

INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E RACIONALIDADE

Leonel Severo Rocha
Prof. Licenciado do CPGD
Prof. da Unisinos

1.

A hiper-complexidade da sociedade contemporânea provocada pela internacionalização crescente das problemáticas tem redefinido profundamente as formas de regulação social, notadamente o direito. Não se pode mais refletir sobre os sentidos do direito apenas a partir dos pressupostos da teoria do Estado normativista, pois as suas manifestações tem adquirido cada vez mais um caráter nitidamente para-estatal, notadamente com a crise do Estado social. Neste sentido, é evidente a constatação de que a interpretação jurídica, tradicionalmente derivada da racionalidade do Estado liberal, também necessita rever as suas bases constitutivas.

Nesta breve comunicação pretendemos apenas sugerir para posteriores desenvolvimentos algumas das possibilidades heurísticas que podem nos oferecer as abordagens que vêm produzindo a **epistemologia construtivista**, a partir das linguísticas pragmáticas, as ciências cognitivas e a atual teoria dos sistemas, notadamente nos trabalhos de **Luhmann**¹⁵ e **Habermas**¹⁶, para a proposta de uma nova teoria da interpretação jurídica e, conseqüentemente, de novas possibilidades para a Semiótica do direito. Esta perspectiva permite uma revisão da racionalidade jurídica, redefinindo seus critérios tradicionais de cientificidade, ao abrir-se para observações que en-

¹⁵ Niklas Luhmann, "Sistemi Sociali. Fondamenti di una Teoria Generale". Bolonha: Il Mulino, 1990;

¹⁶ Jurgen Habermas, "Direito e Democracia. Entre Faticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997;

frentam questões normalmente omitidas na atribuição de sentido do direito, como a consideração positiva da existência de paradoxos na relevância significativa.

Observar é produzir informação. A informação está ligada a comunicação. A problemática da observação do direito deve ser relacionada com a interpretação jurídica. Para se observar diferentemente é preciso ter-se poder. A principal característica do poder é ser um meio de comunicação encarregado da produção, controle e processamento das informações. Uma das formas possíveis para se obter observações mais sofisticadas, de segundo grau, seria portanto o desenvolvimento de uma nova **Semiótica dos Meios de Comunicação Jurídica**.

Deste modo, esta observação poderia estabelecer critérios para a constituição de uma teoria do direito, cuja função seria elaborar uma observação reflexiva sobre a totalidade da comunicação do direito. E, como se sabe, conforme a teoria adotada varia o ponto de vista da observação. Assim, para uma nova observação sobre o direito, capaz de permitir uma melhor compreensão das mudanças no entendimento do direito precisa-se trabalhar com matrizes teóricas diferentes daquelas tradicionais. Somente, desde uma observação diferente poder-se-á recolocar o sentido social da interpretação jurídica.

2.

Semiótica do direito contribuiu, no passado, para um melhor entendimento da interpretação jurídica. A tradicional divisão de **Carnap**¹⁷ das partes da Semiótica em sintaxe, semântica e pragmática, ajudou bastante para a delimitação das diferentes instâncias analíticas do direito. Isto foi muito importante pois antes o juristas confundiam questões de lógica-normativa com questões hermenêuticas e/ou pragmáticas.

Deste modo, num primeiro momento, a Semiótica tornou-se um instrumental crítico bastante atuante para a denúncia das ingenuidades da hermenêutica jurídica tradicional, ainda apegada a noções de objetividade e neutralidade das palavras da lei¹⁸. Para a dogmática jurídica tradicional os aplicadores da lei, principalmente, os juízes, encontrariam o sentido do direito na simples exegese dos textos legais. Com efeito, nesta ótica, o ato interpretativo das normas gerais, nos casos concretos de produção de normas individuais, é visto como uma ação isolada do juiz. Assim, a interpretação da lei é considerada como uma operação lógica capaz de engendrar um silogismo no qual cabe ao juiz (intérprete) adaptar o suporte fático normativo ao conteúdo significativo pré-existente na moldura legal. No Brasil, esta concepção hermenêutica foi imposta por **Carlos Maximiliano**, defensor da interpretação rigorosa das leis. Neste momento, pode-se recordar a conhecida afirmação feita no século XIX, e ainda seguida, por **Pimenta Bueno**: "*as leis não servem*

¹⁷ Carnap, "The Logical Syntax of Language", London, 1937;

¹⁸ Luis Alberto Warat foi um dos primeiros juristas a introduzir a Semiótica Jurídica no Brasil. A esse respeito, entre outros textos, recomendamos: "O Direito e sua Linguagem", 2a versão, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984;

que pela sua exata e rigorosa aplicação".

Esta concepção hermenêutica dominante na dogmática jurídica, baseada na objetividade a priori das palavras da lei, foi completamente superada, a partir dos anos setenta, pela Semiótica¹⁹.

3.

A Semiótica forneceu assim um instrumental teórico mais consistente para a análise da interpretação jurídica permitindo um maior desenvolvimento das posturas que pregavam a necessidade da elaboração de uma linguagem mais rigorosa para o direito.

Neste sentido, a Semiótica auxiliou na renovação da teoria do direito que foi iniciada pela "Teoria Pura do Direito" de **Hans Kelsen**²⁰, a "Jurisprudência" de **Herbert Hart**²¹, e o "Realismo Jurídico" de **Alf Ross**²², para se citar as propostas mais conhecidas, que procuraram construir, sob diferentes pressupostos epistemológicos, um estatuto de cientificidade neo-positivista para o direito: uma metodologia fundada na elaboração de uma linguagem rigorosa para o direito.

Do ponto de vista da Semiótica, em grandes linhas, o rigor lingüístico (que tornaria famoso o jurista italiano **Norberto Bobbio**²³ partia da necessidade da realização de um processo de elucidação dos sentidos das palavras que culminaria com a construção de uma jurisprudência fundada na denotação pura. Para **Bobbio**²⁴ as regras com as quais o jurista se ocupa em suas análises se expressam em proposições normativas, sendo a interpretação da lei uma abordagem da linguagem. O problema do jurista seria a construção de uma linguagem em que se estabelecesse as regras de uso das definições jurídicas. Para tanto, seriam preciso três fases denominadas respectivamente, por **Bobbio**, de purificação, integração e ordenação da linguagem jurídica. Este processo deveria solucionar, entre várias problemas, a questão das lacunas e antinomias jurídicas²⁵.

Porém, mais tarde, com a constatação desta impossibilidade de se apontar definições objetivas, **Bobbio** chegaria a admitir a presença inexorável de antinomias e lacunas no direito, e **Kelsen**, ainda mais reticente, aceitaria a total irracionalidade da interpretação feita pelos órgãos do direito (veja-se o famoso capítulo VIII da TPD de 1960).

O fracasso da tentativa da matriz analítica em elaborar uma linguagem pura para o direito (desafio hoje em dia retomado pela linguagem técnica da lógica e informática jurídica) forneceria, contudo, com alguma perplexidade, bons argumentos para a

¹⁹ Isto não quer dizer evidentemente que todos os juízes não pretendam mais seguir a hermenêutica dogmática de Maximiliano e Pontes de Miranda. Infelizmente, muitos ainda desconhecem a impossibilidade prática da exegese pura.

²⁰ Hans Kelsen, "Teoria Pura do Direito", 4a edição, Coimbra: Armênio Amado-Editor Sucessor, 1976;

²¹ Herbert Hart, "O Conceito de Direito", Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1976;

²² Alf Ross, "Sobre el Derecho y la Justicia", Buenos Aires: EUDEBA, 1977;

²³ Norberto Bobbio, "Teoria dell' Ordinamento Giuridico", Torino: Giappichelli, 1960;

²⁴ Norberto Bobbio, "Il Positivismo Giuridico", Torino: Giappichelli, 1979;

²⁵ Cf. Bobbio "Ciência del Derecho y Analisis del Language" in "Contribucion a la Teoria del Derecho de Norberto Bobbio", ed. Miguel Alfonso Ruiz, Madrid: Debate, 1990;

crítica jurídica dos anos setenta. Assim, alguns juristas críticos começaram a propor leituras ideológicas do discurso jurídico a partir da análise positiva das ambigüidades, vaguezas e indeterminações que **Bobbio** pretendeu afastar. Para muitos, exatamente a percepção das indeterminações permitiria desmascarar o conteúdo ideológico do direito. Isto também facilitou a entrada na cena jurídica da tópica argumentativa de **Viehweg e Perelman**. A filosofia analítica limpou paradoxalmente o caminho para as perspectivas opostas, como por exemplo as defendidas pela retórica. Daí, a realização de novas releituras da argumentação de **Vico** e da Tópica de **Aristóteles**.

Por tudo isto, a **filosofia analítica normativista**, baseada em critérios sintático-semânticos, conforme tinham proposto **Kelsen e Bobbio**, foi forçada a alterar-se devido as suas dificuldades em fazer frente ao surgimento de novas exigências teórico-sociais. Para tanto, a analítica, na atualidade, foi obrigada a voltar-se para a análise de critérios pragmáticos de racionalidade. Nesta linha de idéias, o critério de verdade do neo-positivismo ligado a comprovação lógica e ou/semântica, voltado a intersubjetividade universal de uma demonstração dedutiva ou a verificação empírica dos enunciados, entrou em crise.

Na mesma linha de idéias, a crítica jurídica voltada a uma dialética "denuncionista" do conteúdo ideológico que estaria oculto nos vazios semânticos das palavras da lei, também eclipsou-se junto com o objeto criticado. Ou seja, para se fazer uma crítica política efetiva do direito não é suficiente analisar-se as lacunas e ambigüidades dos signos do direito, pois o sentido pleno do direito independe de suas indeterminações a priori. O sentido do direito é complementado pelo contexto. A análise isolada das anemias significativas dos signos é completamente desprovida de interesse. Isto seria, a contrario sensu, admitir-se que o normativismo kelseniano era ideologicamente procedente. A Semiótica do direito exagerou o papel da definição apriori dos signos para a constituição da comunicação humana.

4.

Nesta ótica, as teses hermenêuticas da filosofia da linguagem ordinária, desde **Wittgenstein**, foram um avanço ao romperem com o apriorismo analítico do neo-positivismo, acentuando o fato de que o sentido depende do contexto, da situação, do uso e funções dos discursos. Para **Wittgenstein**, o sentido depende das *formas de vida e dos jogos de linguagem*. Esta é uma postura que coloca a importância da instituição e da sociedade para a determinação do sentido. Neste aspecto, valoriza-se a enunciação em relação ao enunciado. Isto permitiu um melhor aproveitamento da retórica a partir da ampliação do âmbito de abrangência de sua perspectiva problemática, podendo-se destacar, neste setor as contribuições de **Ferraz Junior**²⁶ e **Luís Warat**²⁷. Igualmente, não foi difícil aproximar-se esta tese da linguagem ordinária daquela da teoria dos

²⁶ Luís Alberto Warat. O Direito e sua Linguagem. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984;

²⁷ Tércio Sampaio Ferraz Junior. A Ciência do Direito. São Paulo: Atlas, 1980;

atos de fala de **Austin**, que coloca a performatividade do direito.

A teoria de **Austin**²⁸, revista por **Searle**, enfatiza a enunciação através dos atos comunicativos (a ação comunicativa) para a delimitação do sentido. Para **Austin**, existem três tipos principais de atos de fala: *os atos locucionários*, que contém o conteúdo das orações; *os atos ilocucionários*, onde o emissor realiza uma ação dizendo algo; e *os atos perlocucionários*, típicos de verbos performativos, como por exemplo, te prometo, te ordeno, te confesso, te condeno.

Quem soube utilizar brilhantemente este arsenal teórico para a compreensão do direito, já desde os anos sessenta, foi a teoria do direito anglo-saxônica, principalmente, através da obra de **Herbert Hart**.

Porém, a linguagem ordinária, assim como algumas vertentes da hermenêutica, ao efetuarem o seu deslocamento pragmático, não ficaram isentos de dificuldades. Pode-se aqui citar, por exemplo, o psicologismo de sua teoria da ação, ainda muito centrada na chamada filosofia da consciência de origem cartesiana. Um dos juristas que está procurando resolver esta problemática recorrendo a hermenêutica narrativa, que relaciona o sujeito com a instituição, é **Ronald Dworkin**²⁹.

Todos estes problemas que estamos levantando, e também algumas virtudes, provém da constatação das limitações das análises centradas exclusivamente nos três níveis da semiótica. Perante a crise da Semiótica tradicional, impotente para realizar uma abordagem mais eficiente da complexidade social, abriu-se um importante espaço na epistemologia jurídica para novas perspectivas teóricas, notadamente, para a teoria dos sistemas.

5.

A interpretação na teoria dos sistemas parte do conceito de comunicação e está sempre ligada a uma teoria da ação. A análise sistêmica parte do pressuposto de que a sociedade apresenta as características de um sistema permitindo a compreensão dos fenômenos sociais através dos laços de interdependência que os unem e os constituem numa totalidade. O sistema, para **Bertalanffy**, é um conjunto de elementos que se encontram em interação. Nesta teoria entende-se que o sistema reage globalmente, como um todo, às pressões exteriores e às reações dos seus elementos internos. A moderna teoria social dos sistemas foi delineada classicamente por **Parsons**³⁰ possuindo características que privilegiam o aspecto estrutural de sua conservação.

No entanto, a teoria dos sistemas renovou-se enormemente com as novas contribuições das ciências cognitivas, das novas lógicas e da informática, passando a enfatizar os seus aspectos dinâmicos. Para a área jurídica, nesta última linha de investigação, é interessante salientar-se, dentro dos limites deste texto, duas perspectivas neo-parsonianas: **a teoria da diferenciação e a teoria da ação comunicativa**.

²⁸ John Austin, "Quando Dizer é Fazer. Palavras e Ações", Porto Alegre: Artes Médicas, 1990;

²⁹ Ronald Dworkin, "Law's Empire", Cambridge: Harvard University Press, USA, 1986;

³⁰ Talcott Parsons, "Sistema Social", Madrid: Revista de Occidente, 1976;

Para as teorias neo-sistêmicas, a interpretação não pode mais restringir-se ao formalismo lingüístico da semiótica normativista de matriz analítica, nem ao contextualismo, um tanto psicologista, da matriz hermenêutica, mas voltar-se para questões mais sistêmico-institucionais. Nesta perspectiva, centra-se nas formas de interpretação elaboradas pelos **meios de comunicação simbolicamente generalizados**, nas organizações encarregadas de produzir decisões jurídicas, e nas novas maneiras de decidir conflitos, como a **arbitragem** e a **mediação**.

5.1 A Teoria da Diferenciação

Toda teoria dos sistemas se caracteriza por manter determinado tipo de relações com o meio-ambiente. A teoria da diferenciação afirma que somente os sistemas são dotados de sentido, sendo que o ambiente é apenas uma complexidade bruta, que ao ser reduzida já faz parte de um sistema. É o sistema a partir da dinâmica da diferenciação que constrói o sentido. Trata-se do princípio da diferenciação funcional dos sistemas sociais da sociedade moderna.

Um sistema diferenciado deve ser, simultaneamente, *operativamente fechado* para manter a sua unidade e *cognitivamente aberto* para poder observar a sua diferença constitutiva. Portanto, a sociedade possui como elemento principal a comunicação: a capacidade de repetir as suas operações diferenciando-as de suas observações.

A tomada de decisões produz tempo dentro da sociedade. Nesta perspectiva, não é o consenso que produz o sentido das decisões, mas a diferenciação. As organizações são as estruturas burocráticas encarregadas de tomar decisões coletivas a partir da programação e código dos sistemas. Os sistemas adquirem a sua identidade numa permanente diferenciação com o ambiente e os outros sistemas, graças as decisões das organizações. O poder judiciário pode ser visto como uma organização voltada a consecução das decisões do sistema do direito. A produção do diferente em cada processo de tomada de decisões gera o tempo. Quando a diferenciação ocorre numa meta-observação do sistema surgem paradoxos que constituem a efetiva matriz da história.

Devido a todos estes fatores, autores como **Luhmann**³¹, colocam como objeto preferencial de seu campo temático a **Comunicação**: somente a comunicação pode produzir comunicação. A comunicação para **Luhmann** se articula com a discussão a respeito dos chamados *Meios de Comunicação Simbolicamente Generalizados*. A Comunicação, para Luhmann, é uma síntese entre a *informação*, o *ato de comunicação* e a *compreensão*. Esta síntese é possível dependendo da forma como os meios de comunicação permitem a produção do sentido. Assim, a comunicação não derivaria de suas pretensões de racionalidade consensual. Uma tal postura permite afirmar que as funções pragmáticas da linguagem nos processos de decisão jurídica, podem e devem ser redefinidas somente no interior dos sistemas.

Nessa fase atual, mais evoluída, por alguns denominada autopoietica, **Luhmann** radicaliza a sua crítica da sociedade, graças a suas concepções de

³¹ Niklas Luhmann, "Sistemi Sociali", Bolonha: Il Mulino, 1990;

risco e de paradoxo, que apontam interessantes avanços para a discussão a respeito da racionalidade do direito e da sociedade. A constatação da presença permanente do risco de não se obter conseqüências racionais em relação aos fins pretendidos nas decisões, como pregara **Weber**, para **Luhmann** gera o inevitável paradoxo da comunicação na sociedade moderna. Ou seja, impede a diferenciação entre a operação de fechamento e abertura dos sistemas. Assim, rompe com o funcionalismo parsoniano, voltado a teoria do interesse: cuja racionalidade dependeria da objetividade da ação do ator em relação a determinados fins.

A teoria da sociedade autopoietica procura explicar a sociedade como sistema social. É importante nesta matriz epistemológica demonstrar-se que certos elementos básicos tornam possíveis distintas formas, entre infinitas possibilidades, de interação social. Isto implica uma grande complexidade, que exige cada vez mais sub-sistemas, como o direito, a economia, a religião, etc..., que por sua vez se diferenciam criando outros sub-sistemas e assim sucessivamente. O risco coloca a importância de uma nova **racionalidade** para tomada das decisões nas sociedades complexas, redefinindo a filosofia analítica, a hermenêutica e a pragmática jurídicas, numa teoria da sociedade mais realista, pragmático-sistêmica.

5.2 Teoria da Ação Comunicativa

Na teoria da ação comunicativa de **Habermas**, por sua vez, o sistema adquire a sua mundo identidade a partir da colonização do ambiente, o da vida. Este último seria a fonte da criação histórica. A solução deste problema estaria na possibilidade de se obter um consenso universal na razão prática: um ponto de contato entre a pragmática situacional dos atos de fala e a universalidade transcendente do imperativo categórico da livre argumentação. Portanto, onde **Luhmann** propõe a **diferença**, **Habermas** propõe o **consenso**.

A teoria de Habermas permite rever a função do direito, e igualmente da democracia, nas sociedades complexas. Nesta perspectiva, a informalização do direito e a alteração da clássica divisão tripartite de poderes, lhe permitem, entre outros fatores, propor a idéia de uma “**proceduralização**” do direito.

Em relação a interpretação jurídica a "proceduralização" se distingue dos modos de legitimação formal e material das normas. O modo de legitimação formal possui como característica o respeito as regras formais de dedução axiomática no interior dos sistemas normativos. O modo de legitimação material coloca como critério de legitimidade da interpretação a adequação do conteúdo das normas a valores, princípios e políticas (sobre este aspecto também pode-se examinar a proposta de **Dworkin**). O modo "procedural" de **Habermas** se diferencia do egocentrismo do formalismo normativista e do irracionalismo das posturas do modelo hermenêutico material, pelo fato de fundar a sua validade no respeito a procedimentos de elaboração discursiva das normas: as regras práticas da argumentação intersubjetiva (**Lenoble**³²).

³² Sobre isto ver J. Lenoble e A. Berten, "Dire la Norme. Droit, Politique et enonciation". Paris: LGDJ, 1990;

Uma possibilidade prática (obviamente limitada) de testar a hipótese de **Habermas** pode ser feita através da análise de novos fenômenos de informalização e acesso a justiça, como é o caso da resolução de conflitos por meio da arbitragem, negociação e mediação. Por exemplo, na mediação pode-se observar decisões de um novo tipo de racionalidade pragmático consensual, onde a decisão não está determinada pela arbitrariedade do poder judiciário, nem pela soberania do poder político, mas pela livre manifestação da opinião (**Lenoble**). Esta linha tem sido desenvolvida pioneiramente no Brasil por **Warat** em suas pesquisas sobre a mediação e a ecologia. A mediação é assim um passo exemplar para a constituição de um novo tipo de democracia: **a democracia deliberativa**.

É importante falar-se de **democracia deliberativa**, uma democracia onde todos devem participar da tomada de decisões, como uma utopia necessária para a construção de uma nova sociedade mais ecológica, capaz de superar a nossa etapa atual na América Latina de **democracia somente delegativa**. A teoria da ação comunicativa fornece instrumentais para uma melhor compreensão da racionalidade democrática.

5.3

Em suma, em busca de uma conclusão provisória, pode-se dizer que todos esses fatores nos exigem uma revolução epistemológica que avançando além da racionalidade analítica dominante aponte para uma racionalidade também pragmático-sistêmica. Para tanto, uma boa pista seria acompanhar o debate contemporâneo sobre o novo estatuto teórico da teoria dos sistemas, notadamente, em autores como **Habermas** e **Luhmann**. Uma das saídas para a crise da semiótica seria pensar na elaboração de uma Semiótica sistêmica fundada nas novas matrizes teóricas cognitivo-construtivistas: uma Semiótica sistêmica da comunicação.