

INTERPRETAÇÃO E DECISÃO EM NIKLAS LUHMANN: TRANSMODERNIDADE E DESCOLONIZAÇÃO

Heroana Letícia Pereira*
Rafael Lazzarotto Simioni**

RECEBIDO EM: 4.7.2018

CONVIDADOS

- * Mestranda em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), graduada em Direito pela mesma instituição e graduada em Letras pela Universidade do Vale do Sapucaí (Univás). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e membro dos grupos de pesquisa Margens do Direito e Paradoxos do Direito Global (FDSM), vinculados ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). E-mail: heroana.pereira@gmail.com
- ** Pós-doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), mestre e graduado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) e do Programa de Pós-Graduação em Bioética da Universidade do Vale do Sapucaí (Univás) e professor convidado do Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). Editor-chefe da *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas* e pesquisador líder do Grupo de Pesquisa Margens do Direito (FDSM). E-mail: simioni2010@gmail.com

• HEROANA LETÍCIA PEREIRA
• RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI

- **RESUMO:** A interpretação jurídica brasileira tem levado em conta um ideário descontextualizado da própria identidade e da ideia de modernidade. Contudo, é preciso se atentar a novas possibilidades de interpretação que sejam capazes de dar conta de uma visão da interpretação baseada nos problemas da periferia para a periferia. Entretanto, deparamo-nos com a necessidade de reavaliarmos em que ponto está inscrita a modernidade em uma perspectiva latino-americana. Como aportes paradigmáticos nos estruturamos em Dussel e Luhmann para compreender a interpretação do direito pelo viés dos sistemas de organização, sob a distinção entre centro/periferia. Para tanto, valemos da concepção de que, para que se construa uma teoria da interpretação e da decisão da periferia para a periferia, é preciso que se realize um diálogo intercultural transversal entre aqueles que estão na fronteira entre o centro e a periferia.
- **PALAVRAS-CHAVE:** organização e decisão; centro e periferia; diálogo intercultural.
- **ABSTRACT:** The Brazilian legal interpretation has taken into account a decontextualized image of its own identity and the idea of modernity. However, we must address to new possibilities of interpretation based on problems from the periphery to the periphery. On the other hand, we are faced with the need to reassess the point at which modernity is inscribed in a Latin American perspective. As paradigmatic framework, we follow Dussel, allied to Luhmann's to understand the interpretation of law by the bias of the systems of organization allied to the center/periphery distinction. For that, we use the idea that, in order to construct a theory of interpretation and decision from the periphery to the periphery, it is necessary to carry out a transversal intercultural dialogue between those who are at the border between the center and the periphery.
- **KEYWORDS:** organization and decision; center and periphery; intercultural dialogue.

1. Introdução

A interpretação jurídica brasileira, por muito tempo, tem levado em conta um ideário descontextualizado da própria identidade e da própria ideia de modernidade, até porque existe uma clara discrepância entre o ideal de modernidade europeu e o dos demais locais do globo, como é o caso da América Latina. Valendo-se de princípios e procedimentos advindos da Europa, ainda se decidem os problemas periféricos com base em um direito vindo do centro, razão pela qual a interpretação se encontra a uma distância crítica da realidade cultural. Contudo, é preciso se atentar a outras possibilidades de

interpretação. Uma delas é a necessidade de um conceito de argumentação que possa perguntar pelas condições de possibilidade e pela função da fundamentação, e que seja capaz de dar conta de uma visão da interpretação baseada nos problemas da periferia para a periferia.

Ao analisarmos a decisão jurídica, podemos vislumbrar um apanhado de situações que merecem destaque no panorama da atividade de decidir. Sinaliza-se, aqui, a relação centro-periferia no imaginário ocidental, seja pela relação entre América Latina e Europa, seja pela gradação de funções no sistema do direito, na perspectiva da teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann. Contudo, quando se analisa a interpretação do direito, tomando por base distinções como centro/periferia, bem como os sistemas de funções na organização do direito, deparamo-nos com a necessidade de reavaliarmos em que ponto está inscrita a modernidade em uma perspectiva latino-americana. Para tanto, mostra-se necessária a realização de, em um primeiro percurso, um levantamento de indagações e pressupostos teóricos a fim de compreender em que ponto se insere a distinção centro/periferia na interpretação do direito, em um viés voltado para a história latino-americana.

Como aportes paradigmáticos, estruturamo-nos em Enrique Dussel, aliado à teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, para compreender a interpretação do direito pelo viés dos sistemas de organização aliados à distinção centro/periferia. Para tanto, valemo-nos da concepção de que, para que se construa uma teoria da interpretação e da decisão da periferia para a periferia, é preciso que se realize um diálogo intercultural transversal entre aqueles que estão na fronteira entre o centro e a periferia, um diálogo da periferia para a periferia, não da periferia para o centro.

No interior das organizações, lidamos com distinções internas ao sistema como organização forma/informal ou fins/meios, o que se relaciona à produção de hierarquias. Contudo, esclarecer tais distinções dentro dos sistemas das organizações não é suficiente para afirmar que a sua essência consiste na sua estrutura hierárquica ou em orientações para o cumprimento de objetivos previamente postos, ainda em uma diferenciação entre todo e partes.

2. Centro e periferia na autodescrição do imaginário ocidental

Em uma concepção ainda pré-moderna da sociedade, facilmente se pode estruturá-la levando em consideração suas desigualdades, realizando uma diferenciação estratificada e entre centro e periferia, que é uma forma elementar de sociedades segmentadas,

• HEROANA LETÍCIA PEREIRA
• RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI

especialmente no tocante à divisão de papéis sociais e do trabalho. Tal diferenciação provém dos centros, pois eles dependem dela para continuarem sendo centros, enquanto isso, a periferia ainda se mantém em uma diferenciação interna segmentar. Destaque-se que pode haver uma multiplicidade de centros e de periferias, com diferentes graus de aproximação entre si e que realizam maiores ou menores diferenciações. Contudo, é preciso elencar outros importantes elementos para além da diferenciação centro/periferia, pois ela ultrapassa fatores geográficos e possui alto número de complexidades e sensibilidade às comunicações. Falamos de uma nova forma de diferenciação somente quando certas peculiaridades estruturais dos centros estão condicionadas pela manutenção da diferença centro/periferia (LUHMANN, 2006, p. 525).

O aumento da complexidade da comunicação, justamente por exceder fronteiras, tem importantes efeitos, com destaque para o surgimento de formas de diferenciação territorial, a capacidade de reflexão em relação à própria identidade e diversidade, e o interesse no controle efetivo do que acontece fora das fronteiras, ou seja, tendências à expansão do domínio territorial. Do mesmo modo, existem centros que processam sua prioridade de ser um centro com doação de símbolos e significados, eventualmente para perseguir fins missionários, e outros que se limitam à organização de poder e recursos para a exploração da periferia (LUHMANN, 2006, p. 525). Tais resultados são vistos em larga escala quando se analisam as grandes expansões territoriais de países europeus sobre o globo que, para além de demarcações geográficas, também constroem extensões de seus territórios, instituindo saberes e culturas. Contudo, não se pretende selecionar os limites lineares do espaço identificáveis entre o centro e a periferia. Centro e periferia continuam sendo uma forma de diferença. Do alargamento das possibilidades de comunicação além das fronteiras do reino surge a necessidade de distinguir os seres humanos de acordo com sua pertença ao próprio espaço da ordem ou se eles vivem além das fronteiras (LUHMANN, 2006, p. 525).

A literatura, no entanto, não mostra uma imagem clara sobre os limites externos de grandes complexos ou “sistemas mundo”. Na verdade, são alcançadas conclusões muito diferentes quando se analisa o comércio, o controle militar ou a difusão cultural. Podemos reagir a isso com a tese de que os limites estão onde o centro os percebe – independentemente do que ocorre na periferia. O centro vê a tarefa dele antes, cultivar as relações cósmicas da sociedade, realizar os ritos que se referem a ele e manter a correspondente burocracia (LUHMANN, 2006, p. 527). Enquanto isso, a regulamentação das relações econômicas e dos conflitos é deixada para as economias domésticas – ou talvez para as corporações criadas especialmente para esse fim.

O esquema centro/periferia é formalmente emprestado para aplicações muito diversas. Não apenas na relação urbano/rural, por exemplo, trata-se da formação de grandes reinos que têm a possibilidade de se conceber como o centro do mundo e colocar todos os outros na periferia, como a relação Europa/América. A expansão do hábito de se comunicar além dos limites das tribos possivelmente veio do comércio; depois vieram as necessidades militares de segurança e as expansões culturais, o que enseja a expansão do domínio do próprio saber, das delimitações do que é ou não é ciência, o que é ou não é direito.

O centro é o horizonte do significado das comunicações, as comunicações das elites burocráticas que começam a partir do caráter único de seu império, o que, provavelmente, é uma forma elaborada de diferenciação centro/periferia. O domínio da escrita, nesse sentido, é essencial, pelo menos na visão central, para assegurar as comunicações de onde elas emanam (LUHMANN, 2006, p. 527). No entanto, o alcance temático e a profundidade de controle que é alcançada não devem ser superestimados. Dessa forma, as diferenças entre os centros de cultura do reino e a vida na periferia tornam-se mais evidentes; uma razão clara para o surgimento e a autointerpretação de “culturas elevadas”. A consequência é a divisão entre a alta tradição e pouca tradição (LUHMANN, 2006, p. 527), o que explica o alinhamento teórico da produção de decisões a determinados sistemas de interpretação do direito tidos como mais válidos e eficazes.

No centro, há diferenciações mais fortes e mais diversas, além de uma “partilha de instalações”. Em comparação com as relações locais limitadas da periferia, os contatos internos são mais complexos e, ao mesmo tempo, regionalmente mais extensos (LUHMANN, 2006, p. 527). As relações locais, incluindo o idioma, podem ser muito diversas sem se conhecerem. O centro é fundado como um centro de acordo com uma construção cosmológica e, com a ajuda da fixação escrita nos textos, ganha uma estabilidade semântica imperturbável.

Um dos aspectos mais importantes do esquema centro/periferia é que no centro a estratificação torna-se possível de uma forma que vai muito além do que havia sido possível em pequenas sociedades mais antigas. Nessa perspectiva, a distinção centro/periferia oferece a uma das suas partes, o centro, uma oportunidade de gerar outras formas de diferenciação, em particular o desenvolvimento da estratificação. Os grandes reinos misturam duas formas diferentes de diferenciação com base na desigualdade, e, com essa combinação, eles constroem a diferenciação centro/periferia e a estratificação. A forma, desenvolvida por eles, de domínio sustentado na burocracia, é o que permite esse modo de distinção centro/periferia (LUHMANN, 2006, p. 528). O que se

• HEROANA LETÍCIA PEREIRA
• RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI

destaca, no fundo, é a estrutura dos estratos da sociedade, mas não as funções, ou porque se assumem distintos papéis sociais relacionados não somente a estratos da sociedade, mas às funções que se exercem na manutenção do sistema da sociedade.

A estrutura das posições na sociedade exige e possibilita um grau considerável de mobilidade para que a diferença de estratos seja escondida. Ele age, no entanto, indiretamente na medida em que regula o acesso para as possibilidades de educação e carreira. As descrições do mundo partem do centro, embora, para que possam alcançar a totalidade, também incluam a periferia. Os centros presumem que sua descrição do mundo está completa, transcendem as desigualdades, territorializam-nas e, assim, produzem a unidade dos diferentes por meio de uma ordem espacial imaginária (LUHMANN, 2006, p. 533).

O potencial evolutivo dos reinos burocráticos é considerado bastante pobre, pois, diante de entraves de ordem política, econômica ou cultural, as burocracias se tornam desenvolvimentos circulares, variações na estrutura de desigualdades estabilizadas; mas não o passo para uma diferenciação com outro princípio. Os colapsos levam a tentar recuperar a forma de diferenciação de acordo com o centro/periferia e nela para a estratificação (LUHMANN, 2006, p. 538). Complexos funcionais, especialmente a religião e a economia monetária, adaptam-se a essa ordem e aos seus regimes territoriais. Não é fácil imaginar que a religião ou o comércio formem outra sociedade independente.

Fato é que quanto mais diferenciada é a sociedade, mais forte é a dependência de reduções lícitas ou ilícitas (LUHMANN, 2016a, p. 196). O isolamento dos centros de tomada de decisão, nas sociedades mais antigas, coincide com a forma de diferenciação entre centro e periferia, mas também, na sociedade moderna, quando se chega à imposição da orientação jurídica na vida cotidiana, a unidade do sistema dificilmente pode ser alcançada mediante uma contínua expectativa normativa da expectativa normativa (LUHMANN, 2016a, p. 196). Assim, impõe-se a necessidade de substituir o modelo hierárquico pelo de uma diferenciação entre centro e periferia (LUHMANN, 2016b, p. 428).

Da perspectiva da distinção centro/periferia, vislumbra-se que a invasão da América é um elemento no espaço e no tempo determinante para a identidade da modernidade (MIGNOLO, 2005, p. 117), visto que, a partir daí, surgiu o conceito de raça, de forma hierárquica, pois os dominadores se autodenominaram como brancos e superiores, enquanto os demais, como crioulos, foram subalternizados. Tal configuração criou o conceito de sociedade europeia vista como civilizada, enquanto os povos da América, com exceção da América do Norte, vistos como bárbaros, tanto aos olhos dos europeus quanto aos próprios olhos. Trata-se de uma clara relação entre centro e periferia a relação entre América e Europa.

A colonialidade, como imaginário do mundo moderno, tem origem justamente nessa formulação da sociedade das Américas em um modelo hierarquizado de funções e papéis sociais. Para que se construísse tal imaginário, houve uma articulação de forças para apagar vozes, construir memórias, suprimir outras. Trata-se da construção de uma história contada por apenas um lado, o do dominador (MIGNOLO, 2005, p. 39). Esse recorte da história da América latina, dos últimos 500 anos, é o recorte do mundo moderno e colonial de distintas perspectivas de seu imaginário construído a partir do circuito comercial do Atlântico e não exclui os aspectos de classes (MIGNOLO, 2005, p. 39).

3. Transmodernidade e descolonização

Nas ciências sociais latino-americanas, a denominação centro e periferia passou a ser utilizada a partir da década de 1960, o que ensejou uma ruptura histórica no campo da filosofia latino-americana, visto que tal nomenclatura passou a denominar o que se concebia apenas como mundo colonial. Tratava-se da filosofia da libertação. Tal filosofia descobriu e passou a compreender o condicionamento cultural ao qual estamos submetidos em relação a interesses como classes, sexo, raça (DUSSEL, 2016, p. 51), bem como percebeu que o diálogo intercultural estava condicionado pelo colonialismo; ele jamais foi simétrico, como ingenuamente se pensou durante muito tempo.

A cultura império/colônia teve sua origem com a invasão da América em 1492, com o enfrentamento das culturas da América Latina, África, Ásia e Europa Oriental, da periferia, pela cultura europeia, do centro. Tal enfrentamento, inicialmente, teve como fundamento a aniquilação da cultura dos povos americanos como forma de sujeitá-los. Porém, passados 500 anos, os resquícios dessa dominação permanecem ainda muito fortes, diga-se de passagem, são intrínsecos ao próprio viver em sociedade, à distribuição de funções e à atribuição de papéis sociais. Especialmente, fazendo-se um breve recorte temático, ao poder de dizer o direito, pois o ato de interpretar o direito vai muito além de descobri-lo, pois se trata, muito mais, de construí-lo, o que nos permite dizer que os dotados dessa fala possuem um imenso poder.

Após o período inicial da colonização, com ações de dominação e aniquilação, passou-se a uma pretensa distinção entre dominadores e dominados, sobre suas posições sociais e no trabalho. Destaque-se aqui a divisão entre raças, sendo os brancos os dominadores e os indígenas e negros os subalternos. Portanto, a divisão dos povos das Américas em formas hierárquicas deu origem ao conceito de raça (SEGATO, 2005, p. 4). Assim, os donos do saber eram pertencentes àquelas culturas cujo papel hierárquico estava no topo, porém, mesmo pertencendo às culturas subalternas, havia elites brancas as quais

• HEROANA LETÍCIA PEREIRA
• RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI

enviavam seus filhos para receberem uma educação europeia, e as “elites periféricas” eram educadas pelos impérios (DUSSEL, 2016, p. 52), tornando-se elites das culturas periféricas educadas nas culturas do centro e que repetiam o que aprenderam, mantendo-se como elites ilustradas neocoloniais, leais aos impérios e não a seu povo.

Podem-se vislumbrar as assimetrias do diálogo intercultural quando se percebe a pretensão de uma cultura ocidental, metropolitana e eurocêntrica em aniquilar todas as culturas periféricas. A fragmentação das culturas pós-coloniais entre grupos articulados aos impérios se dá com as elites ilustradas, que dão as costas para sua cultura ancestral, e a maioria da população, fiel às suas tradições (DUSSEL, 2016, p. 52). Vislumbram-se as assimetrias de dominação global à medida que uma cultura, a ocidental, metropolitana e eurocêntrica dominava com a pretensão de aniquilar todas as culturas periféricas, enquanto, nas culturas periféricas, havia uma fragmentação entre as elites ilustradas, grupos articulados ao império, fiéis a ele e não a seu povo, e a maioria da população, fiel às suas tradições (DUSSEL, 2016, p. 52). O eurocentrismo tornou-se, assim, uma forma universal de controle da subjetividade e da intersubjetividade (QUIJANO, 2005, p. 2) e do próprio modo de produzir conhecimento.

A colonialidade do poder, aquela sob a qual se dá o domínio por meio da violência explícita, torna-se também colonialidade do saber, na medida em que a produção do conhecimento e a própria intersubjetividade se constroem sob o domínio de ideologias, estas exercidas de forma implícita. Porém, quando nos atentamos aos ideais da filosofia da libertação, vemos a possibilidade de escrever um novo discurso que inclua os discursos já existentes, sem, contudo, desnaturalizá-los, dando-lhes seu sentido autêntico (DUSSEL, 1977a, p. 175). Sua proposta está centrada no homem, como oprimido, como classe explorada, em sua liberdade e exterioridade, cuja alteridade nativa foi suprimida pela dominação imperial.

O padrão colonial construiu o que a América é e criou uma elite ilustrada que nada mais fez do que repetir o padrão inicial de colonização, mantendo-se como parte da periferia leal ao centro e cuja produção intelectual se volta para o centro e não para si. O que se construiu foi uma cultura, a ocidental, metropolitana e eurocêntrica que dominava com a pretensão de aniquilar todas as culturas periféricas (DUSSEL, 2016, p. 52) aliada a uma cultura pós-colonial fragmentada internamente entre dois grupos, as elites ilustradas ainda fiéis ao império e a maioria da população periférica que ainda tenta proteger a própria cultura, muito embora a cultura originária já tenha se perdido, o que torna a busca pela construção de conhecimento liberta do padrão eurocêntrico uma tarefa difícil.

4. Códigos e operações no paradoxo da argumentação

A argumentação (e a decisão) possui dois lados, mas não se trata de diferenciar argumentos bons e argumentos maus, mais ou menos convincentes. O que é preciso analisar é que os argumentos não possuem alcance suficiente para alterar o símbolo de validade do direito, de mudar o direito vigente, nem tampouco podem conferir validade a novos direitos e obrigações. Isso ocorre para que a argumentação jurídica se restrinja ao direito filtrado pelo direito e que não possa resvalar nos preconceitos morais ou de outra ordem (LUHMANN, 2016a, p. 451), o que significa que o direito deve, necessariamente, operar com base nos códigos lícito e ilícito. Porém, é preciso se atentar para o fato de que a existência de tais códigos advém de construções culturais e teóricas que conferem a alguns indivíduos o poder de dizer o direito.

O movimento de validade e o de argumentação jurídica não operam de maneira independente um do outro, pois ambos fazem parte do mesmo sistema, o do direito, e se atrelam por meio de acoplamentos estruturais. Esses acoplamentos se dão por meio de textos como forma de o sistema coordenar-se mediante as próprias estruturas. Isto é, por meio dos textos se dá a mediação entre validade e argumentação, pois eles tornam possível a auto-observação do sistema. Só assim se pode fixar e suportar a exigência ideal de que para casos iguais se deve decidir de igual maneira para que haja justiça (LUHMANN, 2016a, p. 452). Os textos podem ser de leis, decisões de outros tribunais, doutrina, os quais podem ser atualizados em suas conexões internas, já que para interpretar e argumentar é preciso ter os textos mais convenientes para tanto.

Ocorre que, dependendo do sistema de organização ao qual pertence o ator do direito, aquele que diz o direito, suas referências comunicativas mudam, assim como mudam os papéis sociais assumidos por cada ator, sua racionalidade e a própria percepção da realidade (SIMIONI, 2017, p. 161). Nesse sentido, o pertencimento gera a construção de regimes de verdade internos a cada grupo, tais como magistratura, Ministério Público ou advocacia. Somada a isso está a construção de uma relação de centro e periferia dentro do sistema do direito, o que gera a inferência de que os tribunais ocupam a posição de centro de sentido do direito, enquanto as demais instituições preenchem as posições periféricas (SIMIONI, 2017, p. 158). E, dessa relação centro/periferia, surge a hipótese de que pode haver outra relação assimétrica entre os membros/organizações do sistema do direito. Essa assimetria pode significar o poder de dizer o que é o direito e o que não é, de construir códigos.

• HEROANA LETÍCIA PEREIRA
• RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI

A partir do aumento da complexidade das sociedades é que o papel social passa a se modificar de modo a deixar de ser atribuído em razão da localização geográfica ou da hereditariedade. Trata-se de uma diferenciação funcional, que é atribuída a cada indivíduo em decorrência do trabalho que exerce. Tal diferenciação de papel social baseada em funções pressupõe independência e autonomia de uma em relação à outra (SIMIONI, 2014, p. 171). E essa é a forma da sociedade moderna, na qual o direito, a política, a economia, a religião, a ciência, entre outros, assumem um papel em que passam a utilizar a si próprios como critérios de referência, a produzir sua própria legalidade, em relação ao ambiente, ou seja, passam a produzir autopoiese (ROCHA, 2011, p. 203). O problema reside no fato de que a sociedade moderna latino-americana tem origem em um contexto colonial, razão pela qual a construção dos critérios de referência para a construção dos papéis sociais se pauta na colonização.

Vistos por uma observação de primeira ordem, os textos dão às operações do sistema certa segurança ao decidirem corretamente sobre os casos. As operações se deixam guiar pela ideia de que o direito se aplica mediante normas consumadas em forma de textos específicos (LUHMANN, 2016a, p. 543). Já a interpretação é uma racionalização posterior ao texto e cumpre a premissa de que o legislador decidiu racionalmente. Ela é entendida como uma produção de novos textos com base nos antigos e ampliação de seus fundamentos, o que significa que as operações dos sistemas ficam subordinadas a operações de decisão cujo fundamento está nas normas que elas mesmas afirmam ser válidas, o que se trata de uma validação recíproca (LUZ; SIMIONI, 2016, p. 324). O texto inicial ainda serve de referência, mas ocorre a produção de novos. Já por uma observação de segunda ordem é que se chega à argumentação jurídica, que não utiliza o texto de forma literal, mas no seu sentido intrínseco. Então se observa a si mesmo (ou aos outros) na leitura dos textos, quando se depara com dúvidas (LUHMANN, 2016a, p. 455). E deve-se buscar uma argumentação convincente, dotada de razão e fundamento, em virtude do fato de que ela pode gerar dúvidas e causar insatisfação. A observação de segunda ordem encontra o que o texto quer dizer, a argumentação é a força de convencimento para o processo de comunicação, tendo em vista também a capacidade de imposição por parte da comunicação (LUHMANN, 2016a, p. 456), que é um processo que se observa a si mesmo, e, para tal, ela instala uma observação de segunda ordem.

As distinções primárias com que o direito observa e avalia interpretativamente não se deduzem de uma fórmula única em razão da dependência do texto, trata-se das razões pelas quais se opta por uma ou outra interpretação, na argumentação jurídica. Mas não se trata de uma relação simétrica entre dois lados como um sendo a negação do outro, razões e erros, por exemplo, até porque uma boa argumentação pode estar

baseada em erros lógicos, pois a boa argumentação é aquela que se orienta pela razão e evita os erros, não basta apenas negá-los. Todo componente dessa dualidade torna a ser, por sua vez, uma forma de observação, ou seja, de uma distinção (LUHMANN, 2016a, p. 457). Neste caso, podem-se distinguir os argumentos como equivocados e não equivocados em relação à lógica e premissas factuais, que podem ser insustentáveis. A lógica é que se faz como instrumento de controle dos erros, já que, ao descrever a distinção entre razões e erros como dualidade qualitativa, ela implicitamente contém uma afirmação acerca do papel da lógica na argumentação jurídica (LUHMANN, 2016a, p. 458). A lógica entre erros e razões pode ser aplicada a si mesma, de forma reflexiva.

O que vemos é que o argumentar acaba tornando invisível o paradoxo, agindo como distinção de suplência e introduzindo distinções como boas e más razões, o que significa que a argumentação acaba por fundamentar a si mesma e criar os critérios para essa distinção. Mas é preciso saber quais são os critérios para com os quais se reconhecem boas ou más razões. Ao buscar por tais critérios, a teoria da argumentação põe a si própria no acontecer da argumentação e entende-se que se põe do lado bom (LUHMANN, 2016a, p. 458). Como os critérios que reconhecem as boas ou más razões devem ser fundamentados, a razão fundamenta-se a si mesma.

A autologia da razão é que ela é racional, ela é o próprio predicado, por isso é paradoxal, pois somente a razão é racional e pode dizer o que é racional e o que não é. Para fundamentar tal situação, buscou-se, no campo do controle lógico dos erros, crer que os axiomas da lógica possam ser introduzidos de forma unilateral. No campo do controle empírico dos erros, buscou-se, a partir das ciências naturais clássicas, propor leis naturais objetivas e comprováveis. Contudo, desconheciam-se as redes circulares de observação (científica) mediante as quais se pudesse construir a realidade (LUHMANN, 2016b, p. 459).

No âmbito da fundamentação mesma, tinha-se de renunciar a levar em conta a erosão de todos os princípios e sua substituição por paradoxos e/ou por distinções de partida (LUHMANN, 2016b, p. 459). O que leva muitas teorias da argumentação a se deslocar para princípios procedimentais e ao uso da teoria da argumentação como forma de recomendar argumentos para os procedimentos adequados, sem considerar como os juristas argumentam de fato em situações práticas (LUHMANN, 2016b, p. 460).

Outro ponto de partida é o substancialismo, em que, quando invocam razões para fundamentar, é preciso fundamentar também as razões, o que necessita de princípios duráveis e deve se remeter ao ambiente do sistema no qual estão reconhecidos esses princípios, tais como moral, ética e razoabilidade. Neste caso, recusam-se as teses do fechamento operativo do direito, e busca-se apoio nas próprias razões da prática da

• HEROANA LETÍCIA PEREIRA
• RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI

argumentação. Parte-se para os sistemas da política, da moral e da ética quando não mais se encontram fundamentos no sistema do direito.

Contudo, podem os princípios renunciar à necessidade de serem distinguidos? Se não podem, quem os distingue? Também se supõe que os princípios (proporcionalidade, adequabilidade, ponderação) possam fundamentar decisões contrárias e contraditórias. Neste caso, quando se indica um princípio, relega-se a distinção ao sistema; além disso, o princípio oculta a temporalidade das operações do sistema, de modo a oferecer inconsistência para a consistência (LUHMANN, 2016a, p. 465), visto que os princípios aparentam um caráter contínuo que oculta descontinuidades. Nesse caso, os princípios acabam por assumir a forma de fórmulas de redundância do ponto de vista do fechamento operacional, ou seja, repetem aquilo que varia constantemente, criando a imagem de que os casos se repetem e podem ser resolvidos da mesma forma, o que não ocorre, pois nenhum caso é igual ao outro e nem pode ser resolvido com a mesma argumentação.

Tanto o substancialismo quanto o procedimentalismo, ao tentarem fechar o argumento, acabam por abrir o sistema ao recorrerem a valores externos ao direito. O que não resolve o paradoxo da argumentação, pois os argumentos abrem o sistema para fechar e, ao mesmo tempo, fecham o argumento para abrir o sistema (SIMIONI, 2014, p. 699). Quando se reconhecem o anacronismo de uma crença em princípios e a impraticabilidade de uma fuga para as diretivas do procedimento, é possível questionar quais são as condições de possibilidade da argumentação jurídica e substituir a autológica da razão por um instrumental mais forte, que proporcione um distanciamento mais robusto (LUHMANN, 2016a, p. 465).

A organização da jurisdição representa um sistema espacial no qual o direito possui seu centro e aqui se pode utilizar a particularidade dos sistemas de organização quanto a decidir acerca da inclusão ou exclusão dos membros (LUHMANN, 2005, p. 230). Em particular, a tomada de posse em um cargo de juiz implica assumir um padrão de comportamento compatível com seu cargo e que não se aplica aos demais membros do direito, tais como advogados e promotores. Assim, podemos afirmar que os juízes são o centro, enquanto os demais são a periferia. Para a periferia, não existe nenhuma obrigatoriedade de se decidir, ao contrário do centro, que detém essa prerrogativa. A distinção entre lícito e ilícito é feita no centro, uma vez que a periferia mantém contato direto com outros sistemas da sociedade, como a economia ou a política, ao contrário do centro.

Cabe à periferia receber as irritações e formalizar juridicamente ou não. Ali o sistema garante sua autonomia ao não ter de decidir quem decide é o juiz. Assim,

garante-se que o direito não funciona simplesmente como extensão, desprovida de vontade, de operações externas a ele. O centro requer essa proteção, justamente porque a premissa com que opera segue na direção oposta (LUHMANN, 2016a, p. 430). Em larga escala, pode-se dizer que os tribunais também operam da mesma forma em relação aos legisladores. Trata-se novamente do ponto central a ser aqui discutido, a organização determina quem decide e quem não decide. Quem tem o poder de decisão permanece o máximo possível isolado dos demais sistemas, por isso é centro. Cabe à periferia receber as irritações dos demais sistemas e levá-los ao centro, ou não.

Ainda, outro sentido dessa forma de diferenciação, segundo centro e periferia, reside na criação de um consenso social necessário e suficiente (ou na conservação de uma ficção correlativa) (LUHMANN, 1997, p. 73), posto que aqueles que devem decidir não podem se valer do consenso, devem se valer do código lícito/ilícito. Para decidir sobre o direito não se devem levar em consideração códigos morais, ao contrário do que ocorre na periferia, que recebe justamente essas irritações, nelas pode haver consenso. Justamente por isso é que os tribunais pressupõem certa moderação na reinterpretação dos contratos e das leis, portanto uma moderação na reformulação do direito jurisprudencial, sem que se possam indicar os critérios gerais para isso (LUHMANN, 2016a, p. 431).

O centro, contudo, não pode operar sem a periferia, do mesmo modo que a periferia também não pode operar sem o centro, uma vez que um alimenta o outro. Porém, para o nível mais elevado da forma de diferenciação centro/periferia, é significativo que somente no centro sejam permitidas outras formas de diferenciação: segmentação, mas também superioridade e inferioridade (LUHMANN, 2016a, p. 432), visto que somente os tribunais detêm o poder de constituírem hierarquia ao conseguirem distribuir competências espaciais ou profissionais de forma horizontal, o que não é possível à periferia, que já não pode mais se diferenciar, ainda que apresente tais assuntos.

Entretanto, não há hierarquia dos tribunais entre si, eles são independentes. Ademais, os tribunais superiores julgam com base no próprio direito, pois detêm competências especiais e também atribuições como instância recursal em relação às decisões das instâncias superiores. Mas de igual ou maior importância é a pergunta sobre os sistemas de função a que o direito se adapta valendo-se dessa sensibilidade da periferia. E os fatores determinantes para tal são a elevada tolerância ante os desequilíbrios e a renúncia ao caráter obrigatório da decisão que caracteriza essa periferia do direito (LUHMANN, 2016a, p. 434). A relação que agora se faz evidente entre o caráter obrigatório da decisão, a organização dos tribunais e a posição central dos tribunais no sistema do direito permite que se tenha uma ideia nova do fechamento operativo do sistema do direito, de um ponto de vista temporal e material.

• HEROANA LETÍCIA PEREIRA
• RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI

Por fim, os procedimentos jurídicos operam nessa mesma direção, ao se iniciarem com a aceitação da incerteza da decisão, a especificação de papéis e a delimitação de conflitos, e, conseqüentemente, a decisão surge como um resultado lógico do procedimento jurídico. A decisão, dessa forma, somente poderá ser impugnada mediante as vias recursais cabíveis aos tribunais. Afora isso, somente o sistema político, mediante o ato legislativo, pode modificar o direito vigente. Nos sistemas de funções, ao contrário do sistema da sociedade, torna-se perfeitamente possível que ainda hoje ocorra uma diferenciação entre centro e periferia simplesmente pela sua formulação hierárquica. No sistema do direito, isso se torna possível justamente ao se vislumbrar sua formação hierárquica na construção dos tribunais como ponto central do sistema do direito, enquanto os demais atuam como periféricos. Por ser uma organização, a princípio, nova, a construção dos tribunais é um ponto marcante no processo de diferenciação do sistema do direito.

O ponto central desta análise do sistema do direito é o de que as organizações desse sistema se reproduzem sobre uma base de comunicação de decisões, fechando-se operacionalmente. Elas não representam o mundo de forma ontológica e, como sistemas autopoieticos, operam em uma forma de observação de segunda ordem, pois observam a si próprias observando. E mais, as incertezas, provenientes do ambiente, que é mais complexo que o sistema, são a condição de possibilidade da autopoiese, pois ela se realiza na absorção de incertezas (ROCHA; AZEVEDO, 2012, p. 203). No sistema organizacional, ocorre a reprodução da diferença entre autorreferência e heterorreferência. O ambiente da organização é um constructo da própria organização a partir da autorreferência. Isso é o que possibilita ao ambiente validar as decisões das organizações, oferecer os contextos que permitem comprovar como se decidiu (ROCHA; AZEVEDO, 2012, p. 203). Ao atentar para o lado operacional da autopoiese do sistema do direito e não tanto para o lado institucional, a influência organizatória e profissional com relação ao que se comunica ou deixa de comunicar erige-se como zona limítrofe a circunscrever a verdadeira atividade jurídica. Protegido pela organização e pela profissionalização, o tribunal faz a apresentação de sua própria decisão como interpretação e aplicação do direito vigente que transforma o direito vigente (LUHMANN, 2016a, p. 444). Trata-se de uma evidente relação de centro e periferia atinente ao sistema do direito.

5. Conclusão

Uma estratégia de crescimento libertador transmoderno pressupõe a criação de um projeto (um projeto transmoderno). Trata-se de um projeto que vise valorizar a cultura

negada, relegada a segundo plano por uma concepção de que uma cultura eurocêntrica, dita universal, é a que trata do conhecimento verdadeiro. Contudo, não basta simplesmente valorizar a cultura periférica de modo combativo em relação à cultura do centro, pois isso significaria seguir um percurso pelo fanatismo. É preciso, também, partir de uma crítica interna com base em uma hermenêutica própria, na medida em que a valorização da cultura periférica não pode fundamentar-se em premissas cegas, precisa, antes de tudo, partir de premissas críticas sobre a própria cultura. Além disso, os críticos, para serem críticos, devem viver o biculturalismo das fronteiras e então criar um pensamento verdadeiramente crítico (DUSSEL, 2016, p. 59). A partir destes pressupostos, segundo a filosofia da libertação, é possível realizar um projeto descolonial no caminho para a transmodernidade visando ao desenvolvimento da valorização de uma tradição cultural própria.

A ideia de transmodernidade é trazer à baila o surgimento da alteridade de culturas universais, que respondem aos desafios da modernidade a partir de outro lugar, do ponto de vista da própria experiência cultural, que não é a mesma da euramericana. Portanto, que podem responder às suas questões de forma única e em um movimento transversal, isto é, de periferia para periferia. O diálogo intercultural deve ser transversal, ou seja, deve partir de outro lugar, para além do mero diálogo entre eruditos do mundo acadêmico ou institucionalmente dominante (DUSSEL, 2016, p. 63-64) e que não parte do pressuposto da existência de uma simetria entre culturas que, sabe-se, não existe. O intelectual crítico deverá ser aquele que encontra na fronteira entre duas culturas, do centro e da periferia, mas que dialoga da periferia para a periferia.

Para as culturas ocidentais, a invasão da América pelos espanhóis foi um marco da construção da modernidade. A abertura geopolítica da Europa para o Atlântico, o início da implantação do sistema-mundo e a criação do sistema colonial se deram a partir desse marco histórico. Também se pode falar que a plenitude da modernidade somente ocorreu em função da existência do colonialismo, pois a partir dele floresceu a Revolução Industrial. E justamente assim a Europa tornou-se o centro do sistema-mundo, enquanto a América Latina tornou-se uma (entre as demais) periferia desse sistema.

A partir deste contexto é que se torna necessário estabelecer uma crítica a uma visão ingênua que pressupõe a possibilidade da realização de um diálogo entre culturas como possibilidade multicultural simétrica. Tal diálogo não pode ser simétrico quando se realiza entre culturas de centro e culturas de periferia, pois o eurocentrismo enraizou a produção de conhecimento e cultura civilizados como sendo os seus, enquanto o que vem da periferia é conhecimento selvagem. Há um abismo cultural intransponível

• HEROANA LETÍCIA PEREIRA
• RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI

nesse contexto. As culturas periféricas foram, em parte, colonizadas, mas a maior parte de suas estruturas de valores foi excluída, negada ou aniquilada.

O propósito da filosofia da libertação, como crítica cultural, é gerar uma nova elite cuja ilustração não se articule ao centro, mas sim à periferia, aos oprimidos. Essa cultura periférica oprimida pela cultura imperial deve ser o ponto de partida para o diálogo intercultural (DUSSEL, 2016, p. 53) para, a partir dele, em um diálogo da periferia para a periferia, realizar a construção de conhecimento liberta do centro.

INTERPRETATION AND DECISION IN NIKLAS LUHMANN: TRANSMODERNITY AND DECOLONIZATION

REFERÊNCIAS

BARALDI, C.; CORSI, G.; ESPOSITO, E. *Luhmann in Glossario: i concetti di fondamentali della teoria dei sistemi sociali*. Parma: Franco Angeli, 1996.

DUSSEL, E. *Filosofia da libertação na América Latina*. 2. ed. Tradução Luiz João Gaio. São Paulo: Loyola, Unimep, 1977a.

DUSSEL, E. *Para uma ética da libertação latino-americana, erótica e pedagógica*. Tradução Luiz João Gaio. São Paulo: Loyola, Unimep, 1977b.

DUSSEL, E. Transmodernidade e interculturalidade: interpretação a partir da filosofia da libertação. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, v. 31, n. 1, p. 51-73, abr. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69922016000100004>. Acesso em: 2 jan 2018.

LUHMANN, N. *Organización y decisión*. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Traducción Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos, 1997.

LUHMANN, N. *Organizzazione e decisione*. Traduzione Giancarlo Corsi. Milano: Paravia Bruno Mondadori Editori, 2005.

LUHMANN, N. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2006.

LUHMANN, N. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

LUHMANN, N. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016a.

LUHMANN, N. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Petrópolis: Vozes, 2016b.

LUZ, C. K. da; SIMIONI, R. L. Decisão, organização e risco: a positividade do direito na forma da decisão jurídica. *Conpedi Law Review*, Uruguai, v. 2, n. 4, p. 318-334, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3667/3167>. Acesso em: 16 maio 2018.

MIGNOLO, W. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade. In: LANDER, E. (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: Clacso, 2005. (Colección Sur-Sur).

QUIJANO, A. Colonialidade, poder, globalização e democracia. In: LANDER, E. (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: Clacso, 2005. (Colección Sur-Sur).

ROCHA, L. S. Teoria do direito no século XXI: da semiótica à autopoiese. *Sequência*, Florianópolis, n. 62, p. 193-222, jul. 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177055.2011v32n62p193/18578>. Acesso em: 26 maio 2018.

ROCHA, L. S.; AZEVEDO, G. de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 193-213, 2012. Disponível em: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:h_rTWA1xXEMJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5007560.pdf+&cd=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 18 maio 2018.

SEGATO, R. Raça é signo. In: AMARAL JR., A.; BURITY, J. (org.). *Inclusão social, identidade e diferença: perspectivas pós-estruturalistas de análise social*. São Paulo: Annablume, 2006.

SIMIONI, R. L. Interpretação jurídica e percepção seletiva: a dimensão organizacional da produção de sentido no direito. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 11, n. 1, p. 135-147, ago. 2015. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/940>. Acesso em: 1º jan. 2018.

SIMIONI, R. L. Conhecimento e poder: reflexões sobre as relações entre academia e judiciário no Brasil. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 17, n. 33, p. 157-185, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/3549/2076>. Acesso em: 15 mar. 2018.

SIMIONI, R. L. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.