

REFLEXÕES SOBRE O AFASTAMENTO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DA CIÊNCIA JURÍDICA

Julio Manuel Urqueta Gomez Jr.¹

Jair André Turcatto²

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 O DESENVOLVIMENTO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA. 3 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO E DA SOCIEDADE. 4 TEORIA DO SISTEMA E A HERMENÊUTICA. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Resumo: O objetivo é analisar a importância da hermenêutica filosófica para a ciência jurídica e compreender as implicações que seu afastamento pode gerar. Através de Gadamer transformando a hermenêutica em propriamente filosófica, chega-se a Luhmann com a teoria sistêmica e Habermas com a hermenêutica filosófica. Luhmann trata sua teoria sistêmica como uma forma de estruturação do direito como um sistema fechado e ao mesmo tempo aberto, e Habermas trata da hermenêutica filosófica como forma de interpretar o direito, a norma jurídica de uma forma racional que venha a ser verdadeiramente efetiva. Através destas duas teorias, busca-se entender o sistema que forma o direito e como ela pode ser melhor aplicado na contemporaneidade.

Palavras-chave: Afastamento. Filosofia. Direito.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por fim apresentar ponderações introdutórias sobre o afastamento da hermenêutica filosófica da ciência jurídica. Apresentar ponderações introdutórias sobre a teoria dos sistemas e a hermenêutica, bem como apresentar as contribuições que as mesmas trouxeram para o direito.

O segundo capítulo inicia com o ponderações à respeito do desenvolvimento da hermenêutica jurídica, tratando sobre sua fonte de criação e suas ramificações primárias. Aqui a hermenêutica surgiu como teleológica e passou a ser filosófica. Neste capítulo busca-se sintetizar a evolução que a hermenêutica teve e a relação com a ciência jurídica.

O terceiro capítulo fala das relações que a sociedade tem a ciência jurídica. O desenvolvimento do sociedade e do direito. Ambos andam em consonância, ou seja, um depende do outro para se constituir e logicamente evoluir. Trata-se de uma conjuntura inseparável e fundamental.

No quarto e último capítulo, a teoria sistêmica de Luhmann e a Hermenêutica de Habermas são desbravadas. Aqui se apontam suas estruturas e formas de

¹ Aluno do Curso de Graduação em Direito pela FAI Faculdades etc. E-mail: Juliomurqueta@gmail.com

² Docente do Curso de Direito da FAI Faculdades. Contato: Jair@seifai.edu.br

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

concepção. As diferenças são levantadas bem suas contribuições para o direito. A teoria sistema enquanto estrutura e a Hermenêutica enquanto forma de interpretação da ciência jurídica.

2 O DESENVOLVIMENTO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

A palavra hermenêutica deriva do grego e abarca diversos níveis de reflexões. Significa em primeiro lugar uma práxis relacionada a uma arte. A arte que se refere Gadamer é a arte do anúncio, da tradução, da explicação e da interpretação que está intimamente ligada com a arte da compreensão que é o pilar sempre exigido quando se necessita desvendar alguma coisa se acha obscura e duvidosa.³

O primeiro registro da palavra hermenêutica foi no ano de 1654, em Dannhauer. A partir daí distinguiu-se a hermenêutica teleológica-filosófica e uma hermenêutica jurídica. No sentido teleológico, hermenêutica significa interpretar corretamente a Sagrada Escritura, que já era estudada nos tempos da patrística, e possuía a incumbência interpretar o povo judeu, o antigo testamento, e novo testamento, utilizando as ideias neoplatônicas.⁴

O grande problema da antiga hermenêutica é a sua interpretação alegórica. Essa forma de compreender já era corrente na época da Sofística. A *alegoresis* tornou-se um método universal, que interpretava a helenística de Homero feita pelo estoicismo. A hermenêutica teleológica seguia esta linha de raciocínio. Contudo, a motivação principal da hermenêutica teleológica é a correta interpretação dos textos religiosos.⁵

O desenvolvimento da hermenêutica filosófica iniciou-se:

Na época do romantismo alemão, a hermenêutica se orientara pelas questões centrais da filosofia por obra de Schleiermacher. Seu pensamento, baseado na filosofia do diálogo, como a concebia sobretudo Friedrich Schlegel, parte do significado metafísico da individualidade e de sua

³ GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Tradução Ênio Paulo Giachini; revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 112.

⁴ GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método II**. Complementos e índice. Tradução Ênio Paulo Giachini; revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 113-114.

⁵ GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método II**. Complementos e índice. Tradução Ênio Paulo Giachini; revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 114.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

subordinação e tendência ao infinito. Em seguida, com Wilhelm Dilthey a hermenêutica adquiriu seu caráter propriamente filosófico.⁶

Dilthey e Kierkegaard radicalizaram o problema hermenêutico e o transformou numa hermenêutica propriamente filosófica. Isso só aconteceu quando Kierkegaard implementou a hermenêutica filosófica em sua filosofia existencial. Foi quando Heidegger criou o conceito de “hermenêutica da facticidade” impondo a fenomenologia como essência a implantando a interpretação existencial, onde o projetar-se para possibilidades de si próprio passou a ser o centro das discussões.⁷

Compreender se tornou um procedimento específico não sendo mais um comportamento do pensamento humano. Heidegger segundo Gadamer, deu à compreensão um pano de fundo da existência humana culminada num conceito de interpretação fundada na dúvida, seguindo Friedrich Nietzsche, pondo em questão todos os enunciados da autoconsciência. Nietzsche refere-se à esta dúvida como uma modificação do sentido da verdade em geral.⁸

Segundo Batista, Heidegger deixou uma das maiores lições sobre a hermenêutica, onde a mesma, quer dizer que “as palavras não possuem um significado fixo nem único, desvinculando de qualquer contexto”.⁹ Seu seguidor, Gadamer, à partir disso, passou a afirmar que a hermenêutica é algo inerente à existência humana.¹⁰

Ainda, segundo Gadamer adentrando no âmbito jurídico a hermenêutica filosófica gadameriana induz a interpretação da norma para uma linguagem essencial que constitui uma nova forma de pensar e compreender o sentido do Direito.

O princípio de compreensão da hermenêutica gadameriana está em justamente não transformá-la numa arte ou técnica de compreensão, com um viés metodológico científico. Essa interpretação proporcionada pela hermenêutica não pode seguir regras ou métodos, pois é uma condição pura do ser humano. De outra

⁶ GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método II**. Complementos e índice. Tradução Ênio Paulo Giachini; revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 620.

⁷ GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução Ênio Paulo Giachini; revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 125.

⁸ GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução Ênio Paulo Giachini; revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 125.

⁹ BATISTA, Micheline. Hermenêutica filosófica e o debate Gadamer-Habermas. In: **crítica e sociedade: revista de cultura política**. V.2, n.1 jan./jun. 2012. ISSN: 2237-0579, p. 106.

¹⁰ BATISTA, Micheline. Hermenêutica filosófica e o debate Gadamer-Habermas. In: **crítica e sociedade: revista de cultura política**. V.2, n.1 jan./jun. 2012. ISSN: 2237-0579, p. 106.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

forma, e em segunda consideração, os preconceitos não podem ser desconsiderados, pois os seres humanos são condicionados a pensar à partir de sua formação existencial, pois o que o modo como compreendemos a realidade, depende, fundamentalmente, das nossas tradições.¹¹

Gadamer afirma que:

Assim, é certo que não existe compreensão que seja livre de todo preconceito, por mais que a vontade do nosso conhecimento tenha de estar sempre dirigida, no sentido de escapar ao conjunto dos nossos preconceitos [...].¹²

A Hermenêutica contemporânea deve atingir parâmetros que avançam a concepções cartesianas da filosofia. Isso quer dizer que os operadores jurídicos devem unir Sujeito e Objeto, vinculando-se à realidade social, enxergando a importância do resgate da práxis cultural, buscando ressaltar a importância da linguagem e, portanto, da aplicação hermenêutica do Direito.

Segundo Streck, Gadamer afirma que a hermenêutica como teoria filosófica diz respeito à totalidade de nosso acesso ao mundo. A linguagem e a sua formação de realização, ou seja, o diálogo é aquilo que suporta o entendimento sobre as coisas e também sobre os homens como um todo. A teoria de Gadamer explica que o nosso pensamento atual se encontra orientado de modo decisivo ao fenômeno da linguagem.¹³

A hermenêutica buscada por Gadamer, surge de um problema naturalmente humano. Esta teoria vem a questionar a totalidade do existente humano e a sua inserção no mundo. Quando Schleiermacher desvinculou a hermenêutica de suas amarras com a leitura bíblica, e Dilthey, da dependência das ciências naturais, Gadamer busca com sua teoria liberar a hermenêutica da alienação estética e histórica, para estudá-la em seu elemento puro de experiência da existência humana.

¹¹ BATISTA, Micheline. Hermenêutica filosófica e o debate Gadamer-Habermas. In: **crítica e sociedade: revista de cultura política**. V.2, n.1 jan./jun. 2012. ISSN: 2237-0579, p. 108.

¹² GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método I**: traços de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Ênio Paulo Giachini; revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 709.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 169.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

E Heidegger será a chave para explicar a compreensão como forma de definir o *Dasein* (ser-aí).¹⁴

Heidegger foi o transformador da hermenêutica normativa em hermenêutica filosófica:

A compreensão é entendida como estrutura ontológica do *Dasein* (ser-aí ou pre-sença), onde o *Da* (o aí) é como as coisas, ao aparecerem, chegam ao ser, não sendo esse modo uma “propriedade do ser, mas, sim, o próprio ser. Heidegger situa a questão da ontologia fundamental no sentido do ser; a clarificação desta questão somente pode resultar do recurso ao único ente que compreende ser, que é o homem (*Dasein*), o estar-aí, que é o ser-no-mundo, que é cuidado (*Sorge*); cuidado é temporal (*zeitlich*) [...].¹⁵

Cabe aqui ressaltarmos o *Dasein* (ser aí) do Direito. No presente momento em que se encontra o Direito a busca pela real efetividade das normas para a solução verdadeira dos conflitos é a linha mestra da busca hermenêutica. *Dasein* (ser aí) é a busca em “dar sentido ao texto jurídico”.¹⁶

Busca, Streck, através da filosofia de Heidegger, fazer com que a linguagem seja o meio de acesso ao mundo e seus objetivos. Streck afirma que “compreender só é possível se o homem é um ser-no-mundo, nosso acesso ao mundo só é possível pela linguagem”.¹⁷

O ser aí (*Dasein*) é a pré-compreensão do sentido do poder-ser do Direito. A compreensão e a aplicação do Direito deve seguir as premissas do caso concreto, analisando a fundo a matéria e o objeto do litígio. O impasse é que qualquer norma jurídica é fria e inefetiva se interpretada e aplicada de forma incorreta. A norma padece de inefetividade. Dessa forma, deve ocorrer, através da hermenêutica, uma aplicação da norma de resultados, e também, um ordenamento jurídico de resultados, preocupado não só com a elaboração legislativa, mas sim, com a aplicação do Direito material e processual.¹⁸

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 169.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 170.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 179.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 183.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. P. 183 e s.

3 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO E DA SOCIEDADE

O desenvolvimento do direito é um composto formado pela sociedade, ou seja, tudo o que desenvolve a sociedade, que é um sistema social formado por seres pensantes, influencia diretamente o direito, pois o mesmo possui a missão de direcionar as expectativas humanas através da norma jurídica. Sem esta, os seres não conseguiriam viver em harmonia numa sociedade contingente e complexa como a existente.

A partir daqui disserto sobre a relação que o direito tem com a sociedade, a evolução de ambos e tentando explicar o que é um sistema social. Seguem também as considerações de Luhmann sobre sua Teoria Dos Sistemas.¹⁹

A teoria da sociedade como a totalidade do abrangente do convívio social, compreendido pela sociologia clássica do direito, desmoronou, em detrimento das antigas concepções jurídicas e metodológicas se tornarem ultrapassadas. Dessa forma, o desenvolvimento da sociologia do direito estagnou-se, ou pelo menos, perdeu o seu sentido, e transformou-se em uma sociologia cujo tema não era mais o direito.²⁰

De acordo com Luhmann inexistente uma teoria da sociedade adequada, pois essa dissolução, que foi o motivo desse processo de transformação da compreensão da sociedade, ainda não foi superada. Por isso, toda e qualquer forma definida de se compreender uma sociologia do direito teoricamente fundamentada permanece provisória e insegura. Isso resulta na indefinição da possível compreensão da relação de desenvolvimento que a sociedade e o direito possuem entre si.²¹

Analisando a teoria de sistemas, buscando compreender a sociedade, ela se concebe como um ambiente altamente complexo e contingente. Quanto mais complexo o sistema, mais complexa e próxima da realidade será a sua coerência e aplicabilidade. A complexidade é regulada pela sua estrutura. Um sistema social é compreendido como, por exemplo, a família, empresas, conventos, grupos de

¹⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasil, 1983, p. 167.

²⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasil, 1983, p. 167.

²¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasil, 1983, p. 168.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

movimentos sociais, festas, conferências em fim, este é um rol meramente exemplificativo, sendo um sistema social tudo aquilo que envolve relações entre pessoas.²²

Mas, o que é o ambiente dessa sociedade enquanto sistema social? Na antiga união europeia da filosofia social e do direito, o homem encontrava sua liberdade e sua virtude enquanto parte viva da sociedade também viva. A sociedade era composta por homens concretos, que era definida também como corpo social. Analisando-se isso, “o ambiente da sociedade, sem se considerar a natureza não humana, só podia constituir-se de outras sociedades”.²³

Estas concepções relacionadas ao homem concreto foram rompidas. O desenvolvimento da mais recente teoria sociológica de sistemas é composta pelo “homem que vive como um organismo comandado por um sistema psíquico (personalidade). As possibilidades estruturalmente permitidas para esse sistema psíquico-orgânico não são idênticos as da sociedade enquanto sistema social” segundo Luhmann. Ou seja, a relação de sentido que une as ações no sistema da sociedade é diferente das ações reais e possíveis de um homem, também de sentido. As composições que constituem ambos os sistemas não permitem que estes sejam idênticos. Dessa forma, para Luhmann o “homem e sociedade são reciprocamente ambiente”, um para o outro são tudo, e são estruturados de forma independente, ou seja, existem cada um por si. A intenção não é negar que a sociedade seja uma parte vital do homem, mas apenas deixar claro que ele não necessita dela para conduzi-lo.²⁴

Luhmann conclui que:

O direito tem que ser visto como uma estrutura cujos limites e cujas formas de seleção são definidos pelo sistema social. Ele não é de nenhuma forma a única estrutura social: além do direito devem ser consideradas as estruturas cognitivas, os meios de comunicação (como por exemplo a verdade ou o

²² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasil, 1983, p. 168.

²³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasil, 1983, p. 169.

²⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasil, 1983, p. 169.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

amor), e principalmente a institucionalização do esquema de diferenciação de sistemas na sociedade.²⁵

Através desta conclusão o direito se torna imprescindível enquanto estrutura, porque ele serve de parâmetro para uma expectativa humana, ou seja, ele direciona as expectativas comportamentais humanas através de atos normativos para que o homem se oriente e possa viver em harmonia. Essa estrutura vai evoluindo e se aprimorando conforme a complexidade da evolução social.²⁶

4 TEORIA DO SISTEMA E A HERMENÊUTICA

O direito enquanto sistema teve seu marco na passagem do século XX para o XXI. Na época a concepção de mundo medieval se baseava na filosofia Aristotélica e Cristã. Após isso, o mundo passou a ser compreendido como uma máquina ocasionando uma grande transformação. Essa transformação ocorreu em função da física, astronomia e matemática, que foram os objetos causadores dessa mecanização. Essa revolução científica é associada à Copérnico, Galileu, Descartes, Bacon e Newton.²⁷

Esta visão fragmentou-se para o sistêmico, que implicou em um pensamento formado através de ligações e relações recíprocas. Ou seja, passou-se a enxergar o mundo, da forma que as propriedades essenciais de um organismo, ou sistema vivo, são propriedades do todo, fazendo com que as partes não se isolem, porém, sendo individuais e independentes.²⁸

Luhmann era um estudioso aberto à interdisciplinaridade, pois o mesmo importou da biologia a *autopoíese*, que foi conceituada por Maturana e Varela, onde os mesmos afirmam que apesar de um organismo necessitar de materiais externos

²⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasil, 1983, p.170.

²⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasil, 1983, p.170.

²⁷ NASCIMENTO, Valéria Ribas. A Teoria dos Sistemas e a Hermenêutica: ponderações introdutórias a respeito do papel do direito enquanto práxis social efetiva. **In: revista eletrônica do curso de direito UFSM**. Julho de 2006, Vol.1, n.2, p. 52. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/download/6776/pdf>>. Acesso em: 10 de out de 2016.

²⁸ NASCIMENTO, Valéria Ribas. A Teoria dos Sistemas e a Hermenêutica: ponderações introdutórias a respeito do papel do direito enquanto práxis social efetiva. **In: revista eletrônica do curso de direito UFSM**. Julho de 2006, Vol.1, n.2, p. 52. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/download/6776/pdf>>. Acesso em: 10 de out de 2016.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

para a produção de uma molécula celular, a mesma apenas pode ser produzida dentro do organismo vivo. A produção das células é realizada pelo próprio organismo. Maturana e Varela acreditavam que apenas os sistemas vivos eram capazes de se auto reconstruir. Porém, Luhmann faz esta ligação com o sistema jurídico, relacionando-os aos sistemas sociais e psíquicos.²⁹

O elemento que compõe o sistema social é a comunicação, e o sistema psíquico, o pensamento. O sistema é um complexo de seus próprios elementos que se adaptam conforme o ambiente, ou seja, nenhum elemento pode ser obtido do ambiente, porém, apenas, do seu próprio sistema interno. A própria irritação, concebida por Luhmann como meio propulsor da diferenciação e por consequência, da autopoiese, faz parte do sistema, pois é o estímulo principal para a evolução.³⁰

A existência de um problema histórico entre a ciência e a filosofia foi o estopim para o início dessa busca, a vida. Dessa forma, os autores, através de pesquisas, descobriram que um sistema vivo possui um sistema interno que interage ali mesmo entre seus elementos compositores, dando origem à auto-organização e a autoprodução. Constatou-se que um sistema vivo é ao mesmo tempo aberto e fechado, que é estruturalmente aberto, mas organizacionalmente fechado.³¹

O sistema é uma estrutura mutável que está à mercê de um ambiente complexo, e dessa forma, é obrigado a se adaptar formando assim, subsistemas internos deixando de ser simples passando ser mais complexo, ou seja, evoluindo. Para Luhmann, não existe um composto externo que o modifica, e sim, ele mesmo que se adapta no ambiente, com o intuito de sobreviver. Contudo, essa evolução não ocorre por si só, mas, através de irritações do ambiente. E por essas irritações, ele vai modificando suas estruturas. Essa capacidade de se auto-reconstruir, é chamada por Maturana de autopoiese, que é um aumento constante de possibilidades até que

²⁹ KUNZLER, Caroline de Moraes. **A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Estudos de sociologia, Araquara, 16, p. 128, 2004. Disponível em: <seer.fclar.unesp.br/estudos/article/download/146/144>. Acesso em: 09 de out de 2016.

³⁰ KUNZLER, Caroline de Moraes. **A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Estudos de sociologia, Araquara, 16, p. 128, 2004. Disponível em: <seer.fclar.unesp.br/estudos/article/download/146/144>. Acesso em: 09 de out de 2016.

³¹ NASCIMENTO, Valéria Ribas. A Teoria dos Sistemas e a Hermenêutica: ponderações introdutórias a respeito do papel do direito enquanto práxis social efetiva. **In: revista eletrônica do curso de direito UFSM**. Julho de 2006, Vol.1, n.2, p. 53. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/download/6776/pdf>>. Acesso em: 10 de out de 2016.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

a sua capacidade de assimilação não seja mais suficiente resultando na mudança de sua forma de diferenciação.³²

Luhmann diz que a segmentação, a hierarquia, centro/periferia e a função, se definem como formas de evolução do sistema, ou seja, formas de diferenciação. Por isso, conforme sua evolução, ele passa de segmentado para funcional. Compreende-se assim, como se deu a passagem de uma sociedade antiga, segmentada, para uma sociedade moderna, funcionalizada.³³

Segundo Kunzler:

A razão do sistema evoluir é sobreviver à complexidade do ambiente que cria constantemente novas possibilidades de forma inesperada. A nova estrutura é impulsionada por essa contingência imprevisível. Luhmann lembra que, na sociedade, muitas coisas são planejadas, como, por exemplo, currículos escolares, sistemas de trânsito e campanhas eleitorais, mas isso não garante que os efeitos ocorram conforme pretendidos, o que leva a concluir que o sistema evolui quando desvia do planejamento, quando não reage de forma, quando não se repete. A evolução não pode ser planejada, ela se nutre de desvios de produção normal.³⁴

Niklas Luhmann, formou-se em Direito em Freiburg, na Alemanha, fez especialização em administração na universidade de Harvard, nos EUA, onde conheceu a teoria dos sistemas de Talcott Parsons. Trabalhou muitos anos na administração pública na Alemanha, até que, incentivado por seu amigo Schelsky, começou sua vida universitária lecionando sociologia vindo a falecer em 1998. Deixou numerosas e abrangentes obras. Escreveu mais de trinta livros, trezentos artigos, versando sobre direito, religião, economia, e etc. A vontade dele não era elaborar uma teoria específica a determinado meio social e sim, uma teoria universal capaz de

³² KUNZLER, Caroline de Moraes. **A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Estudos de sociologia, Araquara, 16, p. 125-126, 2004. Disponível em: <seer.fclar.unesp.br/estudos/article/download/146/144>. Acesso em: 09 de out de 2016.

³³ KUNZLER, Caroline de Moraes. **A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Estudos de sociologia, Araquara, 16, p. 126, 2004. Disponível em: <seer.fclar.unesp.br/estudos/article/download/146/144>. Acesso em: 09 de out de 2016.

³⁴ KUNZLER, Caroline de Moraes. **A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Estudos de sociologia, Araquara, 16, p. 126, 2004. Disponível em: <seer.fclar.unesp.br/estudos/article/download/146/144>. Acesso em: 09 de out de 2016.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

compreender em sua essência, tudo o que existe, constituindo assim, uma teoria geral da sociedade.³⁵

Já adentrando na esfera da hermenêutica, temos o direito vigente como uma forma de controle de expectativas, direcionando as ações humanas com sanções que controlam o comportamento, resultando na segurança jurídica. Por outro lado, o direito também contém em seu mérito a legitimidade na aplicação dessas normas, ou seja, a imperatividade, pois as normas merecem obediência jurídica. Estas duas garantias devem andar em consonância nas decisões judiciais.³⁶

O princípio da segurança jurídica é a exigência que o os julgadores tem do estado em cumprir com obrigação de decidir consistentemente, sempre com a ordem jurídica vigente. O direito é compreendido como um sistema evolutivo que baseia-se na sociedade, nas tradições do direito consuetudinário.³⁷

Essa concepção histórica do direito é o que forma toda a prática nas decisões judiciais. Por outro lado, a legitimidade se refere à validade das decisões, pois elas devem ser fundamentadas racionalmente para que possam ser aceitas pelos membros do direito, caso contrário são passíveis de nulidade não sendo válidas.³⁸

Para Habermas, o problema se encontra na racionalidade de jurisprudência, pois o impasse é saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano fático (externo), garantindo-se a segurança jurídica (aplicação da norma) e a legitimidade (fundamentação racional para que se torne imperativa). O direito natural subordinava o direito vigente aos padrões suprapositivos, porém, quando estas concepções não se encontram mais em discussão, oferecem-se três alternativas: (a) a da hermenêutica jurídica; (b) a do realismo; (c) a do positivismo.³⁹

A hermenêutica jurídica surgiu em contraposição à aplicação da norma fria. Segundo Habermas “uma norma “abrange” seletivamente uma situação complexa do

³⁵ KUNZLER, Caroline de Moraes. **A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Estudos de sociologia, Araquara, 16, p. 123, 2004. Disponível em: <seer.fclar.unesp.br/estudos/article/download/146/144>. Acesso em: 09 de out de 2016.

³⁶ HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pgs 245-247.

³⁷ Conjunto de regras que se estabeleceram pelo costume ou pela tradição.

³⁸ HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 246.

³⁹ HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 247.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

mundo da vida, sob o aspecto da relevância, ao passo que o estado de coisas por ela constituído jamais esgota o vago conteúdo significativo de uma norma geral, uma vez que também o faz vale de modo seletivo. Essa descrição circular caracteriza um problema metodológico, a ser esclarecido por toda a teoria do direito”.⁴⁰

A hermenêutica propõe um modelo processual de interpretação. A interpretação tem início numa pre-compreensão valorativa que estabelece uma relação preliminar entre norma e estado de coisas, abrindo o horizonte para ulteriores relacionamentos. A pré-compreensão, inicialmente difusa, torna-se mais precisa à medida em que, sob a sua orientação, a norma e o estado de coisas se constituem ou concretizam reciprocamente. A hermenêutica tem uma posição própria no âmbito de teoria do direito, porque ela resolve o problema da racionalidade da jurisprudência através da inserção contextualista da razão no complexo histórica da tradição. E, nesta linha, a pre-compreensão do juiz é determinada através dos topoi de um contexto ético tradicional. Ele comanda o relacionamento em normas e estados de coisas à luz de princípios comprovados historicamente.⁴¹

Dessa forma, a hermenêutica, aplicada à teoria do direito, busca manter a intenção de um direito legítimo, ou seja, de decisões judiciais racionais e aplicáveis.

Já na visão do realismo, não se é possível fazer uma distinção clara entre o direito e a política. No realismo as decisões judiciais formam o ordenamento jurídico, ou seja, a Common Law é uma estrutura mais utilizada por países de origem anglo-saxônica como Estados Unidos e Inglaterra. No Brasil, utiliza-se a Civil Law que é a estrutura jurídica oficialmente adotada. O que basicamente significa que as principais fontes do Direito adotadas aqui são a Lei, o texto. Habermas afirma que neste modelo, o juiz deve preservar decisões jurídico-políticas para que as mesmas não percam validade no futuro. Ele compara os juízes aos legisladores, pois nesta forma, o direito passar a valer como um instrumento de controle, ou seja, fins políticos comportamentais.⁴²

⁴⁰ HABERMAS, Jurgem. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 247.

⁴¹ HABERMAS, Jurgem. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 247-248.

⁴² HABERMAS, Jurgem. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 249.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Segundo Habermas “os realistas não conseguem explicar como é possível combinar a capacidade funcional do sistema jurídico com a consciência dos especialistas participantes, a qual é radicalmente cética em termos de direito”.⁴³

Contudo, o positivismo jurídico, totalmente antagônico ao realismo, busca fazer jus à função da estabilização das expectativas, sem dar importância à legitimidade da decisão jurídica. Hans Kelsen e H. L. A. Hart construíram um sistema de regras destinado a garantir a consistência das decisões ligadas a regras e tornar o direito independente da política. Os positivistas, ao contrário dos hermeneutas, trabalham com a perspectiva de um sistema de direitos fechado. Dessa forma, afirma Habermas “o problema da racionalidade é decidido a favor da primazia da um história institucional reduzida, purificada de todos os fundamentos de validade suprapositivos”.⁴⁴

A ordem jurídica tem sua legitimação numa regra fundamental ou regra de conhecimento advinda do início. Ela deve ser faticamente compreendida à partir de uma concepção histórica, conforme os costumes. Hart explica isso com a regra do “jogo de linguagem” de Wittgenstein. Habermas cita que a razão ou a moral, são, de certo modo, subordinadas à história condicionando o direito à sua gênese e, portanto, não permitindo uma solução simétrica do problema da racionalidade.⁴⁵

Para Habermas “Hart pensa que a carência interpretacional das normas jurídicas é resultado da estrutura aberta das linguagens naturais e chega a uma conclusão decisionista. Na proporção em que o direito vigente não é suficiente para a determinação precisa de um estado de coisas, o juiz deve decidir conforme seu próprio arbítrio”.⁴⁶

O ordenamento jurídico, para a hermenêutica Gadameriana, Heideggeriana e Habermasiana, caracteriza-se por ser um micro-sistema que é permanentemente influenciado pelos demais. Por exemplo, a economia, política, religião e etc., são outros micro-sistemas que influenciam diretamente na elaboração e reformulação das

⁴³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 249.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 250.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 251.

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 251.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

normas. Por isso, a importância do resgate de uma práxis cultural que buque ressaltar a importância da linguagem e, por tanto, da aplicação hermenêutica do direito. A Hermenêutica forma linhas mestras a respeito do uso da linguagem instituindo uma nova forma de compreender o sentido do Direito.⁴⁷

5 CONCLUSÃO

Conclui-se que o resgate de uma práxis cultural que buque ressaltar a importância da linguagem e, por tanto, da aplicação hermenêutica do direito é fundamental para que se possa vislumbrar uma verdadeira efetividade. A Hermenêutica forma linhas mestras a respeito do uso da linguagem instituindo uma nova forma de compreender o sentido do Direito.

Portanto, observa-se a grande importância da hermenêutica como forma de interpretação das normas jurídicas, mas também como meio de adequação destas normas às constantes modificações sociais. Com a interpretação hermenêutica é possível mudar o entendimento de determinada norma, não precisando modificar o próprio texto legal.

Ambas as teorias são imprescindíveis para a compreensão e solução dos litígios. A terra como um sistema vivo, auto organizador, composto por uma teia de microssistemas interligados e que influenciam mutuamente, atuando de forma estrutural aberta e organizacional fechada.

O Direito é influenciado não só pelas ciências sociais, mas também pelos sistemas vivos inseridos na comunidade. A teoria hermenêutica, com o *Dasein*, mostra a possibilidade da busca pela melhor aplicação do direito, entendendo o caso concreto e aplicando a forma mais justa.

Por fim, ficam claras as distintas diferenças de ambas as teorias, porém, compreende-se que se estas correntes se desenvolvem paralelamente, e de forma congruente, sendo totalmente possível a busca da singularidade no que concerne às alternativas viáveis de cada uma ao caso concreto.

⁴⁷ NASCIMENTO, Valéria Ribas. A Teoria dos Sistemas e a Hermenêutica: ponderações introdutórias a respeito do papel do direito enquanto práxis social efetiva. **In: revista eletrônica do curso de direito UFSM.** Julho de 2006, Vol.1, n.2, p. 60. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/download/6776/pdf>>. Acesso em: 10 de out de 2016.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Micheline. Hermenêutica filosófica e o debate Gadamer-Habermas. **In: Crítica e Sociedade: revista de cultura política**. v.2, n.1 jan./jun. 2012. ISSN: 2237-0579, p. 101-118.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método I**: traços de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Ênio Paulo Giachini; revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução de Ênio Paulo Giachini; revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KUNZLER, Caroline de Moraes. **A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Estudos de sociologia, Araquara, 16, 123-136, 2004. Disponível em: <seer.fclar.unesp.br/estudos/article/download/146/144>. Acesso em: 09 de out de 2016.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasil, 1983.

NASCIMENTO, Valéria Ribas. A Teoria dos Sistemas e a Hermenêutica: ponderações introdutórias a respeito do papel do direito enquanto práxis social efetiva. **In: revista eletrônica do curso de direito UFSM**. Julho de 2006, Vol.1, n.2, p. 51-64. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/download/6776/pdf>>. Acesso em: 10 de out de 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.