

## Função interpretativa, alopoiese do direito e hermenêutica da cordialidade<sup>1</sup>

Guilherme Leite Gonçalves<sup>2</sup>

### Resumo

O ensaio busca compreender o papel da função interpretativa no processo de diferenciação do direito na sociedade moderna e questionar a universalização dessa premissa a partir de sua verificação no caso brasileiro. Seu pressuposto é a teoria dos sistemas. As conclusões de Luhmann serão, no entanto, contrapostas à luz da realidade periférica, conforme definida pela teoria dos sistemas alopoiéticos de Neves. Desse questionamento pretende-se esboçar uma hipótese de trabalho sobre o tipo de interpretação jurídica produzida por nosso universo de práticas sociais. Esse tipo de interpretação foi denominado de hermenêutica da cordialidade.

**Palavras-chave:** interpretação juridical; direito alopoiético; hermenêutica da cordialidade; teoria dos sistemas.

### Abstracts

This article seeks to analyze the function of the legal interpretation in the differentiation process of Law in modern society and to question the universalizability of this premise in light of the Brazilian case. Its theoretical framework is the systems theory. Niklas Luhmann's conclusions will be opposed to the peripheral conditions as defined by the allopoietic system's model from Marcelo Neves. From this questioning will arise a hypothesis on the kind of legal interpretation produced by the social praxis in Brazil. This kind of interpretation will be defined as cordiality hermeneutics.

**Keywords:** legal interpretation; allopoietical law; cordiality hermeneutics; systems theory.

---

<sup>1</sup> O presente artigo foi publicado anteriormente em BARRETO; SCARPI. *Perspectivas Contemporâneas do Discurso Jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

<sup>2</sup> Doutor em Sociologia do Direito pela Universidade de Lecce, Itália. Atualmente, é bolsista do Programa Georg Forster de Pós-Doutorado da Fundação Alexander von Humboldt na Universidade Livre de Berlin e na Universidade de Bremen, ambas na Alemanha.

I

A forma do presente trabalho é ensaística. Meu objetivo é versar de maneira livre sobre o tema da interpretação jurídica sem desenvolver confirmações empíricas e conclusões definitivas. Seu caráter é, portanto, especulativo. As reflexões, todavia, aqui desenvolvidas têm a finalidade de sugerir o esboço de uma hipótese de trabalho. O ensaio está dividido em duas partes. Na primeira, pretendo identificar a interpretação jurídica como mecanismo fundamental do processo de diferenciação do direito; na parte final, observar se esse argumento é verificável no caso brasileiro. O pressuposto é a teoria dos sistemas. Minha proposta é redescrever, a partir dos estágios analíticos desse modelo, o *status* da autonomia funcional do direito e o papel da interpretação jurídica no interior desse percurso.

Inicialmente, procuro sistematizar a forma como a hermenêutica jurídica foi construída pela teoria do direito à luz de duas distinções: direito/política e aplicação/criação do direito. Meu objetivo é demonstrar que as proposições normativas das escolas jurídicas transitam entre modelos de interpretação jurídica que levam ao fechamento autista ou à abertura escancarada do direito em relação à política. Sustento que esse é o ponto de partida para a crítica oferecida pela teoria social de Parsons. No interior da sociologia do direito, as análises parsonianas foram inovadoras por terem identificado a função interpretativa como elemento de distinção entre sistema jurídico e sistema político. Para Parsons, a definição de sentido dos textos legais é dependente de contextos culturais, normas e valores socialmente generalizados. Com isso, o autor negou a relação de subordinação entre poder político e interpretação jurídica, mas deixou em aberto o problema da diferença entre direito e sociedade, isto é, foi incapaz de definir o caráter da normatividade exclusivamente jurídica. Pretendo demonstrar que essa definição foi oferecida pela teoria dos sistemas auto-referenciais de Luhmann. Na conclusão, questionarei a validade dessa solução luhmanniana à luz da realidade periférica, particularmente, do caso brasileiro, conforme a teoria dos sistemas alopoiéticos de Neves. Desse questionamento pretendo esboçar uma hipótese de trabalho sobre o tipo de hermenêutica jurídica produzida por nosso universo de práticas sociais. Denominei-a hermenêutica da cordialidade.

## II

A análise será delimitada pelo debate a respeito da relação entre direito e política. Trata-se de espaço tradicionalmente privilegiado de observação do funcionamento da interpretação jurídica. Para isso, a teoria hermenêutica clássica estabeleceu uma dicotomia: aplicação/criação do direito. É possível reconstruir, a partir dessa distinção, as características adquiridas pela função interpretativa através das formas de referência elaboradas pelo sistema jurídico e político. Tais características serão levantadas à luz de uma diferença que, historicamente, permeia o desenvolvimento do pensamento jurídico: concepção formal *versus* concepção material do direito.

Da perspectiva das concepções formais do direito, entende-se por “aplicação” a eliminação da arbitrariedade e do subjetivismo decisório do magistrado. Trata-se de idéia materializada pela figura do juiz boca da lei e teorizada pela escola exegética francesa do século XIX. Quanto ao modelo hermenêutico, essa forma de “aplicação” confunde-se com a modalidade de interpretação literal do direito. Espera-se que o magistrado não tenha nenhum tipo de discricionariedade e se limite a expressar exatamente aquilo que foi produzido pelo legislador racional. Nesse caso, há evidente subordinação do sistema jurídico ao legislador racional, isto é, ao sistema político. Baseada nos princípios da estrita legalidade e do Estado de Direito, o conceito de aplicação, conforme definido pelas teorias jurídico-formais, aumenta a coerência das estruturas normativas ou, na terminologia sistêmica, a consistência jurídica. Ressalte-se, no entanto, que tal consistência é ainda pré-determinada pela política. Uma contradição explicada pelo baixo grau evolutivo do processo de diferenciação do direito que o modelo exegético do século XIX refletia. Nessa etapa, a distinção entre o jurídico e o político limitava-se ao plano das estruturas (subordinação do soberano à lei), não alcançava o plano das operações (vinculação do juiz à lei). Nesse plano, o direito encontrava-se escancaradamente aberto, adequado e determinado pela política. Pense-se, por exemplo, na ficção da “vontade do legislador”.

A autonomia operativa do direito frente à política foi alcançada pelo reconhecimento da capacidade criativa dos órgãos judiciais. Esse postulado significou a virada conceitual no interior do formalismo jurídico e se tornou possível graças à influência do modelo kelseniano. Segundo Kelsen, toda aplicação é, na verdade, criação do direito. A incidência da norma geral sobre o fato não é automática, mas implica em redefinição de sentido, vale dizer, surgimento de nova norma. Para Kelsen, a criação de conteúdo normativo é atribuída à vontade da autoridade competente (Kelsen, 1992: 350-352). A norma superior regula o modo de produção da norma inferior (atribui competência à autoridade) e determina apenas parte de seu conteúdo. Tal determinação nunca é completa. O argumento é clássico: a norma superior é uma moldura dentro da qual há múltiplas possibilidades de aplicação. Compete à autoridade escolher entre estas possibilidades. A escolha é parte do processo interpretativo que estabelece conteúdo normativo diverso daquele atribuído pelo legislador. Há, portanto, diferenças de sentido entre norma geral (criação do legislador) e norma individual (criação do juiz). Em outras palavras, o conteúdo estabelecido pelas operações jurídicas é distinto daquele produzido pela atividade política. A noção de criação do direito desenvolvida pelas concepções formais é fundamental para entender a idéia de discricionariedade do magistrado, qual seja, construção de conhecimento especificamente jurídico, pela via da interpretação, limitado, mas diverso daquele estabelecido pelo sistema político.

Ainda que o resultado do processo interpretativo (a norma que dele é produzida) possua natureza jurídica e, portanto, possibilite a distinção entre direito e política, Kelsen remete o motivo da escolha a um âmbito externo ao conhecimento jurídico (Kelsen, 1992: 353). Trata-se de ato de vontade irrelevante e incontrolável pelo sistema jurídico. Se o direito limita-se exclusivamente à forma da norma jurídica, pode-se afirmar que, em termos de adequação social, o sistema jurídico isola-se em relação à política. Há fechamento autista e insensibilidade em face dos eventos externos. Kelsen considerou a natureza do conteúdo das normas extra-jurídicas e, portanto, não apreensível pela ciência do direito, um problema para outros saberes.

E as concepções materiais do direito? Dessa perspectiva, por “aplicação” entende-se, ao contrário das teorias formalistas, isolamento e autismo do sistema jurídico. A técnica de subsunção da lei ao caso concreto é considerada uma forma de distanciamento do direito em

relação às operações e aos valores sociais. Se não há juízos de valor ou interpretações que transcendam a literalidade, as decisões judiciais desconsideram a evolução, os anseios e as necessidades da sociedade. A impessoalidade e a neutralidade do legalismo são, para as concepções materiais do direito, processos que isolam o sistema jurídico do contexto político-econômico em que ele está inserido. Trata-se de enclausuramento do direito em relação à realidade. Assim, se, para as concepções formais, “aplicação do direito” é a abertura escancarada das operações jurídicas para o sistema político, para as concepções materiais, a lógica se inverte. O processo de aplicação do direito não passa de uma máquina de subsunção. Não é capaz de se adequar socialmente ou entender as transformações da realidade.

Conforme as concepções materiais do direito, a sensibilização do sistema jurídico aos ideais e valores políticos surge apenas com o reconhecimento de seu potencial criador. Espera-se que o magistrado transcenda a letra da lei. Sua decisão deve adequar o ordenamento legal aos interesses da coletividade e conformar a norma jurídica aos princípios democráticos. Nesse sentido, o juiz desempenha um papel político na sociedade. Diversamente das correntes formalistas, a “criação do direito” é possível somente nas condições de abertura e de adaptação das operações jurídicas à racionalidade política.

Em resumo, é possível afirmar que, no plano das operações do direito, quando as concepções formais e materiais utilizam distinção aplicação/criação do direito, há uma inversão na relação entre abertura e fechamento do sistema jurídico para a política, entre consistência jurídica e adequação social.

### III

Essa distinção, todavia, perde sentido quando confrontada com os pressupostos analíticos da teoria de sistemas. Isso se dá por uma razão muito simples: para tal modelo, o direito não é nem apenas fechado nem exclusivamente aberto. É, segundo Luhmann, um sistema aberto-fechado. Trata-se evidentemente de um paradoxo, mas um paradoxo que produz descrições inovadoras do fenômeno jurídico que se opõem às pretensões normativas das concepções tradicionais da teoria do direito. Da perspectiva sistêmica, é possível identificar

adequação social e consistência jurídica, fechamento e abertura do direito, em ambos os lados da distinção aplicação/criação. Na verdade, eles são observados como categorias interdependentes: um dos lados é condição de existência do outro. Operam simultaneamente. As premissas do paradoxo sistêmico sobre o direito foram desenvolvidas inicialmente por Talcott Parsons (Parsons, 1981: 86-100 e Parsons, 1978: 24-42).

A noção de “aplicação do direito” pode ser observada pelo modelo parsoniano à luz do conceito de “dupla interdependência”. Para ele, direito e política estão interligados a partir de dois mecanismos, a lei e o uso da força, que ativam um circuito de prestação e contraprestação entre esses dois sistemas.

A lei é notoriamente uma criação política. Ao produzi-la, no entanto, o sistema político oferece ao sistema jurídico suas premissas decisórias. Se tal percurso fosse um caminho de mão única, poder-se-ia falar em subordinação do direito à política, a exemplo do velho modelo de “aplicação” utilizado pelas teorias jurídico-formais. Mas não é esse o caso. Parsons afirma que, ao aplicar a lei, o juiz reconhece o poder e a autoridade política. O direito torna eficaz o mandamento político, permitindo que ele alcance e se afirme sobre seus destinatários. Há, portanto, uma contraprestação da atividade judiciária para o sistema político.

O mesmo é válido quando se pensa no uso da força. Se é verdade que ele é monopólio do sistema político, não é menos certo que confere os meios para tornar a sanção judicial efetiva. Lembre-se que, sem poder de polícia, não há execução de sentença. Esse instrumento político é necessário para fazer valer as decisões judiciais. Mas, do mesmo modo que a “lei”, não se trata de um percurso de mão única. Há uma contraprestação, um caminho de volta. O monopólio do uso da força é um ônus que o sistema político carrega dado o alto grau de dissenso que ele produz. Ninguém aceita de bom grado uma punição. E mais: não existe pleno consenso fático sobre qual comportamento deve ou não ser proibido. Por meio do direito, o monopólio do uso da força torna-se lícito e legítimo. Isso significa que, quando sua aplicação é autorizada por procedimentos jurídicos, sua aceitação é socialmente pressuposta. O direito legitima e alivia a ação política do ônus de poder praticar violência em relação a outro.

Como se pode perceber, existem, em ambas as situações, relações de dependência em que os sistemas se aproximam. Note-se, no entanto, que essa aproximação só pode ser verificada porque cada sistema oferece uma resposta distinta a cada uma das categorias – “lei” e “uso da força”. Da interdependência surge, paradoxalmente, a autonomia: apenas elementos diferenciados podem se relacionar. Esse diagnóstico é o pressuposto inicial para a explicação da teoria dos sistemas abertos e fechados. Para se relacionar com a política, o direito precisa reagir juridicamente. Se tal reação fosse política, não haveria necessidade de dois sistemas. Um único bastaria!

Se, do ponto de vista da “aplicação”, Parsons oferece o conceito de “dupla interdependência”, o problema da “criação” do Direito é enfrentado por meio da noção de interpretação jurídica, que será observada a partir de um modelo funcional. Segundo Parsons, a função interpretativa é resultado da precariedade do equilíbrio da relação de dupla interdependência entre direito e política. Por quê? Da perspectiva do sistema jurídico, o direito pode receber normas contraditórias, pouco técnicas e de difícil compreensão. Da perspectiva do sistema político, os tribunais podem produzir decisões extralegais que transcendem os limites do Estado de Direito. Para Parsons, a interpretação jurídica freia essas tendências desviantes e estabelece pontos de referência certos e estáveis para ação social. Essa é a sua função no interior da sociedade: *“definir a situação para aqueles que agem em relação à ordem normativa”* (Parsons, 1978: 25). Ela fixa o sentido das normas para gerar previsibilidade sobre os comportamentos e, por conseguinte, orientar as ações individuais. A interpretação do direito exerce um papel fundamental no âmbito da interação social.

Nas palavras de Parsons, *“por meio da interpretação, aqueles que agem em relação à ordem normativa conhecerão melhor quais são os seus direitos e obrigações e as conseqüências que as diversas direções da ação podem ter para si mesmos e para os outros com quem eles se relacionam”* (Parsons, 1978: 25). Trata-se de típica preocupação com o problema da dupla contingência no processo de interação social, considerado um evento altamente improvável, porque as partes não podem acessar a consciência alheia e, portanto, desconhecem a forma como o outro agirá. Para Parsons, as normas criam um elemento externo e comum às

consciências que viabiliza a orientação das ações individuais. As normas prestam certeza à interação; a interpretação presta certeza às normas.

A especificação do sentido normativo é ato criativo e, como tal, é diverso da lei produzida pela política. Parsons diferencia, portanto, as operações jurídicas e políticas. Em um determinado momento, afirma que a valorização da função interpretativa como mediador da relação entre direito e política é fundamental para diferenciar seu modelo teórico das análises weberianas. Weber, segundo Parsons, privilegia o aspecto coercitivo como mecanismo de aproximação entre direito e política. Se adotasse tal posição, Parsons sustenta que incorreria no mesmo erro que seu antecessor: assumir a existência de um absolutismo político sobre o fenômeno jurídico.

Há problemas na descrição parsoniana? Se é verdade que a função interpretativa diferencia os sistemas jurídico e político, não é menos certo que, como qualquer ato criativo, aproxima o direito dos demais valores e expectativas sociais presentes na sociedade. Diante da impossibilidade da auto-evidência das leis, o processo interpretativo utiliza-se de elementos externos ao direito para fixar o sentido das normas. O restante da sociedade informa o sistema jurídico de interesses, valores e demandas que, combinadas e compartilhadas, orientam a interpretação dos juristas. Trata-se, em outras palavras, de uma prestação da sociedade para o direito. Não há, no entanto, na descrição parsoniana indícios de contraprestação. A construção jurídica vincula-se a outras expectativas sociais, mas não reage juridicamente a essa aproximação. O risco da indiferenciação entre direito e sociedade é elevadíssimo. Lembre-se que a identificação do sistema jurídico no interior do modelo AGIL – as esferas funcionais parsonianas – é um problema clássico da sociologia sistêmica. Parsons não reconhece um âmbito exclusivamente jurídico. Fala-se da função integrativa, mas tal função é desempenhada pela esfera “comunidade societal”, que congrega, em seu interior, todas as normas que se destinam à orientação da ação individual, vale dizer, a moral, a religião, os costumes espontâneos, a gratidão etc. O direito é apenas mais uma delas e encontra-se socialmente difuso com as demais.

Dessa forma, por meio do modelo parsoniano, é possível identificar um claro fechamento do direito em relação à política, mas não em relação à sociedade. As operações jurídicas encontram-se escancaradamente abertas aos demais valores e normas sociais.

#### IV

Luhmann oferece um conjunto de conceitos que permite solucionar o impasse gerado pela descrição parsoniana. Quando oferece tal resposta, o modelo luhmanniano constrói as bases para identificar e compreender a função da interpretação jurídica como mecanismo fundamental do processo de diferenciação do direito no interior da sociedade moderna. Para Luhmann, a diferenciação do direito depende da estabilização de expectativas normativas (Luhmann, 1995: 257-281). Expectativas normativas são expectativas contra-fáticas, que não se adaptam e não aprendem com a desilusão. Mesmo diante de uma frustração, há elementos que asseguram a manutenção temporal daquilo que se esperava originariamente. Estabilizar expectativas normativas significa constituir sentido exclusivamente jurídico. O principal obstáculo para a realização desse processo é a pluralidade social, a diversidade de possibilidades e os conflitos entre interesses que colidem de modo permanente. Esse estado de coisas foi chamado por Luhmann de complexidade desestruturada (Luhmann, 1987a: 383). Na sociedade, existem múltiplos e infinitos anseios: as expectativas comportamentais são particulares e individualizadas. Diante de tamanha complexidade, a possibilidade de ocorrer contradições, choques, colisões entre expectativas é muito elevada. O sistema jurídico é uma construção social destinada à solução desse problema.

Para orientar de forma coerente as variadas manifestações sociais, é imprescindível um ponto de referência abstrato, externo às expectativas comportamentais individualizadas, que seja capaz de englobar, em seu interior, o maior número de interesses particulares. Nas palavras de Luhmann, se faz necessária a mediação de um mundo comum externo, uma síntese de sentido das diversas expectativas individualizadas que serve para orientá-las (Luhmann, 1987b: 81-82). Trata-se, portanto, de um processo de despsicologização das normas. Esse mundo comum são as expectativas normativas, o embrião de construção do sistema jurídico. Em que

consiste mais detalhadamente a expectativa normativa, vale dizer, essa síntese de sentido ou mundo externo comum? Condensação de diversas experiências passadas que, pelo seu caráter abstrato, está sempre aberta a receber novas possibilidades ou ser substituída por outra condensação concorrente de experiências pretéritas. Trata-se, em outras palavras, da norma jurídica que agrega diversos interesses e orienta as expectativas, mesmo as divergentes. Ressalte-se, no entanto, que a expectativa divergente não é eliminada. Embora deva sujeitar-se à norma, ela permanece como fator de crítica e possibilidade de mudança.

Qual o papel que desempenha a interpretação jurídica dentro dessa perspectiva? Sua função é definir o sentido das expectativas normativas. Dessa forma, ela atua contra as contradições, a incerteza, os choques, os conflitos entre expectativas comportamentais individualizadas. Ela permite consolidar a síntese de sentido e, em seu interior, orientar as expectativas, agora normativas. Em outras palavras: a interpretação estabelece identidade ao sentido jurídico que, por sua vez, transforma comportamentos e interesses contraditórios em expectativas normativas juridicamente orientadas.

Luhmann reconhece a existência de quatro sínteses de sentido: pessoas, papéis, programas decisórios e valores (Luhmann, 1987b: 85-93). Nesse ponto, a questão da interpretação torna-se mais interessante. Quanto à síntese de sentido “pessoa”, Luhmann sustenta estar fundada em conteúdo excessivamente concreto e particularizado. É incapaz de abarcar um número considerável de expectativas individualizadas no seu interior. Seu baixo grau de abstração impede que ela transcenda o caso específico. Os papéis, por sua vez, são dotados de um grau de generalidade maior do que a pessoa. Baseia-se na institucionalização de competências e funções. Não se trata de expectativas em torno de uma figura específica, mas de um papel socialmente desempenhado, o que lhe permite um maior grau de abstração. As expectativas concentram-se em torno da função. Para Luhmann, os papéis servem mais à estabilização de expectativas normativas que as pessoas, mas não são suficientes.

Os principais mecanismos para a realização desse fim são os programas decisórios. No que eles consistem? Regras de decisão, normas jurídicas. Abarcam múltiplas pessoas, papéis e expectativas individualizadas. Os programas decisórios do sistema jurídico são de tipo condicional: se “A”, então “B”. Por contemplar um grau elevado de abstração (a norma jurídica

é geral e abstrata), operam em situações de risco. É possível conflitos e contradições no interior de expectativas normativas formadas por programas decisórios. “Não causar prejuízo a outrem”, por exemplo. O que um entende por “prejuízo” pode ser diferente daquilo que outro imagina. Nesse sentido, a função interpretativa tem um papel fundamental: define qual dentre as expectativas individualizadas será transformada em direito. Estabelece, portanto, aquilo que será incluído ou excluído do sistema jurídico. Em outras palavras: a função interpretativa determina o conteúdo da norma jurídica que especificará qual expectativa individual será jurisdicizada. Isso é fundamental para reconhecer a diferenciação entre o direito e os demais valores e expectativas sociais, justamente aquilo que a descrição parsoniana ignorava. A sociologia luhmanniana admite um mecanismo no interior do sistema jurídico (os programas decisórios) que, com o auxílio da função interpretativa, permite afirmar o que é ou não direito (moral, economia, religião, ciência ou qualquer outro elemento externo do sistema jurídico).

Luhmann sustenta que a última síntese de sentido – os valores – não consegue desempenhar tal função, pois é dotada de um grau excessivamente elevado de abstração. Por essa razão, são incapazes de diferenciar expectativas individualizadas, sociais e jurídicas. Nesse sentido, restauram o problema de indiferenciação entre direito e sociedade, presente na descrição parsoniana. Pense-se, por exemplo, no princípio da dignidade da pessoa humana. Ninguém o nega. Ele abarca todas as expectativas correntes. Os valores são altamente consensuais. Agregam todos, mas, ao mesmo tempo, são pouco operativos, pois introduzem, no interior do direito, o mesmo nível de contradição e conflito de interesses da fase pré-jurídica. O argumento luhmanniano, todavia, não é ingênuo. Luhmann é consciente que o advento do Estado Social importou a positivação de valores no ordenamento jurídico. O tom de sua crítica, no entanto, é irônico. Para ele, os valores são o cavalo de tróia do sistema jurídico contemporâneo. Presente de grego! Inclui no interior do direito elementos políticos, econômicos, morais e sociais capazes de corromper e destruir o próprio sistema. Quando positivados, os valores não produzem apenas a indistinção entre expectativas jurídicas e outras expectativas sociais. Bloqueiam, ainda, o processo de diferenciação entre direito e política, pois aumentam o subjetivismo e a incerteza das escolhas sobre qual conteúdo é o mais adequado ou

o melhor para o caso específico. Se o direito pode a qualquer momento mudar conforme o interesse do momento, sua autonomia é destruída. Há super-adequação social do direito.

Qual alternativa Luhmann oferece? Para ele, a solução não está na negação ou eliminação dos valores. Ele é consciente de sua relevância para a produção de consenso. No entanto, sustenta que seu sentido deve ser concretizado de modo a vincular minimamente o futuro. Isso seria possível desde que, em torno da interpretação dos valores nas decisões judiciais, haja redundância argumentativa (Luhmann, 1995: 338 e ss.). Uma vez concretizado, o sentido deve produzir abstração e orientar as escolhas futuras. Em outras palavras: linearidade e coerência entre as decisões judiciais ou, ainda, respeito ao precedente. A criação do precedente estabelece um sentido específico a determinado valor. A decisão anterior vincula e concretiza o conteúdo dos princípios, tornando-os programas condicionais. A redundância argumentativa transforma valores em programas decisórios. A reconstrução de sentido deve ser capaz de produzir abstração e orientar escolhas futuras. Por redundância, refiro-me apenas ao plano operativo do sistema jurídico (linearidade e coerência entre as decisões judiciais ou, ainda, respeito ao precedente). Ele é responsável por restringir a margem de discricionariedade dos princípios e dos valores.

## V

Gostaria de concluir com uma breve ponderação a respeito de como esse percurso da função interpretativa desenvolveu-se no Brasil. Trata-se do registro de algumas especulações sobre a forma de estabilização da dogmática jurídica e do processo de formação dos juristas em países periféricos. Peço para considerarem tais argumentos como reflexões iniciais de uma proposta de investigação. Nesse sentido, a solução luhmanniana será testada à luz da realidade periférica, particularmente do caso brasileiro, conforme a teoria dos sistemas alopoiéticos de Neves. Sugiro como hipótese que, no Brasil, há desvio da função interpretativa por conta da estabilização de formas de corrupção sistêmica que bloqueiam a autonomia do direito.

Essas formas presentes nos países periféricos levaram Neves a definir a modernidade brasileira como modernidade negativa (Neves, 2006: 244). Sua premissa teórica é aquela segundo a qual, no Brasil, o direito produz excesso de adequação social e pouca consistência

jurídica (Neves, 2003: 245-268). O sistema é alopoiético, pois a autonomia operativa do direito não consegue se afirmar perante “particularismos relacionais difusos” e os códigos da política e da economia (Neves, 2006: 245). É importante ressaltar que, ainda que Neves afirme os limites das teorias brasileiras clássicas histórico-antropológicas, não desenvolveu abordagem crítica à posição central de categorias como clientelismo, troca de favores ou patrimonialismo (Neves, 2006: 247). Por essa razão, pode ser entendido como um tipo de descrição atrelada às teses do atraso ou do desvio brasileiro em relação às condições sociais dos países centrais. Para ele, o Estado de Direito não se realizou plenamente no Brasil. Qual seria a função jurídico-interpretativa à luz dessa hipótese?

Uma releitura do modelo de “dupla interdependência” parsoniano conforme a realidade brasileira pode elucidar algumas questões. Evidentemente a proposta de Parsons é esclarecer o funcionamento da noção de Estado de Direito. Quando se pensa em Brasil, no entanto, é fácil observar que o poder político e a autorização do uso da força não dependem da lei para legitimar sua ação. Não se propagam por meio da legalidade, mas dos laços pessoais, do prestígio social e da afetividade. A lógica é aquela da cordialidade, para utilizar expressão de Buarque de Holanda.

Se não há prestação e contraprestação entre direito e política, não existe necessidade de diferenciação entre esses sistemas. Se não há tal necessidade, qual a razão para o desenvolvimento de uma função interpretativa? Que tipo de exegese dos juristas se estabilizou no direito brasileiro? Retórica! A argumentação jurídica se travesti de palavras vazias que, ao invés de concretizar sentidos normativos, ocultam as relações patrimonialistas. O código decisório lícito/ilícito sofre bloqueios permanentes por injunções externas (políticas, econômicas etc.). Há, nesse sentido, corrupção sistêmica encoberta pelo discurso elegante, pelo enciclopedismo e pelo pseudo-eruditismo dos juristas. A argumentação jurídica, na realidade, verifica-se com base em escolhas que se dão conforme o valor que será agregado ao patrimônio político do operador do direito em questão. Os professores de direito escrevem teses advocatícias para angariar clientes ou distribuir pareceres; os juizes citam os doutrinadores que exaltam suas decisões. Evidentemente, todos se encontram nas faculdades de direito. Uma vez definidos os laços político, econômicos e pessoais do profissional do direito, os argumentos

podem ser retoricamente adaptados: podemos utilizar a dignidade da pessoa humana ou o artigo 8º do Código Tributário, a teoria dos princípios de Alexy ou, porque não, citar Aristóteles. A hermenêutica dos juristas brasileiros não fixa sentido vinculante. Pode se prestar ao enciclopédismo. Ela busca ocultar a essência decisória do homem cordial.

Se é verdade que a teoria dos sistemas alopoiéticos supera as “antropologias nacionais” e, por sua vez, compreende as dificuldades operativas do direito brasileiro como elementos “indissociáveis às relações sociais que o Estado se encontra envolvido” (Neves, 2006: 247), não é menos certo que os tipos de problema da realidade periférica são por ambas as perspectivas compartilhados. O particularismo, a lógica dos privilégios e a indistinção entre público e privado são características da complexidade desestruturada que formata o caso brasileiro. Dessa forma, independentemente das causas ou “raízes”, os conceitos que exprimem a forma de sociabilidade periférica, formulados por análises clássicas brasileiras histórico-sociológicas, não são incompatíveis com a proposta de Neves.

Segundo Buarque de Holanda, na história da América do Sul, as leis são feitas para serem violadas e as Constituições, descumpridas (Holanda, 2006: 182). Nesse sentido, pode-se afirmar que nós nunca conhecemos formalismo ou dogmática jurídicos, isto é, construções de sentido legal estrito que se afirmam sobre a discricionariedade e os interesses particulares. A retórica serve para que esse sentido não se concretize e permita a manipulação do conteúdo jurídico por operações externas ao sistema, especialmente pelos interesses privados. Parodiando Buarque de Holanda, poder-se-ia falar em “hermenêutica da cordialidade”. O Brasil não passou pela escola exegética francesa. Não houve uma superação, mas sim uma atualização da lógica jurídica da pessoalidade e da afetividade.

Na realidade periférica, a síntese de sentido (ou expectativa normativa) que se estabilizou não foi “programa decisório”, mas a “pessoa”. Pode-se afirmar que a dupla contingência foi solucionada pelas relações que surgem dos laços de confiança e de favor. São eles que geram previsibilidade para as expectativas. Para eles, não há necessidades de técnicas interpretativas e estratégias de convencimento. A retórica, nesse sentido, assume um valor ideológico fundamental: oculta as estruturas de sentido construídas pela realidade periférica. Se a *ratio decidendi* orienta-se com base na síntese de sentido “pessoa” e a retórica encobre esse

processo, a decisão jurídica verifica-se com base no sentimento de simpatia, de interesse e de confiança do magistrado em relação à parte. O material jurídico possui maior flexibilidade e se orienta conforme um sentimento de justiça movido pela afetividade. Nesse sentido, o código comunicativo lícito/ilícito convive com códigos paralelos como, por exemplo, simpatia/antipatia, confiança/desconfiança, boa pessoa/má pessoa, interesse particular/desinteresse público.

Sem ter estabilizado o Estado de Direito na estrutura social, a realidade jurídica brasileira importou, a partir de 1988, o modelo de ativismo judicial de países que já haviam esgotado o potencial da racionalidade jurídico-formal. O resultado não surpreende: os valores e princípios são absorvidos pela lógica da retórica. Criam, no entanto, uma situação inusitada. Se, antes, conforme a definição de Buarque de Holanda, a lei não era obedecida, a indeterminação e a abstração dos valores permitem que o direito seja descumprido por um princípio positivado pelo próprio direito. O paradoxo está formado: os princípios e valores constitucionais são criações do Estado de Direito para violar o próprio Estado de Direito. Isso porque, ao tornar-se complexa, a sociedade brasileira pode, através dos meios de comunicação de massa, se escandalizar contra as velhas posturas clientelistas e patrimonialistas. Nesse sentido, o ativismo judicial e sua versão dogmática, a teoria dos princípios constitucionais, parecem cumprir uma função política específica: legitimar e institucionalizar o homem cordial.

## VI

As sugestões apresentadas nesse trabalho são o esboço de uma primeira aproximação ao debate sobre modernidade brasileira e direito. Refletem o atual estágio da produção acadêmica jurídico-sociológica sobre essa temática, altamente influenciado pela teoria dos sistemas e pela crítica de Neves ao modelo luhmanniano. Apresentadas, nesse momento, de maneira especulativa, pretendo desenvolvê-las de forma gradual ao longo de um projeto de pesquisa mais extenso e empiricamente orientado.

Referências:

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Viena: Österreichische Staatsdruckerei, 1992.

HOLANDA, Sergio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

\_\_\_\_\_. *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987a.

\_\_\_\_\_. *Rechtssoziologie*. Opladen: Westdeutscher, 1987b.

NEVES, Marcelo. "Von der Autopoiesis zur Allopoiesis des Rechts". In: *Rechtstheorie*, Berlin, v. 34, n. 2, p. 245-268, 2003.

\_\_\_\_\_. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PARSONS, Talcott. "Law as an intellectual stepchild". In *Theoretical Perspectives*, 1978.

\_\_\_\_\_. "Sistema giuridico e controllo sociale". In GIASANTI, Alberto e POCAR, Valério (Org.). *La teoria funzionale del diritto*. Milano: Unicopli, 1981.