

DIREITO E RACIONALIDADE
NA MODERNA
TEORIA DO DIREITO

Werner Krawietz
Prof. da Universidade de Münster

Tradução de
Sérgio Cademartori e
José Luis Bolzan de Moraes

I - A Racionalidade dos Sistemas como Tema e Problema Jurídico-Teórico

Tanto o desenvolvimento do direito como o do pensamento jurídico são entendidos, geralmente, - em conexão com a sociologia do direito de Max Weber - como processos de uma lenta mas também progressiva racionalização. Comparado com o direito arcaico e o direito pré-moderno, o direito contemporâneo parece estar caracterizado pelo extraordinariamente alto grau de racionalidade, a qual - simbolizada pelas disposições fixadas na linguagem jurídica e documentada em textos legais - se expressa nas instituições jurídicas da sociedade moderna¹.

No tocante à racionalidade jurídica do comportamento jurídico de decisão, poder-se-ia dizer que a pesquisa básica teórico-jurídica da última década tem se ocupado, talvez com excessiva preferência e auto-satisfação, dos problemas da segurança ou ajuste argumentativos puramente sob o ponto de vista da análise da linguagem das decisões jurídicas e de suas estruturas de racionalidade que se apresentam sob a forma da linguagem jurídica². Desta forma, a pesquisa básica teórico-jurídica não tem considerado suficientemente o condicionamento da sociedade e a dependência de todas as ações jurídicas de decisão, fundamentação e justificação com respeito aos sistemas. Aquelas surgem, hoje em dia, regularmente de um sistema jurídico organizado estatalmente; sem ele e sem a conexão sistêmica com a sociedade como um todo³, não podem ser compreendidas suficientemente nem apreendidas sistematicamente.

Não se tenta aqui empreender uma análise exaustiva da problemática da racionalidade no direito e na ciência jurídica⁴. As reflexões seguintes tampouco podem substituir o conhecimento da teoria dos sistemas, entendida esta como teoria sociológica dos sistemas sociais, mas devem pressupô-la⁵. A

¹ Texto fundamental sobre o tipo e alcance da “racionalidade do direito” e o processo de racionalização: Max Weber, *Rechtssoziologie*. Edição e Introdução de Johannes Wilckelmann, 2 ed., Neuwied-Berlin, 1967, pp. 123 e ss., 307 e ss., 331 e ss. Sobre esse tema há agora também: Anthoni T. Kroman, *Max Weber - Jurists: Profiles in Legal Theorie*, Londres, 1983, pp. 72 e ss., 182 e ss.

² Típico deste “estreitamento” analítico do pensamento jurídico: Robert Alexy, *Theorie der Juristischen Argumentation*, Frankfurt on Main, 1978. Este autor menciona marginalmente a *jurisprudência de interesses e valorações*, predominante na prática jurídica e na ciência jurídica prática da Alemanha Ocidental e que constitui uma variante absolutamente original frente ao realismo jurídico americano e escandinavo, sem discutir aprofundadamente sua teoria sobre a argumentação prático-jurídica.

³ Uma análise profunda sobre a cooperação entre teoria do direito e teoria dos sistemas em Werner Krawietz, “Marxismus Oder Systemtheorie?”, em *Archive für Rechts-und Sozialphilosophie*, Supplementa, Vol. 1, parte 3 (1983), pp. 117-131, 121 e ss; do mesmo autor: “Juristische Argumentation Und Argumentationstheorien Auf den Prüfstand”, em Krawietz/Alexy (comps.), *Metatheorie Juristischer Argumentation*, Berlin, 1983, pp. 3-8, 4 e ss. Cfr. também Werner Krawietz, *Recht Als Regelsystem*, Wiesbaden, 1984, pp. 110 e ss., 149 e ss., 153 e ss.

⁴ A este respeito, Werner Krawietz, “Rechtssystem Und Racionalität In Der Juristischen Dogmatik”, in *Rechtstheorie*, Suplemento 2, 1981, pp. 299-335.

⁵ Sobre os últimos desenvolvimentos da teoria sociológica dos sistemas com respeito ao sistema jurídico, Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, segunda ed. ampliada, Opladen, 1983, pp. VII, 354 e ss., 360 e ss.

questão acerca da racionalidade sistêmica, que se manifesta no direito e na ciência jurídica, provoca uma série de questões adicionais, referidas sobretudo à relação entre racionalidade e teoria dos sistemas. Estas perguntas concentram-se primordialmente no potencial de racionalidade da teoria dos sistemas, isto é, em uma elucidação das condições e possibilidades da racionalidade social no campo do direito e no da ciência jurídica, tal como se apresentam atualmente a partir da perspectiva da teoria dos sistemas. Que grau de racionalidade possui a teoria dos sistemas comparada com a atual racionalidade do direito, isto é, do pensamento jurídico, tal como cultivada na moderna teoria do direito?

Com o objetivo de obter um ponto de partida seguro para poder julgar as perguntas formuladas acima, tentarei inicialmente esclarecer três questões prévias. Em primeiro lugar (a) interessa-me a relação entre racionalidade e irracionalidade no direito, isto é, no pensamento jurídico; a seguir (b) a relação entre racionalidade social e jurídica; e por último (c) a contribuição da teoria dos sistemas para uma maior racionalização do direito e da ciência jurídica. Da resposta a estas três questões prévias surgem (d) algumas idéias sobre a colaboração entre a teoria do direito e a teoria dos sistemas.

II - A Relação entre Racionalidade e Irracionalidade no Direito

Um aspecto característico do desenvolvimento atual da teoria do direito consiste em que o ponto de partida de toda criação de direito - vale dizer: também de toda teorização jurídico-científica - é alicerçada comumente na suposição de uma racionalidade social e não de uma irracionalidade social, apesar da factibilidade desta última se levarmos em conta nosso conhecimento atual da contingência de todas as regulações jurídicas⁶. No que respeita à ação social com meios jurídicos, não somente a racionalidade do direito, mas também sua irracionalidade, pertencem às experiências no manejo social do direito; isto deve ser levado em conta na teorização de um realismo jurídico com sentido crítico, como o que eu sustento. Finalmente, todas as atribuições simbólicas de sentido no mundo do direito estão embasadas na insuficiência, isto é, na ausência de um sentido normativo do comportamento humano dado previamente e reconhecível. Ambas as coisas impõem uma construção com sentido, de um mundo social de sistemas secundários. Nesse mundo, todo o direito estabelecido socialmente, feito pelo homem e para o homem, age como estrutura normativa da experiência e da ação humanas.

A seguir partir-se-á de uma consideração realista do direito, que não limita suas reflexões simplesmente a uma interpretação normativa de textos fixados pela linguagem jurídica⁷, mas

⁶ Isto é sublinhado corretamente por Raffaelli De Giorgi, *Wahrheit und Legitimation im Recht*, Berlin, 1980, pp. 24 e ss., 195 e ss., 221 e ss., quem em seu último trabalho sobre a "Nova Fundamentação da Teoria do Direito" fala muito corretamente de "a racionalidade jurídica como repressão".

⁷ Acerca disto sobretudo: Paul Ricoeur, "Qu'est-ce qu'un texte?", em Rüdiger Bugner/Conrad Cramer/Reiner Wiehl (comps.) *Hermeneutik und Dialektik*, Tomo 2, Tübingen, 1970, pp. 181-200; do mesmo autor: "The Movel of the Text: Meaningful Action Considered As A Text" em *Social Research* 38, 1971, pp. 529-562. Günther Buck, "Von der Texthermeneutik zur Handlungshermeneutik", em Manfred Fuhrmann/Hans Robert Jaf/ Wolfhart Pannenberg (comps.), *Text und Applikation*, Munich, 1981, pp. 525-535, adota com razão uma posição crítica frente às pretensões da hermenêutica filosófica no sentido de interpretar os meros textos como ações e vice-versa.

que, em conexão com os textos do direito vigente e estabelecido socialmente, orienta-se desde logo às relações recíprocas que, conforme a experiência, existem entre as normas jurídicas e o comportamento social humano⁸. Isto significa - em nítida contraposição a uma jurisprudência puramente tópica⁹, retórica¹⁰, dialógica¹¹ ou dialética¹² as quais somente consideram a forma jurídico-linguística das prescrições jurídicas e das suas respectivas aplicações lingüísticas - que não basta, mediante uma dedicação total à dimensão pragmática da linguagem jurídica, entregar-se a um crescente interesse puramente prático pela fundamentação jurídica da linguagem jurídica e pela justificação normativa da decisão jurídica. Tampouco é suficiente - em conexão com as tendências meramente analíticas, filosóficas¹³ e teóricas da linguagem¹⁴ bem como com os representantes de uma hermenêutica analítica¹⁵ - esgotar-se exclusivamente no direito e na jurisprudência após uma grande virada da sintaxe e da semântica rumo ao pragmatismo lingüístico¹⁶ - sem ter apresentado uma reflexão suficiente de tipo jurí-

⁸ Sobre a fundamentação teórico-jurídica: Stig Jorgensen, *Pluralis Juris*, Arhus, 1982, pp. 48 e ss., quem utiliza a expressão “prescrição” (*prescription*), “to use an expression which applies both to the behaviour and the underlying mental process”. *A norma escrita é com efeito somente o ponto simbólico de partida da argumentação jurídica*.

⁹ Sobre isto ver a sóbria crítica de Gerhard Otte, *Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben*, em *Rechtstheorie I*, 1970, pp. 183-197; Thomas Michael Seibert, “Juristische Topik”, em *Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik* 10, 1980, pp. 169-177; Peter Degadt, *Littératures Contemporaines sur la “Topique Juridique”*, Paris, 1981.

¹⁰ Theodor Viehweg, “Schritte zu einer rhetorischen Rechtstheorie”, em R. Herren e outros (comps.), *Kultur, Kriminalität, Strafrecht*, Berlin, 1977, pp. 3-8; do mesmo autor, “Rhetorik, Sprachpragmatik, Rechtstheorie”, em Friedrich Kaulbach/Werner Krawietz (comps.) *Recht und Gesellschaft*, Berlin, 1978, pp. 717-720; Ottmar Ballweg/Thomas Michael Seibert (comps.), *Rhetorische Rechtstheorie*, Freiburg, 1982, pp. 237-245.

¹¹ Uma análise profunda sobre isto: Rüdiger Inhetveen, “Dialogische Logik in der Jurisprudenz”, em *Rechtstheorie*, Suplemento 1, 1989, pp. 231-238, 233 e ss.; Rolf Gröschner, *Dialog und Jurisprudenz. Die Philosophie des Dialogs als Philosophie der Rechtspraxis*, Tübingen, 1982, pp. 1 e ss., 84.

¹² Uma análise fascinantemente clara oferece Michel Villey, “De la dialectique comme art de dialogue et sur ces relations au droit”, em *Archives de Philosophie du Droit* 27, 198, pp. 263-272, 266 e ss., 270 e ss.

¹³ Neil MacCormick, “On Analytical Jurisprudence”, em *Archive für Rechts - Und Sozialphilosophie*, Suplemento Parte 1, 1982, pp. 29-41; Kazimierz Opalek, “Sprachphilosophie und Jurisprudenz”, em *Rechtstheorie* Suplemento 1, 1979, pp. 153-161.

¹⁴ Aqui sobretudo: Waldemar Schreckenberger, *Rhetorische Semiotik*, Freiburg-Munich, 1978, pp. 45 e ss., quem propicia a primazia da pragmática.

¹⁵ Fundamental sobre a hermenêutica analítica na jurisprudência, Christiane Weinberger/Ota Weinberger, *Logik, Semantik, Hermeneutik*, Munich, 1979, pp. 163 e ss., 167; cfr. também Aulis Aarnio, “Outline of Hermeneutic Approach in Legal Theorie”, em *Philosophical Perspective in Jurisprudence*, Helsinki, 1983, pp. 47-75, 62 e ss., 66 e ss. É importante assinalar aqui as diferenças de concepção que podem ser observadas no recurso ó filosofia da linguagem do primeiro e do último Wittgenstein.

¹⁶ Hans Julius Schneider, *Pragmatik als Basis von Semantik und Syntax*, Frankfurt, 1975, pp. 112 e ss. *ed passim*.

dico e teórico-social de se agir - em simples análises das aplicações lingüísticas jurídicas, tal como aparecem na vida prática do direito ou, pelo menos, tal como são concebíveis: uma nova orientação do pensamento jurídico tampouco pode ser estabelecida sobre a base de uma teoria hermenêutico-compreensiva ou sociologia do direito¹⁷, a qual - transcendendo em certa medida o habitual manejo profissional dos textos jurídicos - procura de certa maneira introduzir indiretamente no pensamento jurídico informações sobre o contexto político, econômico ou social do direito¹⁸.

Contra todas estas tendências do pensamento jurídico atual, discutidas energeticamente pelo menos no âmbito de fala alemã, e investigadas segundo suas muito diversas suposições e implicações¹⁹, foram levantadas objeções por parte dos representantes de uma jurisprudência crítico-gnoseológica, no sentido de que somente uma postura conseqüente de caráter crítico-gnoseológico pode servir de ajuda neste caso. Segundo esta posição deve-se partir de uma semântica diferenciada em seus aspectos teórico-gnoseológicos que sirva de base para todas as análises posteriores²⁰. Parece-me que este interesse é plenamente justificado; no entanto, tenho a impressão - falando metaforicamente - que a jurisprudência crítico-gnoseológica tenta enfrear o cavalo pelas ancas e não pela cabeça. Acredito que o ponto de partida necessário de uma teorização do pensamento jurídico não está numa semântica diferenciada gnosiologicamente, mas numa pragmática jurídico-sociologicamente diferenciada do fato jurídico comunicativo e do comportamento social guiado normativamente. No enfoque de um realismo jurídico com sentido crítico, como o que sustento, não se trata hoje em, primeiro lugar de uma fundamentação crítico-gnoseológica do direito e da ciência jurídica, mas de uma fundamentação com sentido crítico e sócio-crítica.

Portanto, somente é possível encontrar uma saída para a crise atual do pensamento jurídico contemporâneo²¹ numa maior cooperação entre a teoria do direito e a teoria da sociedade. A

¹⁷ A este respeito, a crítica de Werner Krawietz, *Das Positive Recht und seine Funktion*, Berlin, 1967, pp. 112 e ss.

¹⁸ Sobre a relação entre interpretação compreensiva e construção racional da teoria, cfr. também: Werner Krawietz, *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis*, Viena-Nova Iorque, 1978, pp. 147 e ss., 222 e ss., quem intenta uma "teorização do pensamento jurídico" "em seu nível específico que, levando em conta as regras jurídicas, se baseia nas relações com os respectivos contextos políticos, econômicos, culturais e sociais. As dificuldades da determinação texto-contexto e o conceito de contexto são tratados por Karlheinz Stierle "Zur Begriffsgeschichte von 'Kontext'", em *Archiv für Begriffsgeschichte* 19, 1974, pp. 144-149; Uwe Japp, "Über Kontext und Kritik", em Fuhrmann/Jauss/ Pannenberb (eds.), *Text und Applikation*, Munich, 1981, pp. 547-549.

¹⁹ Um resumo geral é oferecido por Werner Krawietz, "Juristische Argumentation in Rechtstheoretischer, rechtsphilosophischer und rechtssociologischer Perspektive", em Norbert Achterberg/Werner Krawietz/Dieter Wyduckel (comps.), *Recht und Staat in sozialen Wandel*, Berlin, 1983, pp. 347-390.

²⁰ Pragmaticamente: Ota Weinberger, "Die Logischen Grundlagen der erkenntniskritischen Jurisprudenz", em *Rechtstheorie* 9, 1978, pp. 125-142, 132 e ss., 141 e ss.

²¹ Um diagnóstico agudo é feito por Nicolás María López Calera, "La Crisis de las Facultades de Derecho: una cuestión ideológica", em *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 20-21, 1980/1981, pp. 1-42, 5 e ss.

questão central para as minhas considerações seguintes é por isso a seguinte: em que medida pode uma teoria sociológica do direito, que entende a sociologia como uma teoria dos sistemas sociais, contribuir para a construção jurídico-realista de uma teoria estrutural do direito? O grau de racionalidade que aqui se pode alcançar é atualmente um ponto sumamente discutido.

Enquanto Max Weber entendia o desenvolvimento do direito e da ciência jurídica no círculo cultural ocidental, essencialmente como um processo de progressiva racionalidade social²², este desenvolvimento aparece atualmente mais como um jogo combinado de elementos racionais e irracionais - inclusive a-rationais (p. ex. de tipo emocional ou afetivo)²³ - os quais gozam de uma crescente consideração na teoria do direito e da sociedade. Esta mudança deve-se, sobretudo, a pesquisas da teoria da informação, da linguagem e da lógica das normas, mas também as tendências mais recentes nas teorias do comportamento social²⁴, as quais - na pesquisa jurídica básica - já levaram a uma visão mais realista do problema. É evidência, certos aspectos que parecem ser - até o dia de hoje - irracionais, quando observados desde a perspectiva da teoria do direito e da teoria dos sistemas, resultam ser perfeitamente sistêmico-racionais.

Ultimamente com relação ao direito e à ciência do direito fala-se numa “prioridade do irracional sobre o racional”²⁵. A ordem jurídica em sua totalidade aparece em grande parte, ou até exclusivamente, como um “produto ou expressão de fatores irracionais”. Segundo esta concepção, a decisão judicial não é guiada primordialmente por critérios racionais, mas é determinada em grande medida por “fatores irracionais”. Também na dependência da decisão com respeito às “próprias valorações do juiz”, vê-se um “déficit” de racionalidade que somente pode ser superado limitadamente por “controles racionais”. Portanto, considera-se, também, que a fundamentação da decisão judicial é somente “uma pseudo racionalização de um resultado previamente obtido de forma irracional”. No entanto, nos diversos tipos deste denominado “irracionalismo jurídico”²⁶ trata-se, em sua totalidade de fenômenos jurídicos que a jurisprudência já conhece desde o final do século XIX e que já na teoria da racionalização social de Weber fo-

²² Cfr. Wolfgang Schluchter, *Die Entwicklung des Okzidentalens Rationalismus. Eine Analyse von Max Weber's Gesellschaftsgeschichte*, Tübingen, 1979, pp. 19 e ss., 129 e ss., 163 e ss.; cfr. também Anthony T. Kronman, *Max Weber. Jurists: Profiles in Legal Theorie*, pp. 166 e ss., 182 e ss., quem com razão queixa-se da ambivalência de Weber na crítica da racionalidade e modernidade.

²³ Assim expressamente: Ota Weinberger, “Rationales Und Irrationales Handeln”, em Kaulbach/Krawietz (comps.), *Recht Und Gesellschaft*, Berlin, 1978, pp. 721-744, 722 e ss., 725 e ss.

²⁴ Sobre isto também agora: Ota Weinberger, *Studien zur formalfinalistischen Handlungstheorie*, Frankfurt on Main-a.M. Bern, 1983, pp. 5 e ss., 137 e ss., quem intenta uma “ontologia das normas a partir da perspectiva teórica da ação”.

²⁵ Ralf Dreier, “Irrationalismus in der Rechtswissenschaft”, in Jyrki Uusitalo (comp.), *Philosophical Foundations of the Legal and Social Sciences. The Eleventh World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy. Abstracts of Congress Papers*, Helsinque, 1983, pp. 78-79; do mesmo autor, *loc. cit.*, *Supplementary Booklet*, pp. 45.

²⁶ Dreier, *op. cit.*, pp. 5, 78 e ss.

ram objeto de uma interpretação, obviamente pouco satisfatória²⁷.

Deixo aberta aqui a questão sobre se o “irracionalismo jurídico” não está baseado simplesmente, como suspeito, numa concepção talvez por demais estreita, equivocada, de racionalidade jurídica, superada já no final do século passado pelo realismo jurídico alemão nos passos de Jeramy Bentham e Rudolph von Ihering²⁸. Os desafios, colocados atualmente para a teoria dos sistemas pelos diversos tipos de um racionalismo jurídico, assim como também de um irracionalismo jurídico, não estão estruturados de tal forma que obriguem hoje em dia a tomar posição perante esta aparente alternativa. Trata-se, isto sim, de estabelecer se uma vinculação entre a teoria do direito e a teoria dos sistemas, qualquer que seja a sua estrutura pode levar a novas propostas teóricas com respeito à interpretação dos fenômenos jurídicos acima expostos. E, além disso, se estas propostas podem obrigar - numa comparação e avaliação de teorias ainda pendentes - à renúncia ou modificação das concepções de um racionalismo ou de um irracionalismo jurídicos²⁹.

III - A Relação entre Racionalidade Social e Racionalidade Jurídica

É sabido que o que se pode fazer no âmbito social não é totalmente independente dos conhecimentos teóricos das ciências sociais da ação. Isto vale também para o âmbito do comportamento jurídico. Aqui trata-se de influir no desenvolvimento social com os meios do direito e, dentro do possível, de guiá-lo “pro futuro”. No entanto, a relação entre racionalidade social e racionalidade jurídica é muito controvertida desde há muito.

As vezes, quando se considera a bibliografia sobre o tema, tem-se a impressão de que é relativamente pouco importante o fato de que se trate (1) de uma mera racionalidade da vida prática ou (2) de uma racionalidade científica, qualquer que seja o sentido que se lhe atribua pontualmente³⁰. Além do mais, no âmbito da ciência, muito freqüentemente não se faz diferença entre os tipos de racionalidade que interessam no setor das ciências sociais, p. ex., a racionalidade nas ciências políticas, na eco-

²⁷ Cfr. Max Weber, *Rechtssoziologie*. Edição e introdução de Johannes Winckelmann, 2a. ed., Neu28wied, 1967, pp. 124 e ss., 215 e ss., 264 e ss. Também Wilhelm E. Mühlmann, *Max Weber und die rationale Soziologie*, Tübingen, 1966, pp. 35 e ss.

²⁸ Cfr. Johan Edelman, *Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz*, Bad Homburg v. d. Höhe, 1967, pp. 53 e ss., 59; “Interessenjurisprudenz und die allgemeine Rechtslehre”, in *Archive für Rechts- und Sozialphilosophie* 54, 1968, pp. 69-88; do mesmo autor, “Rudolph von Ihering und Bentham. Interessenjurisprudenz und englische utilitaristische Philosophie”, in Günter Weick (comp.), *375 Jahre Rechtswissenschaft in Giessen*, Giessen, 1982, pp. 1-14; Krawietz, *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis*, pp. 62 e ss., 86 e ss; do mesmo autor, “Zun Paradigmenwechsel in juristischen Methodenstreit”, in *Rechtstheorie*, Suplemento 1, 1977, pp. 113-152, 139 e ss., 144 e ss.

²⁹ Sobre isto também: Werner Krawietz, “Theoriesubstitution in der Jurisprudenz”, in Dorothea Mayer-Maly/Peter M. Simons (comps.), *Das Naturrechtsdenken heute und morgen*, Berlin, 1983, pp. 359-412, 401 e ss.

³⁰ Contrário a esta concepção: Werner Krawietz, “Rechtssystem und Rationalität in der juristischen Dogmatik”, in *Reschtstheorie*, suplemento 2, 1981, pp. 299-335, 309 e ss.

nomia, na sociologia ou na jurisprudência³¹. O mesmo acontece com o conceito de racionalidade na filosofia - quer se trate de filosofia puramente prática ou puramente teórica³² - para a qual na atualidade, tal como se assinalara no início deste trabalho, geralmente colocam-se em primeiro lugar as questões sobre a teoria do conhecimento e da ciência³³. A razão da assombrosa despreocupação das ciências sociais particulares (inclusive a jurisprudência) e as correspondentes filosofias - que sequer reconhecem a necessidade de realizar uma diferenciação entre os diversos tipos de racionalidade social ou científica - reside obviamente num conceito de racionalidade altamente problemático e que não foi ainda pesquisado em profundidade. Como consequência, geralmente não é colocada a pergunta de se não existe, pelo menos, uma diferença entre a racionalidade social geral e a racionalidade jurídica.

Pelo contrário, diferenciarei adiante, no tocante à relação entre teoria do direito e teoria da sociedade, três tipos de racionalidade, isto é, (i) uma racionalidade teórico-discursiva, (ii) uma racionalidade jurídico-institucional, e (iii) uma racionalidade sistêmica. Estes três tipos de racionalidade encontram também aplicação no âmbito social do direito e da ciência do direito.

(i) O conceito de uma racionalidade teórico-discursiva é sustentado por Habermas, quem em seus dois tomos da Teoria da Ação Comunicativa - que constituem a base de uma teoria crítica da sociedade - ocupa-se intensamente da teoria da racionalização da sociedade e do direito de Max Weber³⁴. As argumentações jurídicas, segundo sua opinião, “devem ser compreendidas em todas as suas manifestações institucionais como casos especiais do discurso prático”. Segundo Habermas, não há diferença alguma entre a racionalidade social geral e a racionalidade jurídica, já que ele sustenta a idéia de uma “unidade da argumentação”³⁵. Em sua teoria teórico-comunicativa da argumentação baseia-se também a “teoria da argumentação jurídica” de Robert Alexy³⁶.

(ii) Em posição diametralmente oposta encontra-se o conceito de uma racionalidade jurídico-institucional de Schelsky, quem, em seu discurso de despedida na Academia de Ciências da Renânia-Westfalia, contrapõe expressis verbis à “racionalidade jurídica” a racionalidade do pensamento filosófico³⁷.

³¹ Sobre os diversos conceitos de racionalidade nas ciências sociais particulares: Günter Hartfil, *Wirtschaftliche und soziale Rationalität*, Stuttgart, 1968, pp. 8 e ss., 65 e ss., 146 e ss., quem no entanto distingue ante tudo entre simples “formas de aplicação do princípio racional”, com o que finalmente opta por um conceito de unificação sem maior fundamentação.

³² Cfr. Gerhard Gamm, “Zu Kants Idee einer praktischen Vernunft”, Karl-Otto Apel e outros (comps.) *Praktische Philosophie/Ethik*, tomo 1, Frankfurt on Main, 1980, pp. 180-196 e ss.

³³ Karl Acham, *Philosophie des Sozialwissenschaften*, Freiburg/München, 1983, pp. 33 e ss.

³⁴ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, tomo 1, *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, Frankfurt a. M., 1983, pp. 225 e ss., 332 e ss.

³⁵ Op. cit., pp. 34 e ss., 62 e ss., 340. Cfr. aqui a crítica muito correta de Gerd-Walter Küsters, “‘Rechtskritik ohne Recht. Zu Habermas’ ‘Theorie des Kommunikativen Handelns’”, in *Rechtstheorie* 14, 1983, pp. 95-114, 98 e ss.

³⁶ 1a. ed., Frankfurt a. M., 1978; reimpressão 1983.

³⁷ Sobre isto e o que segue: Helmut Schelsky, *Die juristische Rationalität*, Opladen, 1980, pp. 5 e ss., 16 e ss.

Segundo Schelsky, “a unidade racional ou identidade da ciência do direito com a prática jurídico-institucional do direito como legislação ou justiça” é “uma ilusão” que, segundo a sua concepção, baseia-se num “auto-engano dos cientistas do direito e dos juristas práticos por eles formados”, condicionado por interesses. No entanto, repele expressamente uma consideração ainda mais diferenciada sob o aspecto da “racionalidade sistêmica”³⁸ destas instituições. Um procedimento deste tipo deveria pesquisar as instituições práticas da vida jurídica e das ciências particulares sob o aspecto da correspondente racionalidade sistêmica.

(iii) Pessoalmente partilho da concepção de Schelsky no sentido de que, no que respeita à relação entre a racionalidade social geral e a racionalidade jurídica, não existe qualquer unidade. No entanto, não consigo compreender a sua concepção, segundo a qual não é possível transferir o conceito de racionalidade sistêmica ao direito e à ciência do direito, e tampouco é possível nenhuma consideração diferenciada; dá-se justamente o contrário. Parece-me que a pesquisa básica da teoria do direito dedicou-se durante a última década, de forma excessivamente auto-suficiente e atribuindo-lhe excessiva prioridade, ao problema de uma consolidação argumentativa analítico-lingüística, bem como a um apoio às decisões jurídicas e suas estruturas racionais que se apresentam sob a forma jurídico-lingüística. Conseqüentemente, ignorou amplamente a dependência sócio-sistêmica de todas as decisões, fundamentações e justificações jurídicas. Todas as atividades deste tipo realizam-se, atualmente, num sistema jurídico previamente organizado sob a forma estatal e não podem ser suficientemente interpretadas prescindindo deste dado e da referência sistêmica ao todo social.

Aquele que pretenda pesquisar estruturas sociais de racionalidade pressupostas ou implícitas na argumentação jurídica prática, terá de diferenciar entre respostas muito diversas, reciprocamente condicionadas. De um lado, deve se diferenciar as respostas e a racionalidade, assim como as condições da racionalidade dos sistemas jurídicos organizados estatalmente, ou de algumas partes do sistema, ou bem de sistemas parciais. Por outro lado, devemos distinguir entre as respostas do sistema e a racionalidade, assim como as condições de racionalidade da ciência jurídica que pesquisa estes setores, isto é, das suas disciplinas particulares. Também, levando em conta a racionalidade jurídica que deve ser fornecida e absolutamente não é unitária, deverá ficar claro o alcance e a medida da condicionalidade recíproca e as interdependências destas respostas sistêmicas profundamente distintas. A racionalidade jurídica que aparece nas decisões dos sistemas jurídicos estatalmente organizados em todos os âmbitos funcionais, isto é, a ra-

³⁸ Aqui também: Helmut Schelsky, *Die Soziologen und das Recht*, Opladen, 1980, pp. 46 e ss., quem, ao considerar a relação entre racionalidade jurídica e filosofia assinala o “vácuo de racionalidade” que existe entre ambas: “as determinações do transcurso social da ação, obtidas no procedimento institucionalizado, tais como a paz, a segurança jurídica etc, possuem uma maior racionalidade do que o subjetivo-geral”. Segundo a concepção de Schelsky, “a possibilidade de racionalidade” mede desta forma, no plano argumentativo da compreensão, o respectivo “âmbito de possibilidades subjetivas de racionalidade, por ex., na filosofia e na ciência”.

cionalidade sistêmica caracterizada sobretudo pelo seu sentido jurídico, não é pois idêntica à racionalidade da ciência do direito, enquanto sistema social parcial, que se ocupa de uma fundamentação e de uma justificação racionais deste tipo de resposta sistêmica. Por motivos de simplificação, prescindindo aqui de estabelecer considerações sobre as relações “intra-sistemáticas” entre os sistemas jurídicos estatalmente organizados e outro tipo de formações sociais de sistema, que evidentemente devem ser incluídas neste tipo de pesquisas.

IV - A Contribuição da Teoria dos Sistemas para a Construção de uma Moderna Teoria Estrutural do Direito

A tarefa com a qual se defronta atualmente a pesquisa básica teórico-jurídica consiste, a meu ver, em empreender, em colaboração com a teoria dos sistemas, a construção de uma teoria estrutural do direito.

As dificuldades para uma cooperação entre a teoria do direito e a teoria dos sistemas são consideráveis. Elas baseiam-se, sobretudo, no fato de que a moderna pesquisa dos sistemas dispõe realmente de paradigmas de pesquisa completamente novos que, em certa medida, não apresentam nenhuma continuidade com o desenvolvimento das ciências sociais e sua filosofia, empreendido até agora. Este fato já foi assinalado há muito tempo tanto pelos iniciadores³⁹ como pelos partidários⁴⁰ da teoria geral dos sistemas.

Se parte-se - como eu - do ponto de vista do realismo jurídico com sentido crítico, da peculiaridade e da significação primordial do direito para a formação de ordenamentos sociais, então é óbvio que devem limitar-se teoricamente aos sistemas sociais as análises das possibilidades de uma vinculação entre a teoria do direito e uma teoria dos sistemas⁴¹. É evidente que isto não exclui, durante a construção da teoria, também a consideração de aspectos da teoria geral dos sistemas (General Systems Theory) cujo programa científico dou aqui por conhecido⁴².

Não só o direito e a ciência do direito deveriam ser adaptados a estes novos paradigmas da pesquisa, mas também o restante das ciências sociais com sua filosofia correspondente, desde

³⁹ Ludwig von Bertalanffy, “The History and Status of General Systems Theory”, in George J. Klir (comp.), *Trends in General Systems Theory*, New York, 1972, pp. 21-38, 36.

⁴⁰ Aqui por exemplo: Ervin Laszlo (comp.), *Introduction to Systems Philosophy - Toward a New Paradigm of Contemporary Thought*, New York-London-Paris, 1972.

⁴¹ Continua sendo fundamental: Niklas Luhmann, “Moderne Systemtheorien als Form gesamtgesellschaftlicher Analyse”, in Jürgen Habermas/Niklas Luhmann, *Theorie des Gesellschaft oder Sozialtechnologie - Was leistet die Systemforschung?*, Frankfurt a. M., 1971, pp. 7-24, 11 e ss., 16 e ss. Cfr. também: Luhmann, “Wie ist Soziale Ordnung möglich?”, in - do mesmo autor - *Gesellschaftsstruktur und semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, tomo 2, Frankfurt a. M., 1981, pp. 195-285, 198 e ss., 252 e ss., 184 e ss.

⁴² Ludwig von Bertalanffy, *General Systems Theory. Foundations Development-Applications-*, New York, 1968; Fred Edmund Emery (comp.), *Systems Thinking*, Harmondsworth, 1978; Hans Lenk/Günter Ropohl (comps.), *Systemtheorie als Wissenschaftsprogramm*, Königstein/Ts., 1978.

que interesse a estas disciplinas uma cooperação com a teoria dos sistemas. É uma pena que atualmente nem a teoria geral dos sistemas nem a teoria sociológica dos sistemas realmente existam⁴³.

A partir da perspectiva do realismo jurídico com sentido crítico, tal como entendido por mim, poderiam e deveriam ver-se os pontos básicos iniciais de uma cooperação deste tipo nas estruturas sistêmicas de todos os sistemas jurídicos organizados estatalmente e nas relações intersistemáticas existentes entre elas. No entanto, no que diz respeito às possibilidades de uma cooperação entre a teoria do direito e a teoria da sociedade, a pesquisa básica jurídica não pôde, até hoje, ir essencialmente além das simples exigências de reunião, de unificação e de integração das diversas correntes de pesquisa⁴⁴.

É pouco claro quais sejam as correntes da pesquisa e quais disciplinas, em contato interdisciplinar com a teoria do direito, que podem fornecer informações relevantes para a elaboração de uma teoria do direito, porque ainda não existe um esquema de relevância unitário e aceito unanimemente por todos os teóricos do direito, que possa servir de base para seu futuro trabalho. Mas também é pouco claro a partir de quais colocações dominantes deverá continuar seu trabalho de pesquisa teórico-jurídica. Inclusive a respeito da pergunta - central para uma teoria estrutural do direito - sobre as estruturas das normas jurídicas, existem opiniões diametralmente opostas. Enquanto, de um lado, as tendências analítico-lingüísticas da teoria do direito colocam uma ênfase especial na estrutura lingüística do direito, de outro, os representantes do realismo jurídico, para os quais a estrutura social de todas as normas jurídicas aparece em primeiro plano, consideram que, sem uma pesquisa profunda de seus elementos sócio-estruturais, de seus pressupostos e dependências, a estrutura lingüística das normas jurídicas não pode ser suficientemente capitada e compreendida em sua função normativa. Portanto, toda teoria do direito deve ser incorporada a uma teoria da sociedade, da qual não pode prescindir. Justamente esta necessidade permite a uma teoria sociológica do direito, que entenda a sociologia como uma teoria dos sistemas sociais, o acesso ao direito e à possibilidade de cooperação com teorias do direito genuinamente jurídicas.

V - Argumentação para uma Fusão entre a Teoria do Direito e a Teoria dos Sistemas

Três obstáculos estreitamente vinculados à teoria do direito impedem a sua cooperação com a teoria dos sistemas: (1) o seu conceito de direito, (2) o seu conceito de sistema e (3), por último, sua equívoca relação com a sociologia do direito. Do ponto de vista da

⁴³ Cfr. a respeito a crítica correta de Hans Lenk, "Wissenschaftstheorie. Zehn Thesen zu Paradigma und Wissenschaftsprogramm des Systemansatzes", in Lenk/Ropohl (comps.), *loc. cit.*, pp. 239-269, 244 e ss.

⁴⁴ Cfr. aqui também a tentativa mais recente nesta direção: Aulis Aarnio/Robert Alexy/Aleksander Peczenyk, "Grundlagen der juristischen Argumentation", in Werner Krawietz/Robert Alexy (comps.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlin, 1983, pp. 9-87, 10 e ss, 12: "Somente uma teoria da argumentação jurídica, que unifique uma variedade ótima de aspectos, pode estar a altura de seu objetivo".

teoria do direito, tal como sustentada até hoje pelo positivismo jurídico, todas as concepções do direito são reduzidas à norma jurídica estabelecida nos textos legais; o sistema do direito é entendido como um sistema de normas jurídicas e o sistema da ciência do direito como um sistema de enunciados sobre as normas jurídicas⁴⁵. Isto dificulta considerar plenamente as múltiplas dependências do direito em relação às forças sociais e compreender o sistema jurídico como parte do sistema social com o qual mantém relações de reciprocidade⁴⁶.

Devido à heterogeneidade das diversas correntes da pesquisa teórico-jurídica, mas também tendo em vista a quantidade e variedade de concepções opostas sobre a teoria dos sistemas, resulta atualmente impossível optar de forma puramente apologética por uma ou outra das correntes já existentes da teoria do direito ou da teoria dos sistemas, colocando-a, desde logo, a serviço da tarefa de elaboração de uma teoria moderna da estrutura do direito. Parece totalmente impossível uma mera integração dos argumentos teórico-jurídicos e teórico-sistemáticos, cuja função consistiria - sem uma elaboração intensiva, mas, propriamente falando, em trabalhos de substituição mais ou menos amplos - em formar um mosaico com as teorias já existentes⁴⁷. Como exposto acima, tampouco trata-se simplesmente de estabelecer um contato interdisciplinar entre a ciência do direito e a sociologia, mas uma tarefa muito mais complexa: fornecer uma base ou fundamento comum à cooperação multidisciplinar de todas as ciências particulares que, de uma forma ou outra, se ocupam do direito.

Minha proposta, enunciada aqui somente de forma programática, consiste em uma abertura da teoria do direito rumo à teoria dos sistemas, utilizando esta última - entendida como uma teoria dos sistemas sociais, especialmente como uma teoria dos sistemas jurídicos estatalmente organizados e das relações intersistemáticas existentes entre eles - como uma espécie de “framework” para a construção futura de uma teoria do direito. A moderna teoria sociológica dos sistemas, tal como eu a entendo na esteira de Talcott Parsons⁴⁸ e de sua

⁴⁵ Esta característica síndrome de concepção apresenta-se na atualidade sobretudo nas diversas teorias puras do direito das escolas de Viena e de Brunn: Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (comps.), *Die wiener rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, Viena, 1968; Vladimir Kubes/Ota Weinberger (comps.), *Die brünner rechtstheoretische Schule*, Viena, 1980. Aqui: Werner Krawietz, “Reinheit der Rechtslehre als Ideologie?”, in *Rechtstheorie*, suplemento 4, 1982, pp. 345-421, 386 e ss.

⁴⁶ Lawrence M. Friedman, *The Legal System. A Social Perspective*. New York, 1975, tradução alemã: *Das Rechtssystem in Blickfeld der Sozialwissenschaften*, Berlin, 1981, pp. 11 e ss., 16 e ss., 22 e ss. Muito corretamente assinalaram já Lawrence M. Friedman/Stewart Macaulay, *Law and the Behavioral Sciences*, Indianapolis, 1969, p. VII, a necessidade “to see the legal systems as an integral part of the larger social system rather than as a set of rules, procedures and activities of officials sealed off and isolated from the rest of society”. Em conexão com isto também: Werner Krawietz, “Juristische Methodik und ihre rechtstheoretischen Implikationen”, in *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 2, 1972, pp. 12-42, 41 e ss.

⁴⁷ Krawietz, *Theoriesubstitution in der Jurisprudenz*, pp. 400 e ss.

⁴⁸ Uma análise profunda da teoria das normas de Talcott Parsons: Reinhard Damm, *Systemtheorie und Recht*, Berlin, 1976, pp. 41 e ss., 111 e ss., 141 e ss., quem, no entanto, não distingue o suficiente entre o “realismo” analítico de Parsons e o realismo jurídico.

original recepção e posterior desenvolvimento empreendidos no âmbito alemão-ocidental por Niklas Luhmann⁴⁹, fornece atualmente, em conexão com os diversos ramos da pesquisa do realismo jurídico escandinavo, norte-americano e alemão-ocidental, uma série de intelecções de detalhes que deveriam ser utilizadas pela pesquisa básica da teoria do direito na construção de uma teoria estrutural do direito. Trata-se aqui, sobretudo, de conceber o sistema de direito não somente como uma construção lingüístico-mental - em maior ou menor medida documentada nos textos legais - mas também e antes de tudo como uma construção social dependente das forças da sociedade e caracterizada por elas.

Se, na construção de uma teoria estrutural do direito, parte-se do fato de que a teoria sociológica dos sistemas -pelo menos na versão representada hoje em dia por Niklas Luhmann - fornece um “framework” sumamente útil, que facilita a base adequada para a criação de uma teoria referencial do direito e da sociedade⁵⁰, então atualmente não nos encontramos mais perante a questão de “se” haverá de efetivar-se uma possível cooperação, mas do “como” desta cooperação.

Para mim não existe dúvida alguma de que a teoria dos sistemas, pelo menos em conexão com um realismo jurídico com sentido crítico, como eu o entendo - atualmente (1) pode servir como ajuda de orientação em todas as atividades prático-jurídicas e (2) encontra-se em condições de fornecer, a todos os esforços práticos e teóricos no campo do direito e sua aplicação, um marco conceitual terminológico unitário. Também parece perfeitamente possível (3), sobre a base do “framework” mencionado acima, coordenar ou integrar, da forma mais ampla possível, os diferentes esforços da pesquisa inter e multidisciplinar das ciências particulares que se ocupam de problemas pontuais do direito, levando especialmente em conta a importância do direito para a construção das ordens sociais.

Por isso, com respeito ao direito e à ciência do direito, considero que uma cooperação com a teoria sociológica dos sistemas, especialmente com a de Luhmann, em todos os níveis e em todos os planos de uma possível teorização do pensamento jurídico, é não só factível mas também necessária. Ainda mais, sou inclusive da opinião de que as idéias teórico-sistemáticas e o instrumental conceitual correspondente, tanto no plano da ciência jurídica dogmática como também ao nível da sua correspondente metodologia jurídica, ou - com uma formulação da moda - a teoria jurídica da argumentação, podem ser utilizados como auxiliares do conhecimento⁵¹. Aqui, no entanto, interessa-me somente o nível de uma teorização do pensamento jurídico e da racionalidade jurídica, no qual estão em questão não somente reflexões teórico-jurídicas mas,

⁴⁹ Um resumo acerca dos trabalhos sobre sociologia do direito oferece Niklas Luhmann, *Alsdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt a. M., 1981.

⁵⁰ Krawietz, *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis*, pp. 222 e ss, 225 e ss.

⁵¹ Sobre isto recentemente: Werner Krawietz, “Juristische Argumentation und argumentationstheorien auf dem Prüfstand”, in, do mesmo autor e Robert Alexy (comps.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlin, 1983, pp. 3-8, 4 e ss.

simultaneamente, reflexões sociológicas e filosóficas.

Sobre a base de uma fusão entre a teoria do direito e a teoria dos sistemas que, segundo minha opinião, deve ter como substrato de suas concepções jurídicas um conceito muito mais amplo de direito do que aquele até agora utilizado⁵², será possível compreender como sistemas de ação social os diversos indivíduos e organizações estatais de decisão política, que, no âmbito jurídico, operam a nível local, regional, nacional e internacional, os quais, em seus ambientes correspondentes, manipulam meios jurídicos em suas respectivas sociedades regionais, num plano de dependência recíproca.

Sobre o pano de fundo das reflexões aqui formuladas em favor de uma conexão entre um realismo jurídico com sentido crítico e a teoria dos sistemas, deveria restar claro que a suposição corrente de um poder central e de uma estrutura normativa do direito instrumentalmente disponível em largo grau, é em grande medida ilusória. (Esta suposição parte da origem e da história centralista-estatal de alguns países do continente europeu.) Isto vale também para a crítica - motivada especialmente por fatores sócio-críticos, e fundamentada sobretudo político-economicamente - dirigida a um aparente ou supostamente forte poder estatal central.

A condução central a partir de alguma instância única num sistema de direito estatalmente organizado, ou seja, nos sistemas das ciências jurídicas, é já descartável, porque - na perspectiva de uma consideração normativo-realista - as interdependências internas, proporcionadas por regras jurídicas, resultam ser tão variadas no processo de decisão e de conhecimento, que nem sequer contamos com uma transparência interna destas interdependências, que deveria existir como condição prévia para um controle efetivo a partir de um único ponto ou de uma única posição. Igualmente descartável resulta um desenvolvimento racional posterior das interdependências externas desde um único ponto. O sistema jurídico estatalmente organizado da sociedade moderna, subdividido por sua vez numa grande quantidade e variedade de sistemas de comunicação e de funções conectados entre si, não dispõe, pois, nem de uma ponta nem de um centro.

Devido à inexistência de um centro claro de condução⁵³, parece possível, mas também necessário - desde o ponto de vista macroteórico - estudar as forças de autocondução do sistema jurídico na racionalidade sistemática de seu agir conjunto (54). Estas forças agem no sistema jurídico estatalmente organizado e em seus subsistemas ou sistemas parciais. Pontos de partida para este tipo de estudo oferecem uma reconstrução teórico-jurídica e teórico-sistemática das interdependências que atuam interna e externamente, assim como das relações intersistemáticas recíprocas. Esta reconstrução deveria esclarecer que todos os processos de autocondução do sistema jurídico, que se efetivam em contato com seus res-

⁵² Krawietz, *Recht als Regelsystem*, pp. 110 e ss., 115 e ss.

⁵³ Uma análise profunda a respeito em Niklas Luhmann, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstat*, Munchen-Viena, 1981, pp. 22 e ss., 121.

⁵⁴ Sobre isto e o que segue: Krawietz, *Recht als Regelsystem*, pp. 111 e ss., 117 e ss., 140 e ss.

pectivos entornos, sempre se desenvolvem no marco de um autocontato, isto é, através de interações com partes da própria estrutura de seu sistema, e, portanto, para além das interdependências internas, as quais, no entanto, podem por sua vez chegar a afetar e perturbar os efeitos de condução.