduos (função prescritiva), em caráter de subordinação.¹⁰

A norma fundamental (*Grundnorm*), na *ciência pura do direito* de Kelsen, é o que pressupõe a existência do direito positivo. Esse direito positivo adquire sua validade a partir da fundação dessa norma fundamental básica, que serve para determinar todo um conjunto de normas jurídicas válidas.¹¹ Essa norma não é positivada, isto é, é uma norma *pressuposta*, que significa o fundamento de validade das demais normas.¹² Assim sendo, a “norma fundamental” corresponde ao caráter jurídico do ordenamento positivo:¹³

⁹ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 63-75.

¹⁰ PEREIRA, Ademar. “Contribuição da Dogmática Jurídica para a Ciência do direito e Suas Relações”. In *Revista direito Mackenzie*, São Paulo, 2000, ano 1, número 2, p. 183.

¹¹ “Para enclausurar o sistema jurídico, solucionando a questão em aberto, Kelsen lança mão de uma norma que deve sustentar o fundamento de validade da ordem jurídica como um todo, mas que necessariamente não tenha sido editada por nenhum ato de autoridade. Uma norma não *posta*, mas *suposta*.” (COELHO, Fábio Ulhôa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 51).

¹² “Com efeito, o Direito positivo somente pode ser justificado – como já notamos – através de uma norma ou ordem normativa à qual o Direito positivo – segundo o seu conteúdo – tanto pode conformar-se como não se conformar, assim podendo, portanto, ser justo ou injusto.” (KELSEN, op. cit., p. 235).

¹³ ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico - princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001, p. 162. Assim, “Determinando o Direito como norma (ou, mais exatamente, como um sistema de normas, como uma ordem normativa) e limitando a ciência jurídica ao conhecimento e descrição de normas jurídicas e às relações, por estas constituídas, entre fatos que as mesmas normas determinam, delimita-se o Direito em face da natureza e a ciência jurídica, como ciência normativa, em face de todas as outras ciências que visam o conhecimento, informado pela lei da causalidade, de processos reais. Somente por esta via se alcança um critério seguro que nos permitirá distinguir univocamente a sociedade da

Ao se pressupor uma norma fundamental, não se afirma qualquer valor transcendente ao direito. O seu objeto consiste em indicar a regra segundo a qual devem ser criadas as normas do sistema, de modo que uma norma será válida e estará de acordo com a norma fundamental quando é criada conforme a determinação fixada na norma pensada. Para Kelsen, a proposição da norma fundamental implica a afirmação de que se deve conduzir conforme o prescrito na Constituição.¹⁴

A teoria, vista pelo próprio Kelsen, é assim descrita:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ser ele feito. É ciência jurídica e não política do Direito.

Quando designa a si própria como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença a seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Isto quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.

Isto parece-nos algo de per si evidente. Porém, um relance de olhos sobre a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos séculos XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer à exigência da pureza. De um lado inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar esta conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.¹⁵

natureza e a ciência social da ciência natural.” (KELSEN, op. cit., p. 84).

¹⁴ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. “O contrato em Kelsen e Luhmann.” *Revista de Direito Privado*, n. 11: 121-137, p. 124.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 455.

Outro jurista de destaque no positivismo jurídico, o italiano Norberto Bobbio compartilha algumas semelhanças com o pensamento kelseniano, de forma que também compreende que direito positivo é *justo* pelo simples fato de ser direito positivo, sem importar seu conteúdo mas sim com sua *validade*. Não importa se há maior ou menor justiça¹⁶, de acordo com outros aspectos humanos no qual se insere; o fim da norma é ser instrumento para obtenção de fins como a ordem, a paz e a segurança jurídica.¹⁷

Bobbio, na linha de Kelsen, compartilha a noção de ordenamento jurídico formado por um conjunto de normas, repetindo a idéia de escalonamento das normas jurídicas, situando a norma fundamental no ponto mais elevado. Para ele, a eficácia da norma jurídica não decorre de seu caráter individual, mas na sua relação com o conjunto de normas jurídicas.¹⁸ Na mesma sorte, Bobbio reconhece que as situações não especificadas nas normas jurídicas podem ser resolvidas por meio do *poder discricionário* do juiz, e exclui da ciência jurídica o uso de quaisquer outros juízos de valor.¹⁹

Algumas dissemelhanças podem ser notadas entre Kelsen e Bobbio. Assim, vê-se que “o primeiro situa o direito como uma organização dinâmica, que se desenvolve estrutural e temporalmente a partir da norma fundamental até os atos de execução, alicerçado num processo de concretização constante e sucessiva”. Já em Bobbio está “centrada numa visão mais estática do Direito, porque, quando postula a

¹⁶ “Dizer que uma norma jurídica é *válida* ou *justa* significa que esta corresponde ao direito ideal.” (BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1999, p. 137).

¹⁷ Confira-se do autor, em especial, as obras *Teoria Geral do Direito e O Positivismo Jurídico*.

¹⁸ ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico - princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001, p. 162. “A consideração sobre a validade da norma jurídica é aferida através da sua produção em consonância com uma norma superior. Com isso, pode-se dizer que a existência da norma jurídica corresponde à sua validade. Já a eficácia – considerada a observância efetiva da norma jurídica – é colocada como condição de validade.” (Ibidem, loc. cit.).

¹⁹ Ibidem, p. 164. “A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência de objetividade.” (BOBBIO, op. cit., p. 135).

coerência e a completude do ordenamento jurídico, preocupa-se apenas com a existência de um só critério preexistente para resolver um problema dado, sem vinculação com um processo de concretização temporal do sistema.”²⁰

Embora Kelsen admitisse a ocorrência de um trabalho hermenêutico, o purismo de sua concepção normativa do direito não recomenda ao intérprete recorrer a questões *metajurídicas* (valores) para a solução do caso concreto.²¹ Para o jurista, os fatos devem necessariamente adequarem-se à *moldura normativa*, pois “o Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha essa moldura em qualquer sentido possível.”²²

Assim, para Kelsen, a interpretação só ocorreria dentro do escalonamento de regras jurídicas. Para o autor, o sentido das normas é dado por meio da confrontação escalonada e hierárquica entre estas normas.

A atividade cognoscitiva do aplicador do direito, que viesse a se confrontar com aspectos *valorativos* no caso concreto, sejam eles de ordem moral, social, política

²⁰ ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico - princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001, p. 81.

²¹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 17. “A decisão judicial é, para Kelsen, a edição de uma norma jurídica individual. O mesmo corte epistemológico e axiológico exigido no exame das normas gerais, portanto, também haverá de ser adotado no exame das decisões judiciais. Isto é, as razões pelas quais o juiz atribui à norma aplicando um determinado sentido são de ordem psicológica, ideológica, sociológica, cultural, moral etc. Não interessam, desse modo, ao cientista do direito. O seu conhecimento é reduzido à identificação das várias significações que se pode relacionar a cada disposição normativa, exatamente porque lhe é vedado investigar o pré-normativo e o metanormativo, campos em que poderia encontrar a explicação para a escolha do juiz, a teoria kelseniana, por ser extraordinariamente lógica, impede a rejeição parcial de suas proposições, sem incorrer em falácias incontornáveis.” (COELHO, Fábio Ulhôa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 61).

²² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 366. “Em razão da necessária indeterminação relativa da norma jurídica, ela pode ser metafóricamente referida como uma moldura, dentro da qual se acomodam muitos significados. [...] Ou seja, uma vez encontradas todas as múltiplas significações atribuíveis a dada norma, fixada a respectiva moldura, cessa a tarefa da ciência jurídica.” (COELHO, op. cit., p. 58).

etc., em nada guardaria relação com a norma. Tais questões seriam alheias ao próprio direito, pois, do contrário, *nele se transformariam*²³:

[...] Kelsen aponta como implicação necessária do princípio metodológico fundamental a renúncia da ciência do direito relativamente a qualquer manifestação valorativa sobre as normas estudadas. Como a teoria do direito natural sempre contrapõe ao direito estatuído as normas extraídas da natureza humana, nessa comparação é inevitável a apreciação da justiça ou injustiça da solução prescrita na norma. Ora, ao dissertar sobre a justiça da ordem jurídica e concluir por entendê-la justa, a ciência passa a exercer a função, que não lhe cabe, de legitimar essa mesma ordem. Tal atitude põe em perigo a pureza que deve revestir o método científico.²⁴[...] Por vezes se falará em lacunas e por vezes em conduta permitida, em função exclusivamente dos valores do juiz competente para aplicar o direito. A análise das razões pelas quais certo julgador pende em determinada situação para esta ou aquela alternativa pertence a ramos de conhecimento estranhos à ciência do direito, como a psicologia ou a sociologia.²⁵

Para Kelsen, a função do intérprete do direito, como cientista, não era mais do que determinar os limites do juridicamente possível, ou os limites da moldura dentro da qual a interpretação seja possível.²⁶

Essas são as características do modelo subsuntivo positivista – de necessidade de adequação do *fato* à *norma*, que pese as características particulares de cada evento no meio social.²⁷

²³ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 17.

²⁴ COELHO, Fábio Ulhôa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 18.

²⁵ *Ibidem*, p. 39.

²⁶ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. *Da Interpretação à Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004, p. 64.

²⁷ Neste sentido, também, as lições de Friederich Müller: “Somente a ciência das pandectas e o positivismo legalista exageraram nesse enfoque na direção da pretensão de poder operar a ciência jurídica como sistema conceitual coerente, de poder derivar decisões por via da lógica a partir do sistema, do conceito e da doutrina e de poder solucionar casos jurídicos por meio da subsunção silogística. Os conceitos jurídicos parecem oferecer um *numerus clausus* de axiomas. [...] O positivismo pergunta como a ciência jurídica se poderia tornar autônoma, como ela poderia proceder ‘de modo puramente jurídico’.” (MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. São Paulo: RT, 2007, p. 122). E continua, mais adiante, a sintetizar o positivismo: “O *positivismo*: como a ciência jurídica pode ser uma ciência autônoma, uma ciência ‘puramente jurídica’? Em conseqüência, as normas jurídicas não podem apresentar na ótica do positivismo nenhum nexos material com dados históricos, sociais *strictu sensu*, políticos e genericamente sociais no sentido

Kelsen, apesar de compreender a existência de valores a influenciar o direito, retirava do campo da ciência jurídica os aspectos valorativos ou relações com a moral ou a política, remetendo tais questões aos campos de pesquisa próprios, como à filosofia e à sociologia,²⁸ pois “do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade.”²⁹

Esse purismo, esse direcionamento à formalidade estrutural, da norma pela norma, veio a influenciar em muito o desenvolvimento e a aplicação do direito no século XX.³⁰ É certo que, mais ao final do século, esse modelo conceitual passou a perder adeptos, como reconhece Bobbio:

A concepção juspositivista de ciência sofreu um forte declínio no nosso século. Hoje, o movimento de pensamento que diz respeito ao realismo jurídico tende a conceber como tarefa da jurisprudência extrair do estudo de uma determinada realidade (o direito, considerado um dado de fato sociológico) proposições empiricamente verificáveis, que permitam formular previsões sobre futuros comportamentos humanos (particularmente, prever as decisões que os juízes tomarão para os casos que deverão julgar).³¹

amplo do termo (com respeito à sociedade em geral). Não se nega a existência de tais dados, mas eles são tratados como desprovidos de interesse para a ciência jurídica, e aqui está o ponto crucial. [...] Mesmo um positivista politicamente consciente reprime na sua práxis a vinculação das estruturas internas do trabalho jurídico às correspondentes funções sociais e o seu condicionamento por essas mesmas funções; ele reprime tudo aquilo, devido ao qual a metódica e a decisão jurídicas estão de todo ‘em funcionamento’; ele reduz os nexos funcionais e estruturais do ordenamento jurídico de forma cientificamente insustentável à positividade do direito vigente – que, tomada em separado, não é ‘errada’, mas vista corretamente.” (Ibidem, p. 210).

²⁸ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. *Da Interpretação à Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004, p. 68.

²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 369.

³⁰ Talvez muito mais por uma *leitura* que acabou sendo feita de Kelsen, pelos juristas, até um pouco mais rígida do que a própria teoria preconizava. A intenção deste trabalho intenção não é criticar Kelsen e a teoria pura, mas o modo pelo qual ela foi recebida e propagada na ciência do direito. Nesse sentido, cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13-17.

³¹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1999, p. 222.

A partir da análise da obra de Kelsen, auxiliada por Bobbio, fica demarcado que o conceito de direito do positivismo jurídico aparece como um “modelo de regras”³²:

Em síntese, o positivismo jurídico caracteriza-se por representar o direito como ele é e não como deveria ser, separando o direito do campo moral; por reconhecer somente as leis postas pelo estado, em consonância com procedimentos previamente estabelecidos pelo direito positivo, isto é, por considerar o direito apenas como normas em vigor em uma dada sociedade e em um determinado período histórico; por visualizar o direito como uma ciência que se volta para o conhecimento das normas jurídicas positivas, abstendo-se de pronunciar juízos de valor; por não admitir interpretação construtiva, mas meramente intelectualista em que o juiz constitui apenas a boca que profere as palavras da lei; por não admitir o juízo do *non liquet*, no qual o juiz não pode abster-se de decidir, alegando lacuna na lei, pois esta não tem lacunas, ela é completa, plena.³³

Assim, vemos que o *modelo de regras*, idealizado a partir de Hobbes, *mutatis mutandis*, é semelhante ao utilizado por Kelsen.

Ele revela a concepção de um Direito como um *conjunto de regras*, sistematizadas por meio de critérios rigorosamente formais – a norma fundamental e a regra de reconhecimento. Tal “modelo”, assim como os modelos de raciocínio jurídico que servem ao conceito positivista de Direito, perderam o sentido quando da constatação da existência de valores no trabalho hermenêutico. Isto se apresenta como um ponto consensual na teoria contemporânea do direito.³⁴

Karl Larenz, em tom de crítica ao final de sua análise sobre a obra de Kelsen, arremata:

Trata-se sempre para ele de estabelecer uma norma hierarquicamente inferior no quadro de uma norma hierarquicamente superior. O que é, decerto, uma concepção sedutora na sua simplicidade, mas de alguma forma uma

³² ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico - princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001, p. 81.

³³ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. *Da Interpretação à Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004, p. 64.

³⁴ ENGELMANN, op. cit., p. 82.

concepção que corresponda às diferenças realmente existentes. Ela limita a interpretação jurídica à mera interpretação verbal, à indicação das significações possíveis, de acordo com o sentido das palavras, de entre as quais, tem o aplicador da norma de escolher. Fica à sua disposição o modo de escolha. Esta concepção é dificilmente compatível com a função da judicatura no Estado constitucional. Não lhe faltam, pois, vozes críticas.³⁵

As críticas ao modelo subsuntivo positivista resultarão numa abertura do próprio direito positivo, numa espécie de auto-adaptação que será melhor compreendida após o estudo da teoria dos sistemas de Luhmann, na próxima parte do trabalho, adaptação esta que resultará também numa necessária reformulação da Dogmática Jurídica.

Essa apresentação de teorias mais complexas, que possibilitem a composição harmônica de fatores sociais em conjunto com a norma, exigindo um trabalho hermenêutico apurado, instalou-se de forma eficaz no pensamento jurídico e levará, aos poucos, à derrocada do modelo subsuntivo positivista. É certo que ele é, ainda, muito presente, pois a reformulação do paradigma depende de uma evolução do direito que é lenta, mas perene.

Ver-se-á, então, a partir de quais novas teorias jurídicas, sociais e hermenêuticas, é possível permitir ao direito (e também permitir aos trocadilhos) que realize a sua “despurificação” de uma forma “positiva”.

2.2. CONCEITUAÇÃO DO TERMO *DOG MÁTICA JURÍDICA*

Não existe, de modo exato, um “marco inicial” para o surgimento da Dogmática Jurídica, mas pode-se considerar que, diante da evolução do direito e da necessidade de sistematização do sistema normativo, em especial aquele florescente

³⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 107-108

nos séculos XIX-XX, a Dogmática tomou contornos mais definidos. Por isso, atualmente, a Dogmática é entendida como uma “doutrina elementar de conceitos e instituições, autonomizada num sistema próprio.”³⁶

Para Antonio Bento Betioli, que diferencia a Ciência do Direito (situada num âmbito de maior abrangência do que o direito positivo) da Dogmática Jurídica, esta última “vem a ser o estudo metódico e sistemático das normas vigentes de um dado ordenamento, ordenando-as segundo princípios, e tendo em vista a sua interpretação e aplicação.”³⁷

A Dogmática Jurídica também recebe outras denominações, como, por exemplo, *Ciência Jurídica* ou *Ciência do Direito*. Este trabalho ater-se-á à designação *Dogmática Jurídica*, ou simplesmente *Dogmática*.

Tais conceituações iniciais encontram uma abrangente definição do termo “Dogmática Jurídica” no respectivo verbete do *Vocabulário Jurídico Paumape*:

Conjunto de dogmas, formando um sistema, com que trabalha o jurista. Deve, porém, notar-se que a palavra dogma não significa, neste caso, como em religião, uma doutrina obrigatória, declarada verdadeira por uma autoridade competente, em que é preciso crer. Os dogmas jurídicos pouco têm a ver com a verdade. Trata-se, antes de tudo, de axiomas ou princípios com os quais se constrói a nossa visão ou compreensão das coisas jurídicas e, especialmente, a ciência do Direito. Esta, como todas as ciências, principalmente as culturais ou do espírito, é em grande parte, construída pelo homem e necessita de certo número de princípios e axiomas apodíticos, não carentes de demonstração, para se constituir em face da experiência. Os dados fornecidos por esta última são depois elaborados através das operações da inteligência, movendo-se segundo os ditames de uma certa lógica, a lógica jurídica, a partir daqueles princípios e axiomas. São estes os referidos princípios e axiomas, os quadros, esquemas inteligíveis e categorias do pensamento, próprios do Direito, e bem assim o produto imediato das suas elaborações lógicas e dialéticas dos fatos, que constituem a chamada dogmática jurídica.³⁸

³⁶ ESSER, Josef. *Apud* LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 320.

³⁷ BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica*. São Paulo: Letras & Letras, 1995, p. 371.

³⁸ PEIXOTO, Paulo Matos. *Vocabulário Jurídico Paumape*. São Paulo: Paumape, 1993, p. 110.

De uma forma resumida, a partir do verbete e dos conceitos anteriores, a Dogmática Jurídica pode significar, então, *o conhecimento do direito de forma racional, lógica e dialética, com vistas à compreensão humana dos fenômenos jurídicos*, que depende, no entanto, da existência de um conjunto de *normas vigentes e aplicáveis (cogentes)* e a relação dessa aplicação com uma sociedade estabelecida, que se orienta e se organiza em respeito a essas normas.

Assim, o ponto de partida, o substrato material e o objeto de estudo da Dogmática Jurídica é o *direito positivo*. Para Plauto Faraco de Azevedo, a Dogmática consiste “na descrição das regras jurídicas em vigor. Seu objeto é a regra positiva considerada como um dado real. A Dogmática constata, primeiramente, sua existência, em conformidade com as exigências ontológicas da categoria considerada”. A seguir, concentra-se “na fixação do sentido da regra”, subindo, para isto, às fontes, “a fim de conhecer o exato alcance que lhe quiseram dar seus autores, após o que será necessário segui-la através das interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, notando suas eventuais variações, e precisando, à luz deste estudo, a significação atual do texto.” Por fim, “a Dogmática evidencia as aplicações e as reúne em um sistema tão coerente quanto possível de modo a orientar a solução dos novos casos que deverão apresentar-se. *Seu método é, assim, simultaneamente, de um lado, histórico e crítico, de outro, indutivo e explicativo.*”³⁹

Como dito, a Dogmática Jurídica é uma *ciência do direito positivo*. Dessa forma, o estudo dogmático posiciona historicamente os *dogmas jurídicos*, classificando-os como *pontos de vista* que se materializam num determinado ordenamento jurídico e num específico momento histórico. Tais pontos de vista assumem, desse modo, características normativas.⁴⁰

³⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 28.

⁴⁰ MENGONI, Luigi. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Milão: Giuffrè, 1996, p. 30-31.

Nesse mesmo sentido, para Vera Regina Pereira de Andrade,

Na auto-imagem da Dogmática Jurídica ela se identifica com a idéia de Ciência do direito que, tendo por objeto o direito positivo vigente em um dado tempo e espaço e por tarefa metódica (imane) a “construção” de um “sistema” de conceitos elaborados a partir da “interpretação” do material normativo, seguindo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, tem por finalidade ser útil à vida, isto é, à aplicação do direito.⁴¹

Como a Dogmática Jurídica estuda o *direito positivo vigente* em determinado ordenamento jurídico, seu alcance seria diferente, por exemplo, do da sociologia jurídica, e foca sua atenção primária nessa positividade.⁴² Esse *foco*, no entanto, não *deveria* significar que a experiência da Dogmática fosse *limitada* ao estudo normativo, mas tê-lo como sua base, seu ponto de partida.

Contudo, em decorrência da paulatina aplicação do modelo subsuntivo positivista, ao longo dos últimos séculos a Dogmática passou de uma *ciência do direito positivo* para tornar-se implexa aos fundamentos do positivismo jurídico, ou do purismo normativo, modificando seu alcance e fazendo-a apartar-se das outras áreas do conhecimento jurídico.

Nessa mesma visão positivista, da qual pretende-se, nos próximos capítulos, aos poucos apresentar justificativa para um distanciamento, a Dogmática assumiu um caráter eminentemente *técnico-sistemático*.

Assim é vista a Dogmática, como uma *prática jurídica aplicada*, sob a premissa de apenas tornar possível a práxis dos *textos legais* aos casos concretos, apresentando-lhes uma solução que deveria ser encontrada tão somente por uma análise hierárquica do direito positivo.

⁴¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 18.

⁴² VÁSQUEZ, Iván Guevara. “El carácter epistemológico de la dogmática jurídica.” <<http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/040417180235.html>>.

Esta, em linhas gerais, é a concepção desenvolvida a respeito da Dogmática Jurídica, mas que pretende-se ver reformulada. Devido ao alcance deste trabalho, não se remeterá à história ou à formação do pensamento dogmático, mesmo porque o intuito é desenvolver um *novo conceito* desse pensar.

A crítica sobre esse caráter da Dogmática, apresentada ao longo do trabalho, desemboca numa questão: a Dogmática Jurídica é *ciência* ou mera *técnica*?⁴³

Antes de investigar a crítica, será adotado, por meio das teses de Niklas Luhmann, um ponto inicial para a reformulação da Dogmática, primeiro apresentando quais seriam, na posição do autor, suas funções e relações no sistema do direito, para depois demonstrar, em todo o conjunto, as possibilidades da hermenêutica contemporânea.

Neste trabalho, que contará com a ajuda de Luhmann para iluminar os caminhos e possibilidades dessa reconstrução, os elementos essenciais de sua *teoria dos sistemas* terão de ser, a seguir, introduzidos e explanados, para que seja possível ao leitor compreender o ponto de vista global em que Luhmann observou a Dogmática Jurídica.

⁴³ A pergunta é lançada por Iván Guevara Vásquez (ibidem), mas trata-se de um questionamento corrente dos juristas, a exemplo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (Cf. *Função social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 83-95).

3. APROXIMAÇÃO À DOGMÁTICA EM NIKLAS LUHMANN

3.1. ACLARAÇÕES SOBRE O DIREITO COMO SUBSISTEMA SOCIAL AUTOPOIÉTICO

Antes de adentrar ao estudo da Dogmática Jurídica por Niklas Luhmann, é necessário traçar as linhas fundamentais de sua *teoria dos sistemas*, uma vez que os elementos conceituais dessa teoria serão utilizados para explicar a função da Dogmática para o direito e para a sociedade.

A teoria dos sistemas não se restringe ao direito; bem ao contrário, como não se trata uma teoria parcelar da sociedade, estuda a existência de diversos subsistemas sociais, uns em relação aos outros e em relação ao todo. No entanto, a formação jurídica de Luhmann provavelmente explique a profundidade com que analisa o direito e seu importante papel de se relacionar com todos os outros subsistemas.

A complexidade de sua teoria, na visão do próprio Luhmann, guarda proporção com a complexidade dos sistemas sociais; e assim torna-se necessária a descrição de uma *teoria complexa* para lidar com uma *sociedade complexa*. Uma teoria assim formulada permitiria reduzir a complexidade social, com a formulação de proposições simples, como a diferenciação interna por meio de *códigos binários* e outros conceitos apresentados adiante.

A teoria sistêmica analisa a sociedade como um todo, e por consequência também as relações de interdependência que marcam os diversos elementos que formam essa sociedade. Na própria descrição de Luhmann, a *teoria dos sistemas* é a “teoria que descreve como algo produz seus próprios limites em relação ao entorno.”⁴⁴ Nessa curta descrição já é possível demarcar três elementos essenciais dessa

⁴⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 68.

teoria: o ambiente, ou entorno, que é o que circunda o subsistema e não se confunde com ele próprio; a relação entre subsistema e entorno e vice-versa, sendo que o entorno é formado também por outros subsistemas; e por fim, a existência de uma unidade coerente, isto é, a união de todos os subsistemas, que se diferenciam entre si e também com relação ao ambiente. *Sistema* é o todo; *subsistemas* são as unidades parcelares (direito, economia, política, religião etc.).⁴⁵

O direito é um entre diversos subsistemas sociais, como a *economia* ou a *política*. É por decorrência de um *aumento de complexidade* nas interações sociais que surgem os subsistemas; com essa complexidade passa a existir a necessidade de uma *diferenciação funcional* entre eles e seu ambiente – essa diferenciação é um requisito essencial para sua autonomia.⁴⁶

Por existirem diversos subsistemas sociais, também são igualmente complexas as relações entre eles, em decorrência do sem-número de *informações* que podem ser trocadas. Assim, Luhmann propõe um estudo social que comece pela *redução* dessa complexidade. A forma que o sociólogo encontrou para reduzi-la é *aumentando* a complexidade de sua própria teoria.⁴⁷ Em tal sentido:

⁴⁵ “Segundo Luhmann, na sociedade moderna, esse conjunto amplo de comunicações denominado ‘sociedade’ é dividido em vários sistemas parciais ou subsistemas diferenciados funcionalmente, que possuem suas próprias redes de comunicação. [...] Cada qual se caracteriza por produzir e reproduzir comunicações próprias de acordo com códigos e programas específicos. Por isso que, para Luhmann, não fazem sentido expressões como ‘direito e sociedade’, ‘política e sociedade’, pois elas podem expressar a idéia de que é possível falar de direito *sem* sociedade ou de política *sem* sociedade. Como a política e direito dão subsistemas sociais, o correto é se referir ao direito e à política *da* sociedade.” (LEITE, Glauco Salomão. “A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.” In: *Cadernos de Soluções Constitucionais*, 145-182. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 159-160).

⁴⁶ Historicamente, pode-se observar que o aumento da complexidade social provocou o surgimento de diversos subsistemas sociais que se comunicam. A um passo, religião não se distinguia da política nem do direito nem da moral, de modo que as relações de poder e de justiça eram mormente baseadas em conceitos de fê. Antes do surgimento da burguesia, das relações comerciais e da indústria, não se identificava um subsistema econômico como o atualmente existente.

⁴⁷ Ou redução e aumento de *sentido*. (Cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 61 et seq.). Nesse sentido: “[...] para reduzir esse emaranhado de possibilidades é que Luhmann desenvolve uma teoria dos sistemas sociais que utiliza-se das sínteses comportamentais. Reduções que simplificam a convivência social estabilizando as expectativas de forma generalizada.” (TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora,

[...] un sistema que trabaja con redundancias establecidas rechaza el exceso de carga de la información, aunque precisamente por ello pueda adquirir niveles de finura al distinguir y al designar. Es decir la redundancia no sólo excluye las informaciones, sino que produce también informaciones en tanto que especifica la sensibilidad del sistema. De esta manera surgen informaciones que no pueden provenir del entorno – puesto que el entorno no está conformado de manera proporcionada respecto a dicha información: la reducción de complejidad sirve al aumento de la complejidad.⁴⁸

Luhmann explica que a diferença entre sistema (ou subsistema) e ambiente dá-se conforme se realizam as operações internas de cada subsistema. Quer dizer, um subsistema somente pode ser considerado autônomo se for capaz de se isolar do ambiente, realizando internamente operações que apenas lhe digam respeito, sem influência decisiva do ambiente.

Tais operações internas aos subsistemas são definidas por códigos binários, de conformidade ou não-conformidade (isto é, o subsistema deve responder, para cada operação que lhe é iniciada, com uma definição acerca da conformidade)⁴⁹.

Os subsistemas, que pese possuïrem autonomia em relação ao ambiente, são dele dependentes. A um mesmo tempo existe certo isolamento, em virtude do princípio de não interferência direta do ambiente, mas de outro lado não haveria que se falar em subsistema de forma dissociada de seu ambiente.

Isso é explicado, por Luhmann, pelo conceito de clausura operacional. Esse fechamento do subsistema é essencial para sua preservação, pois somente assim é capaz de realizar, de forma independente, suas operações internas. Contudo, o subsistema precisa comunicar-se com o ambiente, de forma indireta. Uma certa abertura, chamada *abertura cognitiva*, é um canal de passagem para estímulos que serão recebidos do ambiente. Esses estímulos devem ser interpretados no interior do

2008, p. 55).

⁴⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 417.

⁴⁹ Entenda-se como critérios de valores opostos (positivo/negativo, sim/não). LEITE, Glauco Salomão. “A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.” In: *Cadernos de Soluções Constitucionais*, 145-182. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 163.

subsistema, conforme dito, em termos de conformidade/não-conformidade (código binário).⁵⁰

Assim, a abertura cognitiva torna-se um instrumento, para Luhmann, de permitir que os subsistemas permaneçam clausurados, mas abertos a comunicações (sem as quais nem teriam sentido existir). A auto-referência é, essencialmente, uma diferenciação entre sistema e entorno, uma distinção sistêmica entre o que lhe é próprio e o que não é: “A auto-referência proposta pela teoria dos sistemas autopoieticos deixa claro que a estruturação do sistema só pode ocorrer com a vinculação dos elementos constitutivos do sistema ao processamento das informações existentes entre sistema e entorno”.⁵¹

A auto-referência sempre condiz com a estrutura interna, é uma *auto-observação*, que possibilita distingui-la da *heterorreferência*, que é o resultado da seleção observada no ambiente social:

El sistema del derecho es un sistema cuya operación esta ligada a la autoobservación, un sistema que observa la diferencia entre sistema y entorno y que la reproduce mediante su operación y que la vuelve a introducir en el sistema con la ayuda de la distinción entre sistema (autorreferencia) y entorno (heterorreferencia). Cada observación externa y descripción de este sistema debe observar que el sistema mismo dispone de la diferencia entre autorreferencia y heterorreferencia.⁵²

Tal clausura operacional, apoiada na distinção binária, faz com o que o subsistema se torne *autopoietico* (*auto* com o significado de “a si mesmo”, no sentido de autonomia dos subsistemas, e *poiese* com o significado de “criação” ou

⁵⁰ “La clausura operativa significa únicamente que la autopoiesis del sistema sólo puede ser efectuada con operaciones propias, que la unidad del sistema sólo puede ser reproducida con operaciones propias. Y también, a la inversa: que el sistema no puede operar en su entorno, por lo que tampoco posee la capacidad de vincularse a su entorno a través de operaciones propias.” (LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 507).

⁵¹ TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 83.

⁵² LUHMANN, op. cit., p. 108.

“construção”; assim, a junção semântica representa *autocriação*⁵³). Essa auto-criação possibilita, finalmente, que o subsistema reproduza-se independente dos elementos ambientais externos.

Todos esses conceitos – fechamento operacional, abertura cognitiva, auto-referência e autopoiese – trabalham em conjunto para isolar e ao mesmo tempo manter o subsistema em seu ambiente. Somente assim é possível que o subsistema opere com seu próprio código de afirmação/negação, não se corrompendo por influências externas.⁵⁴

Luhmann conceitua a auto-referência como uma operação *circular* que extravasa até mesmo os limites sistêmicos, permitindo que o subsistema realize sua auto-observação e distinga a “auto” da “hétero” referência.⁵⁵

Pois bem, se os subsistemas são autônomos e autopoieticos, como poderiam manter-se em consonância com o ambiente, que é a única razão de sua existência?⁵⁶

⁵³ CAPRA, Fritjof. *A teia da vida. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, p. 88.

⁵⁴ “Numa tal sociedade, em que não pode haver a sobreposição de um código a outro, sob pena de corrupção dos mesmos, é fundamental que os sistemas, a despeito de sua clausura operacional, sejam dotados de abertura cognitiva [...] O direito é, nesse contexto, um subsistema dotado de clausura normativa e abertura cognitiva, ou seja, é um subsistema cuja reprodução autopoietica basal se fecha operacionalmente ao redor das expectativas normativas, sem que isso implique um isolamento cognitivo em relação ao seu entorno.” (VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 201).

⁵⁵ Muito embora essa auto-observação não seja plena, mas apenas *suficiente* para o que o direito necessita. Nesse sentido: “O sistema do direito, incapaz de uma total auto-observação, esconde seus paradoxos. Este comportamento auto-simplificador funciona como uma condição para que ele continue operando. Isto porque uma descrição dos princípios do direito como paradoxos do direito levaria à discussão, por exemplo, a respeito do direito que tem o sistema do direito de dizer o que é direito e o que não é. A incapacidade de uma auto-observação é uma condição de sobrevivência do sistema.” (MAGALHÃES, Juliana Neueschwander. “Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica.” In: *Hermenêutica Plural*, por Carlos E. de Abreu BOUCALT e José Rodrigo RODRIGUEZ, 127-158. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 153).

⁵⁶ “[...] no que tange ao direito, concebido como subsistema auto-referencial e autopoietico de uma sociedade funcionalmente diferenciada, o problema crucial será conciliar a inter-relação sistêmica entre os diversos subsistemas auto-referenciais e funcionais que compõem a sociedade com clausura operativa que lhe é própria. Isto é, trata-se de analisar como se pode ter a inter-relação de subsistemas que, por serem auto-referenciais e autopoieticos, são dotados de clausura operacional e reproduzem seus elementos a partir de sua rede interna de

Luhmann apresenta, então, outro conceito: o *acoplamento estrutural*.⁵⁷ Por meio dele, que adquire formas específicas dependendo de quais subsistemas se relacionam, é possível que os sistemas se interrelacionem – sem afetar, claro, a estrutura de cada um e com respeito aos seus códigos binários:

O mecanismo de acoplamento estrutural é responsável pela manutenção da integridade do direito e, obviamente, também os demais subsistemas sociais. Sem tal mecanismo a inter-relação entre os subsistemas ou não ocorreria ou, ocorrendo, acarretaria a corrupção dos mesmos [...] Além de servir à inter-relação dos subsistemas sociais, o mecanismo do acoplamento estrutural cumpre também, conforme visto no capítulo segundo, a importante função de permitir a relação entre os subsistemas sociais e seu entorno, especialmente a consciência dos homens.⁵⁸

Os acoplamentos estruturais situam-se, diga-se, no *limiar* da estrutura sistêmica – limiar este que acaba sendo o *contato* com outro subsistema. Desse contato podem surgir *irritações* ou *atritos* entre um subsistema e outro, e o acoplamento estrutural fará o *transporte* dessas irritações para o interior de cada um dos subsistemas, para daí iniciarem operações próprias de conformidade/não-conformidade.

Na metáfora de Luhmann, são duas bolas de bilhar, que, ao se chocarem, geram interferência recíproca,⁵⁹ ou seja, o choque de encontro dos subsistemas e a ressonância em ambos (ou mais) fará com que cada um ressoe internamente, por meio das operações internas que lhe são particulares. O acoplamento estrutural é, portanto, uma adaptação *comunicativa* entre subsistemas diferentes. Para cada relação entre um

elementos, sem que isso implique a desnaturação da auto-referência que é própria desses sistemas. Numa palavra: como inter-relacionar subsistemas auto-referenciais sem que isso implique ingerência de um subsistema em outro e, nesse sentido, sobreposição de referência externa sobre auto-referência.” (VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 169).

⁵⁷ Cf. a clara explicação de André Trindade, em: *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 89 et seq.

⁵⁸ VILLAS BÔAS FILHO, op. cit., p. 251.

⁵⁹ *Apud* NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. “O contrato em Kelsen e Luhmann.” *Revista de Direito Privado*, n. 11: 121-137, p. 131.

subsistema e outro, é necessário identificar de qual maneira se revela o acoplamento estrutural.

Já os *programas condicionais* são a forma típica de combinação da *abertura cognitiva* e *clausura operacional*. No direito, esses programas exigem que as regras normativas de decisão, justificadas somente no interior do subsistema, sejam formuladas de modo que permitam uma dedução a partir dos fatos, e então se determina, cognitivamente, a partir da observação da *realidade*, se a decisão aplicada na hipótese é *conforme* ou *não-conforme* ao direito.⁶⁰

Para o direito, Luhmann caracteriza de modo marcante três formas de acoplamento estrutural: uma entre *direito* e *política*, representada pela *Constituição*; e outras duas entre *economia* e *direito*, representadas pelos institutos jurídicos da *propriedade* e do *contrato*.

Com relação à política, o acoplamento estrutural viabilizado pela Constituição permite que as relações de poder e de justiça não se confundam e sejam reciprocamente limitadas, promovendo o transporte da comunicação entre um sistema e outro, fazendo com que as relações entre política e direito deixem de ser *verticais* e *hierárquicas* para tornarem-se *horizontais* e *funcionais*⁶¹, isto é, a abertura cognitiva para cada um em relação ao sistema que se contrapõe. Enquanto subsistema, o direito utiliza o código operacional binário de *direito/não-direito*⁶², enquanto a estrutura interna da política é definida pela distinção *poder/não-poder*.⁶³

⁶⁰ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 140.

⁶¹ LEITE, Glauco Salomão. “A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.” In: *Cadernos de Soluções Constitucionais*, 145-182. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 169.

⁶² Às vezes também traduzida como lícito/ilícito, nesse trabalho utilizaremos apenas terminologia direito/não-direito, mais correntemente publicada como a tradução do original alemão *Recht/Unrecht*. Sobre essa codificação binária do direito, cf. a clara explicação de Dario RODRIGUEZ M., *Invitación a la sociología de Niklas Luhmann* (prefácio), in: LUHMANN, op. cit., p. 52 et seq.

⁶³ “Grosso modo, pode-se afirmar que a clausura normativa do sistema (jurídico) é obtida por meio da codificação binária direito/não-direito, que possibilita seu fechamento operacional e a fixação de sua identidade. A abertura cognitiva é obtida por intermédio dos programas condicionais (leis, regulamentos, contratos etc.) que,

A Constituição, assim, relaciona o subsistema político ao direito, e a irritação deste pela política revela-se no processo legislativo, passível de incorporar necessidades políticas no interior do direito e vice-versa⁶⁴, sempre respeitando a estrutura própria de cada um dos subsistemas.⁶⁵ Se ocorrer de o subsistema político não respeitar o subsistema jurídico, pode-se esperar o insucesso político⁶⁶ – mas somente se o direito mantiver sua força como sistema, isto é, se as relações de poder romperem a estrutura do direito, impondo-lhe decisão sobre o que é direito ou não-direito, este sistema estará corrompido e deixará de existir.⁶⁷ Para Luhmann, o direito é um subsistema especial: ele pode (ou deve), em tese, relacionar-se com todos os outros subsistemas – uma vez sendo possível captar-lhes suas operações e convertê-las na interpretação direito/não-direito.⁶⁸

Luhmann enxerga o subsistema do direito com viés essencialmente normativo, positivo. O direito opera com duas “expectativas”: uma cognitiva, quando a produção da norma se preocupa em conhecer quais expectativas serão correspondidas; ao adjudicarem os valores do código, permitem que o sistema se abra cognitivamente.” (VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 201).

⁶⁴ Da mesma forma que possibilita a comunicação, o acoplamento estrutural também cumpre funções internas ao subsistema. Assim, “no modelo da teoria dos sistemas, a Constituição, embora acoplamento estrutural entre política e direito, é concebida por cada um dos sistemas como mecanismo interno de sua auto-reprodução. Ela possibilita o reingresso (*re-entry*) da diferença entre o jurídico e o político nos respectivos sistemas.” (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 29).

⁶⁵ “A través de las Constituciones se alcanza, entonces, debido a la *limitación* de las zonas de contacto en ambas partes, un *inmenso incremento* de recíproca irritabilidad – mayores posibilidades por parte del sistema jurídico de registrar decisiones políticas en forma jurídica, aunque, asimismo, mayores posibilidades de parte de la política de servirse del derecho para llevar a la práctica sus objetivos.” (LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 541).

⁶⁶ RODRIGUEZ M., Dario. *Invitación a la sociología de Niklas Luhmann* (prefácio). In: LUHMANN, op. cit., p. 51.

⁶⁷ Cf. LUHMANN, op. cit., p. 137 et seq.

⁶⁸ “Na medida em que o direito é uma estrutura particular da sociedade, sua função é orientada para esse todo maior que o circunda, isto é, o direito não exerce uma função para si mesmo, mas, sim, para a sociedade de que faz parte. Nesses termos, a função do direito é estabilizar expectativas normativas congruentemente generalizadas [...]” (LEITE, Glauco Salomão. “A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.” In: *Cadernos de Soluções Constitucionais*, 145-182. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 162).

e outra normativa, na qual a preocupação é *classificar* os comportamentos que correspondam ou não a tal expectativa, não se *considerando*, para si, se elas estão em acordo ou desacordo com a norma (não analisa a resposta do ambiente).⁶⁹ Assim,

Ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgredir. [...] Dessa forma as expectativas cognitivas são caracterizadas por uma nem sempre consciente disposição de assimilação em termos de aprendizado, e as expectativas normativas, ao contrário, caracterizam-se pela determinação em não assimilar desapontamentos.⁷⁰

A expectativa normativa não será mudada ante a sua frustração – ela é um evento que deve ser assimilado pelo sistema. Isto porque as “normas manifestam expectativas estabilizadas de modo contrafático, isto é, sua validade independe do seu cumprimento ou descumprimento. Elas não são descrições ou indicações da regularidade de comportamento. São instrumentos de controle da contingência temporal das expectativas sociais.”⁷¹ A estrutura sistêmica precisa canalizar e superar as frustrações, sob pena de colocar em risco a própria estrutura.⁷²

⁶⁹ Numa outra (complementar) explicação: “As expectativas podem ser: (a) *cognitivas* – em que ocorrendo o desapontamento é possível se adaptar à realidade, existindo uma (in)consciente predisposição de assimilação; (b) *normativas* – em que existindo o dano a expectativa não é abandonada, sendo as *normas* expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. [...] Assim, em caso de desapontamento de uma expectativa cognitiva surge uma nova realidade sobre tal fato. Já em se tratando de expectativa normativa, o desapontamento de determinada expectativa cria uma situação que deve buscar a aplicação da norma por parte do Estado.” (TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 46). Ou, ainda, nas palavras de Glauco Salomão Leite: “Expectativas cognitivas são aquelas em que existe a alternativa de modificação frente aos desapontamentos, adaptando-se à realidade decepcionante, ou seja, são aquelas dispostas à aprendizagem. [...] As expectativas normativas, por outro lado, são aquelas que se mantêm a despeito do desapontamento, ou seja, não são abandonadas se alguém as transgredir.” (LEITE, Glauco Salomão. “A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.” In: *Cadernos de Soluções Constitucionais*, 145-182. São Paulo: Malheiros, 2006, op. cit., p. 160).

⁷⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Tradução: Gustavo Bayer. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 56.

⁷¹ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Função social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 107.

⁷² VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 186.

A função universal do direito no ambiente social decorre, essencialmente, de uma regra inserida na Constituição: o *non liquet*, ou a obrigação do direito de responder a todo problema concreto com uma solução, pelo menos aquela que se baseia em sua operação interna de direito/não-direito⁷³, comunicando esta interpretação ao ambiente exterior, que dessa forma também passará a ser influenciado por tal interpretação. Ao desenrolar essa função, o direito cumpre três missões essenciais para a sociedade, primeiro expressando expectativas de comportamento, em segundo comunicando tais expectativas perante os outros subsistemas e, por fim, fazendo com que tais expectativas sejam reconhecidas no meio social.⁷⁴

Assim, seu caráter não é *regulativo*, mas essencialmente comunicativo:

Aquilo que o Direito cumpre para os outros sistemas são prestações e cada sistema da sociedade observará essas prestações conforme o código próprio de cada sistema. Em relação ao sistema total da sociedade, a função do Direito é confirmar as expectativas sociais que merecem ser confirmadas mesmo diante de frustrações. A função que o Direito pode prestar aos demais sistemas é tão-somente servir de quarentena para os conflitos de expectativas sociais, selecionando as expectativas normativas que merecem confirmação contrafática (direito) e negando as expectativas que não merecem confirmação (não-direito) e que, por isso, devem ser abandonadas ou modificadas sob outra forma binária: norma/cognição.⁷⁵

Orlando Villas Bôas Filho questiona o fato de ser a sociedade “fragmentada em inúmeros subsistemas funcionais auto-referenciais e autopoieticos” que assim “produzem todos os elementos a partir de sua própria rede interna de elementos, mediante uma clausura operacional que é a expressão de sua própria auto-referência” e

⁷³ “Com isso, em sociedades complexas, o direito deve oferecer respostas sobre temas e assuntos os mais variados, resultantes de irritações do sistema político, moral, religioso etc. No entanto, para conservar sua própria unidade, o direito só pode processar essas informações de acordo com seu código específico.” (LEITE, op. cit., p. 171).

⁷⁴ NEDDERMEYER, Emílio Peluso. “O caráter normativo dos princípios jurídicos.” *Jus Navigandi*. Março de 2006. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8126>>.

⁷⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. “A Sublimação Jurídica da Função Social da Propriedade.” *Lua Nova*, n. 66 (2006): 109-137, p. 125.

a possibilidade de *compatibilizar* as pretensões de regulação social do direito com a fechamento operacional dos demais subsistemas.⁷⁶

Uma maneira de responder a essa pergunta é pensar que o direito não deva, como já dito, lançar-se na tentativa de regular as operações internas dos demais subsistemas. Esta não é sua função. As operações internas dos outros subsistemas representam mera contingência factual. O que eles são representa o presente, mas a realidade é contingencial – poderia ser assim ou poderia ser diferente, pois os indivíduos (e a consciência coletiva formada por eles, que por sua vez forma todo o sistema social) podem optar por diversas possibilidades de comportamento. O direito, ao assumir determinados programas na codificação que lhe é própria, protege expectativas comportamentais, oferecendo vantagens à resposta *conforme* o direito ou sanções àquilo que corresponda ao não-direito, correspondendo a tais expectativas de forma adequada.⁷⁷

Mais adiante, será aprofundado o estudo sobre o caráter de dupla contingência que influencia o subsistema jurídico.

Essa apresentação, bastante concisa, da *teoria dos sistemas* e do direito como subsistema social autopoietico, presta-se a dar as necessárias noções prévias para enfrentarmos o estudo da Dogmática Jurídica por Niklas Luhmann, marcada por essa sua visão do mundo, da sociedade e do direito.⁷⁸

⁷⁶ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 171.

⁷⁷ NEDDERMEYER, Emílio Peluso. “O caráter normativo dos princípios jurídicos.” *Jus Navigandi*. Março de 2006. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8126>>.

⁷⁸ Aos muitos que enxergam semelhanças entre a sistematização de Luhmann com aquela da teoria pura de Kelsen, vai o alerta: a teoria de Luhmann, embora apresente um sistema jurídico operacionalmente fechado e auto-reprodutivo, para o qual a estrutura realmente tem importância, em realidade dá muito maior relevância não a essa *estrutura formal*, mas às *comunicações* que transitam pelo sistema. Em tal sentido, o direito adquire uma complexidade e um alcance muito maiores, tendo em vista que não é observada apenas uma hierarquização entre normas, mas a (essencial) atividade do subsistema jurídico numa rede comunicativa global. (Cf. LEITE, Glauco Salomão. “A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.” In: *Cadernos de Soluções Constitucionais*, 145-182. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 162-163).

3.2. O ESTUDO DA DOGMÁTICA JURÍDICA POR NIKLAS LUHMANN

Dada a feição geral da Dogmática e da teoria sistêmica luhmanniana, passa-se a investigar quais são as funções primárias que ela desenvolve no sistema jurídico.

Viu-se que a Dogmática tem como substrato o direito positivo; é ele sua fonte de trabalho. O jurista e sociólogo alemão Niklas Luhmann, reconhecido pelo desenvolvimento de uma teoria geral da sociedade e uma teoria sistêmica que identifica o direito como um dos grandes subsistemas sociais, dedicou grande esforço doutrinário para pesquisar e analisar a Dogmática Jurídica, resultando, principalmente, na sua obra *Sistema Jurídico e Dogmática Jurídica*⁷⁹, na qual são delineadas as matizes do saber dogmático, bem como suas funções no interior do subsistema do direito e suas relações com os outros subsistemas sociais.

Considera-se que algumas das idéias do sociólogo são de especial clareza e perfeitamente compatíveis com um novo paradigma hermenêutico, que tenha participação do sujeito histórico na construção do direito. Ademais, sua aprofundada análise da Dogmática Jurídica é ferramenta essencial para provar que é possível sua ressignificação frente aos novos desafios do direito.

Os estudos de Luhmann costumam ser divididos em duas fases. Na primeira, influenciado pelos ensinamentos de Talcott Parsons, Luhmann formulou uma teoria sistêmica funcional-estrutural aberta, tendo por base a diferenciação entre sistema e ambiente (*teoria da diferenciação dos subsistemas sociais*), em que a

⁷⁹ Tradução do título original em alemão: *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, publicada em 1974. Nesta pesquisa utilizou-se a tradução para o italiano, por Alberto Febbrajo, publicada em 1978. Precioso auxílio para a compreensão desta obra deve ser creditado às notas introdutórias do respectivo tradutor; à resenha de Manuel Atienza, publicada em Madrid, no ano de 1980 (com base na tradução para o italiano); ao trabalho produzido por Alejandro Sahuí Maldonado no Congresso Nacional de Derecho e Docencia, realizado no México, em 2001; e às análises precisas de Karl Larenz e Tércio Sampaio Ferraz Jr., nas obras *Metodologia da Ciência do Direito e Função Social da Dogmática Jurídica*, respectivamente.

comunicação entre sistema e entorno (ambiente) dava-se de forma causal, pelo recebimento de comunicações ou informações numa forma de “entrada” (*input*), e a resposta do sistema ao ambiente como uma “saída” (*output*). Na segunda, iniciada em meados da década de 1980⁸⁰, o sociólogo viu-se influenciado pela teoria da *autopoíese* dos sistemas orgânicos, e a incorporou em seus estudos, abandonando os conceitos de *input* e *output* e passando a definir o sistema social como um sistema autopoietico, fechado e auto-referenciado, conforme exposto no capítulo anterior.

Assim, na primeira fase de seus trabalhos, na qual também se encaixa a obra *Sistema Jurídico e Dogmática Jurídica*, Luhmann definia que o direito, como transmissor e receptor de informações no ambiente, processava essas informações de através do direito positivo (*input*), e o *output* seria as conseqüências da aplicação normativa no ambiente social ou em relação a outros subsistemas, como por exemplo o econômico. Em sua visão, o *input* significava uma linha em direção ao passado e o *output*, ao contrário, uma linha em direção ao futuro.⁸¹

A Dogmática é uma forma operativa do sistema jurídico, que exige, para cumprir missões funcionais, um nível elevado e abstrato de determinações de sentido. Em sendo uma operação própria desse sistema, também trabalha com o código binário direito/não-direito, mas partindo sempre do contexto normativo em vigência, de onde

⁸⁰ *Sistemas Sociais: lineamentos para uma teoria geral*, obra publicada em 1984 e sem tradução para o português, é considerada o marco inicial da segunda fase de Luhmann. (Cf. TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 115).

⁸¹ Cf. LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 82 et seq. A autonomia dos subsistemas sociais auto-referentes, defendida por Luhmann na segunda fase de seus trabalhos, demanda uma adaptação das idéias expostas em *Sistema Jurídico e Dogmática Jurídica* (1974), obra esta editada na primeira fase do autor, em especial quanto às expressões *input* e *output* (utilizadas na teoria da diferenciação dos subsistemas sociais abertos), não mais utilizadas em virtude dessa autonomia observada nos subsistemas operacionalmente clausurados. O trabalho em *Sistema Jurídico e Dogmática Jurídica* não é, entretanto, incompatível com esse novo paradigma da autopoíese enfrentado por Luhmann (o próprio autor reprisa o tema *Dogmática Jurídica* em outras obras, de forma mais esparsa, como em *O direito da sociedade*, adequando-o à nova formulação de suas idéias). Em capítulo próximo será realizada essa adequação e, portanto, serão respeitadas as terminologias utilizadas na obra de 1974.

extrairá os limites jurídicos que, em última análise, resultam na distinção prática da dualidade direito/não-direito.⁸²

A ciência dogmática é uma ciência de *aplicação do direito*. Por isso ela lida com uma contingência entre as normas, que são programas de decisão legitimados, e sua aplicação em casos concretos.⁸³ Mas, como o ordenamento disciplina as relações jurídicas de forma genérica, e quase sempre os casos particulares são diferentes uns dos outros, a tarefa de aplicação da norma revela-se bastante complexa.⁸⁴

Por conta dessa possível variabilidade de decisões, a Dogmática cumpre um papel de *controle* ou *estabilização*, utilizando pontos de vista de certa maneira fixos ou *dogmáticos*, por vezes elevando certas construções lógicas do direito à categoria de *princípios* ou *conceitos*.

Uma dupla contingência (ou contingência bilateral) ocorre porque a aplicação do direito é sempre o resultado entre duas lógicas variáveis: primeiro a *aplicação* da norma (genericidade da lei *versus* variabilidade dos casos particulares) e depois a *interpretação* da norma (construção intelectual de um específico operador do direito em contraposição a outras possíveis interpretações no meio jurídico). Essa dupla contingência resulta não só em extrema variabilidade, mas também em crescente *complexidade*. A função da Dogmática Jurídica é, então, reduzir a complexidade dessa interação entre a norma e o fato concreto, decorrente desta contingência bilateral, que resulta em grande variabilidade quanto às possibilidades de decisão.⁸⁵

⁸² LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978, *passim*.

⁸³ ATIENZA, Manuel. “El futuro de la dogmática jurídica.” *El Basilisco* 10 (Maio/Outubro 1980): 63-69, p. 64.

⁸⁴ “La integración de la capacidad de aprendizaje se realiza aquí mediante programas de decisión, que adaptan su aplicación a las circunstancias de una situación concreta. Si ello no fuera suficiente, se prevé también la variabilidad de los programas de decisión y se llega así finalmente al principio de la positividad del derecho.” (LUHMANN, Niklas. “El enfoque sociológico de la teoría e práctica del derecho.” In: *Corrientes y problemas en filosofía del derecho: Anales de la Catedra Francisco Suarez*, Granada, 1985, p. 94).

⁸⁵ LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 48.

Ou seja, a Dogmática deve “[...] restringir a arbitrariedade das variações, ou seja, não só os casos se devem acomodar às normas, como também a aplicação das normas se devem acomodar aos casos”.⁸⁶ Desse modo a Dogmática seria um instrumental de segurança jurídica, pois ao restringir as possibilidades de variação, elaborando um sistema de conceitos, define a pauta do juridicamente possível, ou do que pode ser *conforme* ao direito, dentro de seu próprio código de direito/não-direito.⁸⁷

Luhmann observa que construção normativa resulta da apreensão genérica de fatos concretos: esse é o núcleo da norma, que durante a aplicação aos casos particulares sofrerá a agregação de outros elementos que os caracterizam. Assim, muito embora um caso particular seja diferente de outro e de outro, é possível aplicar uma decisão relativamente uniforme para casos que se apresentem iguais ou similares.

Na obra *Sistema Jurídico e Dogmática Jurídica*, Luhmann assevera que esse papel da Dogmática Jurídica, orientado à generalização e abstração normativas, cumpre uma função de uniformizar a aplicação da norma.⁸⁸ Não se deve entender, no entanto, que a Dogmática seja uma *pura técnica*, ou apenas uma ciência *sistemática*, que se preocupa com essa ordenação lógica.

Luhmann justifica o direcionamento do subsistema jurídico a pressupostos normativos (e não para as conseqüências da aplicação da norma no ambiente social) para, segundo ele, garantir a diferenciação do subsistema em relação a seu ambiente: acaso a prática seja operada tendo referência às *conseqüências* das decisões sobre o

⁸⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 324.

⁸⁷ “La dogmatica, formando i suoi concetti in modo adeguato a la società, garantisce soltanto ‘condizione di possibilità’ – piú precisamente garantisce le condizioni perché il sistema giuridico, ai confini dell’input come ai confini dell’output, si orienti a un bisogno di decisioni prodotto dall’intera società.” (LUHMANN, op. cit., p. 122).

⁸⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esborço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 80.

ambiente, seria possível que a força social introduzisse critérios não jurídicos no subsistema do direito, levando-o à corrupção e desintegração.⁸⁹

Isso porque o que torna o subsistema jurídico possível de existir como autônomo, auto-referencial e operativamente fechado (para já utilizarmos termos da teoria dos sistemas autopoieticos) é esse processo de identificação a um fenômeno de dualidade lógica: algo somente pode ser *conforme* ou *não conforme* ao direito.⁹⁰ Assim, a Dogmática Jurídica representa o ponto mais elevado e abstrato das possíveis determinações de sentido do direito dentro do próprio sistema jurídico.⁹¹

Por tudo isso percebe-se a importância do ordenamento positivo para Luhmann. *As normas jurídicas são criadas para uma multiplicidade de casos, aos quais elas são aplicadas.* Em sua concepção positivista, essa genericidade é chamada de “plataforma de regulação”, e sem ela nem se poderia falar em “direito”.⁹²

3.2.1. FUNÇÕES SISTÊMICAS E JURISDICIONAIS DA DOGMÁTICA

Como visto antes, o que se tem como função primordial do direito é a estabilização das expectativas normativas.⁹³ Essas expectativas serão determinadas, no

⁸⁹ Cf. LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 73-103.

⁹⁰ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Função social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 77. No mesmo sentido das expressões “direito” e “não-direito”, das quais passaremos a fazer uso, unicamente, nesse trabalho.

⁹¹ LUHMANN, Niklas. *Apud ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 80. Nesse sentido: “A Dogmática Jurídica conserva e desenvolve um sistema de conceitos que, resultando congruente com as normas, teria a função de garantir a maior uniformização e previsibilidade (certeza) possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do direito que, subtraída a arbitrariedade, garante essencialmente a segurança jurídica.” (Ibidem, p. 77).

⁹² LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do direito*. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 323.

⁹³ “Rispetto alla società, considerata come un tutto, il diritto svolge le funzioni comprensive della generalizzazione e della stabilizzazione di aspettative di comportamento.” (LUHMANN, Niklas. *Sistema*

caso concreto, de acordo com a distinção binária direito/não-direito. Diante da impossibilidade de recusar proferir uma decisão (garantia de *indeclinabilidade da prestação jurisdicional*), torna-se necessário que essa decisão possua (e comunique) *certeza* no momento em que solucione dado conflito.

A *síntese normativa* obtida pela Dogmática tem uma relevância prática: mantidos, que sejam, os pontos de vista constantes para uma aproximação de decisões entre casos semelhantes, diminui-se a possibilidade de aplicação da norma de forma arbitrária, não fundamentada em critérios jurídicos (ou seja, evita-se uma solução que seja completamente estranha à instrução binária direito/não-direito).⁹⁴

Como dito, a função primária do direito é, nessa concepção, prever genericamente e estabilizar as expectativas comportamentais humanas. A Dogmática fica no centro de intersecção entre a norma e o caso concreto, seu trabalho é conseguir a estabilização de expectativas, a certeza das decisões e igualdade na aplicação do direito para todos os casos iguais. O substrato material da Dogmática são as normas e os textos legais, logo sua função básica é permitir a solução de casos concretos, sempre a partir de decisões que vinculem tais casos à previsão normativa.⁹⁵

Desse modo é que a Dogmática *atinge* um nível superior de abstração no subsistema jurídico. O que ela permite é esperar do direito *respostas* semelhantes para *casos* semelhantes, ou uma *antecipação* das decisões possíveis de acordo com a utilização de critérios unicamente jurídicos.⁹⁶ As decisões (fundamentadas) estariam de

giuridico e dogmatica giuridica. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 60).

⁹⁴ “No marco dessa função comunicacional programadora (orientadora, pautadora ou preparadora) das decisões judiciais com vistas ao seu controle racional, a Dogmática exerce a tarefa de (re) conhecimento e delimitação das possibilidades do próprio direito positivo.” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 80).

⁹⁵ ANDRADE, op. cit., p. 79. Cf. também MALDONADO, Alejandro Sahuí. Dogmática Jurídica y Sistema Social: breve aproximación a través de la obra de Niklas Luhmann. In: CONGRESSO NACIONAL DE DERECHO Y DOCENCIA, 3., 2001, Xalapa, Veracruz: Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Campeche.

⁹⁶ MALDONADO, op. cit.

certa forma restritas, mesmo ocorrendo a multiplicidade de conexões que podem advir do caráter de dupla contingência já explicado⁹⁷. Observa Ferraz Jr., de forma sintética, a função prática da Dogmática:

Toda a Dogmática é marcada por uma concepção do direito ligada à atividade jurisdicional. Ela compõe, delinea e circunscreve procedimentos que conduzem a autoridade à tomada de decisão. Foi esta delimitação que conduziu a Dogmática Jurídica à idéia de subsunção a à idéia de classificação como critérios máximos de sua elaboração teórica, como se todos os partícipes da função jurisdicional vissem o direito da mesma forma.⁹⁸ [...] Os enunciados da Dogmática Jurídica têm sua validade dependente de sua relevância prática; embora não seja possível deles deduzir uma decisão concreta, é sempre possível encará-los como instrumentos mais ou menos utilizáveis para a obtenção de uma decisão.⁹⁹

3.2.2. INTERDIÇÕES DE NEGAÇÃO, CONSEQUÊNCIAS E VALORES

Como instrumento para a realização de seu trabalho, a Dogmática Jurídica depende¹⁰⁰ do que é chamado de *proibição de negação de pontos de partida*. Isto é, algumas proposições jurídicas tornam-se superiores a qualquer crítica (o que pode ocorrer com os chamados *princípios* ou *conceitos* de direito). Esta não negabilidade dos pontos de partida influi nas cadeias de argumentação (interdição de negação). Assim, ela dogmatiza o material normativo, abstraindo-o e fundamentando-o de acordo com sua racionalidade como fonte do direito, tornando-o neutro portanto. A finalidade de criar proposições em determinado “grau” é essencialmente prática, de aplicação do direito; quer dizer, ao evitar a discussão de postulados *dogmatizados* o que se quer é prover essa “margem de segurança” na interpretação da norma.¹⁰¹

⁹⁷ LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 60.

⁹⁸ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Função social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 84.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 90.

¹⁰⁰ *Depende*, mas não *consiste*, como aponta Luhmann (op. cit, p. 45).

Restritas as variações para o caso conflitivo, isto se traduziria em *segurança* para o subsistema jurídico, como concorda Ferraz Jr.:

As sínteses significativas da ciência, de um modo geral, garantem a segurança e a certeza de expectativas sociais. Elas poupam uma orientação constante em vista de situações concretas, funcionando como uma abreviatura simbólica para a integração das situações concretas. Com isso, elas absorvem ou diminuem os riscos de falha na ação humana pois, em razão delas, é sempre possível, com um certo grau de certeza, dizer quem agiu corretamente ou incorretamente, no sentido de que uma eventual discrepância não é devida a uma falha de expectativa, mas a uma falha na avaliação da expectativa das interações sociais.¹⁰²

Esse nível de “segurança” é exigido pela práxis jurídica, como observa Juliana Neuenschwander Magalhães:

Todo um sistema de função necessita de um nível decisório dotado de uma elevada capacidade de agregação, que possa ser referência para um grande número de decisões, não obstante os detalhes de cada caso. Em se tratando do sistema do direito, esse nível mais abstrato vai ser constituído, em parte, pela Dogmática Jurídica (através de seus conceitos e de suas teorias) e, em parte, no interior da casuística relativa aos princípios derivados dos tribunais superiores.¹⁰³

Algumas críticas ao distanciamento dogmático em Luhmann se originam numa suposta separação da Dogmática frente à realidade (pois ao neutralizar os conflitos, deveria abstraí-los da problemática real, social, econômica e política¹⁰⁴); uma

¹⁰¹ LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 43. Luhmann cita a Julius Kraft: “Una disciplina si chiama dogmatica allorché riguarda certe proposizioni, di per sé arbitrarie, come superiori ad ogni critica, e rinuncia quindi al postulato della ricerca indipendente.” (loc. cit.). Cf. também: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 320; FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Função social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 96 et seq.; ATIENZA, Manuel. “El futuro de la dogmática jurídica.” *El Basilisco* 10 (Maio/Outubro 1980): 63-69, p. 63.

¹⁰² FERRAZ Jr., op. cit., p. 16.

¹⁰³ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. “Sobre a Interpretação Jurídica.” *Revista de direito Comparado*, 1999, p. 444.

¹⁰⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 82.

vez preocupando-se somente com a auto-construção e elaboração de classes de conceitos e princípios *jurídicos*, deixaria completamente de fora fatores ambientais estranhos ao sistema do direito.¹⁰⁵

No entanto, e é aí que as teses de Luhmann passam a ter especial interesse, não há “prisão para o espírito” na Dogmática; pelo contrário, há o “aumento das liberdades no trato com experiências e textos”, uma vez que na interpretação do material normativo as análises dogmáticas “permitem não somente reduzir a indeterminação das normas jurídicas, mas também aumentá-las”.¹⁰⁶

A maior vantagem dessa *abstração dogmática* é permitir certa mobilidade e independência para a evolução do direito, uma vez que o trabalho conceitual estará centrado somente na dualidade entre direito/não-direito. Segundo Luhmann, as proibições de negação presentes na Dogmática são consideradas necessárias para a síntese de conceitos jurídicos a partir do ordenamento jurídico, mas de outro lado também possuem a função de possibilitar uma certo espaço de manobra (interpretativa) conectando o estudo do direito por um viés histórico (por meio das experiências) com o presente (mediante a análise dos textos normativos).¹⁰⁷

De fato a elevada abstração *podéria gerar* distanciamento, pois nesse direcionamento da Dogmática à decidibilidade de conflitos, elas deixam de ser

¹⁰⁵ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Função social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 76.

¹⁰⁶ FERRAZ Jr., op. cit., p. 40. Cf. também: ANDRADE, op. cit., p. 80. No mesmo sentido: “El problema no consiste en el gran abismo que presupuestalmente existe entre la teoría (abstracta) y la praxis (concreta). El problema surge directamente de la teoría de los sistemas autopoieticos. La ciencia se reproduce como ciencia y no como derecho. El derecho se reproduce como derecho y no como ciencia. La reproducción se realiza en el ámbito de los acontecimientos fácticos elementales, en el ámbito de la comunicación de momento a momento. Esto requiere un mínimo esfuerzo estructural, pero no, o sólo en raras ocasiones, reflexión. Al aumentar la complejidad, el derecho puede desarrollar técnicas para correlacionar casos similares, reencontrar decisiones previas semejantes, almacenar tónica o conceptualmente experiencias convincentes; sobre todo con motivo de la formación de las nuevas generaciones, es capaz de desarrollar fórmulas de aprendizaje y Dogmática mas sistematizadas, que pueden englobar, cada vez más, casos distintos en un principio.” (LUHMANN, Niklas. “El enfoque sociológico de la teoría e práctica del derecho.” In: *Corrientes y problemas en filosofía del derecho: Anales de la Catedra Francisco Suares*, Granada, 1985, p. 102).

¹⁰⁷ Cf. LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 43-45.

logicamente rigorosas no uso de seus conceitos e definições, pois para elas o importante não é a relação com os fenômenos da realidade (descrever os fenômenos) mas sim fazer um corte na realidade, isolando os problemas que são relevantes para a tomada de decisão e desviando a atenção dos demais.¹⁰⁸

Há, no subsistema jurídico, um perene grau de incerteza quanto à aplicação da norma. A tarefa da Dogmática é compatibilizar a tomada de decisão (donde surge a questão da indeclinabilidade jurisdicional) com o necessário cumprimento dos programas normativos.¹⁰⁹ Uma das formas que a Dogmática encontra para inserir, no ordenamento positivo, novas possibilidades de decisão (provendo fundamentabilidade à decisão judicial), é aumentando a indeterminação dos textos legais.¹¹⁰

Para Luhmann, os programas normativos, que formam o substrato da Dogmática, devem prevalecer, pois são eles que detêm a legitimidade necessária para regular expectativas normativas. Se forem levadas em consideração as conseqüências da decisão no meio social, seria impossível estabelecer uma limitação ao juridicamente possível: qualquer decisão poderia ser justificada por critérios estranhos ao direito e não haveria qualquer sentido em preservar o núcleo normativo do qual parte a Dogmática. Ou seja, é em decorrência de ser positivo, ser fruto de decisões, que o direito mantém sua elasticidade e pode acompanhar a evolução da complexidade social. Tal elasticidade não seria encontrada em outros sistemas que dependem da

¹⁰⁸ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 87.

¹⁰⁹ “La ‘vinculación a la ley’ se vuelve a si mismo objeto de interpretación de competencia judicial. Los tribunales tienen que decidir hasta dónde pueden resolver los casos ayudándose de la interpretación de la competencia judicial. Los tribunales tienen que decidir hasta donde pueden resolver los casos ayudándose de la interpretación y hasta donde, en caso de que las soluciones no sean satisfactorias, deben exigir cambios jurídicos por parte del legislador. *Y solo esta concepción de tarea judicial es la que posibilita llegar a prohibir la denegación de justicia y a exigir que los tribunales deban decidir sobre todos los casos que se les presenten.*” (LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 365). Cf. también: LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 47-48.

¹¹⁰ LUHMANN, op. cit., p. 50.

seleção de expectativas, como ocorre com a economia ou a política.¹¹¹ Para o sociólogo, as normas programáticas devem servir de orientação dada *previamente* ao julgador. A legitimidade para a introdução dessas normas – que levam em consideração as conseqüências projetadas no ambiente social – advém do próprio procedimento de sua elaboração.

Larenz, já apontando a solução para as pautas de valoração, ressalta que mesmo os critérios de *valor* devem ser de natureza jurídica normativa:

Sem dúvida que há-de exigir ao juiz que tome em consideração as conseqüências jurídicas socialmente relevantes que se apresentam com segurança, se é que o juiz não interpreta só a lei, mas desenvolve o direito de modo “transcendente à lei”; todavia, é certo que as conseqüências requerem por seu lado uma valoração e que as pautas para essa valoração só podem, por sua vez, ser dessa natureza jurídica. A divisão entre “direito e não-direito” não pode em última instância fazer depender-se, como sublinha LUHMANN, das suas próprias conseqüências. [...] o juiz, por falta de suficientes possibilidades de informação, não pode descortinar de modo algum todas as conseqüências.¹¹²

Em suma: a Dogmática Jurídica não serve para uma orientação às conseqüências das decisões, simplesmente porque perderia força, ou deixaria de cumprir sua missão – que é a redução da complexidade para a atividade prática do direito. Para Luhmann, a justiça não possui condições de se estabelecer quando os fins justificam a tomada de decisão, porque esta mesma decisão tornar-se-ia imparcial. Ou decidem-se de forma semelhante os casos semelhantes, ou tomam-se as decisões visando certos efeitos na sociedade – não há como realizar as duas coisas ao mesmo tempo.¹¹³

¹¹¹ “Quanto mais complexa for a sociedade, menor será a chance de consenso fático, maior a necessidade de ficções institucionais a respeito do consenso, maior a necessidade política no sentido de técnica capaz de manipular a escassez do consenso.” (FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 111).

¹¹² LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 323.

¹¹³ Para Luhmann, as decisões orientadas por critérios de justiça tornam mais complexas as conseqüências relevantes, e portanto mais difícil a valoração destas conseqüências (o que geraria instabilidade na aplicação do

Luhmann assemelha-se a Kelsen na busca de um corte epistemológico e axiológico da Ciência do Direito, mas enquanto a teoria kelseniana busca purificar a Ciência do Direito de questões axiológicas como a justiça (não lhe negando a existência, mas colocando-a em seu campo de pesquisa próprio) Luhmann pretende a incorporação dessas questões no interior do sistema jurídico autopoietico, em que tais significações devam ter seu conteúdo significativo trasladado para as fórmulas operativas do sistema¹¹⁴. Tais “fórmulas de contingência” visam legitimar uma possível decisão tomada (e que há de ser tomada), sendo para Luhmann irrelevante a discussão sobre a natureza intrínseca dos argumentos em que se baseiam as decisões:

De fato, é sobre o rígido enquadramento da análise da natureza e processamento da decisão que se desenvolvem as reflexões de Luhmann quanto aos limites da interpretação e da apresentação no direito [...] de considerações sobre o lugar dos tribunais no sistema do direito, lugar que entende merecer especial destaque por força do princípio da denegação de justiça, por ele visto, e com propriedade, como postulado de natureza operacional (dogmática), tendo em vista que a complexidade do mundo atual é incapaz de garantir, sob o ângulo meramente lógico, a exclusão do *non liquet*.¹¹⁵

Luhmann não deixa de dar importância à atividade hermenêutica, mas considera problemático o recurso direto a argumentos de valor. A tarefa da hermenêutica, em tal sentido, seria integradora da fundamentabilidade das decisões judiciais, mas num mero sentido prático de neutralização de insatisfações em face de direito. De um ponto de vista lógico-pragmático, é em tese aceitável o “ideal” de aplicação da justiça e a busca de fins, uma vez que nenhum caso é igual a outro. No entanto, Luhmann rejeita que essa aproximação possa partir do postulado *preconceituoso* de que “o direito serve aos interesses da classe dominante.” Ao contrário, é exatamente a *não persecução de fins* pelo direito o que o tornaria isento dessa afirmativa, pois o ideal de uma sociedade justa é incompatível com um direito orientado pelas conseqüências: “La questione, in definitiva, suona così: una dogmatica che sia costruita sulla base di ponderazioni di conseguenze sarà in grado di mantenere, anche in una società altamente complessa, l'autonomia sociale del sistema giuridico e di svolgere, in questo sistema, una ‘politica de giustizia’ indipendente?” (LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 73).

¹¹⁴ Sobre essa relação entre a *Teoria Pura* e a *Teoria dos Sistemas*, cf. MURICY, Marília. “Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico.” In: *Hermenêutica Plural*, por Carlos E. de Abreu BOUCALT e José Rodrigo RODRIGUEZ, 103-126. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹¹⁵ MURICY, op. cit., p. 122.

decisões não fundamentadas. A questão sobre a *justiça* é assumida para o interior do sistema¹¹⁶, mas apenas como meio de garantir *consistência* à atividade judicial, nos limites em que for suficiente para sua teoria funcionalista.¹¹⁷

Larenz critica essa postura como se ela fosse determinante do descompasso da Dogmática:

É verdade que LUHMANN refere uma vez, se bem que só marginalmente, como “muito útil” uma orientação a tipos, e mesmo em certo passo a idéia de WILBURG de um sistema móvel. No entanto, continua a falar do ‘estilo classificatório de abstração’ da dogmática e compartilha claramente da opinião de ESSER de que dogmática jurídica é “trabalho conceptual valorativamente neutro”. Se fosse só isso, há muito que teria renunciado ao seu papel.¹¹⁸

Mas, em defesa de sua concepção Dogmática, Luhmann explica que o sentido da ciência jurídica não consiste “em fixar o que está simplesmente estabelecido, mas em possibilitar a distância crítica, em organizar estratos de reflexões, de motivos, de ponderações de proporção, meios pelos quais o material jurídico é controlado para além do que é imediatamente dado e é preparado para a sua utilização.”¹¹⁹

Mas, se os juízes de certa forma “criam” o direito quando o aplicam tendo interpretando conceitos e princípios, inserindo-os no sistema¹²⁰, pode-se

¹¹⁶ A *justiça* corresponde à adequação entre a complexidade social e a complexidade do sistema jurídico, e a função da Dogmática é *tornar operativas as questões de justiça unicamente no campo jurídico*. (Cf. LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 106-107).

¹¹⁷ “En este sentido, el derecho vigente se impulsa a si mismo hacia la innovación, pero también a conservar la estabilidad = consistencia = justicia.” (Idem. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 339). Cf. também: Idem. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 53 e 113 et seq.

¹¹⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 325.

¹¹⁹ LUHMANN, Niklas. *Apud* LARENZ, Karl. op. cit., p. 320.

¹²⁰ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. “Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica.” In: *Hermenêutica Plural*, por Carlos E. de Abreu BOUCALT e José

questionar a origem dessa legitimidade para a produção do direito, diante da ausência do “privilégio oficial” aventado por Luhmann¹²¹. Logo, a Dogmática Jurídica opera somente ao nível normativo, que cumpre o papel de definir as *premissas de decisão*; sem, no entanto, importar-se com as conseqüências dessas *premissas* no ambiente social.¹²²

3.2.3. Os CONCEITOS SOCIALMENTE ADEQUADOS

Apesar de todo o esforço em rechaçar a orientação pelas conseqüências, Luhmann crê numa função relevante da análise destas. Fazendo o encaixe com a introdução à teoria dos sistemas, agora é possível demonstrar que é por meio do acoplamento estrutural que as *conseqüências sociais* podem produzir *irritações* externas que são assimiladas no interior do subsistema do direito, através da abertura cognitiva, iniciando operações internas que lhe são próprias. Aqui pode-se entrever a abertura das teses de Luhmann para o ponto em que se partirá de sua teoria com algo bastante valioso.

Em certos ciclos surgirão conflitos juridicamente relevantes, para os quais talvez o direito não consiga prover uma resposta já assimilada internamente.¹²³ Se o subsistema não pode se orientar pelas conseqüências, ao menos estas exigirão, quando *uma solução* for necessária, que o direito retorne com uma possibilidade de decisão que preserve a estrutura sistêmica. Em certos casos será possível, a partir do caso

Rodrigo RODRIGUEZ, 127-158. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p 154.

¹²¹ Luhmann entende que uma orientação projetada para as conseqüências da decisão deva ser *ius eminens*. Isto é, o uso “oficial” do direito para esse fim deve partir dos sujeitos legitimados a inserirem os programas normativos (LUHMANN, Niklas. “La observación sociológica del derecho.” *Crítica Jurídica* 12, 1993, p. 94).

¹²² Ao escrever sobre as *funções classificatórias* da Dogmática (*funzione classificatorie*, capítulo terceiro), assevera Luhmann que “i concetti, le teorie, le conoscenze della dogmatica non sono il sistema del diritto, ma guidano tale sistema.” (Idem. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 59).

¹²³ ATIENZA, Manuel. “El futuro de la dogmática jurídica.” *El Basilisco* 10 (Maio/Outubro 1980): 63-69, p. 65.

concreto, provocar *alarmes* que tornem conveniente a superação de uma regra, ou meios de fundamentar uma decisão cujas projeções sejam relevantes no meio social.¹²⁴

Para Luhmann:

O sistema jurídico transforma as interdependências externas, que são futuras e abertas, em interdependências internas, que são passadas e fechadas. Isto se obtém pelo estabelecimento de alternativas de decisão obtidas por meio das construções dogmáticas, ligando as alternativas às conseqüências possíveis. Deste modo, o critério para a determinação do jurídico e do antijurídico não está nas conseqüências reais, mas nos efeitos jurídicos das decisões juridicamente fixadas.¹²⁵

Prova disso é que, segundo Luhmann, muito embora, como já dito, a Dogmática pretenda ser uma síntese de abstração normativa e de redução de complexidade (com vistas a harmonizar a contingência bilateral), sua função final é aplicar o direito no ambiente social, e para isso deve considerar as expectativas sociais, sob pena de perder o sentido como uma *ciência do direito*. A liberdade interpretativa da Dogmática, em relação ao dado material normativo, a um passo permite o *distanciamento* necessário para essa observação, e de outro lado permite que as *experiências* interpretativas tornem sempre possível a tomada de uma decisão. Mesmo não sendo relevantes para o direito as *conseqüências* sociais de uma específica decisão, as *expectativas* quanto à decisão podem ser.¹²⁶

Nas palavras do sociólogo, esse intento é atingido pela formulação do que chama de *conceitos socialmente adequados*.¹²⁷ Tais conceitos darão à Dogmática possibilidade de correspondência com as expectativas sociais, sem que obrigue-se a considerar (preservando assim a estrutura sistêmica) as conseqüências de suas decisões

¹²⁴ Cf. LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 40 e p. 77 et seq.

¹²⁵ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Função social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 146. Cf. também: LUHMANN, op. cit., p. 89.

¹²⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 136.

¹²⁷ Inserido no capítulo de *Sistema Jurídico e Dogmática Jurídica* com o título de “conceitos adequados à sociedade” (*concetti giuridici adeguati alla società*, capítulo quinto).

no sistema social.¹²⁸ Isto é, o subsistema não inquirirá acerca de ocorrências particulares no ambiente, mas terá apenas por referência os *conceitos socialmente adequados* que estabilizem a variabilidade entre ambiente e subsistema.

No entanto, não é por produzir conceitos socialmente adequados que a Dogmática seja um retrato fiel da sociedade. Se assim fosse, acabada estaria a diferenciação sistêmica.¹²⁹

Os conceitos aqui expressos são modelados pela *abertura cognitiva* do sistema, quer dizer, o direito conhece os conflitos sociais mas toma deles para si e os lança novamente de forma recursiva, no círculo operacionalmente fechado do direito, que trabalha em sua linguagem própria. Em outras palavras: as *questões sociais* não se tornam *conceitos sociais* no interior do subsistema jurídico. Elas se tornam *conceitos jurídicos*.¹³⁰

Em resumo, Luhmann considera que o caminho para a objetivação da justiça passa pela adequação de problemas sociais ao código interno do subsistema do direito. Tome-se, como exemplo, aquele utilizado exaustivamente por Luhmann¹³¹: o do direito de propriedade¹³².

¹²⁸ ATIENZA, Manuel. “El futuro de la dogmática jurídica.” *El Basilisco* 10 (Maio/Outubro 1980): 63-69, p. 65.

¹²⁹ LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 107.

¹³⁰ Esse é o caminho apontado para a preservação subsistêmica, pois, lembrando, “para Luhmann, a função do direito é a estabilização contrafática de expectativas normativas, e, para isso, o que importa é a preservação da clausura operacional do sistema jurídico, que permite sua autopoiesis a partir da auto-reprodução comunicativa orientada pelo código binário direito/não-direito (*Recht/Unrecht*) e pelos programas condicionais, que adjudicam concretamente os valores do código.” (VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006, p 232).

¹³¹ Cf. LUHMANN, Niklas. op. cit., capítulo sexto, p. 125-155. Cf. também: ATIENZA, Manuel. op. cit., p. 65; e LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 325.

¹³² Este tema é retomado por Luhmann em *El derecho de la sociedad (passim)*.

3.2.4. DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO ACOPLAMENTOS ESTRUTURAIIS

As atuais questões envolvendo a utilização da propriedade com fins sociais (ou não-sociais) obrigam que a Dogmática entenda de maneira precisa tais questões, que atingem o conteúdo do conceito de propriedade privada, como *direito fundamental* que se apresenta em contraposição a reclamos sociais¹³³. Mais adiante será visto, novamente, em termos normativos, como essa conceituação acabou assumida pelo direito.

O desenvolvimento primário do direito passa pela política, donde surgem necessariamente os programas normativos com vistas a determinadas conseqüências sociais.¹³⁴ A partir daí as questões sociais deixam de representar um problema político (adequado a corresponder a uma situação social) para se tornarem um problema jurídico (adequado a promover a aplicação do direito). As abstrações dogmático-jurídicas não devem corresponder, *diretamente*, a um nível correspondente à situação social, pois assim o direito se colocaria em risco de não poder mais diferenciar entre expectativas *cognitivas e normativas*.

Em outros termos, sem a prévia construção de *conceitos jurídicos*,¹³⁵ a certeza do direito restaria prejudicada porque o cidadão estaria diante de uma dupla incerteza: ele não saberia o que esperar do direito e não saberia agir em concordância

¹³³ Para Luhmann, a problemática da propriedade é decisiva para a Dogmática Jurídica e as relações entre direito, economia e política: “Essa si reggerà o cadrà a seconda che sarà ancora possibile portare riflessioni e le astrazioni tecnico-giuridiche a un livello corrispondente alla situazione sociale, oppure a seconda che lo sviluppo ulteriore del diritto passerà alla legislazione e quindi, in larga misura, alla politica.” (LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 154-155).

¹³⁴ Cf. Idem. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 443 et seq.

¹³⁵ “Sólo a través de una dogmática jurídica elaborada, la estabilización y reestabilización del derecho se desplaza de la validez simple (y casi siempre religiosa) hacia las *normas de su consistencia*. [...] Como indicio de consistencia sirve la capacidad de construcción dogmática de la solución de problemas. [...] Precisamente una dogmática jurídica (o los conocimientos ampliamente elaborados por la *ratio decidendi*) dentro de una multiplicidad de decisiones que se han tomado en el tribunal, hacen percibir los defectos y buscar – no siempre con éxito – mejores posibilidades de construcción.” (Ibidem, p. 337).

com as expectativas normativas desse direito.¹³⁶ Para Luhmann, as únicas conseqüências manuseáveis pelo direito são as jurídicas (e não as concretas ocorridas no ambiente)¹³⁷. Isto é, o paradoxo da auto-referência impõe que se dê um tratamento *jurídico* ao conflito. Para o direito, esse é o único modo de proceder.

Luhmann aceita a existência de institutos jurídicos com pretensão de intangibilidade, ou com características de *fundamentais*. Dessa forma, admite que alguns direitos *devem* ser intangíveis para evitar a intromissão de um subsistema em outro, afetando o equilíbrio de todo o sistema. É o que acontece, por exemplo, com o já citado direito de propriedade, que para Luhmann cumpre um papel essencial, como acoplamento estrutural, com relação à autonomia entre os subsistemas jurídico e econômico (assim como o *contrato*).¹³⁸ Isto porque, uma intervenção *política* ou *econômica* nesse direito, que venha a produzir a internalização das direções próprias desses subsistemas em face do direito/não-direito, a partir de uma justificativa qualquer, desestabilizaria a sociedade e traria conseqüências terríveis para a harmonia dos sistemas sociais.

¹³⁶ LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 80.

¹³⁷ MALDONADO, Alejandro Sahuí. Dogmática Jurídica y Sistema Social: breve aproximación a través de la obra de Niklas Luhmann. In: CONGRESO NACIONAL DE DERECHO Y DOCENCIA, 3., 2001, Xalapa, Veracruz: Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Campeche. Para Tércio Sampaio Ferraz Jr., “Estas concepções são fortalecidas e implementadas pela própria Ciência Dogmática do Direito na qual, por exemplo, a idéia corrente de que o direito está a serviço da justiça permite a canalização absorvente de diversas e variadas pretensões sociais para um endereço único. Neste sentido observe-se que a definição dominante de justiça, abstração feita de suas variações materiais, é dada pelo esquema da igualdade/desigualdade, como na conhecida fórmula “tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente”. O esquema adapta-se a uma espécie de operacionalização da multiplicidade em termos de unidade, permitindo classificações dicotômicas e hierarquizantes, capazes de responder, então, a perguntas postas na forma de dualidades: houve apropriação ou não? há propriedade ou posse? discute-se a propriedade ou só a posse? a aquisição é viciosa ou legítima? houve esbulho ou não? Tais questões, em nome de um princípio concebido de modo suficientemente abstrato, podem assim ser tratadas de modo universalista (cf. Luhmann: *Rechtssystem and Rechtsdogmatik*, 1974, p. 29), ou seja, conforme critérios internos do sistema jurídico, sem prender-se primariamente a situações concretas, mantendo-se a idéia de que o direito, com todas as variações, é sempre, num espaço e tempo, um só.” (“O Oficial e o Inoficial - Ensaio sobre a Diversidade de Universos Jurídicos Temporal e especialmente Concomitantes.” <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/35>>).

¹³⁸ Cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 522 et seq.

O que não quer dizer, entretanto, que existência de um direito como o de *propriedade* seja imutável. A *abertura cognitiva* do sistema pode afetar, também, os direitos fundamentais, pois toda informação do entorno pode reentrar no subsistema, e assim tudo o que o subsistema regula pode ser objeto de uma norma válida (ou conceito socialmente adequado); e é assim, nessa visão, que é possível regular, na forma de cláusula geral, uma “plataforma normativa” para a mudança de conteúdo de determinado direito fundamental, como é o caso da propriedade privada. Se o resultado das interações sociais é sempre um equilíbrio entre as expectativas, é de se esperar, na teoria estudada, que os contrapesos situem-se exatamente na norma veiculadora do direito fundamental (nesse caso, um acoplamento estrutural típico).

A Dogmática não deve ser vista como insuperável, sem controvérsias, ou nem mesmo *desligada* do posicionamento histórico. Mesmo a Dogmática possuindo uma função “estabilizadora” na formação das expectativas, entende Luhmann que isto não significa que não se possa apresentar uma Dogmática Jurídica mais atenta às exigências do sistema. Isto é o que vai permitir a redefinição de conceitos, princípios e direitos fundamentais, como o da propriedade, contudo partindo de construções operativas no interior do direito, de modo a provocar mudanças graduais nos subsistemas circunvizinhos.¹³⁹ Está aí dada a pedra de toque que pretendemos utilizar das teses luhmannianas. *A orientação pelas conseqüências está fora do sistema jurídico mas isto não quer dizer que não há espaço para que venha provocar interações sistêmicas.*

Na teoria de Luhmann o subsistema jurídico é parte vital de uma teoria geral da sociedade, e a ele é proporcionada uma equidistância para guardar vistas e

¹³⁹ “La teoría misma determina los casos adecuados, ya que es ella la que con ayuda de las experiencias de los casos ha de cambiar en determinadas circunstancias” (LUHMANN, Niklas. “El enfoque sociológico de la teoría e práctica del derecho.” In: *Corrientes y problemas en filosofía del derecho: Anales de la Catedra Francisco Suares*, 87-103. Granada, 1985, p. 103).

considerar as relações entre os subsistemas, possibilitando conservar a *especificidade funcional* de todos esses subsistemas.¹⁴⁰

Luhmann esmiuçou de forma ímpar a Dogmática Jurídica. É possível reconhecer em suas teses a idéia libertária para o avanço da Dogmática e a perda do descompasso com a realidade social.

Assim, encontram-se as bases em que a Dogmática pode se ressignificar: por meio da recepção dos problemas sociais e seu ajustamento a valores de direito, *ainda que internamente à sua própria estrutura funcional*. Os novos paradigmas conceituais do direito positivo são catalisadores dessa mudança no saber dogmático.

A possibilidade de revisão de seus próprios conceitos, apontada por Luhmann, e o reconhecimento de que não há direitos imutáveis, apontam para o que pretende-se indicar para a Dogmática nos próximos capítulos: a flexibilidade permite que o direito continue atendendo aos seus fins sociais, sem que seja necessária uma ruptura ou criação de instabilidade no sistema jurídico.

Ver-se-á adiante como a Dogmática Jurídica (merecidamente) adquiriu, e depois tem condições de rejeitar, as críticas de imobilidade frente à intensificação e diversificação dos problemas sociais, tentando-se responder a Luhmann:

Oppure il prezzo della positività del diritto dovrebbe essere pagato con un processo de de-differenziazione tra politica e diritto tale da far riposare l'autonomia del sistema giuridico soltanto sullinerzia, l'immobilità e l'imperscrutabilità della massa di norme, e non piú sulla conclusività e sull'eleganza della argomentazione dogmatica?¹⁴¹

Já na linha deste trabalho, em defesa a algumas críticas dirigidas à Dogmática luhmanniana, deve-se levar em consideração que o sistema construído por

¹⁴⁰ MALDONADO, Alejandro Sahuí. Dogmática Jurídica y Sistema Social: breve aproximación a través de la obra de Niklas Luhmann. In: CONGRESO NACIONAL DE DERECHO Y DOCENCIA, 3., 2001, Xalapa, Veracruz: Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Campeche.

¹⁴¹ LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 123.

Luhmann pode, sim, tomar como ponto de partida (e respeitar) conceitos ou definições inegáveis, mas sempre tem em mente que a aplicação da norma ao caso concreto, e suas conseqüentes variações, necessitam de flexibilidade e ajuste frente a situações inesperadas, já levando em conta a impossibilidade de total tipificação dos eventos sociais. É a Dogmática que possibilita a “recolocação de dúvidas, o acréscimo de certezas comportáveis”¹⁴², sendo, dessa forma, um valioso instrumental para a evolução do direito.

3.2.5. ADEQUAÇÃO À LINHA TEÓRICA LUHMANNIANA

As teorias de Luhmann sobre a Dogmática Jurídica, formuladas na primeira fase de seus estudos, desde que feitos os ajustes necessários, são compatíveis com a segunda fase de seus trabalhos, quando insere em seu estudo as definições de sistemas autopoieticos, auto-referentes e fechados operativamente, e interdependentes mas autônomos entre si.¹⁴³

Sistemas autopoieticos, com estrutura própria e auto-regulados, não podem ser *determinados* pelos acontecimentos do meio; esses acontecimentos somente podem estimular operações internas próprios do sistema, cujo resultado, na maneira como ele se mostra para o meio, deve seguir somente a distinção própria do subsistema interpretativo (no sistema do direito, o código binário *direito/não-direito*).

¹⁴² LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 322.

¹⁴³ Com a mesma opinião, Orlando Villas Bôas Filho observa que “muitas de suas obras são anteriores à incorporação do conceito de autopoiese em sua teoria. Não obstante, não há uma ruptura na obra de Luhmann que invalide seus escritos anteriores. Ao contrário, os desenvolvimentos posteriores de Luhmann acerca do direito não apenas estão em consonância com as análises mais antigas, como, inclusive, retomam uma séria de problemáticas nele constantes.” (*O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 181). Mais adiante, Villas Bôas Filho afirma que “os inúmeros paralelismos existentes entre as análises desenvolvidas na *Sociologia do direito* (1972) e as realizadas vinte anos mais tarde em *O direito da sociedade* (1993) demonstram que a teoria da autopoiesis não engendra ruptura, mas apenas afina as análises de Luhmann acerca do direito.” (*Ibidem*, p. 192).

Deve-se observar, novamente, que a obra *Sistema Jurídico e Dogmática Jurídica* foi publicada no período da primeira fase de Luhmann. Com a transposição para a segunda fase do pensamento luhmanniano, como podem-se reclassificar as chamadas *interdependências externas e internas*, já ausentes nessa fase pois fala-se de subsistemas autônomos, que possuem *auto-referência e abertura cognitiva*? Depois de tão minucioso estudo sobre a Dogmática Jurídica, não é possível permitir que a obra tenha diminuído o seu significado.

Nessa segunda fase, Luhmann entende que o controle da dupla contingência (as expectativas sobre si próprio, e também com relação aos demais indivíduos) ocorre conforme o sistema opera sua abertura e fechamento com o ambiente, mediante a formulação e simbolização da norma, que assim possa manter-se em correspondência com a realidade, colocando-se a suposição de um consenso, que, por meio de uma possível imposição de sanção, irá lidar com a possibilidade de frustração e conferir força à expectativa normativa.¹⁴⁴

Nessa passagem, podemos observar que todas operações sistêmicas no subsistema jurídico são internas; foi-se qualquer interdependência, que agora para Luhmann poderia acarretar uma corrupção sistêmica.

O *input* e o *output* deram lugar à uma estrutura essencialmente comunicativa, mas com subsistemas operacionalmente fechados, nos quais a legitimação é exclusivamente interna. Não há ponto de partida nem ponto de chegada, a não ser que ocorra uma desintegração sistêmica. A abertura cognitiva funciona para que o sistema aprenda, por intermédio das irritações ambientais, e a Dogmática passa a evoluir por meio da internalização funcional dessas irritações¹⁴⁵. As *conseqüências* ou *valores* que não fazem parte do subsistema jurídico não causam dependência, mas

¹⁴⁴ LUHMANN, Niklas. “La observación sociológica del derecho.” *Crítica Jurídica* 12, 1993, p. 87. Em complementação: “El paradigma de *sistema/entorno* es incorporado en el paradigma de la *autorreferencia*, al señalarse que la diferencia sistema/entorno es un momento de la autorreferencia. Los sistemas autorreferentes se diferencian respecto su entorno.” (RODRIGUEZ M., Dario. *Invitación a la sociología de Niklas Luhmann* (prefácio). In: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 37).

antes de tudo precisam ser assimilados pelo direito e reprocessados, e o resultado expresso por intermédio da simbolização normativa, que assim poderia manter seu compasso com as pretensões de regulação do sistema social. Nesse sentido:

[...] conforme ressalta Luhmann, os sistemas autopoieticos são desprovidos de inputs e outputs, então eles, por motivos óbvios, deverão conciliar sua auto-referencialidade com toda e qualquer forma de relação que pretendam ter em seu entorno. Assim, se a análise realizada acerca da legitimidade se colocava no plano de uma ausência de um input que fornecesse para o sistema jurídico, a análise de suas possibilidades de intervenção em seu entorno tem a ver com a ausência de um output que o permita regulá-lo diretamente.¹⁴⁶

A fórmula do acoplamento estrutural visa a conceber a idéia de possibilidade comunicativa entre subsistemas clausurados.¹⁴⁷ O cuidado aqui é o de manter o fechamento operacional e a auto-referência, não permitindo que operações externas sejam as mesmas que as internas. As operações externas são simplesmente “captadas” e reproduzidas internamente, desde o início, e com critérios unicamente jurídicos. “Assim, pelo acoplamento estrutural não ocorre a determinação do sistema pelo entorno, mas simples irritação ou perturbação de um pelo outro.”¹⁴⁸ Complementando, com as palavras de Luhmann: “En esto es válido aquello que se observa en los sistemas clausurados operativamente: que no pueden importar

¹⁴⁵ Com os acoplamentos estruturais, desaparece a necessidade de *inputs* e *outputs*: “Assim, não há uma relação de causalidade entre as pressões do ambiente e as respostas do sistema, pois este não funciona como simples transformador de *inputs* e *outputs*. Por essa razão, os acoplamentos estruturais apenas permitem que o ambiente suscite irritações, perturbações e surpresas no interior dos sistemas parciais.” (LEITE, Glauco Salomão. “A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.” In: *Cadernos de Soluções Constitucionais*, 145-182. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 168-169).

¹⁴⁶ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 234.

¹⁴⁷ Sobre a relação entre complexidade, clausura operacional, auto/heterorreferência e Dogmática, cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 350-351.

¹⁴⁸ VILLAS BÔAS FILHO, op. cit., p. 250.

estructuras de fuera, sino que con ayuda de las propias operaciones las establecen, las modifican, o las abandonan al olvido.”¹⁴⁹

Portanto, embora a cadeia causal/relacional que modelava a antiga teoria dos sistemas abertos seja incompatível com a teoria dos sistemas autopoieticos, é possível atualizar os estudos sobre a Dogmática de acordo com a nova teoria, o que foi realizado pelo próprio Luhmann (embora não revisada integralmente a obra em comento) nos escritos da segunda fase.

¹⁴⁹ LUHMANN, op. cit., p. 171.

4. SUBSTRATO NORMATIVO E HERMENÊUTICO PARA A RESSIGNIFICAÇÃO DA DOGMÁTICA JURÍDICA

4.1. CRÍTICA INICIAL À DOGMÁTICA DE MODELO SUBSUNTIVO

Conforme exposto, o positivismo jurídico trabalha com um conceito *científico* do direito. Nele, reina a idéia de captar os fenômenos jurídicos e transformá-los em conceitos normativos, aos quais os fatos subsumiriam-se, tolhida qualquer pretensão *volitiva* do aplicador, como observa Glauco Salomão Leite:

Assim, toma cena o formalismo jurídico de viés positivista-legalista. Em vez de se falar em *construção* da norma jurídica pelo juiz, fala-se em *declaração* da norma já existente e acabada [...] A norma jurídica é um *dado* e não um *construído*. [...] A aplicação do direito se desenvolve através de processos silogístico-formais. [...] A consequência desse quadro é a “debilidade” da magistratura”, limitada basicamente à resolução de conflitos privados.¹⁵⁰

Tal idéia representava um sistema *recluso* e valorativamente neutro, imagem que acabou emprestada à Dogmática Jurídica:

Essa redução gnosiológica, levada a efeito pela via da “não cientificidade” dos juízos valorativos sobre o direito, reflete-se sobre a solução do problema ontológico do direito. Direito, nesta perspectiva, não será senão o direito positivo, posto pelo Estado, abstraídos o juízo que dele se faça e as considerações relativas às forças sociais à sua origem e aquelas relativas aos resultados que produz no meio social. Afasta-se do campo jurídico tudo o que não diga respeito à análise formal e à dinâmica interna das normas produzidas e garantidas pelo direito estatal. Se de sua efetiva aplicação advêm bem-estar ou malefícios sociais, é uma questão considerada fora dos limites do pensamento e da ação dos juristas.¹⁵¹

¹⁵⁰ LEITE, Glauco Salomão. “A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.” In: *Cadernos de Soluções Constitucionais*, 145-182. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 149.

¹⁵¹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000, p. 15.

Como dito anteriormente, a concepção dogmática luhmanniana, por vezes reputada por alguns juristas como fiel aos ultrapassados ideais positivistas, encontrou críticas, como se, ao preocupar-se somente com seu código binário próprio (direito/não-direito), o direito colocasse fora de seus limites qualquer análise externa dos resultados observados no meio social. Contudo, teriam essas mesmo críticos realmente entendido o alcance das teses de Luhmann, atribuindo-o a idéia de uma Dogmática limitada à uma tarefa avaliativa? Se a resposta a tal questão for positiva (mas não é), então os que imputam à Dogmática um caráter puramente tecnológico podem ter razão:

O conhecimento científico está às voltas com esta questão, a de descobrir o que pode e o que não pode ser entendido como verdadeiro. Esse, contudo, não é o problema da Dogmática Jurídica, preocupada, mesmo, em fornecer pautas para a decisão. O problema máximo da Dogmática é a decidibilidade e, por isto, ela não tem um caráter científico, mas, sim, tecnológico.¹⁵²

Se a tarefa da Dogmática do presente mudou, é porque também mudou a maneira de se produzir o direito positivo. E são novos paradigmas, como a *significação social* do direito de propriedade, que tornam imperativa essa mudança de percepção da Dogmática. A elaboração de pautas carecedoras de preenchimento, como ocorre na legislação pela forma de cláusulas gerais – ponto de encontro justificativo deste trabalho – tornam a missão do jurista muito mais dependente da elaboração de conceitos móveis como os providos pela Dogmática Jurídica luhmanniana.

Mais do que isso, ela é essencial para a aplicação concreta dessa classe de normas, não se justificando mais a crítica de afastamento dos problemas sociais. Tais problemas são, sim, fonte de introdução e reforma no saber dogmático; contudo, a segurança do direito depende da construção de tipos e conceitos, valorativos sim, mas construídos internamente no sistema do direito, conforme reconhece Ferraz Jr.:

A Dogmática Jurídica não se exaure na tarefa – embora relevantíssima e decisiva – de interpretação, construção e sistematização dos modelos

¹⁵² COELHO, Fábio Ulhôa. *Direito e Poder*. São Paulo: Saraiva, p. 17.

jurídicos, numa análise de todos os processos que integram a técnica jurídica, pois implica e pressupõe a determinação de seus princípios constitutivos na condicionalidade do ordenamento vigente. Tudo, aliás, sem perda de contato com os pressupostos transcendentais ou filosóficos da experiência jurídica.¹⁵³

Na verdade, a Dogmática não termina sua tarefa na interpretação do estabelecido, mas interpreta sua própria vinculação, pois o vinculante demanda sempre nova interpretação.¹⁵⁴ Nessa idéia, o saber dogmático será inserido na *virada hermenêutica*, elaborada no próximo capítulo, pois “a Dogmática Jurídica não se limita a uma atividade de conhecimento descritiva, mas realiza uma atividade prescritiva que tem por destinatário central o Poder Judiciário e, indiretamente, os cidadãos”.¹⁵⁵

De qualquer modo, dizer que a Dogmática Jurídica revela um pensamento meramente tecnológico é reduzir sua tarefa sem uma justificativa presente. A técnica, enquanto aplicação do direito, ou *técnica jurídica*, muitas vezes é confundida com a atividade jurisdicional ou dos operadores do direito, como os juízes e advogados.¹⁵⁶ Esta é apenas uma faceta da Dogmática, seu destino final, e talvez, o menos importante em todo o conjunto, do qual ressalta um trabalho deveras importante, que é o esforço valorativo apontado por Larenz:

Mas serão as respostas a problemas de valoração passíveis de se transformarem realmente em conceitos plenamente isentos de valoração e, deste modo, tornarem-se operacionais? O trabalho da Dogmática Jurídica (hodierna) está corretamente caracterizado como “trabalho conceitual valorativamente neutro”? Ou será porventura a Dogmática, se não

¹⁵³ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Função social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 95.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 97.

¹⁵⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 85.

¹⁵⁶ FERRAZ Jr., op. cit., p. 123. Plauto Faraco de Azevedo considera “indispensável o concurso da técnica jurídica, que deve ser considerada como instrumento destinado a elaborar e aplicar apropriadamente o direito. Essa visão instrumental da técnica jurídica impedirá de privilegiá-la ao ponto de abstrair sistematicamente os interesses em jogo, substituindo-os pela realidade conceitual.” (AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 23).

totalmente, pelo menos em grande medida, também ela, pensamento orientado a valores?¹⁵⁷

As *cláusulas gerais*, cuja presença no direito positivo, em especial no direito privado, vêm cada vez mais sendo utilizadas, exigem uma referência de valoração (ou referência de sentido) definida mediante notas características, a fim de orientar e permitir segurança quando da aplicação dessa espécie de norma. Tratar-se-ia, portanto, no caso concreto, de uma pré-compreensão de *valores previamente considerados* pelo trabalho dogmático.

Nessa referência de conexão da Dogmática à “abertura” do direito positivo (as cláusulas gerais constituídas por *conceitos determinados pela função social*) será visto que o pensamento orientado a valores definirá os tipos necessários à apreensão do fato concreto à norma carecedora de tamanha valoração. A referência *parte em direção* à lei, porque é seu norte, mas *passa* necessariamente por critérios valorativos. Não se trata de uma lógica estrita, parcialmente acéfala, mas de um *trabalho conceitual envolvente*, circularmente hermenêutico.

A declaração constitucional da função social da propriedade, na Constituição de 1988, reafirmada no Código Civil de 2002, nada mais é do que uma pauta geral de valoração, ou uma preferência valorativa com *status* constitucional, que fundamentará, de início, sua aplicação, mas que depende de uma reconstrução Dogmática para sua completa fundamentação, como bem aponta Larenz no caso do direito de propriedade, em sua análise das teses de Luhmann sobre a Dogmática:

O que seja “propriedade”, no sentido de nosso ordenamento jurídico, resulta da totalidade dos preceitos respectivos, que se prendem à idéia de espaço pessoal de liberdade como seu veio de sentido, havendo concomitantemente de ser levado em conta o limite social, que resulta das exigências de convivência em uma comunidade jurídica. [...] a questão relativa ao âmbito da tutela constitucional da propriedade não pode ser respondida mediante a indicação das “notas características adequadas à subsunção”, mas só com

¹⁵⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 314.

base em “múltiplos pontos de vista judiciais de valoração”, de cujo esclarecimento se trata no trabalho dogmático.¹⁵⁸

O objetivo da Dogmática passa a ser, então, possibilitar condições de fundamentabilidade racional de juízos de valor. O direito positivado na forma de cláusulas gerais, em especial as de *função social*, exige complementação – pois a significação da norma exige a compreensão dos valores.

Hodiernamente o termo “Dogmática” deve ser despido da caricatura de *concha fechada*, pois sua tarefa efetivamente rompe com o sistema conceitual e busca resposta a novas questões jurídicas. A atual Dogmática também designa uma atividade inovadora, evolutiva, em que as normas são reconduzidas aos conceitos e princípios determinados pelo conteúdo e seu preenchimento valorativo.¹⁵⁹ Muito embora a vinculação ao direito positivo seja necessária, a Dogmática Jurídica não se esgota em apenas tornar as questões de justiça *juridicamente operacionais*.¹⁶⁰ A transformação de pontos de vista em conceitos obriga a Dogmática à uma tarefa muito mais abrangente, para além do processo descritivo, como bem coloca Vera Regina Pereira de Andrade:

Não se trata ela de uma ciência descritiva, nem ideologicamente neutra, mas que a neutralidade ideológica é, de fato, um efeito do *approach* científico juspositivista que lhe permitirá situar-se como instância orientadora das decisões do Judiciário mas, simultaneamente, como uma ciência “neutra” e distanciada dos conflitos reais. E na relação funcional que a Dogmática Jurídica guarda com o Judiciário, na mesma medida em que sua neutralização decorre das exigências de neutralização deste Poder, exerce sobre seu processo decisório uma ação de retorno fundamental.¹⁶¹

¹⁵⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 317.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 319.

¹⁶⁰ “Es claro que la dogmática no es ningún sistema – y esto tanto en el sentido sociológico como en el sentido jurídico de una construcción a partir de un principio. Más bien que la dogmática deberá entenderse como expresión de la necesidad de argumentar en el derecho, mediante conceptos; o como el aseguramiento del concepto frente a la ilimitada cuestionabilidad jurídico-política; es decir, una regla de demarcación frente a un razonamiento permanente en busca de fundamento.” (LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 451)

¹⁶¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 85.

A Dogmática caminha de mãos dadas com o problema da fundamentação das decisões judiciais, em especial na aplicação das cláusulas gerais aos casos apresentados ao Judiciário. Por carecerem de especial valoração, as cláusulas gerais necessitam de pautas de valoração previamente dadas e elaboradas pela Dogmática Jurídica, de modo que a decisão judicial seja suficientemente fundamentada, apoiada por meio da argumentação lastreada em premissas dogmáticas, cujo valor foi previamente preenchido; tudo de forma a evitar que a definição da norma no caso concreto parta unicamente do arbítrio do intérprete.

Daí surge clara função social da Dogmática, pois “a tarefa judicante não deve ser entendida como criação de leis, mas de integração das leis do sistema jurídico, norteadas pelos costumes e princípios gerais do direito, com liberdade de apurar o valor da norma a fim de concluir pelo fim social a que ela se destina”.¹⁶²

É visível um aumento das situações imprevistas que podem decorrer da crescente generalização da norma, com a utilização das cláusulas gerais. Por isso, para que a Dogmática continue a cumprir sua função orientadora, os juízes necessitam de conceitos e formas de fundamentação¹⁶³ que possam ser variáveis dentro de certos limites¹⁶⁴, ou seja, que possam dar à aplicação da cláusula geral a flexibilidade que lhe é necessária.

Assim continuará a Dogmática a mediar valores e princípios fundamentais com as normas do direito positivo, sempre revendo e revitalizando as próprias exigências do sistema, de acordo com as necessidades das mais variadas situações postas ao controle judicial, ensinando Larenz que a Dogmática não se deve derivar

¹⁶² PEREIRA, Ademar. “Contribuição da Dogmática Jurídica para a Ciência do direito e Suas Relações”. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, 2000, ano 1, número 2, p. 189.

¹⁶³ Não por acaso, Luhmann toma essa questão nas primeiras linhas de seu *ponto de partida na teoria do direito* (Cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 61 et seq.).

¹⁶⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 325.

somente de antigos *dogmas*. Deve designar também uma atividade consistente na desenvolvimento de conceitos determinados pelo conteúdo, no preenchimento de princípios e a recondução de normas e de *conceitos normativos* aos *conceitos fundamentais* e aos *princípios*, e por fim:

A Dogmática Jurídica afirmar-se-á a si própria e cumprirá a sua função quando e só conseguir, em medida crescente, desenvolver a aplicar formas de um pensamento orientado a valores – como o tipo jurídico, o conceito jurídico funcionalmente pensado, o sistema “móvel” e o “aberto” – e métodos de um pensamento que não só flui num sentido único, mas em sentido duplo – método de “concretização” e “tipificação”, de “analogia” e de “redução teleológica.”¹⁶⁵

É tarefa perene da Dogmática Jurídica emprestar seu fundamental auxílio à Jurisprudência, pois é ela que desenvolve uma gama de conceitos jurídicos e máximas de julgamento, permitindo que se “reconsidere a função do juiz, revelando que o seu desempenho importa sempre em uma atividade estimativa e, portanto, na realização implícita ou explícita de uma série de valorações.”¹⁶⁶

A Dogmática Jurídica está ressignificando sua identidade, sua auto-imagem. Não se trata mais de uma ciência apenas “descritiva” ou “avalorativa”, mas de valiosa importância para o desenvolvimento sustentado do direito.¹⁶⁷

Os princípios da certeza e segurança jurídica, cuja proteção é papel essencial da Dogmática, restariam afetados caso uma interpretação uniforme das

¹⁶⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 319.

¹⁶⁶ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 17.

¹⁶⁷ “A Dogmática não tem como função mais específica o conhecimento de um objeto dado; a Dogmática não descreve o direito positivo e sim prescreve que há de ser considerado como direito. A Dogmática não se limita a repetir e sistematizar as leis vigentes, e sim que tem como meta mais elevada a formulação de regras jurídicas não contidas nas leis. [...] [que] são proposições prescritivas, normativas, que pretendem orientar as decisões judiciais. Daí que a Dogmática desenvolva uma função criativo-normativa, sequer seja dentro do marco que permite a letra da lei, que eleva o dogmático em um auxiliar continuador do legislador.” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 84).

chamadas cláusulas de “função social” não seguissem nenhum paradigma. A Dogmática Jurídica é uma “promessa funcional de racionalização da práxis do direito que, condicionando essencialmente a identidade do seu paradigma, evidencia a importância do ‘papal’ exercido no mundo moderno pelos princípios da certeza e da segurança jurídica”¹⁶⁸ pois assim:

Com o advento de sociedades caracterizadas por visões pluralistas de mundo, o direito perde seus marcos inquestionáveis de legitimação. Contudo, o direito não pode prescindir da pretensão de legitimidade, pois caso contrário ele se reduz à mera facticidade de uma imposição arbitrária.¹⁶⁹

Tal importância é significativamente reconhecível quando a práxis jurídica depara-se com a aplicação das cláusulas gerais. Aqui, o específico objeto de conexão entre a Dogmática Jurídica e essa espécie de norma será estabelecido por meio da análise dos *conceitos determinados pela função social*, e como a Dogmática pode apresentar bases sólidas de fundamentação de decisões judiciais que venham a aplicar tais dispositivos.

A relevância da tarefa da Dogmática Jurídica não deve ser questionada, pois é indispensável à interpretação e aplicação do direito. Entretanto, a sua *ressignificação* passa pelo *modo* e pelos *limites* segundo os quais se realiza. Para tanto deve abandonar o modelo positivista tradicional, abarcando criatividade e sensibilidade ao quadro histórico em que atua; buscando entender plenamente o direito por meio da mudança da matriz metodológica imperante, oriunda do positivismo, e assim passar a resolver os problemas jurídicos adequadamente.¹⁷⁰

¹⁶⁸ FARIA, José Eduardo. *Apud* ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 84

¹⁶⁹ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 209.

¹⁷⁰ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 23-24.

Jeannette Maman reconhece o direito como espécie de atividade, conduta, atitude e modo de ser relacional, da espécie que serve à técnica e à prática da arte jurídica, que passa necessariamente pela busca da justiça. Mas vale seu alerta de que “as fontes desta arte jurídica são mais complexas e não se podem reduzir às regras que escravizam os técnicos do direito, que se vêem frente a um arsenal de leis, como alguém que delas se deixa servir como instrumento para uma demonstração precisa, segura e certa, porque sua afirmação repousa na regra legal”.¹⁷¹

A tecnocracia, na rígida visão de Fábio Ulhôa Coelho em *Direito e Poder*, resulta da atribuição de absoluta primazia à Dogmática positivista-estruturalista, que se aparta de tudo que não é jurídico. No entanto:

[...] não há lugar onde a concepção positivista do direito se mostra mais insuficiente do que na interpretação das normas jurídicas, que, já se disse, é inseparável da interpretação dos fatos sociais. É que a atividade do intérprete, especialmente a atividade judicante, tem que ser e efetivamente é essencialmente valorativa. Só por isto já contraria, na prática, a afirmativa teórica, ideologicamente veiculada pelo positivismo, de que a consideração valorativa do direito, por não ser científica, deve ser expungida do raciocínio jurídico.¹⁷²

A postura exegética, embora tenha perdido força ao longo do século XX, ainda se faz presente e resulta na preponderância da técnica positivista no trabalho dogmático, o que de fato continua a cercear o processo criativo judicial. O positivismo jurídico não pode permanecer no caminho da evolução do direito, pois desintegra a ciência e impede a visualização do direito como ele realmente é – coisa praticamente impossível quando se analisa a norma somente pela norma.

Se as leis advêm de um poder legítimo a instituí-las no sistema social, sem dúvida que sua importância é essencial para que haja a “plataforma de regulação” referenciada por Luhmann, porém há que direcionar o trabalho dogmático para uma

¹⁷¹ MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia Existencial do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 91.

¹⁷² AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 23.

auto-investigação do direito, com vistas à sua reelaboração, com rejeição à mera repetição de fórmulas aplicadas pelo método subsuntivo-silogístico-dedutivo.¹⁷³

O trabalho dogmático sem dúvida contribuiu para a formação do pensamento jurídico contemporâneo e à *práxis* do direito, mas não há mais como dissociá-lo do processo hermenêutico. Somente assim o direito poderá sempre se reencontrar historicamente e abandonar o estudo estático, de estruturas normativas e suas relações entre si, prestando única reverência a um sistema lógico-formal.

O jurista contemporâneo tem a faculdade de criticar o dogma jurídico e realizar sua conexão com as necessidades sociais e antecedentes históricos. Tem ele, inobstante sua raiz dogmática, também uma função valorizadora.¹⁷⁴ E aqui não falamos apenas da árdua tarefa imposta ao Judiciário, mas de um trabalho a ser realizado por *toda a comunidade jurídica*.

Por que ao jurista caberia uma tarefa de um autômato, um matemático, se as conseqüências de seu trabalho projetam-se complexamente no mundo social? A carga valorativa da norma é o que compõe essa árdua tarefa do jurista, como se fossem os óculos que o permitissem enxergar *a vida através dos conceitos normativos*:

À Dogmática Jurídica corresponde, em primeiro lugar, reconduzir aos conceitos jurídicos puros todo o material jurídico concreto com que opera; *ver a vida jurídica através dos conceitos normativos...* Somente através dos conceitos é conhecido cientificamente o conteúdo de um direito concreto.¹⁷⁵

Nessa breve *crítica* à Dogmática impregnada pelo positivismo jurídico, para o qual despretensiosamente apresentou-se um caminho para sua renovação, reitera-se

¹⁷³ “A não ser assim, se o jurista de modo geral e o juiz de modo particular aceitar em optar conscientemente por uma visão cindida do direito, em que a dogmática se esqueça de sua dimensão e missão social, ao mesmo passo em que se aparte da Filosofia do Direito e da Sociologia do Direito – o problema, ainda que ocorrente e relevante, terá que ser negado. É no que dá o insulamento técnico-jurídico.” (AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 38).

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 38

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 103.

que uma Dogmática atenta às necessidades atuais do direito não pode ser mais aquela de *caráter* blindado, do estudo normativo apenas por si, como se a previsão normativa (que é legítima e essencial) pudesse ser capaz de solucionar casos cada vez mais multímodos e variáveis. Por isso a necessidade da rejeição desse antiquado modelo dogmático-positivista, em rumo a outro que sirva concretamente à reformulação legislativa (em determinadas situações, pela opção legislativa das cláusulas gerais) e sua adequada aplicação às situações mutáveis da vida.

4.2. CONCEITOS DETERMINADOS PELA FUNÇÃO, CLÁUSULAS GERAIS E A MOBILIDADE DO SISTEMA

O Código Civil de 2002 iniciou certo distanciamento da codificação anterior ao adotar, em vários de seus artigos, previsões normativas que certamente irão impor uma tarefa mais complexa ao Judiciário. A mudança trouxe, ao direito privado, maior adaptabilidade à evolução do sistema social e uma possibilidade de apreensão de valores nunca antes vislumbrada.

Não que se trate de algo revolucionário, pois muitos institutos jurídicos permanecem, hoje, como foram idealizados por Bevilacqua no início do século XX. No entanto, é inegável que o sistema jurídico adquiriu maior *mobilidade* diante das normas introduzidas no início deste século.

Os debates sobre o anteprojeto do Novo Código Civil aproximaram-se da questão das cláusulas gerais e da indeterminação de conceitos (ou determinação de conceitos pela função, conforme veremos), para que o sistema passasse por uma abertura normativa e pudesse ser flexível na aplicação judicial.¹⁷⁶ Sílvio de Salvo

¹⁷⁶ BRAGA, Jorge Luiz. “O sistema adotado pelo novo Código Civil para tornar concretos os seus regramentos e o aumento da liberdade do juiz na sua aplicação.” *Escritório Online*. 19 de Outubro de 2003. <http://www.escriptorionline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=4291>.

Venosa inicialmente observa que o *rótulo* “cláusula geral” fica, na verdade, muito aquém do *conteúdo*:

Essa disposição constitui modalidade que a doutrina convencionou denominar cláusula geral. Essa rotulação não nos dá perfeita idéia do conteúdo. A cláusula geral não é, na verdade, geral. O que primordialmente a caracteriza é o emprego de expressões ou termos vagos, cujo conteúdo é dirigido ao juiz, para que este tenha um sentido norteador no trabalho de hermenêutica, de interpretação. Trata-se, portanto, de uma norma mais propriamente dita genérica, a apontar uma exegese.¹⁷⁷

Como dito, não houve violenta mudança de direção na produção legislativa, mas apenas a adoção, para alguns dispositivos específicos, de elementos que seriam efetivamente elementos de abertura da nova codificação, permitindo um acréscimo de possibilidades decisórias diante da crescente complexidade dos fatos sociais.¹⁷⁸

Karl Engisch define as *cláusulas gerais* como a formulação de hipóteses legais que, em termos de grande generalidade, abrangem e submetem a tratamento jurídico um maior leque de casos.¹⁷⁹ Já os *conceitos indeterminados* possuem, no enunciado normativo, conteúdo e extensão em larga medida incertos; e são, comparativamente, ainda em número reduzido no direito positivo. São, de certa forma, vagos e incompletos de sentido.¹⁸⁰ Para Miguel Reale:

O resultado da compreensão superadora da posição positivista foi a *preferência* dada às normas ou cláusulas abertas, ou seja, não subordinadas ao renitente propósito de um rigorismo jurídico cerrado, sem nada se deixar para a *imaginação criadora* dos advogados e juristas e a *prudente*, mas não menos *instituidora, sentença* dos juízes.¹⁸¹

¹⁷⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. “A boa-fé contratual no Novo Código Civil.” <<http://www.societario.com.br/demarest/svboafe.html>>.

¹⁷⁸ Em que pese o ânimo dos juristas com os acontecimentos do correr do século: “Depois de 1916, os acontecimentos alteraram profundamente a face social do mundo, exigindo do jurisconsulto a sua atuação em obediência ao imperativo de afeiçoar o direito positivo às *exigências do momento*. A ciência jurídica animou-se com um espírito mais humano que as idéias individualistas dominantes no século passado não podem comportar.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, v. I, p. 58).

¹⁷⁹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 229.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 208.

Alberto Gosson Jorge Jr. considera que as cláusulas gerais são normas jurídicas dotadas de uma função peculiar, por trazerem consigo uma *amplitude semântica* ou *valorativa* em concentração muito maior do que outros textos legais.

¹⁸²Assim,

As cláusulas gerais funcionariam como *elementos de conexão* entre as regras presentes no interior do sistema jurídico e, para alguns autores, caracterizariam-se por uma função bem mais ampla, qual seja, a de propiciar o ingresso de valores situados fora do *sistema jurídico* e que podem, através das cláusulas gerais, vir a ser nele introduzidos pela atividade jurisdicional.¹⁸³

Engisch reconhece que algumas leis, atualmente, são elaboradas de tal forma que os juízes não deduzem nem fundamentam suas decisões tão-somente com a utilização do critério da subsunção a modelos jurídicos fixos, interpretados seguramente. *Os juízes serão, dessa forma, chamados a valorar autonomamente a lei.*¹⁸⁴

Cássio Scarpinella Bueno, reunindo as lições de Larenz e Engisch, refere que as normas instituídas por cláusulas gerais, ao contrário das de formação casuística, permitem ao juiz maior liberdade de pesquisa de fatos e valores, de forma que o juiz “crie” o direito na margem da abertura normativa (bem como explique a razão de aplicação de uma norma específica, com a exclusão de outras); isto sempre de forma expressa, consciente e racionalmente fundamentada.¹⁸⁵

Esse sistema normativo das cláusulas gerais é, como já dito, um sistema móvel, permitindo sua *abertura cognitiva*. Judith Martins-Costa indica que:

¹⁸¹ REALE, Miguel. “A boa-fé no Código Civil.” <<http://www.miguelreale.com.br>>.

¹⁸² JORGE Jr., Alberto Gosson. *Cláusulas Gerais no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

¹⁸³ Ibidem, p. 23.

¹⁸⁴ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 207.

¹⁸⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 21.

A cláusula geral introduz no âmbito normativo no qual se insere um critério ulterior de relevância jurídica, à vista do qual o juiz seleciona certos fatos ou comportamentos para confrontá-los com determinado parâmetro e buscar, nesse confronto, certas conseqüências jurídicas que não estão predeterminadas [...] no que respeita às normas formuladas com uso de cláusula geral, compete ao juiz um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas por igual criando direito, ao completar a *fattispecie* e o determinar ou graduar as conseqüências (estatuição) que entenda correlatas à hipótese normativa indicada na cláusula geral.¹⁸⁶

Nessa linha chega à mesma conclusão Nelson Nery Jr., que identifica como função das cláusulas gerais, necessariamente conjugada pelo uso dos *conceitos determinados pela função*¹⁸⁷:

[...] dotar o sistema interno do Código Civil de mobilidade, mitigando as regras mais rígidas, além de atuar de forma a concretizar o que se encontra previsto nos princípios gerais de direito e nos conceitos legais indeterminados [...] as cláusulas gerais têm função instrumentalizadora, porque vivificam o que se encontra contido, abstrata e genericamente, nos princípios gerais de direito e nos conceitos legais indeterminados, são mais concretas e efetivas do que esses dois institutos.¹⁸⁸

¹⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. “O Direito Privado como um ‘sistema em construção’: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro.” *Jus Navigandi*. maio de 2000. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>.

¹⁸⁷ Neste trabalho pretendemos separar os *conceitos determinados pela função* dos chamados “conceitos indeterminados”. Comungamos a idéia de Eros Roberto Grau de que não há conceitos indeterminados, pois se fossem indeterminados, não poderiam ser conceitos: “Este ponto era e continua a ser, para mim, de importância extremada: não existem conceitos indeterminados. Se é indeterminado o conceito, não é conceito. O mínimo que se exige de uma suma de idéias, abstrata, para que seja um conceito é que seja determinada.” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 231). O autor remete à questão da historicidade evolutiva para fundamentar sua recusa pela expressão: “deveras, a questão da *indeterminação* dos *conceitos* resolve-se na *historicidade* das *noções* – lá, onde a doutrina brasileira erroneamente pensa que há *conceito indeterminado*, há, na verdade, *noção*. E a *noção* jurídica deve ser definida como *idéia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas*.” (Ibidem, p. 235). Em linha semelhante, Alexy faz a separação entre *conceitos jurídicos autênticos* e *outros conceitos que ocorrem nas normas jurídicas*, não chamando os últimos de *indeterminados*, embora dizendo que se tratam de expressões, utilizadas nas normas, com imprecisa carga de sentido. (ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 1997, p. 247).

¹⁸⁸ NERY Jr., Nelson. *Apud* BRAGA, Jorge Luiz. “O sistema adotado pelo novo Código Civil para tornar concretos os seus regramentos e o aumento da liberdade do juiz na sua aplicação.” *Escritório Online*. 19 de Outubro de 2003. <http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=4291>.

O conceito aqui posto é o de um *sistema com partes móveis*; essa *mobilidade* “significa a igualdade fundamental de categoria e a mútua substituibilidade dos critérios adequados de justiça, com a renúncia simultânea à formação de previsões normativas fechadas”,¹⁸⁹ e é assim vista por Canaris:

O “sistema móvel” está, legislativamente, entre a formação de previsões normativas rígidas, por um lado, e a cláusula geral, por outro. Ele permite confrontar de modo particular e feliz, a polaridade entre os “mais altos valores do direito”, em especial a “tendência generalizadora” da justiça e a “individualizadora” e constitui, assim, um enriquecimento valioso do instrumentário legislativo. Ele não deve, contudo, ser exclusivamente utilizado, antes representando uma possibilidade legislativa entre outras, ligadas entre si.¹⁹⁰

Um dos casos de cláusula geral, em que segundo o professor Nery Jr. se encontraria um *conceito determinado pela função*, é o da *função social do contrato* como limite à autonomia privada (art. 421 do Código Civil de 2002). São os *conceitos determinados pela função* revelados em casos em que o juiz deverá dar concretude ao conceito, “atendendo às peculiaridades do que significa boa-fé, bons costumes, ilicitude ou abuso do direito no caso concreto”, tornando “concretos, vivos, determinando-os pela função, os conceitos legais indeterminados. São, na verdade, o resultado da valoração dos conceitos legais indeterminados, pela aplicação e utilização, pelo Juiz, das cláusulas gerais”.¹⁹¹

No que toca ao conceito determinado pela *função social*, é bem notável a sua *funcionalidade conceitual*, como ocorre com outros exemplos como a *boa-fé*. No entanto, a *função social* faz ingressar na integração da norma uma fator muito mais complexo, que é a apreensão, pelo magistrado, de fatores sociais com os quais

¹⁸⁹ CANARIS, Claus - Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 282.

¹⁹⁰ Ibidem, loc. cit.

¹⁹¹ NERY Jr., Nelson; *Apud* BRAGA, Jorge Luiz. “O sistema adotado pelo novo Código Civil para tornar concretos os seus regramentos e o aumento da liberdade do juiz na sua aplicação.” *Escritório Online*. 19 de Outubro de 2003. <http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=4291>.

possivelmente ainda não havia lidado; mormente por, em alguns casos, possuir formação jurídica ainda muito arraigada ao dogma da subsunção.

Mas para que serviriam na prática os *conceitos determinados pela função*?

Explica Karl Larenz que os conceitos determinados pela função servem para garantir, adentro de um complexo de regulação determinado, a aplicação equitativa daquelas normas jurídicas em cujo conteúdo estão implícitos como elemento da previsão ou também da consequência jurídica. Os conceitos como “ilicitude”, “negligência”, “boa” ou “má-fé” são *puramente normativos* e “hão de determinar-se de acordo com sua função em cada complexo de relação”¹⁹². O mesmo acontece, na opinião deste trabalho, com o conceito de “função social”.

O civilista alemão prossegue, dizendo que isto:

[...] não pode significar outra coisa senão que a Jurisprudência científica, se quiser compreender as decisões de valor dadas de antemão numa regulação jurídico-positiva e os problemas dela resultantes, não deve quedar-se nos conceitos técnico-jurídicos, mas há-de perguntar pelo conceito determinado pela função que se esconde por detrás do conceito técnico-jurídico, tanto quanto como através dele se ‘deixa transparecer’.¹⁹³

E continua, já traçando seus efeitos em direitos fundamentais, bem como afastando o modelo legal subsuntivo, que,

[...] assim como pode colocar ao lado do conceito geral-abstracto de negócio jurídico, formado para fins de subsunção, um conceito determinado pela função que incorpora no seu conteúdo o princípio jurídico subjacente mas, precisamente por isso, não é adequado para a subsunção, o mesmo ocorre com o conceito de contrato, com de propriedade ou com o de direito subjectivo.¹⁹⁴

Por fim, conclui: “tanto o princípio como o conceito determinado pela função remetem para algo que está para além deles: o princípio para as concretizações

¹⁹² LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 687.

¹⁹³ Ibidem, p. 692.

¹⁹⁴ Ibidem, loc. cit.

em que o seu sentido se desenvolve; o conceito determinado pela função remete de novo para o princípio.”¹⁹⁵

Para Kelly Alflen Silva, nesse novo paradigma:

A interpretação integradora assume uma posição antitética em relação à discricionariedade que pode sobrevir, simultaneamente, em uma apreciação interpretativa, pois apesar da discricionariedade ter sua sede originária na atividade legislativa e administrativa, pode ser deferida à atividade jurisdicional mediante uma jurisdição sob equidade.¹⁹⁶

Assim, deve o julgador fazer bom uso dos meios jurídicos (entre eles, a mais concentrada: a Dogmática Jurídica) colocados à sua disposição, a fim de, ao integrar a abertura da cláusula geral que contenha o *conceito determinado pela função social*, fundamentar adequadamente sua decisão.

De que forma seriam os programas normativos, orientados por cláusulas gerais, capazes de afetar o problema da legitimação? Se a carga valorativa *pertence* à tal espécie de norma, como o direito positivo moderno, estabelecido e validado a partir de decisões, poderia pretender basear sua legitimidade na correspondência com valores ou princípios? Para responder essa pergunta recorreremos novamente ao pensamento luhmanniano e suas teses sobre a Dogmática. Para ele, a Dogmática, ao lidar com a *indeterminação* normativa, cumpre uma função *transversal* de manutenção de coerência no sistema jurídico, tendo em vista decisões proferidas em outros casos.¹⁹⁷

Assim,

Attraverso le analisi della dogmatica, quindi, l'indeterminatezza di regole legislative può essere non solo ridotta ma anche aumentata, come accade in particolare allorché la dogmatica deve generalizzare e problematizzare delle norme in vista dell'inserimento di altre possibilità di decisione. [...] la

¹⁹⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 692-693.

¹⁹⁶ SILVA, Kelly Susane Alflen da Silva. *Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000, p. 247.

¹⁹⁷ LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 50.

dogmatica definisce le *condizioni di ciò che è giuridicamente possibile* e, in particolare, le possibilità di costruire giuridicamente i casi giuridici.¹⁹⁸

Para o interior de uma teoria funcionalista como a de Luhmann, “[...] a definição da legitimidade em termos de disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido é totalmente compatível com a função que o direito visa desenvolver”, e isso guarda relação exata com a efetividade da implementação fática (concreta) de tais programas normativos, pois “ao garantir uma disposição para a aceitação das decisões, ela garante a implementação fática do direito e, para uma teoria funcionalista, isso basta.”¹⁹⁹

A questão da legitimidade, nesse enfoque, terá de receber um encaminhamento totalmente diverso. Adverte Orlando Villas Bôas Filho que, “a partir da teoria dos sistemas, não se trata mais de procurar o conteúdo normativo que, advindo do consenso comunicativo que emana da formação política da opinião e da vontade a partir de ‘esferas públicas’ ancoradas em ‘mundos da vida’ racionalizados, legitimaria o direito.”²⁰⁰ O problema que o direito moderno enfrenta, segundo o autor, são os déficits de aceitação e reconhecimento em proporções nunca vistas, e a legitimação do direito positivo (validado por decisões) poderia restar enfraquecida diante dessa generalidade das expectativas normativas.²⁰¹

Quando Luhmann refere-se ao que denomina *conceitos jurídicos indefinidos*, reconhece que são parte de uma evolução do direito, mas adverte que sua utilização não pode servir a soluções *ad hoc*, que tornem a prática jurídica inconsistente.²⁰² Os conceitos jurídicos indefinidos são “fórmulas de compromisso” político, previstas na norma, e obrigam à uma decisão judicial fundamentada em

¹⁹⁸ Ibidem, loc. cit.

¹⁹⁹ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 229.

²⁰⁰ Ibidem, p. 216.

²⁰¹ Ibidem, p. 227.

critérios jurídicos, a partir do momento em que obrigam o julgador a remeter não só à legislação competente, como fonte do direito, mas *também a todo um universo de formação jurídica*. Assim,

Como resultado de estas conquistas evolutivas, el derecho en su totalidad se puede considerar autoproducido, como derecho positivo. La doctrina de las fuentes del derecho (cualquier cosa que signifique este concepto) se reformula en el siglo XIX y en el XX, de tal manera que no sólo la legislación sin también la jurisprudencia y el derecho consuetudinario (si los tribunales los retoman) y aun la dogmática jurídica misma, aparecen como fuentes del derecho.²⁰³

Outra advertência de Luhmann, mais específica no que toca à reformulação de institutos como a propriedade e o contrato (acoplamentos estruturais entre o direito e a economia), refere-se aos limites da ingerência do direito no subsistema econômico:

En aras de los efectos políticos esperados, el uso de la propiedad y la libertad contractual son objeto de una restricción mas jurídica cada vez más estrecha. [...] Hasta que punto puedan llevarse a vaco estas intervenciones sin que la autooiesis de cada uno de esos sistemas, esto es, la fuerza autorregenerativa del dinero y del derecho se va en peligro.²⁰⁴

Assim, convém ao intérprete e aplicador dos programas normativos observar este sensível limite entre *ingerência* e *irritação* sistêmicas.

As cláusulas gerais formuladas com *conceitos determinados pela função social* são, sem sombra de dúvida, um grande avanço, mas o alerta está lançado: o subsistema jurídico não deve avançar sobre os limites dos *acoplamentos estruturais* assim desenhados, sob pena de *corromper* o subsistema especificamente relacionado.

²⁰² LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 341. Para Luhmann, os argumentos *ad hoc* e *ad hominem*, citando como exemplo a “ponderação de interesses”, são o *cavalo de tróia* de toda a Dogmática Jurídica (op. cit., p. 330).

²⁰³ Ibidem, p. 352.

²⁰⁴ Ibidem, p. 538.

4.3. O PARADIGMA DA FUNÇÃO SOCIAL E SEU PARADOXO NO DIREITO

As cláusulas gerais de “função social” não significam apenas uma nova conceituação²⁰⁵ do conteúdo de determinado direito, como o de propriedade, mas são o que “pode particularmente exigir o trazer à luz e o realizar em decisões representações de valores, que são imanentes à ordem jurídica constitucional, mas que não, ou apenas incompletamente, chegaram à expressão nos textos das leis escritas em um ato de reconhecimento valorizador.”²⁰⁶

A expressão *função social* deve ser interpretada, no caso concreto, com sobriedade e tendo em vista evitar julgamentos não fundamentados, o que feriria o ideal de justiça embutido na norma.

Decerto a resposta não vem unicamente com a inclusão das cláusulas gerais de *função social*, mas do processo hermenêutico que envolve não somente o juiz, mas as partes envolvidas no processo. Não fosse assim, a tarefa imposta ao magistrado seria hercúlea.

O magistrado, em busca da função social, está sujeito a ponderar valores ao sentenciar; “mais que ponderar, deve o juiz aplicar a lei de maneira adequada, à luz dos princípios constitucionalmente consagrados no referido paradigma, encontrando, assim, a resposta certa para o caso em concreto.”²⁰⁷

²⁰⁵ Prefere-se não utilizar a expressão “limitação” de institutos jurídicos como o da propriedade e do contrato, uma vez que a idéia não é de *limitação*, mas reformulação de seu conteúdo. Em tal sentido assevera Luhmann: “La limitación o la justificación específica parece haber sido a primera vista la solución jurídica adecuada; pero con ella sólo se repitió el problema de la inexactitud. Habría que imaginarse la concepción jurídica de un carnicero medieval, en el caso de que aquellos que estaban convencidos de que tenían hambre se precipitasen sobre los mostradores de carne escogiendo las mejores piezas.” (LUHMANN, Niklas. “El enfoque sociológico de la teoría e práctica del derecho.” In: *Corrientes y problemas en filosofía del derecho: Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, Granada, 1985, p. 99).

²⁰⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 351.

²⁰⁷ FIGUEIREDO, Marco Túlio Caldeira. *Hermenêutica Contratual no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 13.

O direito positivo é, como já podemos extrair do estudo sobre as teses de Luhmann, o único legitimado a introduzir, por meio de programas normativos, os valores socialmente aceitos. O processo de decisão judicial não deve se dissociar da realidade sociopolítica, pois o juiz há que levar em consideração esses *valores socialmente aceitos* (traduzidos em *conceitos socialmente adequados* no interior da Dogmática Jurídica).

A união das palavras “função” e “social” pode resultar numa gama extensa de significados, a depender obviamente do intérprete e da situação histórico-social em que ele se encontra, bem como o sentido dogmático a ser dado para a expressão.

Assim, deve-se consignar que a utilização das cláusulas gerais de *função social* remete à inserção de valores no trabalho dogmático, que é o que dará suporte legítimo para o trabalho do magistrado com vistas a um julgamento *eqüitativo*, sempre destinado a manter a função social, nos exemplos vistos, de determinado instituto de direito privado. É claro que se recomenda cautela nesse delicado trabalho, devendo o juiz deixar de lado *pressuposições* como o da “desvantagem” de determinada parte,²⁰⁸ que em nada colaboram com o trabalho técnico do julgador.

O magistrado deve, assim, resolver o caso concreto à luz de princípios e valores incorporados na Dogmática, e por meio de uma argumentação sustentável a dar sentido à expressão *função social*. A intenção comunicativa do legislador é bem explicada nas palavras de Marco Túlio Cadeira Figueiredo:

A expressão *função social* merece, portanto, do estudioso do direito acurada atenção, tendo em vista a interpretação, não somente porque o *legislador* (emissor), ao criar o dispositivo em tela (mensagem), o fez para que alguém (receptor, no caso o *operador do direito*) o entendesse.²⁰⁹

²⁰⁸ Mais adiante será retomada a referência de Luhmann acerca da imputação às partes de condições *pressupostas* de desequilíbrio.

²⁰⁹ FIGUEIREDO, Marco Túlio Caldeira. *Hermenêutica Contratual no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 30.

Sobre o caráter paradigmático dessa nova orientação dada ao direito positivo, interessa abrir um pequeno parêntese para melhor conceituar a expressão *paradigma*.

Thomas Kuhn é, reconhecidamente, um dos grandes teóricos acerca dos paradigmas científicos, sendo perfeitamente cabível a transposição de suas idéias aos paradigmas da Ciência do Direito.²¹⁰ Em tal sentido, define o autor como *paradigma*:

O termo “paradigma” é usado em dois sentidos diferentes. De um lado indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhados pelos membros de uma comunidade determinada. De outro denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelo de exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal.²¹¹

Foi a crise do positivismo jurídico, no século XX, que possibilitou o surgimento desse novo paradigma na Ciência do Direito²¹²:

As revoluções políticas iniciam-se com um sentimento crescente, com freqüência restrito a um segmento da comunidade política, de que as instituições existentes deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por um meio que ajudaram em parte a criar.²¹³

Dessa forma, opera-se a transição de um paradigma científico para outro (“revolução científica”), em que estará presente uma reconstrução dos estudos a partir de novas premissas, com possíveis alterações no método científico e surgimento de novas teorias, sendo essa transição muito próxima dos problemas os

²¹⁰ Cf. FIGUEIREDO, Marco Túlio Caldeira. *Hermenêutica Contratual no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 35-36.

²¹¹ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 220.

²¹² Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 108-112; e também AYMORÉ, Débora. “Direito e paradigmas científicos: uma discussão epistemológica do direito a partir da perspectiva de Thomas Kuhn.” <http://conpedi.org/manaus:///arquivos/Anais/Debor%20Aymore_A%20Crise%20do%20Positivismo%20Juridico.pdf>.

²¹³ KUHN, op. cit., p. 125-126.

quais tentam os paradigmas solucionar. Ao final da transição, a ciência terá nova concepção, novos métodos e objetivos.²¹⁴

Quando, pela primeira vez no desenvolvimento de uma ciência da natureza, um indivíduo ou grupo produz uma síntese capaz de atrair a maioria dos participantes de ciência de geração seguinte, as escolas mais antigas começam a desaparecer gradualmente. Seu desaparecimento é em parte causado pela conversão de seus adeptos a um novo paradigma.²¹⁵

A crise do paradigma do positivismo jurídico nasceu dentro do próprio direito positivo, legitimado a inserir mudanças. Como decorrência da regra do *non liquet*, viu-se que a todos os casos deve ser provida uma solução, e assim:

Diante da cláusula de *non liquet*, que deve ser considerada como princípio de todos os princípios, os juízes são obrigados a decidir: os paradoxos do sistema devem ser “superados”, a distinção deve ser salva, a *autopoiésis* deve prosseguir. A interpretação e a argumentação jurídica propiciam a continuidade da *autopoiésis* do sistema do direito, estruturando novas expectativas sobre expectativas; no entanto, não estão em condições de “guiar” a evolução do direito e, através deste, a evolução da própria sociedade. O direito não tem um “princípio”, assim como não conhece justiça que não seja a sua justiça, e não tem também um “fim”: o que importa é que esta circularidade seja interrompida e que, através da imposição de diferenças criativas, o direito possa realizar a sua função.²¹⁶

Dessa maneira, a superação da “crise” do paradigma positivista reside na própria ciência do direito positivo.²¹⁷ A Dogmática Jurídica tem de ser capaz de

²¹⁴ AYMORÉ, Débora. “Direito e paradigmas científicos: uma discussão epistemológica do direito a partir da perspectiva de Thomas Kuhn.” <http://conpedi.org/manaus/Arquivos/Anais/Debora%20Aymore_A%20Crise%20do%20Positivismo%20Juridico.pdf>. É por isso que “A transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações.” (KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 116).

²¹⁵ KUHN, op. cit., p. 39.

²¹⁶ MAGALHÃES, Juliana Neuschwander. “Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica.” In: *Hermenêutica Plural*, por Carlos E. de Abreu BOUCALT e José Rodrigo RODRIGUEZ, 127-158. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 155.

²¹⁷ Em termos de *autopoiése*, segundo Luhmann: “Un sistema autopoiético que se cierra por primera vez o que defiende su clausura en un contexto social radicalmente transformado (que se vuelve, pues, a formar de nuevo), no lo hace mediante una reorganización planificada sino mediante una reconstrucción evolutiva de las

fornecer ao jurista respostas no interior do sistema jurídico, garantindo o sucesso desse novo paradigma frente às necessidades de uma sociedade cada vez mais complexa.

O novo paradigma, enfrentado neste trabalho, é o conceito de *função social* (normativa) e suas conseqüências quanto à sua aplicação, tanto para o direito como para a sociedade.

Num profundo trabalho com enfoque na função social da propriedade, expoente de um *novo paradigma* aplicado ao direito positivo, e visto no interior da *teoria dos sistemas luhmanniana*,²¹⁸ Rafael Lazzarotto Simioni depara-se com a problemática de definir o que seria “social”:

Uma pergunta ontológica: o que é o social? Quando se pensa ontologicamente em um conceito de sociedade logo vem à mente a idéia de pessoas. Então a sociedade é descrita como o conjunto de pessoas: a sociedade é a soma de pessoas em um determinado território, ou a soma de pessoas sob uma cultura comum, sob um Estado comum (para se falar da sociedade brasileira), sob uma ordem normativa comum [...] trata-se de um conceito que tem na sua base de auto-referência a velha distinção hierárquica todo/partes, na qual a sociedade é o todo e as pessoas as partes. Pensar a função social da propriedade em uma sociedade composta de pessoas obriga então esse pensamento a aceitar que se trata de quase oito bilhões de pessoas diferentes, com culturas diferentes, com opiniões, percepções, manias, mentiras, desejos, morais e expectativas diferentes e – já não se pode negar isto – inclusive contraditórias e altamente instáveis.²¹⁹

instalaciones ya existentes.” (LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 306).

²¹⁸ A *propriedade* e o *contrato*, em Luhmann, são tidos como forma de acoplamento estrutural entre os subsistemas jurídico e econômico (LUHMANN, op. cit., p. 328 et seq.). “Por intermédio deles, torna-se possível criar um canal de irritações recíprocas entre direito e economia que permitirá uma regulação, ainda que indireta, do primeiro sobre o segundo, bem como uma influência no sentido inverso da relação.” (VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 254).

²¹⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. “A Sublimação Jurídica da Função Social da Propriedade.” *Lua Nova*, n. 66 (2006): 109-137, p. 117.

A base para o sucesso de uma norma geral de *função social* estaria, para o autor, na rede comunicativa que constitui o ambiente social, partindo da teoria da autopoiese de Luhmann.²²⁰

Traçando uma linearidade com a distinção binária entre direito e não-direito, o autor identifica uma diferenciação entre a *função social* e a *função anti-social*. Ou seja, a função é social quando não se revela anti-social. A tecnicização do sentido da função social facilitaria a identificação do valor positivo nesse paradoxo, a explicar que a forma simbólica generalizada tem significado de “algo bom” para a sociedade em qualquer situação e contexto, passando a justificar-se por si só (o social pelo social). “Essa tecnicização do paradoxo ‘função social/anti-social’ da propriedade permite a facilitação do *crossing* (Spencer Brown) da forma de diferença, face aos sentidos auto-excludentes e, assim, binariamente codificados.”²²¹

A doutrina atual ainda se relaciona de forma “vacilante” com a norma de *função social da propriedade*, por exemplo, por vezes ligando-a às idéias de bem comum, por vezes com o conceito de solidariedade²²², valores supralegais que foram assimilados pelo sistema do direito em formato binário anteriormente *reprocessado* pelo ambiente:

²²⁰ Nesse sentido, “Uma sociedade passível de aceitar um sentido simbolicamente generalizado de função social só pode ser uma sociedade composta não de pessoas, mas de comunicações. Essa foi a radical mudança de perspectiva da Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos de Niklas Luhmann: a sociedade é a totalidade da comunicação significativa. Partindo dessa diferenciação sistema/ambiente, as pessoas deixam de fazer ‘parte’ do sistema da sociedade e passam a constituir o seu ambiente. Só assim é possível a participação das pessoas em qualquer um dos sistemas da sociedade através da linguagem. Essa opção metodológica se justifica porque observara sociedade como o conjunto das ações humanas (com intenções, vontades, necessidades, expectativas) redundaria na distinção todo/partes, em que o todo seria a sociedade e as partes as pessoas, como sujeitos do objeto sociedade e com quase oito bilhões de expectativas diferentes sobre o mesmo objeto [...] Observando então a sociedade como o complexo de comunicações significativas, o sujeito deixa de ser indiferente e passa a ser diferente da sociedade, isto é, conquista uma posição significativa na sociedade.” (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. “A Sublimação Jurídica da Função Social da Propriedade.” *Lua Nova*, n. 66 (2006): 109-137, p. 118-119).

²²¹ *Ibidem*, p. 119.

²²² *Ibidem*, p. 120.

Daí o sentido da função social da propriedade, na autodescrição do Direito, aparecer em um sentido normativo (dever-ser) de utilização da propriedade de modo a produzir benefícios à coletividade, isto é, o bem comum. A introdução desse terceiro valor indeterminado e criativo dos “benefícios à coletividade” é o que permitiu a adjudicação dos eventos do ambiente na forma função social/função anti-social. Então essa assimetização do paradoxo da função social produziu esse terceiro valor dos benefícios. Só assim uma decisão na sociedade pode julgar se uma propriedade beneficia a coletividade (função social) ou a prejudica (função anti-social). Ou ainda, mediante a re-aplicação recursiva dessa forma em si mesma (*re-entry*), a referência a bem comum/mal comum, bem comum/bem individual, mal comum/mal individual. Essa possibilidade de indicar sentidos diferentes no *re-entry* da forma de diferença é a prova da reflexividade do sentido simbolicamente generalizado da função social da propriedade.²²³

Naturalmente, a questão da *função social* de determinado direito fundamental, como o de propriedade, gera operações sistêmicas (ao nível de acoplamento estrutural) entre os sistemas jurídico, político e econômico.²²⁴ Na opinião de Simioni a problemática da função social da propriedade nasceu na política e transferiu-se para o direito, passando a constituir uma questão unicamente jurídica, não mais influenciável por interesses de situação ou oposição – a essa adjudicação ocorrida no sistema do direito o autor conceitua como um fenômeno de “sublimação” da função social da propriedade:

A Política resolve seus problemas transferindo-os ao Direito. O Direito presta essa função à Política. Entre o direito ou o não-direito (código jurídico), os conflitos entre situação/oposição (código político) se perdem, se sublimam. Os conflitos políticos são assim sublimados pelo sistema jurídico. Em outras palavras, o Direito despolitiza os conflitos políticos. E qualquer tentativa de politização da justiça corre o risco de corrupção ou de desintegração do sistema jurídico. O Direito assegura à Política que, uma vez positivadas em leis as suas decisões, os conflitos políticos já não serão mais tratados como conflitos de interesse de situação ou de oposição, mas sim sob

²²³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. “A Sublimação Jurídica da Função Social da Propriedade.” *Lua Nova*, n. 66 (2006): 109-137, p. 120-121.

²²⁴ Para Luhmann, acaba sendo o paradoxo transferido para os acoplamentos estruturais, onde eles atingem sua forma: “Los acoplamientos estructurales que vinculan al sistema del derecho con otros sistemas funcionales de la sociedad surgen, por lo tanto, en el momento que la diferenciación funcional del sistema de la sociedad ha alcanzado un grado de desarrollo tal, que la separación y la interrelación de los sistemas funcionales constituyen un problema y en el que la paradoja de la unidad del todo (que se compone de partes) puede ser transferida a los acoplamientos estructurales y, con ello, adquirir forma.” (LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 365).

critérios exclusivamente jurídicos. Assim, uma vez transformados em lei os conflitos políticos, a Política pode passar a se preocupar com outros problemas.²²⁵

Assim, os programas políticos fazem com que o sistema do direito (sempre em seu código próprio) simbolize genericamente expectativas normativas, por meio do direito positivo, com a superação do conflito político a respeito dessa questão. “Uma vez transformado o conflito político em jurídico, a função que o Direito presta a esse conflito é a de um mecanismo de seleção de expectativas”²²⁶, e o direito passa a selecionar os eventos comunicativos para o interior de sua distinção direito/não-direito, por isso mesmo não existindo distinção função/não-função para o direito (código que lhe é estranho) mas apenas uma *observação* do ambiente quanto à tais expectativas geradas nesse entorno.

Com enfoque em outro instituto jurídico, também afetado pelo conceito de *função social*, Elaine Cardoso de Matos Novais discorre sobre a caracterização do *contrato* como forma de acoplamento estrutural entre os subsistemas jurídico e econômico no sistema social²²⁷, asseverando que a interdependência entre esses subsistemas torna-se momentaneamente esmaecida quando eles chocam-se e dá-se a sua conexão, de modo que “as operações econômicas são eficazes como irritações no sistema do direito e, contrariamente, as operações jurídicas são vistas como perturbações no sistema econômico”²²⁸.

Da mesma forma que se tornou necessária uma reformulação do conceito jurídico de propriedade, por conta das operações sistêmicas no subsistema econômico

²²⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. “A Sublimação Jurídica da Função Social da Propriedade.” *Lua Nova*, n. 66 (2006): 109-137, p. 133-134.

²²⁶ *Ibidem*, p. 135.

²²⁷ Sobre a recepção da cláusula geral da *boa-fé contratual* no direito britânico, cf. a interessante abordagem de Gunther Teubner, em especial sua análise sobre como poderia o instituto *irritar* as construções jurídicas no interior do *common law* (*Direito, Sistema e Policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 165-168).

²²⁸ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. “O contrato em Kelsen e Luhmann.” *Revista de Direito Privado*, n. 11: 121-137, p. 132.

que ressoaram no interior do subsistema jurídico, também o contrato passou a ser observado pela tônica de sua função social, sobrepondo-se à liberdade irrestrita de contratar. Nesse sentido,

[o contrato] é observado diante das restrições impostas pelo sistema jurídico ao princípio clássico da autonomia da vontade, particularizado, no direito contratual, no preceito da liberdade de contratar. Se, no seio de um Estado liberal, impunha-se maior liberdade para os interessados auto-regularem seus interesses sem imposição de muitos limites, o advento de um Estado social restringe tal liberdade em prol do interesse da coletividade [...] Mais uma vez esse mecanismo de regulamentação das transações econômicas apresenta-se receptivo às mutações e, assim, nova atualização do contrato exsurge de modo patente perante os preceitos da teoria contratual clássica, exigindo reexame dos alicerces liberais muitas vezes ainda invocados para justificar situações atuais.²²⁹

A partir do capítulo seguinte será visto como as teorias pós-giro hermenêutico, em específico a circularidade hermenêutica propugnada por Heidegger e Gadamer, podem emprestar enorme potencial operativo. O pensamento circular retoma, a cada operação, a racionalidade que lhe precede, ao mesmo tempo tomando-a para si e afastando-a para observá-la – e é, assim, uma teoria que antes de tudo visa ao aprimoramento da Ciência do Direito.

4.4. DOGMÁTICA JURÍDICA E HERMENÊUTICA FILOSÓFICA: UMA SIMBIOSE

Defronte ao julgamento de uma situação concreta, na qual seja aplicável a norma de cláusula geral, o juiz deve proceder ao preenchimento valorativo desta norma à necessidade de tal concretude. Isto não significa, como já dito, que a tarefa do julgador consista numa interpretação arbitrária da lei, muito menos deva desvincular o presente do passado, desprezando o uso do conhecimento histórico, presente na Dogmática Jurídica.

²²⁹ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. “O contrato em Kelsen e Luhmann.” *Revista de Direito Privado*, n. 11: 121-137, p. 132-134.

A Hermenêutica Filosófica de Martin Heidegger, desenvolvida por Hans-Georg Gadamer, apresenta idéias sobre o uso recursivo do conhecimento humano e sua comunicação por meio da linguagem, bem como a interpretação de normas jurídicas com inserção no momento histórico, projetada no mundo, concebendo uma maneira original de analisar e desenvolver o direito, como observa Friederich Müller:

A compreensão como “aplicação” ou, dito em outros termos, a “atualidade” de toda a compreensão constitui um ponto de vista central da “hermenêutica filosófica” mais recente. De acordo com essa escola, a compreensão é um acontecimento atual [*aktuelles Geschehen*]. A descoberta do sentido e a aplicação estão inseparavelmente reunidas num processo unitário – num processo que inclui necessariamente o “sujeito compreendente” e sem o qual o sentido do texto a ser compreendido nem poderia ser concretizado e nessa medida completado, embora esse sujeito esteja vinculado a esse sentido do texto.²³⁰

Para Gadamer, a aplicação da lei deve ser precedida de uma intermediação entre a *idéia jurídica histórica* com o *presente*, para atingir uma “interpretação justa”:

Quando o juiz adequa a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente. O juiz procura corresponder à “idéia jurídica” da lei, intermediando-a com o presente. É evidente, ali, uma mediação jurídica. O que tenta reconhecer é o significado jurídico da lei, não o significado histórico de sua promulgação ou certos casos quaisquer de sua aplicação.²³¹

Entende Gadamer que, embora exista uma relação simbiótica entre a hermenêutica e a Dogmática Jurídica, teria a primeira uma posição de preponderância sobre a Dogmática (de concepção clássica) na aplicação do direito, rejeitando assim qualquer decisão que opere tão-somente pela lógica da subsunção²³². É importante aqui

²³⁰ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. São Paulo: RT, 2007, p. 222.

²³¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 487.

²³² “A realidade não pode ser reduzida, de forma alguma, a um psicologismo (*mens legislatori*) ou a um objetivismo (*mens legis*) puro, baseado em uma orientação da teoria do conhecimento tradicional. É próprio de

ressaltar que Gadamer está a falar da Dogmática modelada por já superados ideais positivistas. A virada hermenêutica, tônica de uma nova Ciência do Direito, é o que redefinirá esse conceito.

De fato, o raciocínio jurídico que se encontra presente, ainda em grande parte, na Dogmática, é o da lógica formal do positivismo jurídico, conforme já estudado no capítulo correspondente, como se inequívoca fosse a subsunção do fato concreto à norma.

Com o aumento da complexidade social e, por consequência, dos conflitos, é certo que a lógica da subsunção, já ineficaz de início, passa a impossibilitar uma forma efetiva de solução das lides. Mais ainda, com a inserção de cláusulas gerais com conteúdo largamente aberto, não há como o processo subsuntivo atingir qualquer decisão prática.

A hermenêutica jurídica desenvolvida a partir da filosofia de Heidegger pretende dar sentido ao texto jurídico, conforme a inserção do sujeito no mundo, que resulta na conhecida expressão alemã *Dasein*, ou ser-aí (no mundo). O conceito heideggeriano do *ser-aí-no-mundo* é a condição do sujeito viver com as coisas que formam a universalidade, já consciente dos significados das coisas no contexto em que vive. As coisas *são* e têm um *sentido* dentro do contexto que se apresenta ao *ser-aí*²³³, como explica Eros Grau:

A reflexão hermenêutica instala a verificação de que a interpretação se desenvolve a partir de pressuposições. A compreensão escapa ao âmbito da ciência. A compreensão respeita ao ser no mundo (*Dasein*). E o ser no mundo é um ente que não se limita a colocar-se entre outros entes; é, ao contrário, um ente que se caracteriza onticamente pelo privilégio de, em seu ser – isto é, sendo –, estar em jogo seu próprio ser (Heidegger). Logo, o compreender é algo existencial; a compreensão do ser é, ela mesma, uma

profanos, como propriamente coloca H. G. Gadamer pensar a aplicação da lei a um caso concreto como um processo lógico de *subsunção* do geral ao particular.” (SILVA, Kelly Susane Alflen da Silva. *Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000, p. 349).

²³³ CATÃO, Adualdo de Lima. “A visão hermenêutica da interpretação jurídica para a superação do paradigma da neutralidade do intérprete.” <<http://conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Adualdo%20de%20Lima%20Catao.pdf>>.

determinação de ser do ser no mundo. Ela se dá como compreensão do ser (Schroth). A compreensão é, então, experiência.²³⁴

Este *ser-aí-no-mundo* compreende um trabalho criativo na interpretação da lei. Se compreensão é experiência, e a experiência é o que desenvolve a Dogmática, a recepção da Hermenêutica pelo saber dogmático é o que impulsionará a Ciência do Direito para o reencontro histórico e o *movimento* de compreensão dos critérios de justiça. Tais critérios podem ser os princípios já consagrados, quer traduzidos em norma ou não, e as plataformas de regulação *determinadas pela função*, por meio da produção legislativa de cláusulas gerais. Enquanto normas carecedoras de preenchimento valorativo, a teoria hermenêutica lhes possibilitará sua melhor aplicação para determinado caso concreto, por meio do trabalho desenvolvido tendo o sujeito como ser-no-mundo:

Permitindo a superação da concepção de interpretação como técnica de subsunção do fato no álveo da previsão legal, a atual reflexão hermenêutica encaminha a construção de uma teoria da práxis da aplicação do direito.²³⁵

Para Lênio Streck, é necessário encontrar uma nova forma de orientação do direito que supere a simples reprodução do pensar. A partir de sua visão sobre a Hermenêutica em Heidegger e Gadamer, busca um novo padrão racional, o qual seja apto a encarar de forma mais completa as questões postas pela Dogmática (e, conseqüentemente, pelo positivismo). Para o autor, será a virada hermenêutica que livrará o direito desse “tecnicismo”.²³⁶

A Hermenêutica e o estudo da linguagem normativa trazem subsídios para a elaboração de teorias que integrem a valoração de elementos sociais à norma positiva.

²³⁴ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 106.

²³⁵ *Ibidem*, p. 105.

²³⁶ Para uma completa visão do autor sobre o tema, cf. STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, e *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

A virada lingüística, e o círculo hermenêutico incorporado à nova Dogmática Jurídica, possibilitam o manejo da aleatoriedade dos casos concretos, com bases sólidas para aplicação do direito.

A identificação dos diversos sentidos possíveis a partir da abertura normativa é elaborada (e re-elaborada) pela Dogmática, num ciclo virtuoso de discurso e interpretação das normas. Assim, a Dogmática confere ao operador do direito o instrumental necessário para a adequação de princípios, máximas de julgamento e consideração de valores sociais, ainda que, como já exposto na análise a partir de Luhmann, tais valores tenham sido previamente selecionados pelo subsistema do direito (e conseqüentemente incorporados à Dogmática Jurídica).

O círculo hermenêutico propõe (ou constata) que a melhor forma de interpretação é a visão e revisão dos conceitos, com respeito à própria idéia do intérprete, mas sem desconsiderar os fundamentos históricos do saber consolidado. Numa excelente condensação da teoria, Eros Grau explica que:

Gadamer observa que o compreender é dotado de um movimento circular: a antecipação de sentido que faz referência ao todo somente chega a uma compreensão explícita na medida em que as partes que se determinam desde o todo, por sua vez, determinam o todo. Heidegger, de quem Gadamer toma a concepção de círculo hermenêutico, descreve-o de forma tal que a compreensão do texto se encontra continuamente determinada pelo movimento antecipatório da pré-compreensão. O círculo do todo e as partes não se anulam na compreensão total, porém nela alcançam sua realização mais autêntica. Compreender significa, primariamente, entender-se na coisa e apenas secundariamente destacar e compreender a opinião do outro como tal – a primeira de todas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão que surge do ter que ver com o assunto mesmo.²³⁷

²³⁷ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110.

A pré-compreensão está fundada na herança histórica²³⁸, o que não deixa de ser uma recepção de fundamentos de autoridade, como explica Gadamer.²³⁹ O processo de compreensão vem norteado, assim, por preconceitos²⁴⁰ dos quais o intérprete não pode se afastar, pois se eles estão no mundo, e o sujeito também, a (re)construção hermenêutica deve tomá-los para uma releitura circular.

Para Heidegger essa é a própria origem do *ser-no-mundo*:

A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é 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 prévia.²⁴¹

O afastamento da tradição dogmática faz com que o intérprete renuncie ao pensamento histórico; realizando isso, escapará do círculo hermenêutico e, possivelmente, terá de realizar a ingrata tarefa de descobrir o sentido da norma unicamente *por si*. Luís Cabral de Moncada, com seu estilo marcante, encerra: “O *realismo crítico* moderno, porém, – é preciso notar – transpõe com todo o vigor esses limites onde asfixia e afirma afoitamente a existência, o *dasein*, para além das paredes do *cogito*, dessa realidade ao mesmo tempo dependente e independente do *eu*, chamada o *direito positivo*”.²⁴²

²³⁸ Tendo por pontos referenciais principais as normas “vigentes” (MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. São Paulo: RT, 2007, p. 223).

²³⁹ Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 400 et seq.

²⁴⁰ Aqui não se utiliza o sentido negativo comumente associado ao termo “preconceito”, mas sua acepção denotativa simples, de *conceito prévio*. (CATÃO, Adualdo de Lima. “A visão hermenêutica da interpretação jurídica para a superação do paradigma da neutralidade do intérprete.” <<http://conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Adualdo%20de%20Lima%20Catao.pdf>>, p. 10.

²⁴¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 207.

²⁴² MONCADA, Luís Cabral de. *Direito-positivo e Ciência do Direito: textos escolhidos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003, p. 128-129.

É no contexto social e histórico que a norma possui sentido. A investigação da vontade do legislador é uma metodologia inerte, como ressalta Heidegger:

O ente que possui o modo de ser do projeto existencial de ser-no-mundo tem a compreensão ontológica como constitutivo de seu ser. O que foi anteriormente suposto de forma dogmática recebe agora sua de-monstração a partir da construção ontológica em que a pre-sença como compreensão é o seu pre. Dentro dos limites dessa investigação, só se poderá alcançar um esclarecimento satisfatório do sentido existencial dessa compreensão ontológica com base na interpretação temporal do ser.²⁴³

A Dogmática é essencialmente um exercício hermenêutico, na concepção circular ora apresentada. Dogmas são herança histórica e, nessa qualidade, a historicidade deve ser levada em conta pelo intérprete, conforme já alertava Gadamer:

O intérprete que se confronta com uma tradição procura aplicá-la a si mesmo. Mas isso tampouco significa que o texto transmitido seja, para ele, algo dado e compreendido como um algo geral que pudesse ser empregado posteriormente para uma aplicação particular. Pelo contrário, o intérprete não pretende outra coisa que compreender esse geral, o texto, isto é, compreender o que diz a tradição e o que faz o sentido e o significado do texto. E para compreender ele não deve querer ignorar a si mesmo e a situação hermenêutica concreta, na qual se encontra. Está obrigado a relacionar o texto com essa situação, se que quer entender algo nele.²⁴⁴

O intérprete da norma deve considerar que, em razão da complexidade social, todas as circunstâncias de determinada situação fática devem ser analisadas no

²⁴³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 203-204. Já em Gadamer: “Neste ponto sobressai a tarefa hermenêutica assinalada claramente por GADAMER: a de colocar entre parênteses os próprios preconceitos para que o sentido daquilo que se está a interpretar possa evidenciar-se propriamente, para que o diálogo entre o jurista e o direito possa fluir [...] Prestando-se atenção ao dogma da subsunção, o texto da norma é identificado com a norma inteira e por trás dele busca-se um sentido fundante o qual se imagina sempre encontrável, finalizando, quando o mesmo emerge, a busca pelo direito. Deste modo, o raciocínio linear não permite a transcendência para além do texto na norma e se pretendo sentido unívoco.” (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: O Exemplo Privilegiado da Boa-Fé Objetiva no Direito Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 121).

²⁴⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 481-482.

momento dessa interpretação, de forma a colocar a função normativa da lei a par desse momento²⁴⁵.

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 do conjunto. [...] a única pertença à lei que se exige aqui é que a ordem judicial seja reconhecida como válida para todos e que, por conseguinte, não existam exceções quanto a ela.²⁴⁶

De fato, em momento algum foi dito, nem Gadamer o disse, que o direito deve afastar-se da positivação. Ela é necessária e vital para que se possa fundamentar uma solução a ser dada à situação concreta atual. Os programas normativos conferem um sentido original ao texto legal, ao qual submete-se o julgador, o que decorre naturalmente da necessidade de segurança jurídica das decisões (pois a norma deve comunicar a todos suas expectativas de conduta, vinculando-os uniformemente):

Já assinalamos antes que a pertença à tradição é uma das condições da compreensão espiritual-científica. [...] Evidentemente não se trata de uma condição restritiva da compreensão, mas, antes, de uma das condições que a tornam possível. A pertença do intérprete ao seu texto é como a do ponto de vista na perspectiva que se dá num quadro. [...] Assim, para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica é essencial que a lei vincule por igual todos os membros da comunidade jurídica. Quando não é este o caso, como no caso do absolutismo, onde vontade do senhor absoluto está acima da lei, já não é possível hermenêutica alguma.²⁴⁷

Apenas ocorre que, ao resolver casos concretos, a mediação entre a lei posta e a interpretação dada ao caso não é arbitrária (como propugnam Kelsen e Herbert Hart) mas decorre de um posicionamento histórico (passado e presente) do intérprete,

²⁴⁵ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: O Exemplo Privilegiado da Boa-Fé Objetiva no Direito Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 121 et seq.

²⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 489.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 488.

pois é que Gadamer “ressalta a importância da tradição, da cultura e da experiência na interpretação das situações históricas.”²⁴⁸

Como já dito, para Gadamer, na relação simbiótica entre Dogmática e hermenêutica a segunda encontra-se em situação de proeminência, proposta essa decorrente da intenção de afastar a aplicação da lei a um processo lógico de subsunção. Entretanto, atreve-se a dizer, um pouco mais além dessa idéia de Gadamer, que na relação simbiótica entre Dogmática e hermenêutica ambas se encontram em posição de igual destaque. A *lei* é genérica e distante dos casos particulares, mas a *lei não é* a Dogmática, pois constitui o objeto de seu estudo e não toda a ciência correspondente. Na verdade, ao estudar essa tarefa auxiliar da *práxis* jurídica emprestada à hermenêutica, Gadamer também rejeita com veemência a lógica subsuntiva:

[...] sempre é possível por princípio, conceber a ordem judicial vigente como tal, o que significa reelaborar dogmaticamente qualquer complementação jurídica realizada. Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe pois uma relação essencial, na qual a dogmática detém uma posição predominante. Pois não é sustentável a idéia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção.²⁴⁹

Obviamente a Dogmática não abrange e não abrangerá todas as situações multímodas e variáveis imagináveis, e é daí que decorre em grande parte a importância do trabalho hermenêutico, o qual servirá, nesse esquema circular, para fomentar a própria evolução da Dogmática Jurídica, que poderá receber e incorporar os resultados obtidos pela hermenêutica.

Por fim, mencionemos que o deputado Ricardo Fiúza, relator do Projeto do Novo Código Civil, atento às mudanças do porvir, já estava alerta à:

²⁴⁸ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. *Da Interpretação à Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004, p. 77.

²⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 489-490.

[...] importância que a Hermenêutica Jurídica terá nos tempos que se avizinham, principalmente em razão da velocidade das grandes transformações sociais e políticas. As leis não poderiam deixar de ser expressas em termos gerais, fixando regras, consolidando princípios, estabelecendo normas, em linguagem o mais clara possível. Todavia, seria absolutamente impossível que descessem a minúcias. É a imperiosa necessidade do intérprete de entender a relação entre o texto abstrato da lei e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social. Fixar o sentido verdadeiro da norma positiva e logo depois o respectivo alcance e sua extensão, extraindo da norma o que nela se contém, determinando seu sentido e alcance.²⁵⁰

Arremata o parlamentar com a idéia de que “quaisquer que sejam as dificuldades que a Hermenêutica traga em sua análise, serão sempre menores do que permanecermos engessados neste positivismo individualista incompatível com a prestação jurisdicional atualizada, aplicável a cada caso e, em consequência, socialmente mais justa. É função do intérprete compreender o texto da lei em seu significado e alcance, seu sentido íntimo e sua expressão visível.”²⁵¹

É nesse sentido que a proposta de Gadamer “vai no sentido contrário de todas as tendências da hermenêutica jurídica tradicional” presentes na modelagem antiquada da Dogmática Jurídica. Como dito, o trabalho hermenêutico visa ordenar o passado e o presente, tendo em vista o futuro²⁵², numa linha de sentido histórico e “contínuo processo de hermenêutica e compreensão do ser pelo próprio ser.”²⁵³

²⁵⁰ FIÚZA, Ricardo. *Apud* BRAGA, Jorge Luiz. “O sistema adotado pelo novo Código Civil para tornar concretos os seus regramentos e o aumento da liberdade do juiz na sua aplicação.” *Escritório Online*. 19 de Outubro de 2003. <http://www.escritorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=4291>.

²⁵¹ *Ibidem*, loc. cit.

²⁵² Nas palavras de Heidegger: “[...] a história não significa tanto o ‘passado’ no sentido do que passou, mas a sua *proveniência*. O que ‘tem história’ encontra-se inserido num devir. O seu ‘desenvolvimento’ pode ser ora ascensão, ora queda. O que, desse modo, ‘tem uma história’ pode, ao mesmo tempo, ‘fazer’ história. É ‘fazendo época’ que, no ‘presente’, se determina um ‘futuro’. História significa, aqui, um ‘conjunto de acontecimentos e influências’ que atravessa o ‘passado’, ‘presente’ e ‘futuro’. Aqui, o passado não tem primazia.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Vol. II. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 183-184).

²⁵³ BITTAR, Eduardo C. B. “Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica.” In: *Hermenêutica Plural*, por Carlos E. de Abreu BOUCALT e José Rodrigo RODRIGUEZ, 181-202. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 200.

Assim, conclui-se que o trabalho conjunto da Dogmática com a Hermenêutica Jurídica tem somente bons frutos a oferecer ao direito. São duas formas de pensar complementares. De um lado, a sistematização que se faz necessária para ordenar padrões normativos; de outro, a sensibilidade é necessária para exercer a liberdade natural que o intérprete deve ter diante do texto legal. Ambas cumprem a idêntica função de pôr ao intérprete, em primeiro lugar, a tradição jurídica formada sobre o direito positivo. Embora haja liberdades, esse é o primeiro ponto a ser respeitado.

4.5. O MÉTODO HERMENÊUTICO-VALORATIVO NA DOGMÁTICA JURÍDICA

A metodologia da ciência é a sua reflexão sobre o seu próprio proceder, sobre modos de pensamento e meios de conhecimento que lança mão.²⁵⁴ A Dogmática traçada pelo método hermenêutico-filosófico revela-se como modo específico de pensar o direito, tomando como referência, além do atual, também a reconstrução de pensamentos jurídicos em momentos históricos passados, como a cultura greco-romana. Assim é que torna possível o pensamento orientado a valores no âmbito da Dogmática Jurídica.²⁵⁵

A Dogmática de *método* hermenêutico, ao aproximar o direito às pautas de valoração, se orienta para certos efeitos sociais (conseqüências) das decisões. No entanto, seu grande problema residiria no saber como guiar-se tendo em vistas esses efeitos, sem perder o controle dos conflitos.²⁵⁶

²⁵⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 339.

²⁵⁵ Mister reconhecer que a discussão acerca dos valores no direito não se caracteriza como expressiva inovação. Os valores eram considerados um fator importante para a estruturação do direito romano e na Idade Média.

²⁵⁶ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Função social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 144.

Foi dito, em linhas anteriores, que Dogmática Jurídica não deveria se orientar pelas conseqüências, sob pena de ver-se desestabilizada, uma vez que o futuro é assaz mais complexo que o passado. No entanto, a *saída* provida por Luhmann é a de que a Dogmática *internaliza o problema das conseqüências* por meio de programas normativos, consoante explicação de Orlando Villas Bôas Filho:

Assim, se, por um lado, o código, a partir do sistema binário direito/não-direito (que exclui terceiros valores), permite a diferenciação funcional do sistema jurídico, de modo a fundamentar sua identidade, direcionando o circuito reprodutivo de suas operações, por outro, ele, por representar a maneira pela qual o sistema produz e reproduz sua unidade, será caracterizado por uma rigidez que impede a adaptação do sistema ao entorno. É por essa razão que os programas, que estabelecem as regras de adjudicação dos valores que compõem o código, se fazem necessários. O código assegura a unidade operacional do sistema, pois é a partir de sua especificidade que o sistema se distingue de seu entorno. Contudo, o código por si só não permite que o sistema se feche, mas sim apenas que ele crie os enlaces de suas operações. É assim que o código precisa ser complementado pelos programas (leis, regramentos e demais premissas de decisão do direito), os quais, aos estabelecerem as regras de adjudicação dos valores do código, fixam as condições concretas de correção na atribuição de tais valores, permitindo, por exemplo, que num dado litígio se indique quem ostenta expectativas conforme o direito e quem não as ostenta. É por isso que Luhmann afirmará que código e programas são momentos da autopoiesis do sistema.²⁵⁷

O que, de início, parece a exposição de uma Dogmática semi-fechada, com sua desenvolvimento dependente das condições comunicativas entre o sistema social e o direito, mediante a simplificação/complicação de Luhmann, provavelmente decorre do fato de que o direito, na tentativa de regulamentação dos fatos reputados relevantes à vida social, o faz buscando a segurança e previsibilidade do agir humano.²⁵⁸

No entanto, ao invés de preocupar-se com o futuro, de todo incontrolável mesmo, a Dogmática deve preocupar-se com o *presente*, de acordo com as lições do

²⁵⁷ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 202.

²⁵⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 79.

passado. Somente assim pode-se dizer que ao menos estaria *pronta para o futuro*. Na opinião de Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

Daí a necessidade de uma dogmática jurídica que se construa em parte de conexões vitais (Direito de Família, Direito do Trabalho etc.); em parte de diferenças conceituais formais (relações jurídicas, sujeito de Direito etc.); em parte de diferenças lógico-materiais (Direito das Obrigações, Direito das Coisas etc.); em parte de princípios (da igualdade das partes na relação processual) [...] às vezes a dogmática jurídica toma o sentido de teoria cultural, não necessariamente como produto metódico de procedimentos formais dedutivos e indutivos apenas, mas uma espécie de conhecimento que constitui uma unidade imanente de base real, que repousaria sobre valorações.²⁵⁹

Plauto Faraco de Azevedo acredita numa resposta advinda pelo que chama de “*Dogmática não positivista*”²⁶⁰, que inclusive remeteria às raízes do pensamento aristotélico:

No que tange à necessidade de afeiçoar as normas às modificações da vida em sociedade, verificadas pelo surgimento de fatos de algum modo diversos daqueles por ela previstos, bem como de novas concepções sociais a tornarem vetusta a lei, a *Dogmática não positivista* precisa mostrar-se dinâmica e dúctil, de modo a recolher as lições da moderna hermenêutica, da lógica do razoável de Recaséns Siches, bem como as contribuições de Perelman ou de Viehweg, relativas às *retórica*, *tópica* ou *dialética aristotélica*, por eles retomadas de modo a oferecer ao trabalho hermenêutico novos instrumentos tendentes a adequar o direito legislado às móveis exigências da vida.²⁶¹

²⁵⁹ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Função social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 79-80.

²⁶⁰ Deixe-se claro, por fim, que a Dogmática nasce de uma necessidade de instrumentalização do *direito positivo*, expressão que não devemos confundir com *positivismo jurídico*. Portanto, o que se entende do autor é que ele se refere à uma Dogmática desatrelada do positivismo jurídico.

²⁶¹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 45. “De longa data nos temos posicionado contra a Dogmática positivista, buscando fazer-lhe a crítica e mostrar-lhe as limitações, na certeza de que, embora proclame afastar-se de toda ideologia, em verdade instaura a ‘ideologia da ciência pela ciência’.” (Ibidem).

Essa compreensão histórica mobiliza o passado para projetar o futuro; quanto ao presente, “é preciso reconduzir o direito escrito ao *sentido da vida*; assim, a função hermenêutica é vivificá-lo”.²⁶²

A valoração é a tônica presente na reformulação do direito positivo, e a Dogmática hermenêutica a ferramenta necessária à condução apartada da pura técnica²⁶³. Como visto, a inserção de cláusulas gerais remete à apreensão de valores para a integração da norma, como informa Canaris, dizendo que nelas aparece de forma clara a mediação pela equidade:

É característico para a cláusula geral o ela estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, o fato dela não dar os critérios necessários para a sua concretização, podendo-se estes, fundamentalmente, determinar apenas com a consideração do caso concreto respectivo: a aspiração de Wilburg, pelo contrário, é de determinar, em geral, os “elementos” competentes, segundo o conteúdo e o número e confeccionar a sua “relação de interpenetração” de modo variável, deixando-a independente das circunstâncias do caso. Wilburg bate-se contra as decisões segundo a mera equidade porque lhe falta a “presença de princípios fundamentais”; as cláusulas gerais, pelo contrário, são sempre caracterizadas, e pelo menos em parte, com razão, como “pontos de erupção da equidade”.²⁶⁴

Com vistas ao passado e às origens do pensamento filosófico podemos ter o referencial de valoração requerido para a aplicação da norma, como bem aponta Jeannette Maman, consignando que “no direito romano prevaleceram o sentido social

²⁶² MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia Existencial do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 109 e 115.

²⁶³ Plauto Faraco de Azevedo bem define que “a vida do direito não se dá sem valorações, isto é, contraposições de normas e fatos sociais, em busca da regulação mais apropriada ao contexto social. A simulação da objetividade estrita é campo onde se ocultam as escolhas indefensáveis, que resistem a vir à tona por serem orientadas pelo interesse de grupos, setores, classes, desconformes com os interesses sociais gerais”, para depois concluir, diante do caótico cenário social brasileiro, que “ao invés de lavar as mãos diante da iniquidade social, verdadeira chaga no Brasil, a Ciência do Direito deve veicular um discurso aberto, centrado na realidade, na certeza de que o direito deve ser instrumento de realização de justiça social. Apesar da importância da técnica jurídica, a ela não pode reduzir-se o direito, o que não excluía necessidade de seu conhecimento minudente. Sendo instrumental, a técnica não é neutra.” (*Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 74).

²⁶⁴ CANARIS, Claus - Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 142.

da propriedade, as relações pessoais na autonomia da família, o predomínio do interesse comum, a utilidade pública, a preocupação da justiça segundo o mérito.” Para a professora “voltar a Aristóteles não é fazer arqueologia do pensamento” e, por fim, esclarece que “o problema da liberdade não se resolve com o pensamento dos liberais, mas no recorrer ao pensamento greco-latino e à fenomenologia do ser de Heidegger e Gadamer.”²⁶⁵

Os valores justiça, solidariedade, paz, poder, segurança e ordem, não devem, enquanto problema central da aplicação do direito, ser obtidos em sentido ideal, puramente axiológico, mas pelo que refletem real e efetivamente em determinado momento na sociedade humana.²⁶⁶ A tarefa do direito, na tentativa de regulamentação dos fatos reputados relevantes à vida social, realmente busca a segurança e previsibilidade do agir humano. Entretanto, a simples ordenação coativa dos fatos e comportamentos não é suficiente. A regulamentação deve ser, necessariamente e tanto quanto possível, justa e equitativa. “Portanto, a noção de direito há de conter sempre os valores correlativos da ordem e da justiça. Não pode o direito buscar qualquer ordem, mas sim uma ordem imantada pela justiça.”²⁶⁷

Para Azevedo, a valoração jurídica é questão crucial para a Ciência do Direito, influenciando nos seus efeitos práticos: “A concepção que se tenha da Ciência do Direito, instrumentalizada por tal ou qual lógica, influirá decisivamente na interpretação e aplicação do direito”. O alerta do autor vai no cuidado necessário com a utilização do método, pois “se resulta evidente a impossibilidade e afastamento de uma estimativa jurídica, vale perceber-se que estas trazem sempre a marca do tempo e de suas concepções dominantes, assim como dos objetivos que estas têm em mira, notadamente de sua tendência maior ou menor à cristalização da estrutura social”. Para que isto seja evitado recomenda o autor ser “indispensável a reflexão da Ciência do

²⁶⁵ MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia Existencial do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 93.

²⁶⁶ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 67.

²⁶⁷ Idem. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 25.

Direito sobre si mesma e sobre as instituições que organiza, hierarquiza sistematiza, sem o que condena-se ao estancamento e à cumplicidade acrítica com o jogo ideológico e com os interesses materiais, que lhe são subjacentes”.²⁶⁸ Com relação ao problema do enfrentamento dogmático das *conseqüências sociais*, já estudado em Luhmann, tranqüiliza o raciocínio esclarecedor de Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

[...] É preciso notar que a função da Dogmática de estilo hermenêutico, ao voltar-se para as conseqüências como critério, não deve ser confundida com o problema das confrontação do sistema jurídico com as conseqüências reais das suas decisões, em termos de questão da efetividade. [...] Sua função reside no relacionamento de relações de aplicação do Direito, isto é, na construção das condições do juridicamente possível, em termos de decidibilidade, ou seja, na determinação das possibilidades de construção jurídica de casos jurídicos. [...] Ela não desempenha um papel integrador na própria realidade do mundo circundante do sistema jurídico, mas, dentro deste sistema, proporciona uma identificação de conceitos e *rationes legum*. [...] Quaisquer que sejam as aparências de fixidez do pensamento dogmático, ele sempre tem um movimento de ir mais longe. [...] a Dogmática Jurídica de estilo hermenêutico, ao constituir aquele encaminhamento, contém já uma referência relevante à normatividade como um instrumento regulador do comportamento humano que se adapta por contínua evolução ou transformação às exigências do meio ambiente.²⁶⁹

A evolução histórica do direito demonstra que a sua positivação pode perder-se na linha do tempo, é ultrapassável pela evolução e o aumento da complexidade social. Entretanto, a Dogmática permeada pelo método orientado a valores tem condições de “atemporalizar” os programas normativos. Estes representam a simbolização de expectativas legítimas, como é o caso recente das normas de *função social* inseridas no ordenamento brasileiro. Para que tais não restem perdidas em seu momento histórico²⁷⁰, a proposta aqui formulada poderia cumprir a missão de garantir ao direito uma aplicação concreta que satisfaça as exigências do sistema.

²⁶⁸ Idem. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 67.

²⁶⁹ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Função social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 154-157.

²⁷⁰ Que para Plauto Faraco de Azevedo “devem ser vistos no fluxo histórico como resultantes das lutas sociais e do aperfeiçoamento da consciência moral, e não idealizados nas constituições ou nos códigos, para que não se perca sua conexão com a realidade social, onde se há de afirmar a sua efetividade.” (*Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*, p. 22).

5. O JUDICIÁRIO E A PRÁXIS DA FUNÇÃO SOCIAL

Relembrando a introdução a este trabalho, foi dito que aos juízes cabe sempre decidir sobre um caso concreto e decidir com vistas à aplicação da *justiça*. Deveriam, para tanto, aplicar regras em condição de igualdade. Essa estabilidade na interpretação da lei, como já exposto por Luhmann, traduz-se em *justiça*.²⁷¹

A indeclinabilidade (*non liquet*), ou obrigação de decidir sobre um caso dado, impede que o juiz retarde sua decisão no aguardo de que a questão seja suficientemente discutida pela Dogmática.²⁷² *Há que se arriscar uma solução*. “Arriscar” não quer dizer que a decisão não possa nem deva ser fundamentada com argumentos jurídicos (vinculação à lei e ao direito). Como visto, a ciência jurisprudencial deve trazer enunciados fundamentados por métodos hermeneuticamente admissíveis e de pensamento orientado a valores.²⁷³ Assim,

Já não se pode falar, em todos e quaisquer casos, que a atividade do intérprete e do aplicador do direito seja meramente *subsuntiva*; bem diferentemente, sua função passa a ser *concretizadora*, no sentido de ser *criadora* do próprio direito a ser aplicado, justamente em virtude da *complexidade* do ordenamento jurídico atual. De uma atividade de mero *conhecimento* (um comportamento passivo) do fenômeno jurídico para sua aplicação, passa-se a uma atividade *criadora-valorativa* (um comportamento ativo), *conscientemente* criadora e valorativa do juiz.²⁷⁴

²⁷¹ “La abstracción de las condiciones de la relevancia jurídica es la condición para poder diferenciar entre lo ‘igual’ y lo ‘desigual’ y para atribuirles consecuencias diversas. La programación condicional no es únicamente un apoyo cognitivo con la relación ‘igual’ y a lo ‘desigual’, es la condición para que la idea de justicia pueda verse en la forma de igualdad (= normatividad).” (LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 293).

²⁷² Sobre os *hard cases* e a posição dos tribunais acerca do *non liquet*, cf. *ibidem*, p. 375 et seq.

²⁷³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 326.

²⁷⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13.

Entretanto, seguindo as conclusões de Luhmann, enquanto houver *debilidade metodológica* e o *enfraquecimento* da Dogmática²⁷⁵, sem o uso da razão (ou com uso de motivos *metajurídicos*), haverá perda de certeza sobre as decisões judiciais, eis que débeis também sua respectiva *fundamentação*, nas palavras de alerta do sociólogo:

Dentro del sistema jurídico se recomienda creer en la fundamentabilidad, aunque no en determinadas razones. Como concepto global de todas las razones importantes resulta casi imprescindible la razón [...] Desde puntos de vista como los de la ‘justicia de clases’ o la ‘técnica de trabajo jurídico insensible’, el estilo jurídico de argumentación ha sido criticado en las últimas décadas tan vehemente como superficialmente. Una observación sociológica, que trabaje con la teoría sistémica, elegirá un enfoque completamente distinto.²⁷⁶

Se o Judiciário tem essa tarefa de interpretar valores comunicados pelo ambiente social, na tarefa de assimilar o caso concreto e a norma, não prescindirá da Dogmática, onde tais complexidades são trabalhadas, com critério binário (direito/não-direito), com vistas à uma diferenciação entre igual/desigual²⁷⁷.

Os significados normativos somente podem ser conceituados dogmaticamente²⁷⁸, e por isso o direito, assim desenhado, é um subsistema social fechado e auto-referente. Esse processo de auto-referência deve incluir uma

²⁷⁵ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 380.

²⁷⁶ Idem. “El enfoque sociológico de la teoría e práctica del derecho.” In: *Corrientes y problemas en filosofía del derecho: Anales de la Catedra Francisco Suares*, Granada, 1985, p. 94-95.

²⁷⁷ “Oggi la giustizia non può piú essere intese come una norma giuridica superiore, ma solo come espressione di un'adeguata complessità del sistema giuridico, in particolare come l'obbligo di aumentare la complessità nella misura in cui ciò è compatibile con una coerente attività decisionale.” (Idem. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 58).

²⁷⁸ Em especial no que tange à abertura normativa (conceitual), como aponta Luhmann: “La formulación de conceptos (‘acción indebida’, ‘enriquecimiento ilícito’) puede ser que exprese cercanamente un requerimiento de la acción o un descontento, pero esto depende siempre de las condiciones que regulan la posición del concepto. En este sentido, la dogmática del derecho no se atiene sólo a su dogmatismo; la dogmática no apela sólo a sí misma, a su perdurabilidad histórica, a su sensibilidad crítica. Se sostiene gracias a un contexto de aplicación que sería muy difícil de sostener si no recurriera a la formulación repetible de la fijación de los conceptos.” (Idem. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 452).

comunicação constante com o ambiente social, de modo a perceber as necessidades e conjugação de interesses em contínua reestruturação. Dessa forma, podemos afirmar que subsistema jurídico é *aberto* e disposto a *aprender*²⁷⁹, disposto a reformular seus acoplamentos estruturais, ou criá-los novos.

Assim, o método jurídico toma várias dimensões, estando o momento hermenêutico e o momento dogmático compreendidos numa relação de interação, em consequência de ser, o direito, um sistema normativamente fechado e cognoscitivamente aberto.²⁸⁰

Mais para além da teoria luhmanniana, surge o importante papel da Dogmática de estilo hermenêutico para fundamentar e legitimar as decisões judiciais nos diferentes casos concretos, em especial quando da aplicação de cláusulas gerais de *função social*, tão crescente quanto a complexidade dos sistemas sociais.

Tal fundamentação é necessária não somente para justificar atender às normas programáticas constitucionais, ou de legislação ordinária, que tratem dos conceitos determinados pela função social, mas para demonstrar que o julgador esteve atento a critérios superiores e consagrados de justiça.

²⁷⁹ HERVIAS, Rómulo Morales. “Dogmática jurídica y sistema jurídico: aproximaciones a la sociología y antropología jurídicas.” *Ius et Veritas* 23, 2001: 309-337. “El paso a una diferenciación funcional primaria del sistema de la sociedad requiere acoplamientos estructurales de un nuevo tipo en la relación de los sistemas funcionales entre sí, a saber: de acoplamientos que puedan tomar en cuenta la autonomía y la clausura operativa de los sistemas funcionales. Estos últimos son preservados en la sociedad por estos mecanismos, pero como de cualquier manera tienen que operar como sistemas de comunicación, en forma alguna podrían desprenderse de la sociedad. Los acoplamientos estructurales se desarrollan, por lo tanto, en unidad con las nuevas autonomías funcionales. Lo uno so sería posible sin lo otro.” (LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, p. 552).

²⁸⁰ HERVIAS, loc. cit. “Este concepto teórico posibilita la reformulación de la paradoja constituyente del derecho: el sistema jurídico opera simultáneamente bajo premisas normativas y cognoscitivas; está dispuesto a aprender y a no aprender, a la medida de su propia estructura diferenciadora. Es un sistema cerrado y abierto: es cerrado porque es abierto y abierto porque es cerrado. Apertura y non apertura no suponen ninguna contradicción ya que no están definidas en el sentido de una mutua relación excluyente; su contradicción, empero, sitúa al sistema bajo exigencia específicas de anulación de la paradoja. La cuestión se plantea de esta forma: cómo puede el sistema combinar aprendizaje y no aprendizaje en el sentido de una relación de mutuo aumento y por medio de ello, adaptarse a la evolución social.” (LUHMANN, Niklas. “El enfoque sociológico de la teoría e práctica del derecho.” In: *Corrientes y problemas en filosofía del derecho: Anales de la Catedra Francisco Suares*, Granada, 1985, p. 93-94)

Essa é a oportunidade de redenção do Judiciário às críticas de imobilismo e insensibilidade social, que tanto são motivo de insatisfação por parte dos jurisdicionados. A restauração de um poder respeitado, afastando a intolerável aceitação da injustiça, faz com que se perceba “a relevância da função judicial, da aplicação do direito e do processo hermenêutico. Para que este trabalho possa cumprir-se satisfatoriamente é necessário explicitar e refletir sobre todos os seus aspectos, particularmente sobre aqueles que habitualmente não se cogita, dentre as quais sobreleva a concepção do direito que o condiciona e orienta.”²⁸¹

Os conhecimentos da Dogmática visam a reverter em benefício do desenvolvimento do direito, devendo proporcionar uma melhor compreensão do direito vigente, dos problemas jurídicos em geral e das suas possibilidades de solução. Não se trata somente de conhecimentos que sejam ajustados ao quadro do direito positivo, mas também um conhecimento essencialmente *jurídico*.

Desse modo, o fim último dessa nova Dogmática Jurídica é permitir a fundamentação de decisões judiciais voltadas aos critérios de *função social* inseridos na norma, comportando o equilíbrio das tensões sociais com a busca pelo justo e pelo equitativo, sempre com referência aos programas normativos.²⁸²

Observa-se que na Grécia Antiga não existiram as idéias de “cláusula geral”, “conceito indeterminado” ou “conceito determinado pela função” (qualquer

²⁸¹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 94.

²⁸² Para Aristóteles, o equitativo, embora seja justo, não é o justo segundo a lei, mas uma correção da justiça legal. “A natureza do equitativo é uma correção da lei quando esta é deficiente em razão da sua universalidade” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Apud GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116). Luhmann faz uma observação a respeito, defendendo o caráter preponderante da norma: “La tradición de la antigüedad ofrecía además la posibilidad de introducir una especie de derecho amortiguador, tras el derecho propiamente dicho, con denominaciones como *aequitas*, equidad. En todo caso existía un enfrentamiento con el problema de la deficiencia lógica del orden jurídico y, por lo menos en casos aislados, con la experiencia de que el derecho era evidentemente la causa de su propia injusticia. Con una diferenciación del derecho más intensa y una sistematización más vigorosa de su autonomía, este abanico de ofertas de soluciones parece haber perdido su plausibilidad.” (LUHMANN, Niklas. “El enfoque sociológico de la teoría e práctica del derecho.” In: *Corrientes y problemas en filosofía del derecho: Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, Granada, 1985, p. 99).

que seja essa função), e permite-se aqui considerar que não há “falha” ou “lacuna” do legislador em tais casos e verter a concepção aristotélica para o presente, em que há a intencional permissão do legislador para uma “correção” da norma frente à situação concreta, multimoda e variável – permissão essa que decorre exatamente da exposição feita sobre a Dogmática em Luhmann: a irritação sistêmica advinda do ambiente provoca a internalização de tais questões no subsistema do direito, que de alguma forma necessita interpretar essa irritação e responder, diante de sua distinção única entre direito/não-direito, de uma maneira pela qual o direito possa realizar suas próprias operações internas (nesta exposição, as cláusulas gerais de *função social*).

Esse instrumento legislativo é realmente valioso. No entanto, Canaris preocupa-se com a pesada tarefa imposta ao juiz, ao explicar que, conquanto as cláusulas gerais sejam uma parte essencial da abertura do sistema jurídico, deve-se moderar sua utilização e dirigi-la para os elementos realmente cruciais, porque “seria exigir demasiado do juiz se ele se deparasse, *sem exceção*, com um sistema móvel ficando por isso, em cada caso, perante as dificuldades de ponderação entre o relativamente freqüente número elevado de elementos.”²⁸³

De qualquer modo, o instrumental dogmático, essencialmente hermenêutico, é o que em última instância possibilitará a intermediação desses valores na atividade judicial, na visão do Ministro Eros Grau:

A hermenêutica, na medida em que se torna teoria jurídica, absorve e sustenta a pretensão de legitimidade levantada pela tomada de decisão judicial. A indeterminação de um processo circular de compreensão, o círculo hermenêutico, pode ser gradualmente reduzida mediante referência a princípios. Esses princípios, no entanto, só podem ser legitimados a partir da efetiva história dessas formas de vida e de direito nas quais os juízes contingencialmente se encontram.²⁸⁴

²⁸³ CANARIS, Claus - Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 143-144.

²⁸⁴ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 108.

É certo que a decisão judicial implica necessariamente elementos volitivos e emotivos, uma vez que o juiz deve decidir sempre em uma determinada situação histórica.²⁸⁵ O saber dogmático constrói-se, portanto, naquele determinado momento, levando em consideração a *posição histórica* do sujeito cognoscente e a carga cultural a ele trazida:

No desempenho de sua missão, ao interpretar e aplicar as normas jurídicas aos casos que lhe são submetidos, não pode o juiz decidir segundo critérios de justiça pessoais imotivadamente distanciados do direito positivo e dos princípios gerais do direito orientadores do ordenamento jurídico. Ao contrário, é com esses dados em mente que deverá considerar as exigências do caso concreto, tendo em vista as concepções sociais prevalentes entre seus concidadãos.²⁸⁶

O conteúdo da norma é determinado em face do caso ao qual ela deve ser aplicada, partindo-se da referência à lei em si (a interpretação jurídica, assim como a Dogmática, tem seu ponto de partida na norma; daí é possível encontrar o ponto de intersecção no círculo hermenêutico). No caso das cláusulas gerais formuladas com o conceito de função social, há um grande espaço para preenchimento deste conteúdo²⁸⁷,

²⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 237.

²⁸⁶ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 70.

²⁸⁷ No ensinamento de Humberto Theodoro Jr., “para vencer o longo espaço que se mete entre a generalidade da lei e a concretude da aplicação em juízo, cabe ao magistrado estabelecer um confronto entre aquilo que o legislador programou e aquilo que realmente aconteceu na experiência concreta da vida. Se a vida humana se submetesse a uma cristalização, de modo que os atos sociais fossem sempre iguais, sempre os mesmos, a missão do juiz seria muito mais simples, pois padronizar-se-ia como a do matemático e a do físico, que sempre aplicam a mesma regra e chegam sempre ao mesmo e exato resultado. Mas os agentes que, posteriormente ao estabelecimento da norma legal, irão praticar os atos antevistos pelo legislador são homens e, como tais, sujeitos a novos e imprevisíveis fatores, quer psicológicos, quer do meio sócio-cultural em que atuam. Esses homens, simplesmente, não serão aqueles que o legislador conheceu ou supôs conhecer quando traçou a regra legal para o futuro”. Continua o autor, ao afirmar que “cada ser humano, no dizer de Recaséns Siches, insere-se em novas objetivações da vida, que lhes interfere profundamente na consciência e na conduta que põe em prática. Assim, os homens revivem a experiência vivida pelo legislador já, então, sob nova ótica dos objetos culturais. O lastro valorativo, embora perene, sofre o impacto da realidade de um novo homem dentro de um novo contexto social. Daí porque o juiz não pode restringir seu conhecimento ao plano da regra legal, ignorando as mudanças do contexto social renovado. Assim como a sociedade se altera e seus valores são reavaliados, igualmente as regras jurídicas terão de ser revistas e reavaliadas em seu sentido prático e valorativo. Terão, em uma palavra, de ser revividas, por obra e engenho do juiz.” (In *O Juiz e a Revelação do Direito in concreto*, Juris Síntese nº 31,

e a percepção histórica do intérprete influenciará sobremaneira na tomada da decisão justa, eqüitativa e valorativa²⁸⁸, não se olvidando que o juiz decide sempre a partir de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo, pois:

Querendo-se que a aplicação do direito e o processo hermenêutico, que a precede, se realizem convenientemente, não pode a Ciência do Direito, que os condiciona, ser vista de modo restritivo segundo o cânone positivista. Precisa, ao contrário, ser interligada às práticas e necessidades sociais. A reflexão jurídica, assim abrangente, permite a análise e o cotejo dos aspectos antigos e modernos da Hermenêutica Jurídica, em perspectiva ampla, de modo a poder-se perceber sua conexão com as forças e interesses historicamente configurados.²⁸⁹

A busca de um ideal de justiça não deve permanecer em ideais de mera abstração. As expectativas normativas podem operar de modo contrafático, sendo o sistema passível de absorver suas frustrações; contudo, a negação de uma justiça concreta frente às expectativas sociais impede que, por meio da atividade judicial, o direito possa evoluir e superar contradições pela via criativa da jurisprudência. Necessário, portanto:

Para que possa cumprir essa missão, que deve ser a sua, o direito e a formação jurídica, que condiciona a concepção que do direito se tenha, necessitam liberar-se dos antolhos positivistas, que levam à paralisia da consciência crítica do jurista, cortando-lhe a iniciativa, reduzindo-o a testemunha sem ação diante dos acontecimentos.²⁹⁰

set/out de 2001).

²⁸⁸ “[...] O órgão aplicador do Direito tem de ‘averiguar’ quais são as concepções éticas efetivamente vigentes. A sua própria valoração do caso é tão-só um elo na série de muitas valorações igualmente legítimas com as quais ele a tem de confrontar e segundo as quais ele, sendo caso disso, a deverá corrigir. A valoração própria (pessoal) é, portanto, apenas uma parte integrante do *material* do conhecimento, e não o *último* critério de conhecimento.” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 239).

²⁸⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 70.

²⁹⁰ Idem. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 73.

A construção hermenêutica durante o processo decisório judicial, hábil a afastar antigos dogmas positivistas, permite a junção de juízos valorativos sobre a situação de fato e de direito apresentadas ao Judiciário para uma solução. E essa Hermenêutica há que posicionar-se numa visão auto-observadora do direito e do sistema social no qual ele se encontra, integrando-se com as expectativas dos outros subsistemas que já foram objeto de observação pelo subsistema jurídico.

A capacidade integradora de uma decisão judicial, fundada em bases de legitimidade (norma) e racionalidade hermenêutica (assunção de valores) poderá ser a tábua de salvação da problemática relativa à *práxis* judicial das cláusulas gerais. Tudo isso para evitar o que José Carlos Moreira da Silva Filho chama de *entulho de padrão mental do jurista*:

A cultura jurídica brasileira considera que muito mais importante do que desenvolver esta espécie de habilidade é *entulhar* o *padrão* mental dos seus operadores e estudiosos com conceitos abstratos e construções sistemáticas quase perfeitas em si mesmas, que reclamam para si um padrão hermenêutico traduzido na modelagem de fatos para que eles caibam na moldura normativo-conceitual.²⁹¹

Em sua obra, o autor rememora a metáfora de Wieacker para bem ilustrar como um pensamento jurídico assim limitado dificulta a adoção efetiva da técnica das cláusulas gerais, que segundo ele apenas recentemente os juristas nacionais se deram conta. A metáfora é a da personagem do Barão de Munchhausen, que se tirou de uma poça de lama puxando-se pelos próprios cabelos, ou seja, “não se pode pressupor a existência *a priori* daquilo que será construído a partir do caso concreto”, a *applicatio* é uma união indissolúvel entre interpretação e aplicação. Por fim, é do mesmo autor uma interessante sistematização da aplicação das cláusulas gerais²⁹², que também

²⁹¹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: O Exemplo Privilegiado da Boa-Fé Objetiva no Direito Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 252.

²⁹² Ibidem, p. 254-255. O autor trata da *função social do contrato*, especificamente, mas consideramos sua sistematização aplicável às cláusulas gerais em diversos contextos, com as devidas adaptações.

assegure a famigerada “segurança jurídica”, e que permite-se aqui reproduzir fielmente:

- a) Analisar o âmbito da norma, isto é, de que modo este tipo de relação contratual [...] se desenvolve no contexto da região e do país, quais as suas conseqüências, que finalidades busca atingir e quais são os efeitos dela demandados pelos destinatários, qual o influxo que recebe das dimensões da vida social que lhe estão conexas;
- b) Conhecer o que os principais trabalhos doutrinários encerram sobre o tema;
- c) Pesquisar a jurisprudência pátria e as próprias decisões tomadas anteriormente;
- d) Atentar para as circunstâncias peculiares do caso *sob judice* e confrontar com todo este material produzido, procurando cimentar em todos estes passos um fluxo coerente, de modo a permitir uma maior clareza e a construção de uma objetividade, sempre a partir do caso analisado, que se apóia profundamente na própria revelação do fenômeno jurídico.

Não se posicionará aqui em prol de sistematizações a respeito da *práxis* judicial das cláusulas gerais, mas há de se reconhecer que a dantes elaborada poderia facilitar ou *iluminar um caminho* para a abertura de mentes, nas palavras do autor, *entulhadas* pelas construções sistemáticas que em toda vida aprenderam a aplicar.

Mas é sempre bom lembrar que o aplicador da lei, em sua condição humana, sempre inserirá, na sua interpretação, a sua visão de mundo, como lembra Karl Engisch:

De diversas formas e em diferente medida, o órgão aplicador do Direito, através do Direito eqüitativo, através do “*jus aequum*”, que se prende com os conceitos indeterminados e com os conceitos normativos, com as cláusulas de discricionariedade e as cláusulas gerais, é chamado a descobrir o Direito do caso concreto, não simplesmente através da interpretação e da subsunção, mas também através de “*valorações e decisões de vontade*”. Neste ponto, vimo-lo, ora mais subordinados a critérios objetivos (lei moral, valorações da camada dirigente), ora mais entregue à bússola de sua concepção individual. Mas justamente neste último caso ainda não campeiam a desvinculação e o arbítrio, antes se nos deparam aí, a mais dos limites legais e supralegais da decisão pessoal, regras teleológicas e axiológicas, que na verdade não podem determinar exatamente a decisão material, mas em todo

caso lhe dão um quadro lógico de suporte. Subsiste sempre, no entanto, a coloração pessoal das valorações materiais e da decisão de vontade.²⁹³

Fato é, no mais, que a práxis da função social nos tribunais ocorrerá de acordo com a evolução do sistema jurídico, em sua reelaboração autopoietica, orientada por critérios jurídicos, extraordinariamente auxiliada pela Dogmática Jurídica e *todos* que para ela contribuam; e não apenas pelo juiz, que é personagem (fundamental) deste complexo contexto.

²⁹³ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pp. 248-249.

6. CONCLUSÃO

O caminho traçado neste trabalho foi de fato desafiador, pois a tarefa incluía compor teorias aparentemente díspares e atingir uma conclusão palatável. Discorrer de uma única vez sobre a Dogmática Jurídica, a Filosofia Hermenêutica e a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann parecia um caminho ingrato e não recompensador. No entanto, nada poderia ter sido mais satisfatório.

As teorias de Luhmann são de tamanha complexidade que a elaboração de raciocínios científicos por sobre elas parece poder tomar qualquer caminho, até mesmo casá-las com a visão da Hermenêutica Filosófica sobre o *conhecimento humano* formado e reformulado através do *circulo hermenêutico*.

Luhmann propugnou o distanciamento crítico e a auto-observação tendentes a questionar e reformular o pensamento dogmático – e nessa abertura enxergou-se a possibilidade de inserir a *pré-compreensão*, que possibilita tal questionamento e a re/ratificação do entendimento prévio, tudo sem perder de vista a legitimidade dos programas normativos, bem como o devido respeito que há de ser dado ao direito positivo vigente no momento histórico.

Respeito que não significa, no entanto, imobilismo, passividade. As exigências sociais solicitam do sistema e o sistema há de ser hábil a responder, fazendo com que a Dogmática Jurídica tenha uma dimensão muito maior do que grande parte dos juristas (notória exceção a Luhmann) a ela atribuem, como bem coloca Plauto Faraco de Azevedo:

Nesse trabalho impõe-se, decerto, o respeito às normas jurídicas positivas e o aperfeiçoamento de todo o instrumental necessário à sua investigação e reconstrução, tendo a vista a sua aplicação e realização sociais. Mas não deve a Dogmática Jurídica ser vista, sequer preferentemente, em seu aspecto

negativo de obstáculo ou limite que o jurista não pode ultrapassar no seu trabalho de aplicação do direito positivo.²⁹⁴

A Ciência do Direito não é neutra. Se assim o fosse jamais poderia ter a pretensão de estabilizar expectativas normativas. O purismo normativo propalado pelo positivismo jurídico esvaziou de sentido o direito, o que é lastimável, pois há dois mil anos o direito antigo possuía muito maior conexão com as exigências sociais do que aquele para o qual elaborou-se uma *teoria pura*. Analisar a estrutura pela estrutura, as categorias pelas categorias, a norma pela norma? O que isso tem a ver com a missão que o direito deve cumprir no sistema social?

Embora Luhmann, com sua teoria funcionalista sistêmica, também caminhe para a exposição de um direito auto-suficiente, é reconhecível na formulação de sua teoria que o que se pretende é a composição de um sistema social harmônico. O último paradoxo que se vê nas teses de Luhmann é o de que os subsistemas que compõem o grande sistema social são separados, para que *funcionem*, mas constituem uma coisa só: a sociedade. Além disso, também são constituídos por um elemento único: a consciência formada por todos os indivíduos que fundam o sistema social. Há separação onde na verdade não existe uma – o todo deve funcionar de maneira coerente ou tudo deixará de existir, inclusive os subsistemas que são apenas (e apenas!) partes desse todo.

A proposta de uma reformulação da Dogmática Jurídica encontra sua raiz numa característica do direito, mais recentemente evidenciada, que é sua *função social*. Não a *norma* de função social analisada neste trabalho, mas a própria justificativa do direito que é, acima de tudo, a razão de sua existência. A Dogmática Jurídica, no interior dessa ressignificação, reunirá diversas funções: *estabilizante; de progresso do direito; de fundamentação às decisões judiciais; de uniformização; de*

²⁹⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 31.

*assunção de valores pelo trabalho hermenêutico e, inevitavelmente, uma função técnica.*²⁹⁵

Por tudo, como no início, o arremate não poderia ficar em melhores palavras que as de Bertrand Russel:

[...] quando a ciência retira da vida os momentos que lhe dão valor, ela não merece admiração. Apesar de clara e bem elaborada, a ciência pode levar o homem pelo caminho do desespero. A esfera dos valores situa-se fora da ciência exceto na medida em que a ciência significa busca de conhecimento.²⁹⁶

O problema aqui observado, a partir das teorias positivistas que apregoam a pureza técnica do direito, é que a *ciência pela ciência* (e aí inclui-se a Dogmática) vai perder-se num funcionalismo estrutural que em nada contribuirá para a evolução do direito. A insurreição não é contra o direito positivo – não é à toa que foi visto como forma eficaz de estabilizar expectativas sociais –; a questão é saber como integrar o direito positivo em um método de aplicação que o projete dentro de sua realidade histórica. E é aí que o próprio direito positivo – em decorrência do que, em última análise, só pode ser uma *autopoiése* do subsistema jurídico – vem, por meio das cláusulas gerais de função social, a permitir que esse trabalho seja destinado a frutos apoiados em fundamentos com *consistência jurídica*, fator que é essencial para projetar legitimidade às decisões judiciais.

²⁹⁵ Cf. o elenco trazido por Robert Alexy, que inclui uma função *heurística* (*Teoria da argumentação jurídica*. Trad. de Zilda Schild Silva. São Paulo: Landy, 2008, p. 257-262).

²⁹⁶ RUSSEL, Bertrand. *A perspectiva científica*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977, p. 205.

7. BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. “O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais.” *Revista de Direito Renovar*, 2000: 11-19.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução: Zilda Schild Silva. São Paulo: Landy, 2008.

—. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução: Ernesto Gastón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ATIENZA, Manuel. “El futuro de la dogmática jurídica.” *El Basilisco* 10 (Maio/Outubro 1980): 63-69.

AYMORE, Débora. “Direito e paradigmas científicos: uma discussão epistemológica do direito a partir da perspectiva de Thomas Kuhn.”

<http://conpedi.org/manaus///arquivos/Anais/Debora%20Aymore_A%20Crise%20do%20Positivismo%20Juridico.pdf> (acesso em 17 de abril de 2007).

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

—. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

—. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica*. São Paulo: Letras & Letras, 1995.

BITTAR, Eduardo C. B. “Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica.” In: *Hermenêutica Plural*, por Carlos E. de Abreu BOUCALT e José Rodrigo RODRIGUEZ, 181-202. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

—. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1999.

BRAGA, Jorge Luiz. “O sistema adotado pelo novo Código Civil para tornar concretos os seus regramentos e o aumento da liberdade do juiz na sua aplicação.”

Escritório Online. 19 de Outubro de 2003.

<http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=4291> (acesso em 4 de Julho de 2007).

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CANARIS, Claus - Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 2000.

CATÃO, Adrualdo de Lima. “A visão hermenêutica da interpretação jurídica para a superação do paradigma da neutralidade do intérprete.”

<<http://conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Adrualdo%20de%20Lima%20Catao.pdf>> (acesso em 12 de junho de 2007).

COELHO, Fábio Ulhôa. *Direito e Poder*. São Paulo: Saraiva, 2002.

—. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico - princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica: crise do Direito e práxis política*. Rio de Janeiro: Forense.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Constituinte – Assembléia, processo, poder*. São Paulo: RT, 1986.

—. *Função Social da Dogmática Jurídica*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1980.

—. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.

—. “O Oficial e o Inoficial - Ensaio sobre a Diversidade de Universos Jurídicos Temporal e especialmente Concomitantes.”

<<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/35>> (acesso em 10 de março de 2008).

FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. *Da Interpretação à Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

FIGUEIREDO, Marco Túlio Caldeira. *Hermenêutica Contratual no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

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

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação / Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2003.

—. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Vol. II. Petrópolis: Vozes, 2004.

—. *Ser e Tempo*. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 2002.

HERVIAS, Rómulo Morales. “Dogmática jurídica y sistema jurídico: aproximaciones a la sociología y antropología jurídicas.” Lima: *Ius et Veritas* 23, 2001: 309-337.

JORGE Jr., Alberto Gosson. *Cláusulas Gerais no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1ª edição, 1985.

—. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª edição. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LEITE, Glauco Salomão. “A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.” In: *Cadernos de Soluções Constitucionais*, 145-182. São Paulo: Malheiros, 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Ecological Communication*. Tradução de John Bednarz Jr. Cambridge: Chicago University Press

—. *El derecho de la sociedad*. Tradução: Javier Torres Nafarrete. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

—. “El enfoque sociológico de la teoría e práctica del derecho.” In: *Corrientes y problemas en filosofía del derecho: Anales de la Catedra Francisco Suarez*, 87-103. Granada, 1985.

- . “La observación sociológica del derecho.” *Crítica Jurídica* 12, 1993: 87.
- . *Legitimação pelo procedimento*. Tradução: Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.
- . “Le norme nella prospettiva sociologica.” s/d: 51-83.
- . *Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica*. Tradução: Alberto Febbrajo. Bologna: Il Mulino, 1978.
- . *Sociologia do direito*. Tradução: Gustavo Bayer. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- LUZZATI, Claudio. *La vaghezza delle norme - un'analisi del linguaggio giuridico*. Milão: Giuffrè, 1990.
- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *A unidade do sistema jurídico em Niklas Luhmann: a assunção do modelo autopoietico*. Belo Horizonte: Revista da Faculdade Mineira de Direito, 1998.
- . “Sobre a Interpretação Jurídica.” *Revista de Direito Comparado*, 1999: 429-450.
- . “Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica.” In: *Hermenêutica Plural*, por Carlos E. de Abreu BOUCALT e José Rodrigo RODRIGUEZ, 127-158. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MALDONADO, Alejandro Sahuí. Dogmática Jurídica y Sistema Social: breve aproximación a través de la obra de Niklas Luhmann. In: CONGRESO NACIONAL DE DERECHO Y DOCENCIA, 3., 2001, Xalapa, Veracruz: Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Campeche.
- MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia Existencial do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. "O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro." *Jus Navigandi*. maio de 2000. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>> (acesso em 3 de março de 2007).

MATA-MACHADO, Edgar de Godói da. *Contribuição ao personalismo jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1953.

MENGONI, Luigi. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Milão: Giuffrè, 1996.

MONCADA, Luís Cabral de. *Direito-positivo e Ciência do Direito: textos escolhidos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. São Paulo: RT, 2007.

MURICY, Marília. "Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico." In: *Hermenêutica Plural*, por Carlos E. de Abreu BOUCALT e José Rodrigo RODRIGUEZ, 103-126. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NASCIMENTO, Valéria Ribas. "A Teoria dos Sistemas e a Hermenêutica: ponderações introdutórias a respeito do papel do direito enquanto práxis social efetiva." *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM* 1 (Julho 2006): 51-64.

NEDDERMEYER, Emílio Peluso. "O caráter normativo dos princípios jurídicos." *Jus Navigandi*. Março de 2006. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8126>> (acesso em 26 de outubro de 2006).

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*, São Paulo: RT, 2002

NEVES, Clarissa Eckert Baeta, e Fabrício Monteiro NEVES. "O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais." *Sociologias*, Janeiro/Junho 2006: 182-207.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. “O contrato em Kelsen e Luhmann.” *Revista de Direito Privado*, n. 11: 121-137.

PEDRON, Flavio Quinaud. “A Função dos Tribunais Constitucionais para a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.” *CEJ*, Abril/Junho 2005: 101-110.

PEIXOTO, Paulo Matos. *Vocabulário Jurídico Paumape*. São Paulo: Paumape, 1993.

PEREIRA, Ademar. “Contribuição da Dogmática Jurídica para a Ciência do Direito e Suas Relações.” *Revista Direito Mackenzie*, 2000, Número 2 ed.: 181-191.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, v. I.

REALE, Miguel. “A boa-fé no Código Civil.” <<http://www.miguelreale.com.br>> (acesso em 9 de agosto de 2007).

RUSSEL, Bertrand. *A perspectiva científica*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: O Exemplo Privilegiado da Boa-Fé Objetiva no Direito Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Kelly Susane Alflen da Silva. *Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. “A Sublimação Jurídica da Função Social da Propriedade.” *Lua Nova*, n. 66 (2006): 109-137.

SOARES, Guilherme. “Elementos para a caracterização tridimensional da dogmática jurídica: o modelo Dreier-Alexy.” <<http://www.buscalegis.ufsc.br/busca.php?acao=abrir&id=24510>> (acesso em 12 de Maio de 2008).

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise - Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

—. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TEUBNER, Gunther. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, 2005.

THEODORO JR., Humberto. “O Juiz e a Revelação do Direito in concreto.” *Juris Síntese*, n. 31 (set/out 2001).

TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

VÁSQUEZ, Iván Guevara. “El caracter epistemológico de la dogmática jurídica.” <<http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/040417180235.html>> (acesso em 15 de Novembro de 2006).

VENOSA, Sílvio de Salvo. “A boa-fé contratual no Novo Código Civil.” <<http://www.societario.com.br/demarest/svboafe.html>> (acesso em 12 de Junho de 2008).

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.