

Confiar e interpretar: a manutenção das expectativas normativas

To trust and to interpret: the maintenance of normative expectations

Frederico Menezes Breyner¹

Faculdades Milton Campos (Brasil)
fredericobreyner@gmail.com

Resumo

O texto pretende abordar a interpretação jurídica, compreendida como a atividade de atribuição e construção do significado dos textos legais, no âmbito da teoria autopoietica dos sistemas sociais. O reconhecimento de um sistema no âmbito da sociedade demanda a identificação de sua clausura operacional, que permite seu funcionamento autônomo sem interferência do ambiente. Nesse contexto, o direito é visto como um sistema funcionalmente diferenciado dentre os subsistemas sociais a partir de sua tarefa de estabilizar expectativas normativas. O direito se reproduz de forma autônoma por meio de textos para desempenhar essa tarefa, sendo um desafio para suas instituições a manutenção de sua autonomia no momento de interpretação e aplicação dos textos. Para manter essa função autônoma, o direito motiva e é motivado pela confiança, que por sua vez demanda a antecipação do futuro (e das decisões jurídicas), o que termina por guiar a interpretação e aplicação do direito e manutenção de sua especialização social.

Palavras-chave: teoria dos sistemas sociais; sistema jurídico autopoietico; confiança; interpretação jurídica; textos normativos.

Abstract

The text intends to approach the juridical interpretation, understood as the activity of attribution and construction of the meaning of the legal texts, within the scope of the autopoietic theory of social systems. The recognition

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), com estágio doutoral na *University of California*, Berkeley, e período de pesquisa na *Università degli Studi di Torino*. Mestre em Direito pela UFMG. Professor de Direito Tributário e Financeiro da Faculdade de Direito Milton Campos. Endereço: Faculdade de Direito Milton Campus, Rua Milton Campos, 202, CEP 34006-050, Nova Lima, MG, Brasil.

of a social system requires the identification of its operational closure, which allows its autonomous operation without environmental interference. In this context, law is seen as a functionally differentiated system among social subsystems, regarding its task of stabilizing normative expectations. Law reproduces itself autonomously by means of texts, and it is a challenge for its institutions to maintain its autonomy when interpreting and applying the texts. To maintain this autonomous function, law motivates and is motivated by trust. Trust demands the anticipation of the future (and of legal decisions), which ends up guiding the interpretation and application of law and the maintenance of its social specialization.

Keywords: social systems theory; autopoietic legal system; trust; legal interpretation; legal texts.

Introdução

A vida em sociedade se dá por meio de interações entre pessoas que se aproximam, se distanciam, comungam interesses, divergem em entendimentos. As inúmeras possibilidades, advindas de fatos naturais, sociais, psicológicos, dentre outros, são fatores importantes na determinação das condutas e decisões humanas.

Conviver com essas inúmeras possibilidades é viver em insegurança, tornando inviável a previsão de qualquer consequência decorrente de uma determinada situação, dada suas variadas fontes, contornos e momentos de ocorrência. A complexidade e mobilidade do mundo real é impeditivo de decisões seguras, imersas que estão em um ambiente inapreensível em sua totalidade.

A planificação da vida requer a redução dessa complexidade e o estabelecimento de padrões de conduta e possibilidades de acontecimentos. Em suma, as pessoas criam expectativas umas frente às outras, o que requer confiança mútua para que possam ser efetivamente livres ao esperar que os padrões de conduta sejam seguidos pelos demais.

Segundo Luhmann, a confiança “deve reduzir o futuro de modo que se iguale com o presente, isto é, reduza a complexidade”. Diante das expectativas criadas, “mostrar confiança é antecipar o futuro” (Luhmann, 1996). Os indivíduos se propõem a confiar nas alternativas instituídas pelos padrões de ação, antecipando as consequências de suas condutas e também das condutas alheias. É inerente à confiança uma construção do tempo por meio de um futuro em perspectiva. A confiança só é possível no presente que se pretende projetar para o futuro como forma de se alcançar a segurança.

Essa antecipação é extremamente difícil numa sociedade complexa como a contemporânea, onde convivem expectativas conflitantes e interesses contraditórios. Cabe ao sistema jurídico a tarefa de ser uma estrutura motivadora da confiança. Sua função dentro do sistema social é estabelecer, por meio das normas jurídicas, os padrões de conduta, estabilizando as expectativas e prevendo mecanismos de satisfação dessas expectativas, como a sanção e a coerção. Nisso o direito se diferencia funcionalmente no ambiente social no qual se insere.

Aquelas inúmeras alternativas e possibilidades existentes no meio social são selecionadas pelo sistema jurídico que, a partir de seus mecanismos e linguagem específica, apreende-as como um número limitado de possibilidades, atribuindo-lhes consequências jurídicas. Essa é a ideia base do sistema jurídico operacionalmente fechado que constitui o marco do presente trabalho, que por ela se guiará para compreender a interpretação e aplicação do direito.

O direito como sistema autopoiético e a confiança por meio de expectativas normativas

Atualmente o direito desempenha sua tarefa essencialmente pela produção de textos normativos introduzidos principalmente pelo legislador, por meio da qual o direito então simultaneamente se autoproduz e se reproduz.

O legislador está inserido no sistema, mas encontra-se nos seus limites, na sua zona de contato com os demais sistemas. É ele que aciona os mecanismos do próprio sistema para movimentar suas estruturas a partir daquilo que compreende serem os dados do ambiente e, a partir da linguagem jurídica, enunciar normas de conduta, criando expectativas normativas com função estabilizadora. Se esta é sua função, de criar expectativas e estabilizar situações, seus atos estão direcionados ao futuro. O passado neles veiculado não é seu objeto, representando tão somente os dados que a partir de sua compreensão, limitada internamente pelo próprio sistema, pensa ser aqueles oriundos do ambiente que o motivaram.

Se aquelas possibilidades existentes no meio social influenciarem e determinarem o direito com sua própria linguagem, este se torna diluído no meio social, e sua compreensão e conhecimento ficam inviabilizados. Seria impossível impulsionar a confiança e as consequências se tornariam imprevisíveis, pois não se saberia quais suas fontes, já que o sistema passaria a se confundir com o ambiente.

Por isso Luhmann trabalha com o sistema jurídico como redutor de complexidade, que, em razão de sua funcionalidade (estabilização das expectativas normativas), estabelece mecanismos internos para a compreensão da comunicação oriunda dos outros sistemas sociais. O sistema jurídico dessa forma, “lê” os demais sistemas sociais a partir de seu próprio código legal/ilegal, construído a partir de seu interior. É apenas “irritado” ou então “influenciado” pelos outros sistemas, mas não pelos dados por ele produzidos, mas sim por aquilo que o direito entende serem os dados produzidos pelos outros sistemas. Daí a compreensão de fechamento operacional e abertura cognitiva, pelo que o direito é entendido como um sistema autopoiético. Nos dizeres de Teubner (1993):

Deixa de ser possível transplantar directamente as normas sociais para o sistema jurídico, já que se torna necessário um acto de selecção autónomo (por exemplo, uma norma de referência ou uma decisão judicial), à luz do qual se decide da validade ou não dessas mesmas normas. A selecção passa a ser governada por processos jurídicos internos mais do que pela aceitação exterior, e os principais critérios de selecção passam a ser o da adaptabilidade da inovação às estruturas normativas existentes (programas jurídicos) e o da sua compatibilidade com a autopoiesis jurídica (código jurídico). Das várias

expectativas geradas no seio do sistema jurídico, apenas algumas podem ser aceites como 'válidas' e inseridas na comunicação jurídica, precisamente aquelas que foram seleccionadas por actos jurídicos cujos pressupostos sejam definidos pelo próprio sistema jurídico: é o sistema que, definindo os pressupostos de cada acto jurídico, define do mesmo passo cada etapa evolutiva do próprio direito.

Finalmente, a estabilidade das estruturas dos sistemas autopoieticos é assegurada por mecanismos gerados no seu próprio seio, que desse modo garantem a retenção das normas jurídicas. Tal função de estabilidade é cada vez menos produto da respectiva implantação em diversos contextos sociais (moral, política, religião) e cada vez mais levada a cabo através de auto-referências do sistema jurídico (para congéneres decisões judiciais, normas, princípios ou discursividade jurídica autónoma).

Essa compreensão do sistema jurídico é essencial para seu funcionamento e para a aquisição de uma confiança sistêmica nos termos da teoria dos sistemas autopoieticos. A confiança é adquirida com a renúncia à informação (Luhmann, 1996), a partir da qual as pessoas se comportam por meio de padrões, evitando o questionamento permanente das normas, das instituições e, enfim, dos mecanismos jurídicos de planificação social. No entanto, em sociedades complexas essa renúncia não se dá de forma completa. A confiança passa a ser examinada a partir de novas informações e constantemente submetida a novas decisões e justificativas. Passa-se a confiar em que os outros também confiam, caracterizando assim a reflexividade interna ao sistema, própria de sua clausura operacional. A percepção de que determinada situação não inspira confiança acarreta o acionamento de mecanismos internos ao próprio sistema, para que esse incorpore novas informações que, compartilhadas, permitirão o restabelecimento da confiança, com a previsão de novas alternativas, viabilizando internamente a autorreprodução do sistema.

O fechamento operacional do sistema jurídico viabiliza a confiança, e a confiança viabiliza o funcionamento do sistema jurídico. Uma vez separado do ambiente, o sistema não mais enxerga o seu ponto de fechamento, e deixa de enxergar seu entorno, como se um espelho estivesse permanentemente colocado à sua frente, encobrendo todo seu campo de visão. O direito nega qualidade jurídica ao ambiente sem poder enxergar esse mesmo ambiente, em um paradoxo que é constantemente superado pelas próprias operações internas sistema jurídico, dentre elas a interpretação jurídica e aplicação do direito.

Os questionamentos acerca do que é direito, com que direito ele atribui expectativa normativa a uma pessoa e conseqüentemente um direito para garanti-la, da sua eficácia para motivar confiança e da sua capacidade de estabilizar expectativas normativas são constantemente encobertos. O direito não consegue responde-los (paradoxo) e também não reconhece qualquer resposta dada pelo seu entorno, que no máximo consegue irritar o direito para que ele se autorreproduza em busca da continuação de suas operações.

As alternativas dadas pelas normas jurídicas serão construídas internamente ao sistema, ou seja, a solução de conflitos e a previsão de conseqüências terão como base exclusivamente as informações selecionadas pelo sistema jurídico. Caso isso não ocorra, estaremos diante de uma ruptura do sistema e da confiança, uma vez que a busca de soluções jurídicas nos

sistemas adjacentes, como o político e o econômico, ampliam de forma incontrolável as fontes de informações e as possibilidades, que se tornam novamente ilimitadas.

O sistema jurídico tem seu funcionamento e só cumpre sua função de normatizar comportamentos se for estabelecido com base na confiança, e para isso necessita do fechamento operacional. A confiança é inerente ao sistema, e sua proteção é por ele próprio possibilitada, pois, caso contrário, o direito não mais se prestará à função a que se propõe no interior do sistema social, qual seja, regular condutas e estabilizar expectativas.

Da confiança pelo texto normativo à confiança na aplicação do direito

A criação de expectativas normativas por meio das leis é, contudo, apenas o primeiro passo do funcionamento do sistema jurídico. Essas expectativas devem ser mantidas e promovidas por meio do sistema jurídico, que por sua vez é por elas motivado ao cumprimento de sua função (reflexividade). Essa manutenção passa inexoravelmente por comunicações internas ao sistema jurídico consistente nas operações de interpretação e aplicação das leis.

A teoria dos sistemas aqui analisada demanda que seus pressupostos sejam estendidos não apenas ao momento de criação das expectativas normativas, mas também no momento de sua manutenção pela aplicação do direito.

Esse é o propósito deste artigo, cuja tarefa depende do recurso a outras construções que possam complementar a teoria autopoiética, segundo a qual o sistema jurídico se fecha e se reproduz por meio de textos, que constituem operações que por si próprias se atribuem ao sistema jurídico, colocando-o em movimento e alterando sua posição em meio ao ambiente circundante (Luhmann, 1995). O sistema jurídico não observa nada que não constitua essa modalidade de operação. Por esse motivo, a viabilidade de comunicações acerca do conteúdo do texto para a alocação do código legal/ilegal demanda uma diferenciação que dá origem a uma observação de primeira ordem, na qual o leitor do texto o observa.

A visualização da divergência de opinião comunicada pelos leitores do texto acerca da alocação do código legal/ilegal demanda uma observação de segunda ordem, que observa como os leitores observam, ou seja, como formam suas opiniões acerca da alocação do código legal/ilegal baseados em fundamentos (Luhmann, 1995).

Na medida em que o direito prefere que seu código seja baseado em razões e não na força ou em uma categoria especial de leitor (a exemplo de grupos privilegiados), a determinação de quais fundamentos são “bons” depende de uma observação de terceira ordem, que consiste na argumentação jurídica, cuja função específica no sistema jurídico é observar formas (distinções) de bons fundamentos.

Apesar de identificar, por diferenciações internas, as diversas ordens de observação que viabilizam a comunicação e reprodução do sistema, a teoria autopoiética não apresenta uma teoria normativa da interpretação, ou seja, um guia para as observações de primeira e segunda ordem que constituem as atividades dos leitores dos textos jurídicos, ou seja, qual o

significado por eles atribuídos aos textos, cujos fundamentos são avaliados como bons ou ruins pela terceira ordem de observação.

Deve ser bem compreendido, porém, o que se quer dizer por “guiar” as observações. É incompatível com a construção da teoria dos sistemas que esse guia tenha o propósito de determinar a evolução do direito e da sociedade a partir de critérios para a leitura de textos e alocação do código legal/ilegal. Na medida em que o direito busca sua sobrevivência enquanto sistema funcionalmente distinto da sociedade, a interpretação e a argumentação jurídicas alcançariam no máximo um objetivo de estruturar expectativas sobre expectativas, viabilizando novas comunicações e novas operações de autorreprodução (Magalhães, 1999).

Uma teoria da interpretação, portanto, somente pode versar sobre expectativas normativas no presente, estruturando, sem determinação, como expectativas normativas poderão gerar novas operações do sistema no futuro. Não se pode determinar como, quais e em que direção serão as futuras comunicações.

Por isso é útil e relevante a complementação da teoria autopoietica com uma teoria da interpretação que explique a reprodução do sistema a partir de elementos a ele internos, garantindo as expectativas normativas filtradas pela autorreprodução do direito por meio de textos e estruturando as novas expectativas sobre essas expectativas.

Interpretação jurídica e estabilidade do sistema jurídico autopoietico

A compreensão da produção e reprodução do direito por meio da criação, interpretação e aplicação dos textos normativos demanda uma análise da relação entre esses elementos e seus condicionamentos recíprocos.

No modelo kelseniano, essa relação era visualizada a partir de da proposta de profunda separação entre o ser e o dever ser que, em razão do pressuposto da pureza metodológica, rejeitou a interpretação como integrante da Ciência Jurídica. Em termos de determinação do sentido das leis, caberia a ela apenas traçar as várias interpretações possíveis e identificar a moldura na qual caberia a decisão. Contudo a operação semântica de atribuição de sentido ao texto ficava a cargo de uma escolha política (Oliveira, 2012).

Nesse modelo, a interpretação é algo incontável, insubmissa a qualquer parâmetro jurídico. Por mais que coubesse à Ciência Jurídica determinar os sentidos possíveis da lei, a decisão seria jurídica não por adotar qualquer deles, mas simplesmente por ter sido exarada pela autoridade prevista pelo Direito para aplicá-la.

Impossível seria a apreensão do sentido da lei para prever a futura decisão. Tal estado de coisas “conduziu ao reconhecimento de um decisionismo absoluto no que toca à aplicação dos textos jurídicos. A autoridade faria, ela própria, o Direito ao aplicá-lo, sem qualquer limite” (Carvalho Netto, 1999). Esse contexto certamente não se coaduna com os princípios decorrentes do Estado de Direito, em especial a segurança jurídica, a autoridade democrática do legislador e a proibição do arbítrio.

Pode-se superar esse estado de coisas pela teoria de Canaris (1996), que trabalha o conceito de sistema no Direito a partir de sua vertente semântica, histórica e interpretativa, cujo papel é “o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica”. O resultado da interpretação, utilizado na decisão, não pertencerá ao sistema apenas em função da autoridade que a exara, mas sim em função de sua adequação valorativa e semântica ao sistema.

Mas a inserção da interpretação no interior do sistema jurídico requer controle e metodologia que possibilitem ao destinatário da decisão reconduzi-la ao sistema jurídico vigente, ou seja, que possibilite a verificação de sua adequação aos limites do texto normativo.

Essa metodologia deve partir do texto normativo como limite da interpretação, já que atualmente o Direito se expressa por meio dos textos constitucionais e legais. Para Müller (2005), isso se dá por imperativos decorrentes do Estado de Direito, onde a legalidade é instrumento realizador da segurança jurídica, e o princípio democrático atribui ao legislador uma autoridade, impedindo que seja esta desprezada.

Mas o texto por si só, embora seja um limite imposto pelo próprio sistema jurídico, é um limite frágil, dada a possibilidade de várias interpretações. Essa a lição de Guastini (2005):

[...]

as decisões judiciais devem (a) ser motivadas, e (b) ser motivadas com base na lei.

[...]

A obrigação de motivar “com base na lei” cria, ademais, um vínculo de subordinação do juiz com respeito ao legislador: em virtude dessa obrigação, o juiz fica obrigado a mostrar, argumentativamente, que a norma a que deu aplicação era uma norma “preexistente” na lei. Trata-se novamente de um vínculo débil. Mas um vínculo débil é mais forte do que nenhum vínculo.

A previsibilidade das decisões e da interpretação não está apenas no texto, embora dele não possa prescindir enquanto mecanismo de autorreprodução do sistema. O texto deve ser conjugado com uma concepção sistêmica e uma metodologia interpretativa que possibilitem o controle e verificabilidade por parte dos destinatários da decisão.

Obviamente que não se trata aqui de reduzir o intérprete à função de “boca da lei”. A atividade interpretativa, embora seja criativa e construtiva, deve ter limites para que seja intersubjetivamente controlável (Ávila, 2005) e para que viabilize a continuidade do Direito e segurança nas suas mutações (Neves, 1999).

Quais seriam, portanto, os limites na interpretação do texto para que este mantenha sua autoatribuição ao sistema e sua característica de mecanismos de autorreprodução? A teoria autopoiética dos sistemas, conjugada com a interpretação nos termos em que concebida pela metódica estruturante de Müller, complementada por Neves, possibilitam afirmar a existência de parâmetros para identificar o conteúdo na lei (ato normativo geral e abstrato), e nela depositar sua confiança de que as expectativas normativas cuja estabilização é função do direito serão estruturadas, satisfeitas e reproduzidas.

A teoria autopoietica constrói a ideia de que o direito não reconheça alterações que não sejam por ele mesmo produzidas e conseqüentemente por ele não aceitas como válidas.

Por isso a interpretação jurídica é determinada a partir do próprio sistema, pois sua continuidade é rompida quando são reconhecidos motivos extra sistemáticos como razão determinante para a interpretação e aplicação (Magalhães, 1999). Tal situação implica quebra funcional do sistema, impedindo que se compreenda qual o parâmetro utilizado para a garantia das expectativas normativas, pois estando este fora do sistema, estará necessariamente diluído nos diversos sistemas sociais (ambiente). Ao mesmo tempo, negando uma determinação externa, uma teoria da interpretação interna ao sistema jurídico viabiliza a continuidade da autopoiese jurídica, na medida em que permite que a reprodução do direito não esteja pré-determinada a um conteúdo ou finalidade a serem alcançados no futuro por determinação do entorno.

Portanto, o intérprete está sempre vinculado ao texto normativo, que é o instrumento utilizado pelo Direito para impor expectativas normativas e parâmetros de soluções de conflito. Caso contrário, haverá verdadeira corrupção do sistema. Nos dizeres de Neves (2003):

[...] qualquer concepção puramente retórica, que reduz a práxis jurídica de interpretação-aplicação normativa ao mero jogo discursivo, sem qualquer vínculo com a 'legislação' (aqui, o texto constitucional). [...] Embora sejam possíveis diversos caminhos de concretização das normas constitucionais – tendo em vista a plurivocidade (semântica) dos textos e a diversidade (pragmática) dos agentes constitucionais, o ato concretizante precisa ser argumentativamente reconduzível ao texto constitucional (Muller 1994: 134). É claro que, assim como ocorre com o processo constituinte, o processo concretizador realiza uma seleção de expectativas normativas. Sendo que, nesse caso, para que se possa falar de concretização consistente, a seletividade refere-se a expectativas normativas decorrentes do texto e a ele dirigidas. Caso o caminho seguido nada tenha a ver com o modelo elaborado lingüisticamente pelo Constituinte, não cabe falar de concretização das respectivas normas constitucionais, mas sim de bloqueio ou deturpação do processo concretizador.

Da passagem acima identifica-se uma metodologia que permite aferir se a interpretação se utiliza de dados intrassistêmicos como determinantes, qual seja, a metodologia interpretativa empregada por Müller em sua Teoria Estruturante do Direito. Antes de a expor, cumpre destacar que o próprio autor assume sua teoria como complementar da compreensão sistêmica de Luhmann, no sentido aqui proposto. Segundo o autor (Müller, 2005), a Teoria Estruturante do Direito desenvolve um trabalho controlável de decisão, fundamentação e representação das funções jurídicas” e fornece instrumentos para a “redução de indeterminidade internas ao sistema”.

Müller (2005) afirma que o texto da norma fornece o programa normativo, que é a apreensão preliminar do significado da norma com base em dados lingüísticos. Essa interpretação inicial não se dá pela escolha de métodos isolados (gramatical, histórico, genético, sistemático, teleológico, interpretação conforme à Constituição, correção funcional,

proporcionalidade, concordância prática, proibição de excesso, etc.), mas pela sua utilização conjunta como elementos de interpretação. A escolha depende de critérios de preferência entre os métodos disponíveis, demonstrados de forma clara e intersubjetivamente controlável, e que devem ser fundados sempre em parâmetros jurídicos internos ao sistema.

A partir da constituição desse programa normativo por meio dos métodos de interpretação escolhidos de forma fundamentada no sistema jurídico se analisa conjuntamente a realidade fática em questão, realidade esta que será apreendida nos limites fornecidos pelo programa normativo. Essa construção contraria o entendimento de que a simples análise do texto legislativo permitiria ao intérprete vislumbrar todos os casos em que a norma será aplicada. A tal conclusão só se chega ao final do processo de concretização, uma vez que a norma não é um ato abstrato e desvinculado da realidade, mas sim uma ordem dotada de aspecto empírico-pragmático, carente de suporte material. Não se cogita mais a possibilidade de “conhecer” o direito apenas pela leitura e interpretação do texto legal, do qual se extrairiam normas prontas para incidir sobre os fatos. Também os fatos são construídos, entrando em síntese dialética com a norma, da qual será extraída a regulamentação do caso.

Há um processo de concretização do direito no qual, a partir da compreensão do programa normativo e do âmbito da norma, formula-se a norma jurídica como uma ordem materialmente determinada (no caso X, deve-se observar a norma Y). Referido processo de concretização culmina na norma de decisão, que determina o comportamento a ser observado no caso, em processo no qual se demonstra a relevância do caso decidido e a sustentabilidade da decisão em face do programa normativo, ou seja, a recondução da norma de decisão ao texto da norma.

Outro elemento constitutivo da normatividade é o âmbito normativo, que representa o recorte da realidade social ao qual a regulamentação jurídica se refere. O âmbito da norma é questão extremamente polêmica e complexa, e que não influencia nas conclusões do presente trabalho, pois aqui é importante concluir, com Müller (2005), que o texto normativo, ou melhor, o significado que se possa atribuir ao mesmo, é não só o início, mas também o controle do processo de interpretação e aplicação do direito.

Sobressai o aspecto pragmático do Direito. Embora para Müller (2005) a interpretação seja apenas um aspecto preliminar da formulação da norma jurídica, pois referida apenas ao texto, tem ela uma importante função de controle, pois a decisão deve àquela norma ser “reconduzida” ou “atribuída”. Interessa aqui compreender todos os elementos de interpretação como concorrentes, demandando do intérprete honestidade e clareza na eleição de um deles, que deve ser feita mediante o estabelecimento de regras de preferência suportadas pelos princípios constitucionais adotados e explicitados. Essa postura é exigida pelo direito na medida em que rejeita critérios de autoridade ou seletividade.

Mesmo com a proposição desses limites e controles, remanesce uma questão, bem colocada por Neves (2001), consistente em “delimitar as fronteiras entre as interpretações justificáveis e as que não são ‘atribuíveis’ aos textos constitucionais e legais no Estado Democrático de Direito”.

Dos limites à construção dos significados dos textos normativos: realização da segurança jurídica e confirmação das expectativas

Segue-se então para a fundamental abordagem da confirmação das expectativas normativas no momento da reprodução do direito por meio da interpretação e aplicação dos textos normativos.

Nessa atividade, a dúvida de correspondência entre a expectativa criada pelo texto e a decisão efetivamente tomada está sempre presente, e pode ser explicada a partir de Descartes (2010), que aliou a dúvida e o método na busca da verdade autoevidente. O ser pensante busca o conhecimento por meio da dúvida, que é levada ao extremo a ponto de se estabelecer que a única dúvida não permitida ao ser pensante é duvidar que esteja duvidando. A partir da dúvida, a investigação é enquadrada em um método rígido e pré-estabelecido, por meio do qual se chegaria à verdade.

Vislumbra-se assim uma verdadeira impossibilidade da linguagem, inviabilizadora da comunicação, e conseqüentemente da garantia da realização de expectativas.

A isso se contrapõe a afirmativa de que a própria dúvida é construída antes pela linguagem. Há o engajamento pragmático no mundo através da linguagem, antes do qual não se pode levantar qualquer indagação. É célebre a indagação de Wittgenstein (1975): “Posso estar cometendo um erro [...] em pensar que as palavras das quais esta sentença é composta são palavras em inglês, cujos significados eu conheço?”

O entendimento passa a ser o ponto principal do conhecimento, necessariamente hermenêutico, do mundo e da verdade. O conhecimento não é formulado de forma inédita a cada compreensão do mundo, mas sim a partir de bases de pré-compreensões construídas em determinado contexto histórico (Gadamer, 1999). Essas pré-compreensões nos chegam por meio da tradição no uso da linguagem, que é construída pela autoridade que não se funda na imposição, mas sim no reconhecimento (Oliveira, 1996), e que são paulatinamente reafirmadas ou substituídas por novos conceitos mais adequados (Gadamer, 1999).

Com isso conclui-se que a linguagem do direito não suscita dúvida quanto a todo seu conteúdo, como expõe Luhmann. Algumas expressões e termos têm um conteúdo mínimo pré-constituído e aceito pela comunidade jurídica.

Quanto aos demais aspectos, no âmbito jurídico é possível afirmar que a tradição e a autoridade são traduzidos, respectivamente, como o conhecimento jurídico-científico produzido pela comunidade jurídica e aceito em dado momento pelos intérpretes oficiais (no nosso Direito, o Poder Judiciário). Essa a melhor compreensão da releitura que Neves faz desse aspecto pragmático, por ele denominado como modelo semântico-pragmático, que passamos a expor.

Com base no clássico estudo de Häberle (1997), Neves (2001) analisa a relação complexa entre os intérpretes em sentido amplo (esfera pública pluralista) e os intérpretes em “sentido estrito” (os aplicadores oficiais do Direito – que é o Judiciário de forma definitiva). Os enunciados interpretativos são aceitáveis em face do texto normativo quando tenham “capacidade de generalizar-se consistentemente como critério para o tratamento de outros

casos em que se recorre aos mesmos dispositivos”. Dessa forma, a introdução arbitrária de uma interpretação para solucionar um caso “especial”, que adota compreensão totalmente desgarrada daquelas então havidas, representa ruptura com a legalidade e constitucionalidade, constituindo um enunciado interpretativo “estranho”. A estranheza, dessa forma “vai depender do contexto de sentidos construídos; ou melhor, dos seus usos na esfera pública. Esses usos, porém, são intermediados seletivamente pelos usos dos participantes em sentido estrito do procedimento interpretativo (os intérpretes oficiais ou para-oficiais)”.

Daí que o sistema jurídico estabelece um mecanismo interno para selecionar os enunciados construídos pela Ciência Jurídica. Trata-se do Poder Judiciário, centro de operações e comunicações alheio à reação do direito ao “barulho” do entorno. Eleito como intérprete definitivo do texto constitucional e legal, o Judiciário está no centro do sistema jurídico, responsável por estruturar as expectativas normativas geradas internamente pelo sistema ao extrair de um texto seu significado, sinalizando que irá resolver casos futuros recorrentes ao mesmo texto utilizando-se da mesma interpretação, possibilitando assim a autorreprodução do sistema. Nesse sentido Ost (2005) responde positivamente à seguinte indagação: “será que o juiz não é requisitado para decidir casos de hoje com a ajuda de textos de ontem, sempre tendo em vista o precedente que sua decisão poderia representar para amanhã?”, e Galanter (1993) afirma que:

Os tribunais não produzem apenas decisões, emitem também mensagens. Estas mensagens constituem elementos que as partes vão aproveitar para tomar consciência dos direitos que lhe são reconhecidos [...]. De igual modo, os tribunais fornecem informações que vão permitir a uns regular o comportamento dos outros (ou de opor a regras assim estabelecidas).

Na perspectiva do direito como um sistema autopoietico, o Poder Judiciário é colocado no centro do sistema, voltado para seus *inputs*, ou seja, isolado das influências do ambiente e vinculado apenas aos dados internos do sistema jurídico, devendo neles motivar suas decisões. Dentro dos limites suportáveis pelo texto, o Judiciário então exerce seu poder de estruturar e garantir as expectativas normativas realizando uma seleção intrassistêmica (Derzi, 2009).

A realização dessa seleção de sentido resulta em reforço das expectativas normativas, e trabalha na consolidação dessas expectativas no sentido atribuído pelo Poder Judiciário de forma estável em um dado momento histórico e cultural. Naquele contexto em que firmado o sentido, fecham-se as demais possibilidades, resultando assim uma estabilização semântica do sistema até a sua próxima “aquisição”, quando os mecanismos de acoplamento estrutural serão acionados para possibilitar nova estabilização.

Essa formação das expectativas normativas pelas decisões judiciais depende do sistema de controle jurisdicional. Em julgamentos proferidos em sede de controle abstrato, a natureza vinculante e os efeitos *erga omnes* possibilitam uma imediata e absoluta expectativa de que a norma inconstitucional não será mais aplicada, e que, dentre os sentidos possíveis do parâmetro constitucional utilizado, aquele pelo qual se concluiu pela invalidade da norma

contrastada deve certamente ser observado. Já no caso de controle incidental, onde as decisões somente têm força entre as partes e nos limites do caso apreciado, a formação da expectativa normativa demanda mais tempo, e tem limites mais estreitos (Derzi, 2009).

O papel do Poder Judiciário não é desempenhado apenas quando as decisões atribuem um significado a um texto de forma explícita, embora nesses casos a expectativa seja estruturada de forma mais intensa, pois restringe sobremaneira as expectativas de segurança. Caso contrário, as mensagens emitidas pelo Judiciário seriam totalmente inócuas já no próximo caso distinto daquele julgado anteriormente. Não serviriam para estruturar expectativas sobre expectativas, mas apenas para garantir a expectativa passada, sem viabilizar a futura autorreprodução do direito.

Isso impede o engessamento da interpretação jurídica e a consequente abertura para uma desdiferenciação do direito no futuro, impossibilitando a hipertrofia de outros sistemas na determinação de suas operações. Os usos de uma expressão constante dos textos normativos jurídicos representam uma partilha de sentidos plausíveis, autosselecionados em determinado momento. O sentido não selecionado “permanece na esfera pública, apontando às vezes para a própria mutação das regras procedimentais do jogo jurisdicional, seja com vistas à reconstrução judicial do sentido normativo ou à reforma legislativa constitucional de textos” (Neves, 2001). Embora Neves se refira a uma complementaridade entre aspectos internos e externos ao sistema no processo de validação da interpretação, pode-se entender a situação com base na clausura do sistema. Dessa forma, o sentido rejeitado como, por exemplo, uma doutrina jurídica minoritária ou entendimento jurisprudencial reformado nas Cortes Superiores, continua sendo um sentido que foi extraído dos *inputs*, ou seja, do texto normativo. Esses sentidos podem servir para uma futura reconstrução de sentido. Já a reforma do texto normativo decorre de uma anterior rejeição da linguagem jurídica por outro sistema (político ou econômico), provocando nele uma irritação que poderá culminar na mutação do texto normativo, mutação esta que será sempre operada pela linguagem jurídica, de acordo com o código e mecanismos internos ao sistema jurídico.

Conclusão

Pelo exposto, conclui-se, no atual estágio da Ciência Jurídica, e em razão dos princípios constitucionais expressamente acolhidos (Estado de Direito, segurança jurídica, vedação do arbítrio, autoridade democrática do legislador etc.), o decisionismo autoritário deve ser repellido.

Procurou-se demonstrar que há limites à interpretação do texto normativo que permitem a estruturação das expectativas normativas baseadas no texto enquanto mecanismo interno de autorreprodução do sistema. O sentido a ser atribuído ao texto constitucional ou legal, mesmo enquanto veiculador de uma norma jurídica geral e abstrata da qual se podem extrair vários sentidos, deve garantir a autorreprodução do sistema e aquisição de novos dados. A possibilidade de atribuição de sentidos diversos ao texto é inegável, inerente à atividade jurídica, mas não significa uma imprevisibilidade absoluta, o que acarretaria a própria

inutilidade dos textos normativos e do direito enquanto sistema destinado a estabilizar expectativas pelo regramento de condutas previstas antecipadamente pelas normas jurídicas.

Referências Bibliográficas

- CARVALHO NETTO, M. 2009. Apresentação ao artigo Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. *Caderno da Escola do Legislativo*, 9(1):7-12.
- DESCARTES, R. 2010. *Discursos sobre o método e princípios de filosofia*. São Paulo, Editora Folha de São Paulo, 107 p.
- GADAMER, H. 1999. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, Vozes, 730 p.
- GALANTER, M. 1993. A justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais. In: A. Hespanha (org.), *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 59-117.
- GUASTINI, R. 2005. *Das fontes às normas*. São Paulo, Quartier Latin, 415 p.
- HÄBERLE, P. 1997. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 55 p.
- LUHMANN, N. 1996. *Confianza*. Barcelona, Anthropos, 179 p.
- LUHMANN, N. 1995. Legal Argumentation: An Analysis of its form. *The Modern Law Review*, 58(3):285-298.
- MAGALHÃES, J. N. 1999. Sobre a interpretação jurídica. *Revista de Direito Comparado*, 3(1):429-450.
- MÜLLER, F. 2005. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 175 p.
- NEVES, M. 2001. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. In: E. R. Grau; W.S. Guerra Filho (org.), *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo, Malheiros, p. 356-376.
- NEVES, M. 2003. Concretização constitucional e controle dos atos municipais. In: E. R. GRAU e S. S. Cunha (org.), *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo, Malheiros, p. 568-591.
- OLIVEIRA, M. A. 1996. *Reviravolta linguístico-pragmática*. São Paulo, Loyola, 427 p.
- OLIVEIRA, M. A. C. 2012. Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica. In: A.S. M. C. Matos; A. B. Santos Neto (org.), *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen*. Curitiba, Juruá, p. 405-422.
- OST, F. 2005. *O tempo do direito*. São Paulo, EDUSC, 409 p.
- TEUBNER, G. 1993. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 357 p.
- WITTGENSTEIN, L. 1975. *On certainty*. Nova Iorque, Blackwell Publishing, 90 p.

Submetido: 19/07/2018

Aceito: 04/05/2021