

**DIREITO, TEORIA DOS SISTEMAS E PRAGMATISMO:
ENSAIO SOBRE OS USOS DA TEORIA DOS SISTEMAS A PARTIR DO
CONFRONTO ENTRE NIKLAS LUHMANN E A FILOSOFIA PRAGMÁTICA**

Lucas de Alvarenga Gontijo*

RESUMO

Existiria, a princípio, aquilo que Niklas Luhmann chamou de *fechamento operacional* aplicado ao feudo do direito? O presente texto propõe discutir até que ponto a proposta luhmanniana é concebível. Por meio da filosofia pragmática é possível compreender como o direito se fecha como ordem autopoietica e, ao mesmo tempo, se abre como ordem alopoietica, sem que haja uma contradição performativa. Não obstante, será preciso determinar as relações entre direito e linguagem, caminhando para uma discussão sobre o pragmatismo e, enfim, tecer algumas características do direito que, na concepção contemporânea, revelam seus usos e seus sentidos.

PALAVRAS-CHAVE

DIREITO; TEORIA DOS SISTEMAS; PRAGMATISMO.

ABSTRACT

Is there, by start, what Niklas Luhmann could operational close on the law's field? In the present text, We propose to discuss how far the luhmanian theory is acceptable. Thought the pragmatic philosophy it is possible to comprehend how the law is closed as an autopoietic order and, at same time, it is opened as an alopoietic order, without any per formative contradiction. No longer, We must to determinate the relations between law and linguistic, on way to a discuss about pragmatism to present some law's characteristics which, in the contemporaneous conception, show it's uses and significations.

KEYWORDS

LAW; THEORY OF THE SYSTEMS; PRAGMATISM.

* Doutor e Mestre em Filosofia do Direito pela UFMG. Professor da graduação e da pós-graduação da PUC Minas e da Faculdade de Direito Milton Campos. Fale com o autor pelo endereço eletrônico: alvarengagontijo@gmail.com.

1. - Introdução:

Em certa ocasião, um professor de direito, de uma das instituições que leciono, questionou-me se a disciplina de filosofia do direito guardava qualquer serventia para os profissionais do meio jurídico. Dizia ainda que os professores das disciplinas propedêuticas, nas quais eu me incluo, gastavam as aulas falando sobre diversos assuntos, mas não sobre o direito propriamente dito, ou seja, “o direito em si”, tomando-lhe a expressão. Perplexo, passei a pensar o que seria “direito em si”, pois tinha que o fenômeno jurídico se constituía a partir de muitas áreas de saberes, de práticas sociais, mas “direito em si” parecia-me inconcebível, mesmo quando podemos observá-lo como *integridade*, nos termos propostos por Ronald Dworkin¹. Mas a questão vale a pena se esmiuçada, não para rebater o colega proponente, mas para servir aos iniciados na teoria do direito, como reflexão e crítica.

Existiria, a princípio, um sistema de idéias que poderia definir-se como direito em seu feudo específico, isto porque o direito tem, como se analisará neste texto, um *fechamento operacional*, ou seja, ele conta com *função* e *estrutura* peculiares². Por outro lado, ainda se supõe que este nunca poderia ser concebido a partir de si mesmo, mas sempre a partir das relações que estabelece com outras ordens, pois nelas tira seus substratos, isto porque o direito é também um sistema lingüístico e só pode ser pensado segundo os jogos pragmáticos que o constrói, que o (re)alimenta e o redefine a todo tempo.

Este texto procurará afirmar que discutir os fundamentos do direito é reconhecer que este sistema perfaz-se em relação a outros sistemas e, sem nenhuma contradição performativa, ainda sim tem seus próprios limites. A princípio, denota-se a unidade do direito pelo simples fato de que perceber um ente é conceber suas diferenças, ou ainda, reconhece-se algo quando se denota sua especificidade. Isto já estava nas teorias da linguagem de Platão, mas Luhmann reconstrói esta idéia a partir do cálculo das formas de Georg S. Brown. Mas esta unidade, por sua vez, é relativa, pela simples percepção de que o direito é um sistema lingüístico e seus sintagmas (unidades léxicas) são comuns aos da língua que o nutre, com sentidos específicos, por certo, mas sempre pragmaticamente criados para seus usos específicos.

Para Luhmann, a linguagem não é um sistema auto-referencial, mas sim aquilo que permite *acoplamentos estruturais* entre sistemas de comunicação. Por sua vez, os sistemas de comunicação são aqueles que têm consciência³, para este autor. O nosso marco-teórico alemão não aceita que a linguagem possa ser um sistema próprio, como supôs Saussure, por exemplo, mas apenas ela é aquilo que apenas tem uma *função*, qual seja acoplar via comunicação sistemas entre si.

¹ A proposta de Dworkin é completamente diferente. O direito para o autor anglo-americano reafirma as questões que são matérias de direito e devem respeitar seus próprios princípios. Mas este ponto de vista não condiz com a idéia de que haveria uma área de saber que tivesse como fonte ela mesma. Consultar: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*.

² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*, vol. II.

³ Luhmann distingue três tipos de sistema: os vivos, os psíquicos ou pessoais e os sociais.

Quando uma pessoa leiga pensa em direito, logo se remete a uma miríade de crenças sociais e, sobretudo, implicações diretas de áreas ou sistemas de saberes, como direitos humanos, regras éticas, cultura, moral, política, etc. Especular, então, como se delimita as cercanias do feudo jurídico frente às tantas outras ordens de conhecimento que o compõem e também o contrapõem, é o primeiro objetivo destes escritos. O segundo é compreender este fenômeno sob o viés da filosofia pragmática, já que se pretende defini-lo a partir de uma formatação contemporânea, capaz de caracterizá-lo como sistema autônomo e, ao mesmo tempo, demonstrar como de fato se relaciona com seu ambiente e outros sistemas diversos. A filosofia pragmática permite compreender como o direito se fecha como ordem autopoietica e, ao mesmo tempo, se abre com ordem alopoietica, sem que haja uma contradição performativa.

Esboçar algumas considerações sobre que é direito, em que se funda, que tipo de problema absorve e, mais precisamente ainda, como se relaciona com a filosofia da linguagem são as metas gerais deste texto, que se propõem como um mero ensaio sobre estes assuntos. Seguem, aqui, algumas pistas e não muito mais que apenas inícios, bem a estilo de Michel Foucault.

2. – Desenvolvimento

Discussões preliminares sobre sistemas e acoplamentos estruturais

Para empreender tal demanda, acredito que seria necessário começar demarcado as esferas externas que acabam por confluir com o sistema de pensamento que cunha o direito. Isto posto, é necessário trabalhar as relações que o fenômeno jurídico tem com a cultura (1.1), com a moral (1.2) e com a política (1.3). Não obstante, será preciso determinar as relações entre direito e linguagem, caminhando para uma discussão sobre o pragmatismo e, enfim, tecer algumas características do direito que, na concepção contemporânea, revelam seus usos e seus sentidos. O presente seguimento serve para exercitarmos alguns entendimentos que tornarão nossa discussão mais profícua, explicitando alguns pontos de partida conceituais propostos pela teoria luhmanniana, tais como a idéia de *acoplamento estrutural* e *sistema auto-referencial*.

2.1.- Direito e cultura:

Não tem sido levada em conta a importância que uma reflexão sobre a cultura representa para o direito, pelo simples fato que ela compõe o horizonte sob o qual o fenômeno jurídico é criado e exercido. Mas cultura não se confunde com direito, pois é justamente o conjunto de práticas sociais exercidas-compreendidas por grupos maiores ou menores, por guardarem certa identidade comum. Velam por significados e sentidos comuns que podem ser reproduzidos com a finalidade de exercer intersubjetividades e unir os membros de determinada sociedade.

Todavia, usualmente, a cultura não desenvolve auto-crítica ou seja, não há preocupação em refletir sobre efeitos colaterais às comunidades que a pratica. É cultura, por exemplo, a prática do rodeio. No entanto, o rodeio implica torturas psíquica e física aos animais. De sorte que rodeio pode ser, inclusive, legal, mas é imoral. Já a rinha de galo é tanto imoral quanto ilegal, mas tanto rinha como rodeio não deixam de ser cultura. A

cultura como prática irrefletida não está pautada por uma ética do discurso e, portanto, não analisa conseqüências quanto mais seus pressupostos de ação.

Mas os efeitos da cultura, sob um prisma antropológico, são muito importantes por outros fundamentos, indiferentemente de serem morais, éticos ou legais. Um povo que sofre a desintegração de sua cultura ou a aculturação perde suas referências e tende a anomia, a alienação e a violência. Os estudos sobre a cultura que partiram das lavras de Marcuse, Adorno, Horkheimer, Lukács e outros pensadores da primeira metade do século XX conduziram a filosofia contemporânea a uma fase muito mais interessante e complexa. Mas definitivamente guindaram a preocupação com a idéia de cultura ao centro de toda e qualquer reflexão sócio política. Segundo o referencial que se criou a a partir deles, a sociedade que não protege sua cultura sofrerá da avassaladora perda de legitimidade, de seus pressupostos éticos, perda dos sentidos e crenças e, portanto, será arrastada pela anomia e alienação de seus membros. A cultura é então responsável por fixar valores, tornar os membros de uma sociedade capazes de assumir responsabilidades, pois, a partir de seu exercício compreendem práticas comuns, atribuem-lhe significado e, portanto, as valorizam. Enche os olhos ver o poder de síntese do professor Javier Herrero, ao dispor que:

A cultura se renova através da *reprodução cultural* que permite a continuidade e o crescimento do saber. A sociedade se reproduz através da integração social, i.é, a coordenação da ação segundo regras reconhecidas intersubjetivamente, e da produção de solidariedades dos grupos pela aquisição de capacidades generalizadas de ação. A pessoa se reproduz na socialização, i.é, mediante o processo de formação da identidade pessoal e da responsabilidade social. Assim, as estruturas simbólicas do mundo da vida se reproduzem pela ação comunicativa que se estende na dimensão semântica dos significados simbólicos pela continuidade da tradição e da coerência do saber válido (racionalidade do saber); na dimensão do espaço social pela estabilização da solidariedade dos grupos, e na dimensão do tempo histórico pela formação de sujeitos capazes de responsabilidade⁴.

Visto isto, como se pode pensar o direito sem se preocupar com o fenômeno da cultura? Se direito é uma *ciência social aplicada*, formam-se seus cientistas como aqueles que são sensíveis e capazes em compreender a relação humana, interpreta-la e sobretudo recriar seus entendimentos sem destruir seus legítimos liames.

2.2.- Direito e Moral

Há quem defenda que a moral tem foro íntimo. Mas no enfoque aqui proposto, a moral deve ser entendida como capacidade racional e universal de julgar as ações humanas. A moral é crítica porque utiliza do confronto de argumentos, buscando a transparência das motivações e, portanto, a lucidez da *razão crítica*. Respalda-se, pois, na capacidade de racionalização dos argumentos sob o fundamento da ética do discurso, sopesando-os, defrontando-os, sob os auspícios do bom senso e da sinceridade absoluta, da capacidade de reconhecimento dos argumentos contrários e na observação dos fundamentos.

A moral está, então, diretamente ligada à possibilidade-condição da racionalidade. Vale lembrar de que a razão enfrentou grande crise no campo filosófico no século XX e este repensar tornou-se, durante as décadas de 20 até 70, uma espécie de “despensar”, ou

⁴ BOTIN, Francisco Javier Herrero. *Racionalidade comunicativa e modernidade*. Síntese n. 37 (1986), p.21.

impossibilidade de se pensar com lucidez. As formuladas críticas à razão, puxadas por tantas pontas, como a tomada do primeiro Wittgenstein, do Circulo de Viena, da primeira geração da Escola de Frankfurt, do existencialismo negativo, e outras escolas como a de Freud, de Derrida, de Foucault, de Deleuze criaram a impressão de que o humano é ser esclerosado, sem capacidade de uso da razão para fim melhor do que sua própria utilidade.

Todavia, a partir dos estudos de Karl-Otto Apel, Jürgen Habermas e seus seguidores, revitalizaram-se a possibilidade razão esclarecida. Fizeram-na a partir de uma releitura pragmática de Kant, entendendo-o não como mero idealista iluminista, mas como primeiro inventor de uma nova forma de pensar a ética, a moral e o direito. Este renovado Kant, de cunho pragmático e atento às experiências, tornou-se a base de uma nova era para a filosofia moral. Sobre o assunto nada mais indicado do que ler *Immanuel Kant*, de Otfried Höffe⁵. Mas junta-se aqui uma interessante passagem de Robert Brandon, quando dispõe que:

The nature and significance of the sea change from Cartesian certainty to Kantian necessity will be misunderstood unless it is kept in mind that by ‘necessary’ Kant means ‘in accord with rule’. It is in this sense that he is entitled to talk about the natural necessity whose recognition is implicit in cognitive or theoretical activity, as species of one genus. The key concept of each is obligation by a rule. It is tempting, but misleading, to understand Kant’s use of the notion of necessity anachronistically, in terms of contemporary discussions of alethic modality. It is misleading because Kant’s concerns are at base normative, in the sense that the fundamental categories are those of deontic modality, of commitment and entitlement, rather than of alethic modality, of necessity and possibility as those terms are used today. Kant’s commitment to the primacy of the practical consists in seeing both theoretical and practical consciousness, cognitive and conative activity, in these ultimately normative terms.⁶

O direito, por sua vez, não é moral. O sistema jurídico compõe-se de fins pragmáticos próprios e isto não lhe dá os mesmos pontos de partida da moral, que é intocável nos seus pressupostos de ter por dever a missão de dizer o que é justo. O direito tem seu próprio *fechamento operacional* por cumprir o equacionamento de interesses sociais, pois o direito tem como precípua obrigação coordenar as ações humanas, tornando possível a vida dentro de certos limites de interesses.

Enfim, para Luhmann, a moral é um sistema auto-referencial, de modo que não é mero *acoplamento estrutural*, porque determina seus próprios sentidos.

⁵ **HÖFFE**, Otfried. *Immanuel Kant*. Tradução de Christian Viktor Hamm, Valerio Rohden, São Paulo: Martins Fontes, 2005 (Tópicos).

⁶ Tradução em parceria com os colegas Matheus Leite e Guilherme Kisteumacher: “A natureza e significância da “completa” mudança da certeza Cartesiana para a necessidade Kantiana será mal compreendida a menos que se tenha em mente que por “necessidade” Kant quer dizer “em conformidade com uma regra”. É neste sentido que ele é autorizado a falar sobre a necessidade natural cujo reconhecimento é implícito na atividade cognitiva ou teórica, como espécie de um gênero. O conceito chave de cada é obrigação por uma regra. É tentador, mas enganador, entender o uso Kantiano da noção de necessidade anacronisticamente, em termos de discussões contemporâneas da modalidade alética. É enganador porque as preocupações de Kant são normativas em sua base, no sentido que as categorias fundamentais são aquelas de modalidade deontica, de comprometimento e titularidade, antes que de modalidade alética, de necessidade e possibilidade como estes termos são usados atualmente. O comprometimento de Kant com a primazia do prático consiste em ver ambas consciências teórica e prática, atividade cognitiva e conativa, nestes termos ultimamente normativos”. **BRANDOM**, Robert. *Making it explicit: reasoning, representing, and discursive commitment*. Harvard University Press, 1998. p.10.

2.3.- Direito e Política

Antes de iniciar a discussão sobre o que vem ser política, bem cabe a ressalva de que não há possibilidade de se objetivar o signo política sem fragmentá-lo, ao menos, em duas acepções preliminares. Suas significações podem se projetar tanto como campo de práticas específicas da vida macro-política, ou seja, exercer a política estatal. Como também usá-la de maneira ampla, como exercício de qualquer atividade que implique em relação humana. Na primeira acepção, Luhmann a concebe como auto-referencial, por é um sistema perfeitamente distinto, com seus limites, com seus *output* e *inputs*. Mas nesta segunda acepção, política em sentido amplo, Luhmann a entende como *acoplamento estrutural*, porque compõe o ambiente em que os outros sistemas operam.

A esfera da política, segundo esta significação, não é uma área do conhecimento, propriamente dita, mas exatamente aquilo que move os interesses humanos. Exercer a política seria dinamizar os interesses deste ou daquele sistema, com a intenção de convencer ou direcionar os outros membros de determinada sociedade ou sistema para direção almejada⁷. Metaforicamente falando, o exercício da política é como o do vento que empurra as velas do direito, pois este sem aquela permaneceria inerte.

3. – Auto-referencia versus pragmatismo: dilema entre os lingüistas e os sistemáticos

3.1. – Direito como sistema auto-referencial – a proposta de Niklas Luhmann

Expostas estas três acepções iniciais, pensemos o que vem a ser *direito*. Chamamos o de *sistema* não porque se acredita em sua suposta unidade, ordem interna e coerência formal, como afirmaram os positivistas dos séculos XIX e XX. Muito antes pelo contrário, estas características nunca passaram de uma espécie de *mito fundador* da *teoria do ordenamento jurídico*, no discurso utilitarista do direito positivo.

O direito não possui coerência interna como condição de sua sistematicidade, não há unidade vez que prescinde dela e nem mesmo obedece a uma só ordem hierárquica, ou a um só sentido. Não há hierarquia material, quanto mais formal se a função do direito é trabalhar com valores. Os valores são reconhecidos através de signos, e se estes mudam conforme a conjuntura experimentada, explodem em várias dimensões semânticas e em construções sintáticas. O direito é, então, capaz de suportar antinomias perenes e não há tão pouco lacunas porque é fragmentado por formação. Aliás, se há uma definição abrangente para o fenômeno jurídico, poder-se-ia dizer que ele é por excelência um sistema antinômico, fragmentado e complexo.

Mas é um sistema próprio e, portanto, aceitaria o rótulo de auto-referencial atribuído por Niklas Luhmann, isto porque tem *fechamento operacional*, ou seja, tem *estrutura e função* próprias. Este ensinamento vem da primeira fase de Niklas Luhmann, que

⁷ Note-se que Luhmann também concebe a idéia de sistema sem sujeitos. O que foi radicalmente revolucionário há algum tempo, mas hoje é perfeitamente aceito e a partir deste entendimento muito se tem e teorizado e progredido.

considerava sistema aquilo que se diferenciava do *ambiente*⁸. Se tivermos a cultura, a moral e a política como outros sistemas ou em conjunto como ambiente, poderemos definir o jurídico como algo diverso, como disse, com *função e estrutura* particularizadas.

Então resta duas marcantes características que formam o direito: a primeira é que ele é auto-referente, ou seja, estabelece seus próprios “sentidos”. Assim havia entendido Luhmann e também não é diferente em Ronald Dworkin, quando este afirma que direito é uma questão de princípios⁹. A partir de sentidos ou princípios próprios constroem-se fronteiras, limites que diferenciam o direito de outras ordens.

Além deste *fechamento operacional*, a função do direito é sua segunda e fundamental particularidade, pois se concentra, exatamente em *reduzir complexidades e negar paradoxos*, facilitando, assim, a coexistência de indivíduos em uma comunidade.

Se ele tem *fechamento operacional*, pode então ser chamado de sistema e, se pode perfeitamente sê-lo, é porque constitui um conjunto de disposições lingüísticas. E, exatamente, por ser composto por idéias reveladoras de interesses é, ao seu modo, um sistema aplicável às relações e aos conflitos de uma determinada sociedade. O direito é por definição uma ciência social aplicada e tem estrutura própria, é auto-referencial por dispor seus próprios sentidos e tem função específica: reduzir complexidades e dirimir conflitos sociais.

Até aqui a teoria luhmanniana não enfrenta qualquer problema. Mas o direito não pode ser entendido apenas como um sistema imerso em um ambiente de maneira tão simples. O grande dilema consiste no fato de que o direito é, também, um sistema lingüístico e este passa a ser o nosso problema de agora em diante neste texto.

3.2 – Direito como sistema de linguagem

Assim como qualquer sistema de idéias, lingüisticamente proposto, o direito é capaz de suportar antinomias e não é, de forma alguma, completo ou acabado. O direito não é um resultado, mas um processo em contínuo movimento. À colação de outros sistemas de idéias, como a Bíblia, por exemplo, é capaz de sustentar posições antagônicas e mesmo reinterpreta-las, acrescentando-lhes inéditas justificações e alternativas diferentes daquelas que, há certo tempo, pareciam esgotar a hermenêutica da norma jurídica, no caso da Bíblia, interpretação da parábola.

Vejam um mero exemplo sobre a disposição de idéias na Bíblia, não se lê em Lucas 13.6, na parábola da figueira estéril, “corte-a e lance-a ao fogo”? Não é possível sustentar, segundo esta parábola, que devemos ceifar as oportunidades daqueles que não produzem ou não as aproveitam? Mas, no mesmo sistema de idéias, não há a expressão

⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*, Vol., II.

⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Luhmann não usa a palavra *princípio*, optando sempre pela expressão *sentido*. Creio que esta é melhor terminologia, porque *princípio*, etimologicamente, remete à idéia de direito natural, porque define aquilo que deveria vir antes do estabelecimento da ordem. “Primo” ou “príncipes”, do latim. Pensar sobre a incoerência do uso da palavra *princípio* foi sugerida pelo Professor Antônio Cotta Marçal, nos encontros do grupo de estudos em Filosofia do Direito da PUC Minas, Unidade São Gabriel.

de que devemos “perdoar setenta vezes sete”? (Mateus 18. 21-35) Ou ainda, em João 8., “Aquele dentre vós que nunca pecou atire-lhe a primeira pedra”? Não se trata, propriamente, de dizer que a Bíblia tem contradições internas, mas apenas reconhecer que como qualquer sistema lingüístico, permite recriações contextualizadas, pois a linguagem reinventa o mundo a todo tempo.

Reinventar, recriar, inovar por meio da hermenêutica jurídica é a revelação fundamental da filosofia analítica, embora esta proposta ainda seja muito pouco cultivada nos feudos do direito¹⁰. A linguagem não é algo estático, pronto, mas sim aquilo que está disponível à recriação contínua e inarredável. Esta questão foi inaugurada por Charles S. Pierce, mas muito bem explicada pelo segundo Wittgenstein, na proposição número 2 do *Investigações Filosóficas*. As idéias de Wittgenstein, em nossas próprias expressões de linguagem, seriam mais ou menos assim: Um pedreiro pede ao seu servente que lhe passe um tijolo. Logo depois, diz: “Outro”, na terceira vez diz: “Anda”; “Agora”; “Que está esperando?”; “Dormiu?”. Em todas as expressões ele repete a idéia “passe-me um tijolo”. Isto prova que há muitas formas de se dizer a mesma coisa com expressões absolutamente diferentes, dadas aos contextos específicos. O inverso e de maneira muito mais sugestiva para o direito é possível também: Pensemos em usar a palavra tijolo para significar coisas diversas. Como, por exemplo, “este tributo é um tijolo sobre minhas costas”; Ou ainda, “Mandela é um dos mais importantes tijolos de fundação da democracia racial”; Ou ainda, “Georg Bush é inteligente tal qual um tijolo”; etc. É preciso compreender que sobre os signos é possível recriar, reinventar. Se um substantivo concreto como tijolo dá-nos tamanha abertura, que se dirá sobre substantivos abstratos. Como os signos dignidade, ética, justiça, etc¹¹.

Apenas a título de maior especulação sobre a importância deste saber para o direito, marque-se que a práxis jurídica, mesmo que inconsciente, sempre soube disto. Ora, o direito é uma ciência social aplicada e, nesta privilegiada condição ou qualidade, é informado pela realidade que o cerca e o define como tal. Teorias objetivistas do direito, alienadas e criticamente indolentes, não percebiam este fenômeno, que lhe é tão peculiar do direito: os advogados, juízes, promotores são habilidosos transformadores de sentido. É que a teoria do direito ensinada nas faculdades ainda não reconheceu a guinada lingüístico-pragmática, permanecendo enclausurada na primeira metade do século XX. Mas não há receio de que no campo prático a capacidade de recriar sentidos dos juristas deixaria admirado qualquer Baudelaire.

A linguagem sempre está encerrada num determinado contexto social e participa da consciência dos comunicantes para efetivar-se. Toda comunicação é permeada por uma dimensão intencional e reside aí, naquilo que revela, oculta ou recria. Em outras

¹⁰ A partir do final do século XIX a teoria da linguagem começou a enveredar-se por novos caminhos, desvendando uma série de problematizações sintáticas que passavam despercebidas ao crivo dos lingüistas e dos juristas. O direito, mesmo como parte da lingüística, demorou a perceber que seria necessariamente arrastado por este novo tipo de filosofia. Somente a partir dos anos 60 e sobre tudo com a influência da *Teoria Comunicativa* proposta por Jürgen Habermas – que fez muito sucesso nos campos do direito pela cultura da germanofilia peculiar desta área no Brasil - é que despertaram os juristas para este aspecto intrigante e complexo do pensamento humano.

¹¹ Esta discussão sobre a pragmática dos sentidos no *Investigações Filosóficas* de Wittgenstein pode ser encontrada entre as proposições 2 até 8 e, ainda, da 25 até a 33. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*, trad. De José Carlos Bruni, São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. (Coleção Pensadores).

palavras e segundo a orientação da lingüista Villaça Koch, da UNICAMP, a linguagem deve ser “encarada como forma de ação, ação sobre o mundo e dotada de intencionalidade, veiculadora de ideologia, caracterizando-se portanto pela argumentatividade”¹².

Se pensarmos a relações do direito com o mundo a partir desta teoria, ou seja, a filosofia analítica, podemos, enfim, compreender como o sistema jurídico pode ter um *fechamento operacional*, e também pode, ao mesmo tempo, abrir-se para o mundo externo, interagindo com este, completando-o e sendo completado.

3.2.1 – Algum aprofundamento sobre a relação do direito com a reviravolta lingüístico-pragmática

Entende-se por sintaxe o estudo da estrutura da sentença. Embora este tipo de pensamento já compusesse uma das preocupações de Aristóteles, somente com Noam Chomsky no século XX, este assunto passou a ser recebido como um decisivo fator para teoria da linguagem e conseqüentemente para ordenação da filosofia em geral. Chomsky cria a *gramática gerativa* e a partir daí pode-se pensar numa espécie de filosofia da linguagem ou, ao menos, renovação da linguagem, conhecida também por *gramática transformacional*. Estas duas linhas do pensamento abriram campo para outros desdobramentos hoje muito em voga no mundo da lingüística, sobretudo seguindo os passos de Joseph Greenberg, com sua tipologia sintática, que também passou a ser denominada de *funcionalismo*. Fato é que, a partir de Chomsky e Greenberg floresceu um novo tipo de teoria dos atos de linguagem capaz de juntar os gramáticos aos filósofos e estes aos juristas. No caso do direito, mais precisamente, o autor que trouxe melhor investigação foi John L. Austin, a partir de seus atos de fala, previstos no livro *How to do things with words*, onde deixou claro suas pesquisas sobre atos performativos, atos ilocucionários e atos locucionários, e mais profundamente, em uma pesquisa a linguagem e seus significados a partir da publicação do *Philosophical papers*.¹³

Nestas pesquisas, deparou-se com a rica questão do *significado*, que deu origem aos estudos da semântica¹⁴. A semântica, como dito, interessa ao direito porque as palavras podem assumir muitos significados, dados seus contextos. A palavra contexto, por sua vez, implica uma espécie de pensamento sistemático. A teoria da linguagem passou então a trabalhar como um sistema, dando início ao que veio a se convencionar por *estruturalismo*. Da mesma forma, o direito ou mais precisamente a hermenêutica jurídica deve ser entendida a partir de um sistema complexo, que permeia contextos e experimenta os ganhos da filosofia analítica no campo do *estruturalismo*.

¹² KOCH, Ingedore Grundeld Villaça. *Argumentação e Linguagem*, 4ª. ed., São Paulo: Editora Cortez, 1996, p. 17. A autora dispõe ainda, em complemento a esta idéia supra citada - que compõe, até certo ponto, o objetivo maior de suas proposições no campo da argumentação - que a linguagem deve ser analisada como capacidade de refletir de maneira crítica sobre o mundo e em especial sobre a utilização da língua como instrumento de interação social. pp. 17-18.

¹³ AUSTIN, John L., *Philosophical papers*, Oxford University Press, 2a. edition, 1970.

¹⁴ A semântica, termo cunhado pelo lingüista francês Michel Bréal, ao seu turno, é o ramo da lingüística que estuda o significado, compondo um seguimento praticamente autônomo da teoria da linguagem e, sem dúvida, fundamental para a prática hermenêutica jurídica.

Luhmann não entende a linguagem como um sistema, mas tão somente como um *acoplamento estrutural*, porque a linguagem viabiliza o funcionamento dos sistemas sociais, ou ainda, sob a ótica da idéia de um sistema social, a linguagem para Luhmann liga os indivíduos formando a *sociedade*, mas não opera com função própria. Se a linguagem não é sistema e sim acoplamento que possibilita a comunicação dos sentidos do direito, estes sim definem o direito como um sistema. Mas observe-se que se a linguagem constrói os sentidos, o faz pragmaticamente, ou seja, por meio dos usos que se faz destes. A construção dos sentidos se dá por meio da linguagem de desta forma o suposto sistema auto-referencial do direito nunca se fecha completamente, mas apenas parcialmente porque comunga com o mundo externo - o ambiente e outros sistemas - a formação dos signos que usa e interpreta. Este fenômeno é expressão mais precisa do que este texto entende por hermenêutica jurídica.

No estudo dos significados dos signos (semântica), há duas linhas de pesquisa bem diferentes entre si: a primeira estuda o significado intrínseco da forma lingüística que o contem e o segundo estuda a interação entre a forma lingüística de um enunciado e o contexto em que se encontra. Ao direito interessa essa última linha de pesquisa (para a Escola de Exegese interessava apenas o primeiro). Como a primeira linha é cunhada como semântica propriamente dita, o direito não tem como problema o estudo da semântica, mas sim o da semiótica. Em termos rigorosos de teoria da linguagem o direito trabalha no campo da *pragmática*. Neste sentido, pode-se pensar sobre a idéia de *concreção*, tão preciosa para Friedrich Muller. O direito só ganha realidade ao passo que é pensado a partir do fato concreto. A norma é apenas um ponto de partida e deve, a partir da experimentação fática, tomar forma e sentido. Pensar a norma isolada não é propriamente pensar o conteúdo da norma, mas apenas captar seu texto, indefinido e, portanto, inaplicável ao mundo concreto¹⁵.

Isto porque, embora os operadores do direito usem inadvertidamente da expressão pragmática ou pragmatismo num sentido lato, onde estas palavras referem-se ao mundo da motivação das ações (Peirce)¹⁶, para os lingüistas, a palavra pragmatismo refere-se tão somente ao estudo da linguagem, assim como é empregada pela língua inglesa cotidiana. Neste sentido, a pragmática estaria ligada às problemáticas da semântica

¹⁵ MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Tradução para o francês de Olivier Jouanjan. Presses Universitaires de France, Paris: 1996. Título original em alemão: *Juristische Methodik*. Ou ainda: MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. Título original da tradução em espanhol: *Métodos de trabajo del derecho constitucional*, e em alemão: *Die juristische Methode im Staatsrecht*.

¹⁶ Para o *Cambridge Dictionary of Philosophy* a palavra pragmatismo está ligada à idéia de conhecimento experimental (não-metafísico) como instrumento – “a tool to organizing experience satisfactorily” (uma ferramenta para organizar a experiência satisfatoriamente) -. Dispõe, ainda, o verbete: “Pragmatism, a philosophy that stresses the relation of theory to praxis and takes the continuity of experience and nature as revealed through the outcome of directed action as the starting point for reflection. [...] Knowledge is therefore guided by interests of values. Since the reality of objects cannot be known prior to experience, truth claims can be justified only as the fulfillment of conditions that are experimentally determined, i.e., the outcome of inquiry”. (Pragmatismo: uma filosofia que tenciona a relação entre teoria e prática e toma a continuidade da experiência e da natureza revelada por meio de um viés direto da ação como ponto de partida da reflexão. [...] Conhecimento é, portanto, guiado pelo interesse de valores. Desde que a realidade dos objetos não pode ser conhecida senão pela experiência). *Cambridge Dictionary of Philosophy*, segunda edição, Cambridge University Press, 1999.

formal, ligada à lógica formal, mas também aplicada aos contextos que motivam as ações, ganhando realidade ao concretizarem-se no mundo experimentado. O que resulta na teoria da semântica vericondicional, teoria dos modelos (situações) que serve ao direito dentro de seu espectro da filosofia ética apontada inicialmente por Moore e que teve muitos outros responsáveis pelo seu desenvolvimento, no caso do direito, as maiores influências são Karl-Otto Apel, com sua ética do discurso, lançada no *Transformação da Filosofia* e no *Estudos de Moral Moderna* e Jürgen Habermas, inicialmente a partir do texto *Que é pragmática universal?* e sobretudo na sua *Teoria da Ação Comunicativa*.

4. – Considerações Finais:

Conclusões sobre as relações entre pragmática e direito e suas implicações para uma suposta teoria dos sistemas aplicada ao fenômeno jurídico.

O direito, segundo o interesse destes escritos, que é fundamentalmente contra-formalista, estaria alinhado ao universo da semiótica. A semiótica ou semiologia seria, segundo Villaça, o estudo da produção social de significados com base em sistemas de signos¹⁷. Porque os objetos de seu estudo, “são examinados como textos que comunicam significados, e esses significados derivam da interação ordenada de elementos portadores de sentido, os signos, que estão eles mesmos encaixados num sistema estruturado, de maneira parcialmente análoga aos elementos portadores de significado em uma língua”¹⁸. Então, se a semiótica estuda o significado que a linguagem atinge mediante o contexto em que é empregada, a idéia de contexto deve ser analisada pelo direito de forma cuidadosa, pois reside aí seu maior desafio. Que é contexto?

Para o direito há dois hemisférios básicos para se pensar o contexto. O primeiro é o momento que em a lei é feita – ponto de partida - e, segundo, no momento em que é aplicada ou interpretada – momento de concreção - . Cada um destes momentos sugere contextos específicos embora segundo a ótica dos exegetas formalistas isto pouco importe.

Fato é que o direito deve estar atento a uma ‘análise crítica do discurso’, pois aí está seu graal. Nesta ótica interessa algumas abordagens especiais como: em que contexto social e político o discurso é proposto? Quem o propõe (a que ordem o propositor está inserido)? A quem este discurso está dirigido e por quê? E finalmente, com grande perspicácia, a mais perigosa das perguntas: O propositor do discurso jurídico tem objetivos ocultos? Ou seja, seu agir é estratégico? Ou ainda: Que interesses subjazem o texto produzido pelo operador do direito? A análise crítica do discurso é um segmento originalmente proposto pela filosofia analítica,¹⁹ mas que tem a maior importância para o mundo jurídico, por sua dimensão efetiva na práxis política do direito.

¹⁷ TRASK, R. L., *Dicionário de Linguagem e Lingüística*, título original: *Key concepts in language and linguistics*, tradução de Rodolfo Ilari, São Paulo: Contexto, 2004. p. 263.

¹⁸ TRASK, R. L., *Dicionário de Linguagem e Lingüística*, p. 263.

¹⁹ Trask aponta o sociolingüista britânico Norman Fairclough, como pioneiro nos anos 80 a propor a “critical discourse analysis” como teoria da consciência lingüística crítica (*critical language awareness*). TRASK, R. L., *Dicionário de Linguagem e Lingüística*, p. 31.

A lei trabalha uma série de terminologias que têm grande diversidade semântica, pois mudam em contextos específicos (questão situacional) assim como mudam também de pessoa para pessoa (questões de perspectivas). Este é o problema conotativo da expressão legal, que se vê permeada pela pragmática de outros sistemas, não necessariamente jurídicos. Isto significa que palavras particularmente carregadas de sentido cultural ou político podem explodir em diferentes interpretações, reconstruindo o próprio direito sem que este tenha, a princípio, definido seus sentidos de antemão. Isto porque os sistemas cultura, moral e direito, no campo lingüístico, se permeiam sem critérios para suas delimitações ou auto-referências. Ou seja, os sistemas sociais são auto-referentes uns dos outros e se perfazem mutuamente. Sob a terminologia utilizada por Luhmann seriam, então, alopoiéticos. Mas Luhmann assim não os entende, pois acredita que o direito é autopoiético. Mas sua posição é contrafactual se analisarmos pragmaticamente palavras como homossexualismo, racismo, prostituição, devido suas delicadas percepções políticas e principalmente suas recém-instauradas composições culturais e morais.

Tomemos um sintagma, a título de especulação: *prostituição*. É possível afirmar que este signo tem perdido seu caráter pejorativo? Ao menos, tem-se veiculado, contemporaneamente, que a profissional prostituta é vítima de um contexto social excludente tanto pelo mercado de trabalho quanto pelo moral. Há, assim, certa consciência de que a sociedade mantém certo processo de “guetização” da atividade profissional relacionada ao sexo. A perspectiva desestigmatizadora só é ventilada em termos de um esclarecimento sóciopolítico de alguns grupos, ou seja, apenas uma reflexão crítica como a da moral moderna tem feito esta análise do discurso. Porque, embora seja sensível a percepção de que há crescente desestigmatização no senso comum brasileiro (cultura brasileira), a figura da prostituta continua como vítima de preconceito tanto social quanto da práxis jurídica.

O sistema auto-referencial da moral, que é, por sua vez crítico-racional e opera a partir de uma ética do discurso, pode-se inferir que: a) A prostituição é composta, majoritariamente, de um grupo social pobre, sem instrução que não consegue ingressar no mercado de trabalho porque se encontra desqualificado para exercer atividades disponíveis no mercado de trabalho; b) A grande maioria é composta pela população feminina, que é ainda, em nossa sociedade, outro fator de exclusão.

Isto posto, vez que esta atividade profissional é desqualificada pelo senso comum, a cultura, exerce-se sobre ela uma série de opressões que podem ser captadas no plano da “episteme” jurídica também (expressão utilizada por Foucault para designar certa proposição inconsciente, mas que atua nos jogos de poder travados entre os sujeitos e sujeitados de uma relação social). Isto significa que os sistemas cultural e moral penetram semanticamente no sistema jurídico. Há aqui uma interseção de sistemas muito mais complexa do que os meros *input* e *output* que a teoria luhmanniana descreveu.

Há então, um paradoxo entre cultura e moral quanto à definição do sintagma prostituição. Este termo pode ser visto segundo a ótica crítica de fundamentação reflexiva da ética do discurso, que o enxerga como um problema social que deve ser assistido pelo Estado e pela sociedade civil porque encerra violência e acaba por correlacionar-se com a prostituição infantil, vitimando, desta forma, dois grupos de

devida proteção: os fragilizados pela tenra idade (infância) e os excluídos economicamente. Mas pode, por outro lado e paradoxalmente, receber influxos negativos, vindos da cultura, que por sua vez não reflete conseqüências e nutre-se do senso comum. Por isto, o mesmo sintagma, apresenta, no direito, aplicação de normas específicas. Para o direito brasileiro, a prática da prostituição é quase ilícita, impedindo que a prostituta possa ingressar em juízo para “cobrar seus serviços”, mesmo no campo trabalhista contra seu patrão, como frente a um dono de casa noturna, por exemplo. Ou ainda, contra o Estado, para requerer os benefícios da aposentaria por invalidez.

O que faz o direito apenas reconhecer ou objetivar um viés da expressão prostituição? A resposta para esta questão agora é simples. A teoria da linguagem serve ao direito como um método para produzir objetividade e assim fazer um recorte epistemológico de até onde se estende o campo de aplicação do direito. A linguagem é, de fato, o meio pelo qual é dado o conhecimento, no caso do direito a linguagem é interpretada sob o prisma da hermenêutica jurídica, que dispõe sobre as condições de seu entendimento. Para o direito, então, a linguagem é o meio pelo qual se limita a capacidade de interpretação da semiótica, ou seja, a linguagem serve como obstáculo para que o processo de conhecimento do direito trabalhe com certos limites ou mesmo, que não interceda em determinadas demandas sociais.

É daí que o problema da linguagem se relaciona diretamente com o problema do método jurídico. Pois linguagem é uma forma procedimental do pensamento e, portanto, um método de conhecimento. O direito trabalha com a linguagem exatamente neste sentido e estabelece o *fechamento operacional* de determinados apontamentos por força do cumprimento de *sentidos* pré-ordenados, preconcebidos. Mas estes sentidos não se fecham completamente, na prática, porque bebem da mesma “seiva” que nutre outros sistemas, ou ainda, nutre-se da seiva produzida por outros sistemas.

A pré-determinação de sentidos rompendo com os usos pragmáticos conjuntos de outros sistemas afins pode provocar, no próprio direito, impotência perante as demandas da vida. A teoria da linguagem não pode aparecer como uma limitação do pensamento jurídico mediante um método de objetivação do pensamento. A lei como estrutura lingüística deve ser interpretada de maneira aberta, compromissada apenas com o problema e não com as condições discursivas *a priori*, propostas pelo legislador. Satisfatoriamente, como a linguagem é o viés que faz com que o direito seja também alopoiético, há uma esperança que nasce com a própria natureza do saber jurídico: a dimensão pragmática. E esta, em um “sentido restrito, deve ser vista como o estudo da atividade inter-individual realizada no discurso.”²⁰

Em qualquer nível de significação, quem diz algo o diz porque quer recriar sentidos e a questão é apenas perceber que jogos de poder subjazem estas operações. Compreender uma enunciação é compreender suas intenções. Isto posto, como pode o juiz firmar que julga no sentido do ordenamento jurídico? Que ordenamento se há tantos. Ora a teoria da auto-refêrencia vê se prejudicada quando observada a partir de um prisma sistemático fechado, auto-referencial. Dispõe Villaça que:

Todo texto caracteriza-se pela textualidade (tessitura), rede de relações que fazem com que um texto seja um texto (e não uma simples somatória de frases), revelando uma

²⁰

KOCH, Ingedore Grundeld Villaça. *Argumentação e Linguagem*, p. 25.

conexão entre as intenções, as idéias e as unidades lingüísticas que o compõem, por meio do encadeamento de enunciados dentro do quadro estabelecido pela enunciação²¹.

O direito pode, desta forma, aprender com a ética do discurso, entrevedo-se com o sistema moral e pode, ao mesmo tempo, recheiar-se da realidade cultural, interpretá-la e expandi-la no sentido de suas aptidões conciliadoras, solidárias e prudentes.

Lembro-me agora, sem muita exatidão, de uma figuração em que o poeta Manoel de Barros passava os dias “rimbaudiano”, isto quer dizer: reinventando os sentidos das palavras, invertendo-os e desta forma fazendo suas poesia. Sabe-se que com um caderninho nas mãos, perambulava pela sua casa, procurando palavras. Ao ver sua esposa escrevendo algo sobre a mesa de jantar, esticou os olhos e perguntou curioso: “Que você está escrevendo?”. Ela respondeu percebendo o mal-entendido do marido: “Coisas da terra, Manoel! Coisas da terra: feijão, arroz, trigo, peixe...”. Então Manoel de Barros retrucou sereno: “Peixe é da água.”

Quando for preciso, o direito reverterá o sentido, porque é um sistema consciente, pois tem sujeito: seus operadores. Os sistemas sem sujeito de Luhmann só podem existir quando não houver linguagem. Linguagem é uma questão humana. Por este motivo, talvez, Perelman escreveu que o “aprendizado de uma língua também significa aderir aos valores de que, de modo explícito ou implícito, ela é portadora, às teorias cujas marcas traz, às classificações subjacentes ao emprego dos termos”²².

Como restou provado, direito em si, de fato, não existe. O direito é um fenômeno complexo e sua formação se dá a partir de outras áreas do conhecimento. Não há como distinguir de maneira estanque os sistemas da moral, da cultura, da política. Por outro lado, é possível perceber no direito seus próprios sentidos e, portanto, certa auto-referência. Desta forma criamos algo que deve ser entendido como hermenêutica jurídica. Mas seus sentidos são formados pelas mesmas “seivas” de outros sistemas sociais. Os ensinamentos filosóficos de Nietzsche e Foucault dizem que só se conhece algo quando se mistura com ele; misturar-se com a moral, com a cultura e com a política são os meios pelos quais o direito cresce, transforma, acompanha à sociedade. De sorte que a epistemologia jurídica é infértil se isolada. O direito pode usufruir da ética discursiva conquistada pela moral e, desta forma, em sua própria estrutura, aplicar o saber moral na cultura, modificando-a, tornando-a prudente com referência aquilo que ela relaciona e cria.

A linguagem constrói os sentidos e o faz pragmaticamente, ou seja, por meio dos usos que se faz destes. A construção dos sentidos se dá por meio da linguagem de desta forma o suposto sistema auto-referencial do direito nunca se fecha completamente, mas apenas parcialmente porque comunga com o mundo externo - o ambiente e outros sistemas - a formação dos signos que usa e interpreta. Este fenômeno é expressão mais precisa do que entendemos por hermenêutica jurídica.

Referências bibliográficas:

²¹ KOCH, Ingedore Grundeld Villaça. *Argumentação e Linguagem*, p. 21-22.

²² PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica e nova retórica*, p. 148.

- AUSTIN**, John L., *Philosophical papers*, Oxford University Press, 2a. edition, 1970.
- BOTIN**, Francisco Javier Herrero. *Racionalidade comunicativa e modernidade*. Síntese n. 37 (1986).
- BRANDOM**, Robert. *Making it explicit: reasoning, representing, and discursive commitment*. Harvard University Press, 1998.
- Cambridge Dictionary of Philosophy*, segunda edição, Cambridge University Press, 1999.
- DWORKIN**, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (título original: Law's empire).
- HÖFFE**, Otfried. *Immanuel Kant*. Tradução de Christian Viktor Hamm, Valerio Rohden, São Paulo: Martins Fontes, 2005 (Tópicos).
- KOCH**, Ingedore Grundeld Villaça. *Argumentação e Linguagem*, 4ª. ed., São Paulo: Editora Cortez, 1996.
- LUHMANN**, Niklas. *Sociologia do Direito*, vol. II.
- LUHMANN**, Niklas. *A nova teoria dos sistemas* / Org. por Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Ed. Universidade UFRGS, Goethe-Institut / ICBA, 1997.
- MARÇAL**, Antônio Cotta. *Princípio: estatuto, função e usos no direito*. Este texto ainda não se encontra publicado, mas tem previsão de edição até final de 2007.
- MÜLLER**, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Tradução para o francês de Olivier Jouanjan. Presses Universitaires de France, Paris: 1996. Título original em alemão: *Juristische Methodik*. Ou ainda:
- MÜLLER**, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. Título original da tradução em espanhol: *Métodos de trabajo del derecho constitucional*, e em alemão: *Die juristische Methode im Staatsrecht*.
- PERELMAN**, Chaïm. *Lógica jurídica e nova retórica*.
- TRASK**, R. L., *Dicionário de Linguagem e Lingüística*, título original: *Key concepts in language and linguistics*, tradução de Rodolfo Ilari, São Paulo: Contexto, 2004.
- WITTGENSTEIN**, Ludwig. *Investigações Filosóficas*, trad. De José Carlos Bruni, São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. (Coleção Pensadores).