

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

ANDRÉ GALVÃO VASCONCELOS DE ALMEIDA

**(RE)ESTABILIZAÇÃO DE EXPECTATIVAS
NORMATIVAS: observações sobre o precedente judicial à
luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**

**Recife
2014**

ANDRÉ GALVÃO VASCONCELOS DE ALMEIDA

**(RE)ESTABILIZAÇÃO DE EXPECTATIVAS
NORMATIVAS: observações sobre o precedente judicial à
luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito. Linha de pesquisa: Processo e Dogmática.

Orientador: Prof. Dr. João Paulo
Fernandes de Souza Allain Teixeira

**Recife
2014**

ANDRÉ GALVÃO VASCONCELOS DE ALMEIDA

(RE)ESTABILIZAÇÃO DE EXPECTATIVAS NORMATIVAS:
observações sobre o precedente judicial à luz da teoria dos sistemas de
Niklas Luhmann.

Dissertação apresentada ao programa de
Mestrado da Universidade Católica de
Pernambuco (UNICAP) como requisito parcial
para obtenção do grau de Mestre em Direito.
Linha de pesquisa: Processo e Dogmática.

Orientador: Prof. Dr. João Paulo Fernandes de
Souza Allain Teixeira

Dissertação defendida e aprovada em 22 de Maio de 2014 pela banca
examinadora constituída pelos Professores:

Dr. João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira
(UNICAP/UFPE)

Lúcio Grassi de Gouveia
(UNICAP)

Artur Stamford da Silva
(UFPE)

Não poderia deixar de dedicar este trabalho a Daniela Moser, minha vida. Uma altruísta nata. Sempre me estimulou a ingressar na vida acadêmica e dividiu comigo as agruras desse caminho tão difícil de percorrer. Sozinho e fora do seu contexto eu nada seria e a canto nenhum iria. Você é a minha fonte de inspiração e amor.

Tenho a certeza que, desde a primeira fagulha de pensamento até a última palavra deste trabalho você está presente.

Muito obrigado.

AGRADECIMENTOS

À toda minha família, que me deu forças para chegar a esse momento tão importante em minha vida. Em especial, aos meus pais. Minha mãe, com sua fé inabalável, deu-me forças para enfrentar as adversidades da vida. Esteve presente comigo desde as provas escolares até as provações que hoje a vida nos traz. A conclusão desse curso só foi possível por causa dela. E meu pai, força vital. Apoio incondicional. Garantiu-me a retaguarda para eu pudesse seguir meu caminho. Seu exemplo de ética e solidariedade irá comigo para além da vida. Vocês me ensinaram que sonhar é uma grande responsabilidade, porque sonho é destino.

Meus agradecimentos a todos os funcionários da Universidade Católica de Pernambuco. Do porteiro ao coordenador do curso, de uma forma ou de outra, todos foram importantes na construção desse sonho.

Faço um agradecimento especial ao Professor João Paulo Allain Teixeira, pela dedicação e paciência na orientação deste trabalho. Qualquer de seus alunos descobre que ensinar não é apenas uma simples transmissão de informações. Ensinar é fazer parte de um processo comunicativo que busque uma contínua construção e desconstrução de ideias e pensamentos. É ter a consciência que não existe monopólio do conhecimento e que a pedagogia apenas é exercida plenamente quando se transforma em instrumento de emancipação intelectual, porque o pensamento último é sempre o penúltimo e o que nos sobra é apenas capacidade de se desenvolver e dar continuidade a esse processo.

Agradeço, também, ao professor Artur Stamford da Silva, pela acolhida no centro de pesquisa Moinho Jurídico e pela oportunidade de fazer parte do seu importante grupo de estudos sobre a obra “El derecho de la sociedad” de Niklas Luhmann. A convivência com o professor Artur e com os demais colegas do grupo foi imprescindível para a compreensão da obra Luhmanniana.

Aos professores Sérgio Torres Teixeira e Lúcio Grassi de Gouveia. Ao professor Sérgio Torres, pelo exemplo profissionalismo e comprometimento com o ensino jurídico. Ao professor Lúcio Grassi, certamente um dos professores responsáveis pelo desenvolvimento do tema ora apresentado. A disciplina por ele comandada: *Sistemática e Hermenêutica Processual*, prova que não há mais como pensar em dogmática jurídica sem uma vinculação

inarredável com o estudo da teoria do direito.

Aos professores Alexandre Freire Pimentel, Pe. Francisco Caetano Pereira, José Soares Filho e Virgínia Colares, que tiveram presença marcante durante minha curta passagem.

À todos os meus colegas de turma e, em especial, aqueles de primeira hora, tão importantes nos momentos mais difíceis dessa caminhada: Bruno Marques, Leonardo Moreira, Luiz Andrey, Kleyvson Miranda, Bruno Almeida, Jadson Correia, Ana Virgínia Cartaxo, Carolina Alves Montenegro e Juliana de Brito Pontes.

Eternamente grato.

“Quanto futuro será necessário para que se possa viver sensatamente no presente, isso constitui uma variável essencialmente evolutiva, e aí reside o ponto onde as mudanças nas necessidades sociais invadem o direito”.

Niklas Luhmann¹

¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. II. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 166.

RESUMO

Como reação à hipercomplexidade que tomou conta da sociedade (pós)moderna acêntrica (ou melhor, policêntrica), as palavras do legislador passaram a ter caráter cada vez mais vago e impreciso, dando margem de liberdade ao juiz na realização do direito. Essas técnicas legislativas representam verdadeiros poros/aberturas do sistema jurídico na busca por uma maior dinamicidade e adaptabilidade à realidade social. Transfere-se o dogma da segurança jurídica estrita cerrada nos códigos, para a ideia de “justiça” construída no âmbito processual. Embora importante, essa abertura pode provocar o “efeito colateral” de produzir decisões cada vez mais díspares, aumentando a possibilidade de que casos iguais tenham tratamento diferente, gerando imprevisibilidade, desconfiança e, sobretudo, violação ao princípio da igualdade. Além disso, com a interiorização das contingências sociais em alto nível, o sistema jurídico torna-se potencialmente mais complexo e vem apresentando dificuldades em sua capacidade de redução de complexidade, generalização congruente de expectativas normativas e, conseqüentemente, produção de comunicação (jurídica) diferenciada. Assim, à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, busca-se demonstrar a importância dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro, de modo que passariam a figurar como meios de comunicação simbolicamente generalizados aptos a promover a (re)estabilização das expectativas normativas, restaurando a confiança e a unidade do sistema jurídico, representando, ao mesmo tempo, estabilidade e dinamicidade, consistência jurídica e adequação social.

Palavras-chave: Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. (Re)estabilização de expectativas normativas. Precedentes judiciais. Consistência jurídica e adequação social.

ABSTRACT

As a reaction to the hyper complexity that gripped acentric (or rather, polycentric) (post) modern society, the words of the legislator began to have character increasingly vague and imprecise, giving leeway to the judge in carrying out the law. These legislative techniques represent true pores/openings of the legal system in the search for greater dynamism and adaptability to social reality. Transfer the dogma of strict tight legal security codes, to the idea of "justice" built in the process context. While important, this opening may cause "side effect" of producing disparate decisions, raising the possibility that similar cases have different treatment, generating unpredictability, mistrust and especially violation of the principle of equality. Moreover, with the internalization of social contingencies at a high level, the legal system becomes potentially more complex and is having difficulties in their ability to complexity reduction, consistent generalization of normative expectations and, consequently, differentiated production of communication (legal). In the light of the theory of Niklas Luhmann, we seek to demonstrate the importance of judicial precedents in the Brazilian legal system, which would appear as able to promote (re) stabilization of normative expectations symbolically generalized media, restoring confidence and the legal system unit, representing at the same time, stability and dynamics, legal consistency and social adequacy.

Keywords: Niklas Luhmann's Systems theory. Normative expectations (re) stabilization. Judicial precedents. Dynamic stability. Legal consistency and social adequacy.

ABSTRACTO

Como reacción a gran complejidad que se apoderó de la sociedad (post) moderna acéntrica (o más bien, policéntrica), las palabras del legislador comenzó a tener carácter cada vez más vaga e imprecisa, dando margen para que el juez en el ejercicio de la ley. Estas técnicas legislativas representan verdaderos poros/aberturas del sistema legal en la búsqueda de un mayor dinamismo y capacidad de adaptación a la realidad social. Transferir el dogma de códigos estrictos de seguridad legales ajustados a la idea de la "justicia", construida en el contexto procesal. Aunque importante, esta apertura puede causar "efectos secundarios" de producir decisiones cada vez más dispares, que plantea la posibilidad de que los casos similares tienen un tratamiento diferente, generando imprevisibilidad, la desconfianza y en especial la violación del principio de igualdad. Además, con la internalización de las contingencias sociales a un nivel alto, el sistema legal se convierte en potencialmente más complejo y está teniendo dificultades en su capacidad para la reducción de la complejidad, la generalización consistente de expectativas normativas y, en consecuencia, la producción de la comunicación (legal) diferenciada. Así, a la luz de la teoría de Niklas Luhmann, buscamos demostrar la importancia de los precedentes judiciales en el sistema jurídico brasileño, que aparecería como medios simbólicamente generalizados capaz de promover la (re) estabilización de las expectativas normativas, restaurando la confianza y la unidad del sistema legal, que representa al mismo tiempo, la estabilidad y la dinámica, la coherencia jurídica y la adecuación social.

Palabras clave: Teoría de sistemas de Niklas Luhmann. (Re) estabilización de las expectativas normativas. Precedentes judiciales. Coherencia jurídica y la adecuación social.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF	Constituição Federal
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 NOTAS ACERCA DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN.....	16
1.1 A diferenciação social.....	16
1.2 A sociedade de comunicação.....	20
1.3 Sistema e ambiente na sociedade complexa.....	23
1.4 O sistema jurídico e sua função.....	34
2 A EVOLUÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO.....	44
2.1 O Estado liberal e o dogma da onipotência do legislador	44
2.1.1 A escola da exegese.....	48
2.1.2 Flexibilização do princípio da legalidade, o pós-segunda guerra mundial e a hipercomplexidade da sociedade: um espaço propício para o protagonismo judicial.....	51
2.2 O protagonismo judicial e o juiz no centro do sistema jurídico: <i>non liquet</i>	54
3 ABERTURA COGNITIVA E FECHAMENTO OPERACIONAL DA DECISÃO JURÍDICA: O JUIZ ENQUANTO OBSERVADOR DA REALIDADE PROCESSUAL.....	59
3.1 A observação da prova.....	63
3.2 A decisão como (des)apropriadora de sentido.....	68
4 UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA ATRAVÉS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E A (RE)ESTABILIZAÇÃO DAS EXPECTATIVAS NORMATIVAS	72
4.1 Precedente judicial e (des)confiança sistêmica.....	73
4.2 Precedente como instrumento de fortalecimento da comunicação (jurídica) diferenciada.....	82
4.3 Estabilidade e adaptabilidade como características do precedente judicial.....	88
4.3.1 Instrumentos de superação do precedente como garantia a sua mobilidade e adaptabilidade.....	88
4.3.2 Estabilidade dinâmica do precedente.....	98
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	103
6 REFERÊNCIAS.....	107

INTRODUÇÃO

No caminho para atingir a fórmula ideal de constituição da sociedade e resolução de conflitos, buscamos organização através de um sistema feudal, procuramos explicação na relação divina sob o domínio da igreja, depositamos a centralização do poder no sistema personificado da monarquia e, julgando romper com o transcendentalismo e com a arbitrariedade de sistemas anteriores, buscamos no positivismo iluminista a solução para os males da sociedade.

Com a chegada da sociedade moderna (ou pós-moderna, como preferem alguns) e sua hipercomplexidade, nos deparamos com a insuficiência dos modelos tradicionais de absorção e resolução dos conflitos sociais e, conseqüentemente, o questionamento da lei como único instrumento de regulação de condutas e estabilização de expectativas normativas. Nesse cenário, vimos surgir um poder teoricamente capaz de acompanhar os anseios dessa nova sociedade globalizada: o “novo” poder judiciário.

Nesse contexto, a dogmática torna-se cada vez mais “desestruturada” fazendo surgir técnicas de produção legislativa que conferem a lei característica cada vez mais vaga e imprecisa, com significado ambíguo e polissêmico. Com isso, o juiz, antes um ser inanimado que apenas seguia prontuários e programas de subsunções legais, limitando-se apenas a exprimir a vontade do legislador, ou seja, sendo apenas a “boca pela qual fala a lei” (“*bouche de la loi*”); hoje está no centro do ordenamento jurídico e assume papel de co-produtor de normas jurídicas.

Transfere-se a importância da legalidade estrita, traduzida em “segurança” cerrada nos códigos, para a ideia de “justiça” construída no âmbito processual. As decisões jurídicas observam a sociedade e passam a ser o lugar para onde são direcionadas as expectativas normativas. Dessa forma, o sistema jurídico na atual sociedade moderna, fragmentada, ocupa um papel de protagonista em comparação com sua atuação no século XIX.

Ocorre que essa dinamicidade/abertura, provocada pela flexibilização da legalidade estrita, embora importante para o desenvolvimento do direito e sua adaptação às novas realidades sociais, pode produzir o efeito colateral de nos levar a uma situação de insegurança, imprevisibilidade, desconfiança sistêmica e, conseqüentemente, violação ao princípio da igualdade. Uma vez que a lei permite margem de liberdade ao julgador através da interpretação das normas, é natural que essas normas, agora judicializadas, sejam cada vez mais díspares, pois é difícil manter certa uniformidade com tanta flexibilidade e liberdade

criativa, aumentando-se, assim, a possibilidade de que casos semelhantes sejam decididos de maneira desigual.

Considerando-se ainda a característica continental do Brasil, o sistema jurídico transforma-se em um sistema cada vez mais hipercomplexo e contingente, e aos poucos vem perdendo sua função básica de garantir a estabilização das expectativas normativas.

É justamente nesse ponto que se posiciona os interesses específicos deste trabalho: observar a importância da adoção de um sistema de respeito aos precedentes judiciais, tal como ocorre nos países que adotam o *common law*, que figurem como meios de comunicação simbolicamente generalizados e promovam a restauração da unidade do sistema jurídico, (re)estabilizando as expectativas normativas. E é através do aparato teórico desenvolvido na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, que buscaremos situar as bases da nossa investigação.

É que, segundo o autor, o sistema jurídico possui a função básica e específica de promover a generalização congruente de expectativas normativas. Para tanto, ele promove a redução de complexidade do ambiente (transformando complexidade desestruturada em complexidade estruturada) e o faz através de comunicação própria (código binário lícito/ilícito), que funciona como meio de comunicação simbolicamente generalizado. O fortalecimento dessa comunicação permite que o sistema jurídico se mantenha como um sistema funcionalmente diferenciado e que, através de suas operações, a sociedade possa prever quais as expectativas normativas são postas no convívio social e gerenciar suas condutas de acordo elas.

Luhmann também entende que os sistemas devem ser autônomos, porém essa autonomia não deve causar um isolamento em relação ao ambiente. Eles devem ser operacionalmente fechados, porém cognitivamente abertos. É estabelecida uma relação de condicionamento recíproco: o sistema é aberto porque é fechado, sua abertura cognitiva só é possível a partir do seu fechamento operacional. Devem, assim, combinar consistência jurídica e adequação social.

Além disso, seguindo a linha traçada na teoria de Luhmann, entende-se que o sistema jurídico apenas responde a exigência da “justiça”, ou seja, de igualdade, quando o grau de complexidade interna seja o máximo compatível com a consistência das decisões dentro do sistema. O direito poderá aumentar sua complexidade, mas somente até o ponto em que não impeça que as decisões que nele recaem sejam consistentes, ou seja, que se tratem os casos iguais de forma igual.

Dessa forma, investiga-se se no atual desenho institucional, os precedentes judiciais possam atuar como mecanismos que promovam a consistência das decisões e a (re)estruturação do sistema jurídico.

Antes, porém, cumpre-nos ressaltar, que o presente trabalho não tem por objetivo um estudo exaustivo acerca do sistema dos precedentes judiciais. Não nos lançaremos nas profundas especificidades e diferenças sobre os inúmeros mecanismos e institutos ligados ao sistema², fato que nos demandaria um ajuste de diretrizes e metodologia que não se enquadraria em nossa proposta. Buscaremos fazer uma leitura geral do instituto, de modo a fornecer uma interpretação sobre a importância do sistema de precedentes no atual contexto jurídico-institucional fragmentado da sociedade moderna e abrir espaço para o fomento e aprofundamento de estudos subsequentes. Nosso foco, portanto, está ligado à sociologia jurídica. Mais, especificamente, à sociologia jurídica de Niklas Luhmann.

Diante do exposto, logo de início, faremos uma apresentação introdutória acerca da teoria sistêmica de Luhmann (capítulo 01), seguida de uma análise sobre a evolução do sistema jurídico, enfatizando o caminho percorrido desde o positivismo jurídico dos Estados liberais até o protagonismo judicial, experimentado na contemporaneidade (capítulo 02). Compreendendo o contexto jurídico atual, destaca-se, também, o processo de abertura cognitiva e fechamento operacional da decisão jurídica, tendo o juiz enquanto observador da realidade processual (capítulo 03) e, finalmente, buscaremos reforçar a importância dos precedentes a partir de três pontos específicos, todos estruturados no capítulo 04:

- (I) Estabeleceremos a relação entre o precedente judicial e a confiança sistêmica, ressaltando os seus princípios correlatos, tais como: previsibilidade, segurança jurídica e, principalmente, igualdade. Nesse ponto, também busca-se enfatizar a necessidade de que a complexidade interna do sistema jurídico deve ser limitada ao ponto de não comprometer a consistência de suas decisões. Ou seja, o sistema não pode se tornar complexo ao ponto de permitir que casos iguais seja tratados de forma desigual (4.1);
- (II) Também, nesse capítulo, tem-se como objetivo identificar o precedente judicial como renovação da comunicação (jurídica) diferenciada, ressaltando a função dos

² Para tanto, remetemos o leitor às obras: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: A justificação e aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2012 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Tribunais Constitucionais de acordo com a teoria sistêmica (4.2);

- (III)** Por fim, indicaremos estabilidade e adaptabilidade como características do precedente judicial, destacando suas técnicas de superação, além de analisar o seu papel como promotor de uma estabilidade dinâmica capaz de incorporar ao mesmo tempo duração/redundância e variação sistêmica, consistência jurídica e adequação social (4.3).

1 NOTAS ACERCA DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

1.1 A diferenciação social

O principal ponto de partida para compreender a ideia sociológica dos sistemas na doutrina de Niklas Luhmann é a diferenciação social. A relação entre uma sociedade e a complexidade que lhe é peculiar, em um determinado contexto, forma a condição de evolução dos seus próprios sistemas e, conseqüentemente, a sua própria evolução. Assim, a forma de diferenciação social de uma dada sociedade é correspondente à forma com a qual ela lida com a complexidade³.

Segundo Luhmann, inicialmente com as sociedades tradicionais, típicas sociedades pré-modernas, existia uma diferenciação social sedimentária. Essas sociedades tinham as características de sociedades arcaicas, onde não se admitia um elevado grau de complexidade causando uma limitada exigência de seletividade. Existia, assim, certa igualdade de possibilidades de observação da própria sociedade. A forma de diferenciação dessas sociedades se baseava na observação daquilo que é ou não é familiar⁴. Os sistemas eram formados basicamente pelas famílias, aldeias ou tribos. Dessa forma, o baixo grau de possibilidades acarretava o baixo grau de mecanismos de estabilização de expectativas. Não haviam instrumentos contrapostos (diferenciação) que estimulassem a emergência de subsistemas específicos e complexos. Bastava o emprego da força ou de uma crença para que a ordem se fizesse presente.

Posteriormente, passou-se a desenvolver uma sociedade estratificada, resultado da diferença territorial centro/periferia, de modo que os indivíduos eram divididos por relações de classe ou estrato, poder e riqueza, parentesco e posição social, existindo uma espécie de escalonamento hierárquico da vida social.

³ Conforme veremos mais adiante, não devemos entender a complexidade como sinônimo de complicação, mas de excesso de possibilidade frente a reduzida capacidade humana de apreensão do mundo moderno. Os sistemas sociais enfrentam o desafio de absorver informação inserida no ambiente e para isso promovem redução da complexidade através de processos seletivos.

⁴ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 100. Ver também: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2007, p. 502-524.

Essa forma de diferenciação estratificada permitia um maior nível de complexidade em relação às sociedades arcaicas, embora essa nova complexidade fosse pautada por parâmetros hierárquicos. Nessa época, observa-se que existia certa homogeneização provocada pela desigualdade de recursos e possibilidade de comunicação, que era monopolizada por uma parte mais abastada da sociedade, que vivia numa espécie de centralização da vida social. O centro, formado pelas cidades, concentrava as possibilidades de comunicação e a periferia, por sua vez, permanecia isolada, vivendo ainda sob a forma de diferenciação sedimentária. Aqui, de certa forma, poderíamos dizer que a estratificação expõe uma formação de sistemas com base na “igualdade”. Porém, trata-se de uma igualdade “forçada na desigualdade”⁵. Nesses tipos de sociedade, a autodescrição da própria sociedade era imposta pela camada superior que emanava certa universalização através de seus sistemas dominantes⁶.

Para Luhmann, com a chegada dos Estados modernos, a partir do século XVIII, surgiu uma nova combinação de diferenciação social, a diferenciação social baseada nas funções dos sistemas parciais da sociedade⁷. O rompimento com os regimes absolutistas buscou a descentralização do poder e o que antes era pessoal passou a ser impessoal. Onde antes havia um governo de pessoas, passou a existir um governo de leis⁸. Deu-se início a um processo de fragmentação da vida social e o que antes era homogêneo passou a ser heterogêneo.

Na busca por uma maior autonomia, certamente impulsionada pelo processo de codificação e racionalização da vida, a religião, a economia, as artes e o direito (dentre outras áreas), passaram a criar seus próprios sistemas sociais, com suas idiossincrasias e códigos próprios de conduta. De uma desigualdade e homogeneidade lastradas em estratos, passamos a uma diferenciação definida através de vários sistemas e suas funções específicas.

Com a chegada da sociedade moderna, explode o aumento de complexidade e não é mais possível produzir interpretações globais/universais do mundo. Pode-se dizer, que na

⁵ LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da Comunicação*. Trad. Anabela Carvalho. 4. ed. Lisboa: Passagens, 2006, p. 111.

⁶ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 101. Ver também: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2007, p. 538-560.

⁷ *Ibidem*, p. 104. Ver também: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2007, p. 589-615. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 47. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 152.

⁸ TEIXEIRA, João Paulo Allain. Dois modelos de legalidade: Hans Kelsen e Niklas Luhmann, In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coords.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 97.

modernidade o mundo retirou-se para o absoluto, para o inobservável⁹. Não há mais lugar para grandes fórmulas legitimadoras, com fundamento em verdades absolutas. Atualmente, como leciona Guerra Filho, vale mais a pena apostar na interação entre pessoas (ou sistemas), influenciando-se umas às outras para encontrar através de seus próprios meios uma orientação para o mundo e reagindo a ele¹⁰. Numa época em que não se tem uma unicidade de pensamento, de crenças e de consciências sociais, encontram-se sistemas sociais cada vez mais específicos, altamente diferenciados e com comunicações próprias¹¹.

Cada subsistema componente da sociedade global exerce sua função específica, através do seu próprio código, podendo apenas observar a sociedade através da sua função. Dessa forma, afastando-se de qualquer ideia de hierarquia, Luhmann descreve a sociedade moderna como um complexo de sistemas sociais dotados de autonomia funcional, que se movimentam e se conectam uns aos outros. Um sistema pode, em determinado momento, exercer função mais importante, porém não há hierarquia entre eles. As relações institucionais na teoria de Luhmann trabalham no plano ortogonal e não no vertical. Em suma: em uma sociedade fragmentada e desprovida de referências universais, surge a ideia de policontextualidade¹². Agora a sociedade é vista sob os olhares de vários observadores, cada um em seu contexto específico, sua própria realidade.

É nesse ponto, que podemos constatar um primeiro rompimento da teoria dos sistemas de Luhmann, que de certa forma é baseada no construtivismo, o qual ele prefere chamar de “construtivismo operativo”¹³, com as teorias clássicas do conhecimento. Enquanto nas teorias clássicas temos a ideia do conhecimento do mundo através da distinção entre sujeito/objeto, onde a sociedade é observada por um sujeito posicionado em um plano *ab extra*; na teoria dos sistemas de Luhmann, temos a ideia de que a realidade é uma operação de construção de quem observa. Ou seja, há tantas realidades quanto forem os observadores e para que se possa conhecer a realidade é preciso observar o observador. O observador faz parte da própria realidade que observa, sujeito e objeto confundem-se. Essa concepção de conhecimento, de

⁹ LUHMANN, Niklas. Por que uma teoria dos sistemas?. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva M. B. (coords.) *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 37.

¹⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: Introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 28.

¹¹ LIMA, Fernando Rister de Souza Lima. *Sociologia do Direito: O direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. 2. ed. Editora Juará. Curitiba, 2012, p. 30.

¹² LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: Lineamentos para una teoría general*. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. México: Anthropos Editorial/Universidad Iberoamericana, 1998, p. 11.

¹³ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35-40.

acordo com Luhmann, seria mais adequada a uma sociedade que se tornou hipercomplexa e policêntrica.

Nas palavras de Gonçalves e Villas Bôas Filho,

O observador é entendido como parte do mundo que observa. Não existe observador exclusivamente externo. Segundo Luhmann, para observar sistemas físicos, químicos, orgânicos, psíquicos e sociais, os observadores necessitam, ao mesmo tempo, funcionar fisicamente, organicamente, dispor de dispositivos de cognição e participar da sociedade. Isso lhe permite concluir que não há uma diferença constitutiva entre sujeito e objeto, uma vez que os dois participam de uma base comum operativa já dada¹⁴.

Nesse contexto, Luhmann desenvolve a ideia de que os sistemas sociais modernos são sistemas autopoieticos. A palavra *autopoiese*, que vem do grego, significa autoprodução. A fração *auto*, quer dizer por si próprio e *poiese*, quer dizer produção¹⁵.

A teoria da autopoiese do sistema social desenvolvida por Luhmann foi importada a partir da observação da teoria dos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela¹⁶. Luhmann adotou o conceito da biologia para afirmar que os sistemas sociais são uma rede de produção de elementos que produzem seus próprios elementos. Para que isso ocorra, os sistemas devem ser capazes de operar de maneira autorreferente, provocando, dessa forma, sua diferenciação em relação ao ambiente.

Assim, os sistemas são dotados de capacidade de auto-organização, gerando, conseqüentemente, autonomia e autodiferenciação. O sistema autopoietico é considerado autônomo porque nele o que se opera não é e não pode ser determinado por nenhum componente localizado em seu ambiente, mas, tão-somente, pelos elementos produzidos pelo próprio sistema. Dessa forma, afirma-se que os sistemas autopoieticos são sistemas operacionalmente fechados e funcionalmente diferenciados.

¹⁴ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37.

¹⁵ LUHMANN, Niklas. Sobre os fundamentos teóricos-sistêmicos da teoria da sociedade. In: NEVES, Clarissa Baeta e SAMIOS, Eva M. B. (coords.) *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 65.

¹⁶ LUHMANN, Nikla. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 31. Ver também: ROCHA, Leonel Severo. Autopoiese e teoria do direito. In: SCHWARTZ, Germano (org.). *Jurisdicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 16.

1.2 A sociedade de comunicação

A teoria dos sistemas surge com o objetivo superar os limites que, segundo Luhmann, as teorias clássicas da sociologia teriam chegado. Nutrindo-se de uma visão antropológica, essas teorias consideram o homem como elemento último e o centro da sociedade. Para ele, a sociologia tradicional se tornou insuficiente diante da profundidade da complexização da sociedade moderna¹⁷.

A quebra de paradigma em relação a essas teorias consiste em considerar que os sujeitos/indivíduos não fazem parte da sociedade, mas constituem apenas seu ambiente. Para Luhmann, os indivíduos são representados pelos sistemas psíquicos, que promovem sua autopoiese através da consciência e pensamentos, e os sistemas sociais são representados pela sociedade global, constituída de subsistemas sociais, que promovem sua autopoiese através da comunicação¹⁸.

Cumprir observar que não se trata de pregar uma sociedade que prescindir do sujeito, mas de promover um deslocamento deste para fora do sistema social.

Em relação a esse deslocamento, esclarece Luhmann:

Com todo rigor: a ‘participação’ do indivíduo na sociedade está excluída. Não há nenhuma comunicação entre indivíduo e sociedade, já que comunicação é sempre uma operação interna do sistema social. A sociedade nunca pode sair de si mesma com as próprias operações e abranger o indivíduo; com as próprias operações ela só pode reproduzir sempre as próprias operações. Ela não pode- e isso deveria, na verdade, ser facilmente compreendido (mas por que não o é?) – operar fora dos seus próprios limites. O mesmo vale em sentido inverso, para a vida e a consciência do indivíduo. Também aqui as operações reprodutoras do sistema permanecem no sistema. Nenhum pensamento pode abandonar a consciência que ele mesmo reproduz. E não deveríamos dizer: por sorte? Pois, o que aconteceria e como eu poderia desenvolver individualidade, se outros pudessem, com seus pensamentos, movimentar meus pensamentos? E como se deveria poder imaginar a sociedade como uma hipnose de todos por todos?¹⁹.

A comunicação, conforme nos ensina Garcia Amado, é a própria constituição da sociedade, pois serve de ponte para a transmissão intersubjetiva de critérios de seleção

¹⁷ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 02.

¹⁸ *Ibidem*, p. 04. Ver também: LUHMANN, Niklas, *Sistemas Sociais: Lineamentos para uma teoria general*. Trad. Silvia Pappé e Brunhilde Erker, México: Anthropos Editorial/Universidad Iberoamericana, 1998, p. 236.

¹⁹ LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Baeta e SAMIOS, Eva M. B. (coords.) *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 87.

(interação entre sistema psíquico e sistema social). Ela somente é possível quando se transforma em evento que “transcende a clausura da consciência, como síntese de algo mais que o conteúdo de uma simples consciência”. Assim, quando falamos em comunicação, estamos falando na sociedade reproduzindo-se a si mesma, o que quer dizer que é a sociedade que se comunica e não os pensamentos e as consciências individuais. A sociedade, enquanto sistema fechado de comunicações, não se compõe de pessoas, mas de comunicação entre pessoas. É nesse sentido, que a comunicação não se esgota na dimensão psicológica ou individual de cada um, pois a função da comunicação, como veremos adiante, “apenas é cumprida na medida em que a transmissão com pretensões de informação, que um indivíduo leva a cabo, seja seguida por compreensão de, pelo menos, outro indivíduo”²⁰.

Assim, um sistema vivo/orgânico pode apenas produzir vida, um sistema psíquico pode apenas pensar e um sistema social pode apenas comunicar. Todos esses sistemas são sistemas autorreferentes e constituem ambiente uns para os outros. Porém, essa clausura não é absoluta, esses sistemas estão em permanente contato, “irritando-se” reciprocamente, através de uma interpenetração, possibilitada por acoplamentos estruturais²¹.

O simples pensar não significa nada para o sistema social, porém a externalização desse pensamento através da linguagem (acoplamento entre sistema psíquico e sistema social),²² permite a transcendência da clausura do sistema psíquico em direção ao sistema social.

Essa transcendência trata-se, assim, de um fenômeno “circular de condicionamento recíproco” entre consciência, linguagem e comunicação (vale dizer, sociedade)²³.

Assim, embora o sistema psíquico esteja fora do sistema social, ele corresponde a um elemento que possibilita a emergência da comunicação. Sem consciência não há comunicação, muito menos formação de expectativas²⁴.

Segundo Luhmann, a construção de um entendimento sobre a teoria dos sistemas só pode ser conduzida a partir do conceito de sistemas e do conceito de comunicação. Essa conjugação sistema/comunicação, “exige um conceito de comunicação que permite afirmar

²⁰ AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Org.) *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 305.

²¹ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

²² *Idem*.

²³ LUHMANN, Niklas. Sobre os fundamentos teóricos-sistêmicos da teoria da sociedade. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva M. B. (coords.). *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 68.

²⁴ *Ibidem*, p. 67.

que toda comunicação é produzida somente através de comunicação”. E o sistema social é o único que possibilita isso²⁵. Assim, a comunicação é o aspecto fundamental na dinâmica evolutiva dos sistemas sociais.

No conceito elaborado por Luhmann, a comunicação pode ser concebida por um processo sintético de seleção de três elementos: *informação*, *mensagem/ato de informar e compreensão*. A informação corresponde à própria produção de um conteúdo informativo e a escolha das alternativas que *alter* decide colocar à disposição (o que vou dizer?). Mensagem/ato de informar quer dizer a forma que *alter* utilizou para expressar a sua informação. Ou seja, a própria difusão do conteúdo (como digo?). E por compreensão entende-se a seleção/eleição feita por *ego* sobre o que *alter* pretendeu transmitir. Entende-se que a comunicação apenas se conclui quando *ego* compreende o que *alter* quis dizer, ou seja, quando o receptor consegue distinguir a informação da mensagem²⁶. Assim, “comunicação é seleção, mas não só seleção, mas o a ser selecionado”²⁷.

Observe que não há exigência de que o receptor aceite a informação, basta que ele a compreenda, podendo recusá-la ou aceitá-la²⁸.

Como resultado desse ciclo recursivo - informação/mensagem/compreensão - temos o fechamento operacional e, conseqüentemente, a autopoiese do sistema social. Porém, para que a autopoiese continue é preciso que esse processo (seletivo) de comunicação se renove. E a única forma de passar a diante a comunicação é comunicando.

O conceito de comunicação e a possibilidade de bifurcação do resultado (entre recusa e aceitação da informação) promovem um incremento (complexidade/contingência) que permite ao sistema se desenvolver e ficar cada vez mais sofisticado. Ocorre uma multiplicação de resultados e a emergência do sistema enquanto sistema diferenciado do meio ambiente.

Desse modo, a teoria da comunicação desenvolvida por Luhmann nos afasta da ideia de que a comunicação é uma simples “transferência de informação” que busca um “entendimento comunicativo consensual”²⁹. Essa bifurcação (recusa/dissenso -

²⁵ LUHMANN, Niklas. Sobre os fundamentos teóricos-sistêmicos da teoria da sociedade. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva M. B. (coords.). *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 80.

²⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 33.

²⁷ ARNAUD, André-Jean; LOPES, Dalmir Jr. (orgs.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 04.

²⁸ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41

²⁹ *Ibidem*, p. 36.

aceitação/consenso) nos traz a ideia de imprevisibilidade e, conseqüentemente, de risco.

A própria sistemática do processo seletivo reconhece a comunicação como um problema a ser resolvido. A comunicação ao mesmo tempo é um problema e uma solução. Sua existência é condição para a continuidade do sistema, porém Luhmann afirma que ela é tão necessária quanto improvável³⁰.

Em primeiro lugar, é improvável que alguém entenda perfeitamente o que outro quis dizer, tendo em vista o isolamento intelectual de cada um. Ou seja, “o sentido só se pode entender em função do contexto e, para cada um, o contexto é basicamente o que sua memória lhe faculta”³¹. Em segundo lugar, o problema reside no aspecto temporal e espacial da interação. É improvável que a comunicação chegue a mais pessoas que se encontram presentes em dada situação. E, por fim, como já mencionado acima, não é possível garantir que o receptor aceite o comando emitido³². E essas dificuldades (contingências sociais) aumentam na medida em que aumentam os participantes da comunicação. Dessa forma, como veremos mais a frente, o sistema e seus códigos operam como “meios de comunicação simbolicamente generalizados”, buscando superar a improbabilidade da comunicação.

1.3 Sistema e ambiente na sociedade complexa

Se a sociedade é um sistema abrangente de comunicações que promove sua autopoiese através da própria comunicação, temos como base a ideia de que a sociedade (sistema social) é dividida em sistema e ambiente (*System/Umwelt*)³³. Ou seja, existe um sistema social global

³⁰ LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da Comunicação*. Trad. Anabela Carvalho. 4. ed. Lisboa: Passagens, 2006, p. 41.

³¹ *Ibidem*, p. 42.

³² *Idem*.

³³ O termo *Umwelt* já foi traduzido de diversas formas, como por exemplo: *ambiente, meio ambiente, entorno, meio circundante ou mundo circundante*. Seja qual for o termo utilizado, para evitar esbarrarmos em distorções interpretativas, não devemos analisar o termo de forma isolada. Conforme ressalta Guilherme Leite, devemos entender a tradução do termo *Umwelt* em conjunto com a importância da diferenciação na teoria sistêmica. Segundo o autor, “a diferenciação é, para Lhumann, condição para criação de identidade. Assim, um sistema só se constitui quando se distingue daquilo a que ele não se refere. Ele reconhece como identidade ao se observar como diverso. Essa observação estabelece uma fronteira entre aquilo que é e não é sistema. *Umwelt* é tudo aquilo que não é sistema. Isso não significa que *Umwelt* é descartado. Ele é condição de existência do sistema: sem um dos lados da diferença, não há diferença. Nesse sentido, parece plausível entendê-lo como ‘ambiente’ do sistema, ou seja, aquilo que é externo e está em volta do sistema. Obviamente, não se pode entender ‘ambiente’ em seu sentido coloquial, como ‘atmosfera’, já que, desse modo, ele se identifica com o lado interno de alguma coisa. A expressão foi escolhida por seu significado técnico: espaço circundante externo, que envolve algo por todos os lados, sem se confundir ou se misturar” (LEITE, Guilherme. *Tradução em teoria dos sistemas: considerações iniciais a partir da obra de Raffaele De Giorgi*. In: DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 42)

que possui vários subsistemas sociais e o que não está nesses sistemas está no ambiente³⁴.

Assim, a alta complexidade gera diferença funcional e a forma sistema/ambiente ganha força, porque o próprio sistema é definido pela diferença entre ele e o ambiente. É com base na diferença entre sistema e ambiente, diferença essa resultado das operações comunicativas/específicas do próprio sistema, que torna-se possível construir uma unidade. O sistema apenas pode se diferenciar a partir do momento em que se refere ao que não lhe é próprio. E, a partir daí, vislumbra-se um processo de evolução em que sistema e ambiente se estabelecem em uma relação de condicionamento recíproco. Neste processo, a complexidade é o principal impulsionador³⁵.

O ambiente (ou o entorno dos sistemas) é um complexo difuso e dinâmico de possibilidades e acontecimentos que representam a complexidade da vida moderna. Dessa forma, o sistema sempre será menos complexo do que o ambiente.

A realidade do ambiente subsiste em relação ao sistema. Ela compreende uma multiplicidade de sistemas mais ou menos complexos que podem entrar em relação com os sistemas que constituem o ambiente. O desnível de complexidade entre sistema e ambiente (este sempre mais complexo que aquele) é condição para o sucesso dessa diferença³⁶.

Para Luhmann, a vida moderna se tornou hipercomplexa e extremamente contingente e a função dos sistemas é justamente reduzir a complexidade social para tornar a vida suportável e garantir um mínimo de estabilidade nas relações.

Segundo o autor:

O homem vive em mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através de seu organismo. Desta forma, o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente³⁷.

Assim, desenvolve-se a ideia de complexidade como a imprevisibilidade do mundo moderno. Um conjunto de acontecimento infinitos que podem ou não acontecer e, portanto, há sempre mais possibilidade do que a capacidade humana pode realizar. O mundo é complexo porque tudo aquilo que pode acontecer pode acontecer³⁸. A única coisa que

³⁴ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 81.

³⁵ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 98.

³⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84.

³⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 45.

³⁸ ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING,

podemos ter certeza é que tudo é incerto, volátil. Dessa forma, entre a extrema complexidade social e a capacidade da consciência humana existe uma lacuna e o sistema atua nessa lacuna.

Discorre o próprio Luhmann:

(...) a maneira mais acessível de entender a complexidade é pensar, primeiramente, no número possíveis de relações, dos possíveis acontecimentos e dos possíveis processos. Imediatamente, compreender-se-á que cada organismo, máquina e formação social, tem sempre um meio que é mais complexo, e oferece mais possibilidades do que aquelas que o sistema pode aceitar, processar ou legitimar³⁹.

E continua: “sempre há outras possibilidades que podem ser selecionadas quando se tenta atingir uma ordem. O sistema se torna complexo, já que se obriga a fazer uma seleção da relação entre seus elementos”⁴⁰.

A ideia de contingência é consequência da ideia de complexidade, pois se o mundo é complexo ele também é contingente e a contingência atua com a ideia de possibilidade. Os acontecimentos do mundo não são necessários, mas apenas possíveis⁴¹. Dessa forma, toda realidade existente poderia ser diferente do que é, assim, o futuro trata-se tão-somente de uma previsão, que não se pode esperar quando nem como aconteça. Se atualmente temos um *sim* como decisão, poderíamos ter um *não*⁴². Toda escolha poderia ter sido diferente e em um mundo complexo, de possibilidades infinitas, a tomada de decisão carrega consigo uma grande possibilidade de desapontamento.

Se eu posso escolher entre *A*, *B* ou *C*, e escolho, por exemplo, *A*, a probabilidade de eu ter escolhido errado é grande devido ao mundo complexo em que vivemos. Portanto, toda contingência pressupõe risco para o sistema, pois a tomada de decisão no mundo moderno atua no habitat do homem livre. Apenas corre risco quem tem liberdade para corrê-los.

Para Campilongo, democracia é governar a complexidade e “governar a complexidade significa selecionar e escolher entre alternativas. Isso também produz decepção”⁴³. A complexidade significa obrigação à seleção, obrigação à seleção significa contingência e

Michael; SCHWARTZ, Germano. *A Verdade sobre a Autopoiese no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 19.

³⁹ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 184.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES, Dalmir Jr. (orgs.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 11.

⁴² LIMA, Fernando Rister de Souza Lima. *Sociologia do Direito: O direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. 2ª ed. Editora Juará. Curitiba, 2012, p. 28.

⁴³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73.

contingência significa risco⁴⁴.

Dessa forma, a contingência pressupõe uma tomada de decisão que parte de dentro do sistema que visa sempre redução da complexidade. Nesse ponto, a seletividade assume o papel de realizar um corte na “realidade” externa do ambiente, ou seja, é uma tomada de decisão do sistema que busca dentre as inúmeras alternativas do ambiente um elemento para “projetar” para dentro do sistema.

Mas, se para Luhmann o sistema é sempre menos complexo que seu ambiente e sua função é reduzir a complexidade, generalizar expectativas e, assim, estabilizar as incertezas, como é possível “projetar” elementos do ambiente para o interior do sistema sem causar um colapso no mesmo?

Partindo dessa indagação é que nos inserimos na ideia de código binário e do acoplamento estrutural da teoria.

Como dito anteriormente, a teoria dos sistemas enfrenta o problema da complexidade da sociedade moderna tendo como base a diferenciação entre sistema e ambiente. Essa diferenciação é baseada nas funções que cada sistema adquiriu com o processo de evolução social que, naturalmente, o fez tornar-se uma unidade, ou seja, um sistema. Essa unidade é formada pelas características essenciais que cada sistema absorveu através do tempo e que o fez se tornar uma unidade diferente do que é o ambiente externo. Como por exemplo, na área social existem as associações de proteção à mulher, ao idoso e aos consumidores, assim como na área jurídica temos os novos ramos do direito, as novas profissões, as estruturas funcionais/hierárquicas dos tribunais, etc.

Quanto mais a sociedade vai se desenvolvendo, novos tipos de relações sociais vão surgindo e diante da diversidade gerada pela globalização da vida, para que esses grupos se tornem visíveis, produzam influências e sejam influenciados é preciso o mínimo de unidade, caso contrário eles se perderiam dentro da difusão de acontecimentos e o caos do ambiente.

Eis um primeiro paradoxo: a sociedade é globalizada e ao mesmo tempo heterogênea. Há ao mesmo tempo integração e desintegração. Dessa forma, tudo o que não está difuso no meio ambiente pode ser sistema e, conseqüentemente, tudo o que não é sistema pode ser ambiente. Vale dizer, na teoria dos sistemas autopoieticos de Luhmann, o sistema é uma espécie de ficção criada através da unidade da diferença entre sistema e ambiente.

Assim, os sistemas são sistemas autopoieticos, pois possuem um grau de diferenciação

⁴⁴ NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabricio Monteiro. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 15, 2006, p. 193.

social que lhes permitem produzir e reproduzir suas próprias operações sem a necessidade de está aberto diretamente ao meio ambiente. E, para isso, esses sistemas possuem uma capacidade de autorreferência e auto-organização. Esse é o nosso ponto de ligação com a ideia de código binário.

Para que o sistema seja caracterizado como tal e se torne uma unidade diferenciada do ambiente e de outros sistemas, é preciso que ele tenha um código próprio e esse código representa a sua capacidade de autorreferência e auto-organização formando o que Luhmann chama de estrutura.

A estrutura é uma espécie de linha divisória fictícia formada pela consolidação dos sistemas. Tal como uma “fronteira”, uma representação externa do sistema para com o meio. Conforme observa Luhmann, a estrutura é uma forma de representação global das operações/observações do sistema, porém não deve ser concebido como algo fixo e permanente, mas totalmente fluido e serve para unir e conectar a operação posterior. Quando um sistema se consolida, adquirindo características próprias, ele se diferencia do ambiente que não possui característica definida, mas um aglomerado de efêmeros acontecimentos e informações. Assim, a estrutura promove a durabilidade dos elementos produzindo memória seletiva no sistema. Enquanto o sistema opera de forma recursiva, forma-se a estrutura⁴⁵.

Quem vê o sistema de fora, vê a estrutura e recebe as informações através dela. “Quando se pretende saber em qual situação o sistema se encontra, pergunta-se pelas estruturas”⁴⁶. Nessas conexões de operações comunicativas, o sistema ao mesmo tempo em que expõe informações/expectativas também as absorve.

Assim, poderíamos dar o seguinte exemplo: em uma sala onde está sendo realizada uma aula tem uma porta e nesta porta possui um aviso: “por favor, mantenha a porta fechada”. Ora, na porta não está escrito: “não abra a porta”, sendo a entrada proibida. A porta apenas está, momentaneamente, fechada mas não está trancada. Assim, quem observa a sala de fora sabe que ali está ocorrendo uma aula e que não pode, simplesmente, entrar e interrompê-la. Mas, também sabe que pode pedir permissão para assistir e participar, pois trata-se de um

⁴⁵ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 329. Observa ainda Luhmann: “A pergunta crucial, portanto, é como uma operação se conecta com a seguinte. A resposta reside precisamente em que nisso consiste a função da estrutura: conseguir que uma operação encontre uma próxima operação que lhe seja compatível; ou, então, que uma operação produza a si mesma, a partir de uma determinada situação na qual a operação real, por estar no presente, tenta fazer conexões com uma que ainda não existe, por estar no futuro. A durabilidade não é o modo de existência das estruturas, mas sim a disponibilidade para quando elas são utilizadas” (p. 328). Ver também: LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. II. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 120.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 332.

espaço democrático. As “paredes” e a “porta” dessa sala são como estruturas e “protegem” o evento que ali está ocorrendo no momento. Evita que ele seja interrompido a todo o momento e de “qualquer forma”, mantendo os participantes da aula concentrados. Sabe-se que em uma aula, o professor segue um roteiro, que os alunos podem fazer indagações e que existe uma atmosfera que permite a criação de um código próprio de conduta entre eles. Uma sala de aula que não tem uma proteção mínima, representada pelas paredes físicas ou, até mesmo, por seus códigos de conduta e organização própria, não pode produzir o que se espera que se produza em tal ambiente. Imaginemos como seria desastroso uma aula dentro de uma praça de alimentação de um shopping center lotado, por exemplo.

E assim é o sistema: uma estrutura operacionalmente fechada, porém cognitivamente aberta. Possui regras e organização própria, mas ao mesmo tempo aceita novos elementos que participam de sua evolução. Observe que as estruturas expõem certo tipo de informação que pode ser excludente e includente ao mesmo tempo, qual seja: “aqui está ocorrendo uma aula, por favor mantenha a porta fechada e não atrapalhe” ou, por outro lado, “aqui está ocorrendo uma aula, caso queira participar, peça permissão e entre”.

Dessa forma, o sistema sempre irá operar através de um binarismo que representa um polo positivo e um polo negativo⁴⁷. Assim, por exemplo, no sistema econômico poderíamos ter o código dinheiro/não dinheiro ou lucro/perda, no sistema da religião teríamos fé/não fé, no sistema da ciência teríamos verdade/não verdade, no sistema político poderíamos ter governo/oposição, no sistema jurídico teríamos lícito/ilícito⁴⁸ e daí por diante.

⁴⁷ Não negativo no sentido de bom ou ruim, mas no sentido de oposição de um ao outro.

⁴⁸ As traduções a respeito da obra Luhmanniana sempre foram problemáticas, sobretudo quando falamos em tradução para o português. A obra de Luhmann, além de produzida em seu idioma original, o alemão, foi bastante traduzida para o inglês, italiano e espanhol. Porém, talvez, por seu alto grau de abstração, inovação terminológica e amplitude conceitual, ou por ser considerada uma teoria heterodoxa, que buscou rompimento com os modelos clássicos da sociologia jurídica tradicional (até então enraizada na cultura jurídica brasileira), ao menos por certo tempo, não despertou tanta afeição em nossos corredores acadêmicos. A consequente falta de familiaridade resultou no baixo número de obras traduzidas para o português, o que nos força a um maior esforço interpretativo acerca dos seus conceitos. Sem dúvidas, um dos maiores problemas de tradução é a respeito do código comunicativo do sistema jurídico *Recht/Unrecht*. A tradução para língua portuguesa já se apresentou de diversas formas, tais como: *direito/não direito*; *legal/ilegal*; *lícito/ilícito*; dentre outras. Por influência da difusão da obra em língua espanhola em terras brasileiras, a terminologia mais usada para o código é *direito/não direito*. Porém, essa opção pode gerar algumas distorções interpretativas por considerar que o lado positivo do código estaria identificado com o próprio sistema, o que poderia nos dar a falsa impressão que o lado negativo (não direito) estaria fora dele. Tal concepção seria um equívoco. O *Unrecht* faz parte do direito. Mais que isso, na obra de Luhmann é considerado como elemento essencial para a evolução do sistema jurídico. Problemática clara também acompanha a tradução *legal/ilegal*. Essa tradução pode nos remeter a um legalismo hermenêutico que, inegavelmente, é combatido por Luhmann: o legalismo exegetico. Seria adotar um caminho de identificação do código comunicativo com a doutrina do “juiz boca da lei”, um programa comunicativo de subsunção restritivo de possibilidades, totalmente incompatível com a ideia de autonomia/diferenciação sistêmica. Nesse contexto, pensamos que a tradução *lícito/ilícito* parece ser a menos problemática. Pois, além de demonstrar que os dois lados da operação comunicativa pertencem ao sistema jurídico, também não nos confunde com o excesso de

O código é uma espécie de alternativa institucionalizada pelo sistema que evolui e funciona como agente de desparadoxização, pois permite identificar com facilidade dois valores contrapostos. Assim, uma verdade é posta como autêntica na medida em que o código a considera dessa forma. No caso do sistema jurídico, por exemplo, eles tratam os problemas do paradoxo através da neutralização de suas interferências externas no funcionamento do direito⁴⁹.

Observe que essa é uma verdade fabricada pelo próprio sistema na busca pela diferenciação social decorrente da evolução das sociedades. Não se trata de uma verdade no sentido estrito da palavra, pois como se pode apreender a partir da visão Luhmanniana, essa verdade não mais existe, foi dissolvida pela movimentação e velocidade dos acontecimentos sociais da modernidade complexa.

A vida diferenciada e contingente tornou essa palavra porosa demais para ter seu conteúdo estabelecido. No atual Estado Democrático de Direito, as verdades são muitas e, ao mesmo tempo, nenhuma. Como afirma Canotilho, “a ordem dos homens é uma ordem artificial, constitui-se, inventa-se ou reinventa-se por acordo entre os homens”⁵⁰.

Assim, o código, enquanto comunicação específica, cria uma linguagem que serve para estabelecer o que o sistema considera (ou não) como importante, fortalece a diferenciação em relação ao ambiente e promove seu fechamento operacional⁵¹.

Porém, importante ressaltar que para Luhmann apenas a utilização do código não é suficiente para o desenvolvimento correto do sistema. Por ser um esquema bivalente, o código possui uma rigidez que, apesar de imprescindível para a caracterização das operações de diferenciação do sistema, encontra dificuldade em identificar terceiros valores que também podem ser importantes para sua evolução. E, por isso, discorre que existe uma diferença e uma necessária complementariedade entre códigos e programas⁵².

legalismo que queremos nos distanciar. Para uma explicação mais detalhada acerca dos inconvenientes decorrentes da tradução da teoria sistêmica, ver LEITE, Guilherme. Tradução em teoria dos sistemas: considerações iniciais a partir da obra de Raffaele De Giorgi. In: DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 40-41

⁴⁹ LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES, Dalmir Jr. (orgs.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 57.

⁵⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003, p. 57-58.

⁵¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 226.

⁵² ESPÓSITO, E. Programa. In: CORSI, G, ESPÓSITO, E.; BARALDI, C. (Eds.), *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana-ITESO/Anthropos. 1996, p. 131-133. Ver também: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Op. Cit., p. 248-249.

Os programas estabelecem aos códigos regras de adjudicação de valores, lhes dão conteúdo e fixam critérios sob os quais os dois polos da operação irão atuar. Quais comportamentos devem ser considerados corretos (ou errados) e, por isso, devem (ou não) ser esperados. Eles são dotados de uma flexibilidade que se contrapõe a invariabilidade do código. Assim, no sistema jurídico, por exemplo, em um determinado litígio, os programas permitem a identificação de quem está ou não em conformidade com o direito e o que é necessário se considerar para se chegar a decisão⁵³.

Com isso, podemos afirmar que os códigos em si não possuem caráter normativo, mas apenas operativo/informacional. Não são simplesmente a linguagem do sistema, mas sua metalinguagem, um meio simbólico que necessita da atuação dos programas para lhes atribuir conteúdo e adquirir normatividade as suas operações. Combinam, assim, fechamento operacional e abertura cognitiva.

Nesse sentido, cumpre observar que para Luhmann os sistemas autopoieticos são operacionalmente fechados, porém cognitivamente abertos. Isso quer dizer que quando ele afirma que os sistemas se diferenciam uns dos outros, ele não está afirmando que os sistemas são estanques e totalmente fechados, causando um solipsismo cognitivo. Os sistemas interagem com o meio ambiente e são dependente desse meio para sua própria evolução e, por isso, são cognitivamente abertos.

Campilongo alerta para os sérios mal-entendidos que leituras apressadas acerca do fechamento operacional dos sistemas sociais podem causar. Para o autor:

(...) uma leitura apressada e errônea e, infelizmente, comum, vê nessa clausura um purismo, isolamento e estabilidade. Na verdade a afirmação de que a sociedade é um sistema operacionalmente fechado nada tem haver como essas ideias. Antes representa o oposto. O fechamento operativo é condição para a abertura cognitiva e estratégia de convivência com a instabilidade⁵⁴.

Com apoio em Luhmann, discorre Marcelo Neves:

(...) sistemas jurídicos utilizam essa diferença para combinar o fechamento da autoprodução recursiva e a abertura de sua referência ao ambiente. O direito constitui, em outras palavras, um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto. A qualidade normativa serve à autopoiese, a cognitiva serve à concordância desse processo entre o ambiente e o

⁵³ ESPÓSITO, E. Programa. In: CORSI, G, ESPÓSITO, E.; BARALDI, C. (Eds.), *Glosario. Op. Cit.* p. 131-133.

⁵⁴ CAMPILONGO, Celso. Aos que não veem que não veem aquilo que não veem. In: DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 14.

sistema⁵⁵.

Observe que embora o ambiente não determine as operações do sistema diretamente, o sistema não pode agir desconsiderando as relações externas. Não está no domínio do sistema ignorar totalmente o ambiente, é simplesmente uma impossibilidade, uma pré-condição imposta pelo atual desenho social, pois os sistemas são incompletos, possuem sempre uma possibilidade de abertura e estão sempre em busca de elementos novos. Como dito no exemplo acima: porta está fechada, mas não trancada!

Como bem ressalta Artur Stamford, o sistema produz identidade a partir das operações com base na diferença sistema/entorno (ou ambiente), mantendo, conseqüentemente, o entorno como elemento constitutivo do próprio sistema⁵⁶. O sistema é uma unidade, uma forma de dois lados. “Com isso, fechamento operacional não é isolamento do sistema, nem abertura cognitiva é um vale tudo comunicativo”. Ao aplicar a lógica da circularidade e, portanto, a teoria da diferenciação da forma de dois lados, “temos que o fechamento do sistema ocorre justamente porque há indeterminação não atribuível ao imprevisto dos efeitos externos”⁵⁷.

Lembra ainda, que o sistema contém, portanto, “unidade”, “estrutura” e “forma” ao mesmo tempo em que contém “desordem”, “indeterminação” e o “outro lado da diferença (da forma)”⁵⁸. Ou seja, o sistema extraí sua consistência a partir da sua incompletude. Há sempre uma abertura do sistema, uma abertura em direção o “real”, o buraco do sistema, como afirma Derzi, é o buraco do “real”⁵⁹.

Nesse sentido, tão importante quanto o sistema é o seu ambiente, pois é dele que o próprio sistema nasce, é dele que nasce a diferenciação e é por conta dessa diferenciação, provocada pela pressão da complexidade e necessidade de seleção, que existe o que diferenciar. Ou seja, a diferenciação é condição essencial para criação de identidade do sistema, pois ele apenas se reconhece como identidade ao passo que se observa como diverso.

Marcelo Neves observa que, ao se fechar cognitivamente, o sistema proporcionaria um paradoxo insuperável da autopoiese: “não permitiria, portanto, a interrupção da

⁵⁵ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 81.

⁵⁶ STAMFORD, Artur. Teoria dos sistemas de sentido de Niklas Luhmann e epistemologia jurídica, p. 123. *In: Sociedade, direito e decisão em Niklas Luhmann*. Congresso internacional em homenagem a Cláudio Souto. Recife. 2009, p. 461.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 30-31.

interdependência dos componentes internos através da referência ao ambiente”⁶⁰.

Nas palavras do próprio Luhmann:

Não se nega nem a existência, nem a relevância do entorno. Ao contrário: a distinção entre sistema e entorno é, precisamente, aquela forma que permite que tanto o sistema como o entorno se designem em referência recíproca. Não insistimos no absurdo de afirmar que haja direito sem sociedade, sem homens, sem as condições físico-químicas de nosso planeta. Unicamente afirmamos que o sistema produz as relações com o entorno a partir de seus próprios impulsos, a partir da efetuação de suas próprias operações; estas operações são possíveis graças à integração de uma teia recursiva que chamamos de clausura. Mais brevemente: a abertura só é viável com base no fechamento⁶¹.

Dessa forma, um sistema que não tem seu próprio código e, conseqüentemente, capacidade de autorreferência, não possui estabilidade/autonomia para lidar com as trocas constantes de informação com o meio (que, como dito, é sempre mais complexo).

O código binário (ao lado dos programas) é responsável pelo fechamento operacional do sistema e é por conta desse fechamento operacional que o sistema irá produzir sua estrutura para lidar com a troca de informações do ambiente. As informações do ambiente devem ser transformadas em linguagem própria do sistema, através do código, que irá garantir sua diferenciação, uma diferenciação comunicativa.

Essa troca só é possível se o sistema é um sistema consolidado e autônomo em termos de capacidade de auto-organização e autorreferência. Eis outro paradoxo: o sistema é aberto porque é fechado. Sua abertura cognitiva só é possível diante do seu fechamento operacional.

Quanto maior a importância da clausura operacional no sistema, maior a importância de se discutir o problema de como o sistema se relaciona com seu ambiente.

Luhmann considera que o meio ambiente tem a capacidade de “irritar” os sistemas e dessas irritações os sistemas absorvem informação através do seu código, que funciona como uma espécie de filtro para selecionar o que é e o que não é importante. Pois, segundo ele, “nenhum sistema pode evoluir a partir de si mesmo”⁶². Essas trocas de informações são possíveis através dos acoplamentos estruturais.

Observe, porém, que não há uma transferência direta de elementos para dentro do sistema. O sistema não pode promover operações no seu ambiente, assim como o ambiente

⁶⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 83.

⁶¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 132.

⁶² LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 128.

não promove operações diretamente no sistema. Conforme expõe Luhmann, “os sistemas não podem construir estruturas que são compatíveis com o meio, sem que este possa determinar a operação sob a qual elas são construídas”⁶³.

Os acoplamentos estruturais permitem que a troca de informação se dê em um ambiente de estabilização mínima e evita as interferências indevidas do meio ambiente complexo, organizando a inclusão e exclusão de elementos⁶⁴. Eles operam, simplesmente, como canal de irritações. Não determinam se e a quais elementos os sistemas irão reagir, absorver ou descartar, pois essa operação se dar apenas no interior de cada sistema, através de seus próprios impulsos, de seu código operacional.

Assim, por exemplo, o sistema político responde politicamente aos problemas jurídicos e o sistema jurídico responde juridicamente aos problemas políticos.

Para exemplificar a ideia de acoplamento estrutural, podemos utilizar essa relação entre sistema jurídico e sistema político. Ambos atuam com seu código próprio, possuem regras próprias e, conseqüentemente, um grau adequado de autonomia. Ocorre que, embora autônomos, um não vive sem o outro, estão sempre conectados e promovendo irritações recíprocas. Anteriormente, a relação entre o sistema político e sistema jurídico foi muito tumultuada, pois um sempre buscava instrumentalizar/dominar o outro. Ora o sistema político era usado para contaminar o sistema jurídico, ora o sistema jurídico era utilizado para contaminar o sistema político, em uma relação de sobreposição de códigos.

Com a chegada dos Movimentos Constitucionais, essa relação foi estabilizada e a Constituição passou a ser uma espécie de elo/acoplamento estrutural entre os dois sistemas. A Constituição cria uma atmosfera de tolerância entre ambos e figura-se como uma aquisição evolutiva da sociedade⁶⁵. Exemplifica Luhmann:

(...) as relações entre sistema jurídico e sistema político assemelha-se mais com as das bolas de bilhar que, apesar da contínua frequência com que se entrecrocaram, cada uma continua a percorrer o seu caminho separado, do que com a de gêmeos siameses somente capazes de se moverem conjuntamente. Na concepção moderna, a base da realidade das constituições consiste na diferenciação funcional do sistema⁶⁶.

⁶³ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 273.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 136.

⁶⁵ LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. 1996, p. 30.

⁶⁶ *Idem*.

1.4 O sistema jurídico e sua função

Diante da instabilidade provocada pela complexidade, os sistemas funcionam como instrumento de redução dessa complexidade, permitindo que os “eventos” do ambiente sejam “apreendidos” pelo sistema. Transforma-se, assim, a complexidade desestruturada em complexidade estruturada.

Observe que a redução de complexidade não significa eliminação de possibilidades ou supressão de alternativas, numa tentativa de simplificação da sociedade através de um enquadramento tal qual ocorria no pensamento iluminista/racionalista. Ocorre, justamente, o contrário. O próprio rompimento com a dicotomia sujeito/objeto, já nos remete a um confronto entre o pensamento racionalista incorporado pelo iluminismo e a ideia de autopoiese na teoria sistêmica de Luhmann. Na medida em que não há mais a possibilidade de se sustentar que todos os sujeitos observem, por meio de uma única razão, o mesmo mundo⁶⁷, abre-se espaço para a construção da realidade através da variedade de observações.

Conforme nos ensina Gonçalves Leite e Villas Bôas Filho, “se cada estrutura social (objeto) é construção de um observador que dispõe de racionalidade distinta, é possível identificar, nessa nova perspectiva, a negação ao monopólio da observação do racionalismo moderno: a semântica da violência, da opressão das possibilidades”⁶⁸. Trata-se de um postulado contrário ao projeto de modernidade.

Desse modo, quando se fala em redução de complexidade, estamos falando em aumento de possibilidades através da administração da própria complexidade. A função do sistema jurídico está ligada ao controle das instabilidades e a garantia das expectativas normativas ao longo do tempo.

Vimos que a teoria dos sistemas tem como foco central a percepção da sociedade moderna a partir da sua hipercomplexidade e promove uma abordagem em que os sistemas sociais são sistemas de comunicação. Formam-se e se reproduzem através da comunicação. Portanto, a sociedade é sinônimo de comunicação.

⁶⁷ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 40.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 42. Os autores ressaltam ainda, que Luhmann se posiciona de forma contrária ao projeto moderno, tal como promovido pelo iluminismo. Ao mesmo tempo, Luhmann também rejeita o termo “pós-moderno” e prefere descrever a sociedade atual como uma sociedade moderna, porém enfatiza que esta não deve ser vista a partir de uma perspectiva que a vincule ao projeto de modernidade posto pelo iluminismo (GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p.79). Ver também: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20.

Segundo Garcia Amado:

Sem comunicação não existiria sociedade, pois a comunicação é a única via possível para que possam ser constituídas seleções em comum, como mecanismos de redução da complexidade e superação da dupla contingência. ‘Comunicação – esclarece Luhmann – é processamento de seleções’, e é, a seu turno, um ‘acontecer seletivo.’ Com efeito, apenas mediante comunicação pode se estabelecer comunicação; não é possível comunicar sem participar do sistema comunicativo. Isto implica que a sociedade, enquanto composta de comunicações, se articula como sistema fechado. Quer isto dizer, por uma parte, que o sistema social mesmo constitui seus próprios elementos, ou seja, que produz comunicação a partir de comunicação. Por outra parte, graças precisamente a esse seu operar fechado sobre si mesmo, o sistema social decanta perante aos outros sistemas, estabelecendo seus próprios limites (*Grenzen*). Ali onde existe comunicação há sociedade; onde não se opera mediante comunicação não existe sistema social⁶⁹.

Assim, todas as teorias que se propõem a descrever a sociedade devem ser consideradas teorias *da* sociedade, teorias *na* sociedade. Ou seja, não seria correto, a partir de uma concepção Luhmanniana do sistema jurídico, falar em direito *e* sociedade. Fala-se, então, em direito *da* sociedade, *na* sociedade.

Para entendermos a função do sistema jurídico no sistema social de comunicação, partiremos das seguintes perguntas realizadas por Luhmann (a partir influência do pensamento de Talcott Parsons): *como é possível a ordem social?*⁷⁰ *Como é possível estabelecer uma ordem que transforme o impossível em possível e o improvável em provável?*⁷¹.

A motivação das perguntas reside no entendimento do conceito de *dupla contingência* e no fato de que, vivendo em uma sociedade hipercomplexa e contingente, onde tudo poderia ser de outra forma, é necessário um instrumento que promova ponto fixo entre as expectativas reciprocamente geradas, por exemplo, por *alter* e *ego* (expectativas de expectativas). Vejamos.

Frente à *contingência simples*, erguem-se estruturas de expectativas que se apoiam no simples campo da percepção, postas em uma situação de interação limitada, mais ou menos imunes a desapontamentos⁷². Assim, não posso ter certeza que o céu vai escurecer e que noite

⁶⁹ AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Org.) *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 309.

⁷⁰ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 316.

⁷¹ LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da Comunicação*. Trad. Anabela Carvalho. 4. ed. Lisboa: Passagens, 2006, p. 40.

⁷² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro,

cairá às 18h, mas posso esperar que sim. Não posso ter certeza que esta uva que pretendo comer tenha o mesmo sabor das que já comi, mas posso esperar que sim. Posso colocar-me na expectativa que poderei me casar, que amanhã, ao acordar, a casa estará de pé, que o carteiro entregará a correspondência, que meus filhos crescerão, que irão a escola, etc.

Porém, quando falamos em *dupla contingência*, estamos tratando da necessidade de construção de outras estruturas de expectativas, cujas construções são muito mais complexas e condicionadas. O nível de interação é mais elevado tendo em vista que deve-se levar em conta a liberdade de comportamento do outro. Além da percepção e sentidos possíveis, outros indivíduos se inserem no meu campo de interação como uma espécie de “fontes eu-idênticas de experimentação”⁷³. A partir daí, devo levar em consideração que as possibilidades dos outros são também minhas possibilidades, assim como minhas possibilidades são também possibilidades para os outros. Ou seja, a dupla contingência implica na possibilidade de *ego* contar com a possibilidade de *alter* agir de forma diversa da que ele pensou. E, da mesma forma, *alter* também contar com a possibilidade da variação da conduta de *ego*. Por isso, a dupla contingência também pode ser chamada de contingência socialmente estabelecida.

Observe que existe, nesse fato, uma expectativa gerada por ambos acerca de seus comportamentos. Ou melhor, existe uma expectativa gerada sobre a expectativa que o outro tem sobre seu possível comportamento (reflexividade). O que faz com que *ego* se coloque na posição de *alter/ego* para tentar identificar a expectativa que *alter* poderia ter em relação a sua ação. E, por sua vez, *alter* se coloque na posição de *ego/alter* para identificar a expectativa que *ego* poderia ter, também, em relação a sua ação⁷⁴. Essa expectativa da expectativa pode fazer com que *alter* ou *ego* se antecipem buscando suprir as incertezas/inseguranças que permeiam suas condutas.

O sistema jurídico atua, portanto, absorvendo essas incertezas/inseguranças através da redução de complexidade e estabilização dessas expectativas.

Assim, dentro do universo de subsistemas sociais, o direito assume a função de *generalização congruente das expectativas normativas*. Sua comunicação, como dito

1983, p. 47.

⁷³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 46.

⁷⁴ Nas palavras de Luhmann: “o comportamento do outro não pode ser tomado como fato determinado, ele tem que ser expectável em sua seletividade, como seleção entre outras possibilidades do outro. Essa seletividade, porém, é comandada pelas estruturas de expectativas do outro. Para encontrar soluções bem integráveis, confiáveis, é necessário que se possa ter expectativa não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro. Para o controle de uma complexão de interações sociais não é apenas necessário que cada um experimente, mas também que cada um possa ter uma expectativa sobre a expectativa que o outro tem dele”, (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. *Op. Cit.*, p. 47-48).

anteriormente, se dá através do código binário lícito/ilícito. O código atua como “meio de comunicação simbolicamente generalizado”, buscando superação para o problema da improbabilidade da comunicação⁷⁵.

Antes de seguirmos interpretando a função do sistema jurídico (como generalizador congruente de expectativas) na teoria sistêmica, é importante, sobretudo para o nosso trabalho, fazermos referência à diferença entre expectativas *cognitivas* e expectativas *normativas*.

Por expectativas cognitivas devemos entender aquelas que se adaptam à realidade em caso de desapontamento, ou seja, possuem capacidade de aprendizado. O mesmo não se pode dizer em relação às expectativas normativas. Tais expectativas não estão dispostas à aprendizagem. Ou seja, são mantidas independentemente das frustrações e não se adaptam ao fato. Vale dizer, elas são contrafáticas. Mantem-se no tempo⁷⁶.

Utilizemos aqui um exemplo dado pelo próprio Luhmann: no caso de esperar-se uma nova secretária, que ela seja jovem, bonita e amigável só se pode esperar no plano cognitivo, não importa que essa esperança seja frustrada. Se ela não se concretiza, é preciso adaptar-se ao desapontamento. Porém, espera-se que ela seja competente para o trabalho e caso essa esperança não se concretize, não preciso assimilar esse desapontamento, pois a sensação criada é que a expectativa não estava errada e, portanto, o desapontamento é atribuído à secretária. Trata-se de uma expectativa normativa, contrafática⁷⁷.

No plano cognitivo, as expectativas relacionam-se com o fator de *curta durabilidade*. Duram até a ocorrência do fato contrário. Já no plano normativo, as expectativas possuem características de *longa durabilidade*. Perpetuam-se, relativamente, no tempo a despeito das desilusões.

Dizemos, “relativamente”, porque essa característica contrafática da expectativa normativa não é e não deve ser absoluta. Ela deve ser estável, porém mutável.

Luhmann chama a atenção para o cuidado que se deve ter em analisar essas distinções. Pois, é preciso que se compreenda a função da sua própria diferenciação. Ora, ambas fornecem possibilidade de estratégias frente aos desapontamentos. “Tem-se a opção de assimilar ou não, e essas possibilidades podem ser úteis para a sequência dos acontecimentos

⁷⁵ LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da Comunicação*. Trad. Anabela Carvalho. 4. ed. Lisboa: Passagens, 2006, p. 47.

⁷⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 56.

⁷⁷ *Idem*.

da vida após esses desapontamentos”⁷⁸.

Vejamos:

Com o auxílio dessa diferenciação a sociedade pode ajustar um compromisso entre a necessidade de adaptação à realidade e de constância das expectativas. Ela institucionalizará cognitivamente expectativas comportamentais, isto é, não censurará seus membros por uma adaptação de expectativa à realidade da ação, se predominar o interesse na adaptação. Ela deslocará e articulará as expectativas ao nível normativo quando forem vitais a segurança e a integração social das expectativas⁷⁹.

Observe que através do relacionamento de ambas as expectativas, surge uma seleção compulsória por parte da sociedade em busca da solução dos seus próprios problemas, ora abandonando o comportamento por conta do desapontamento, ora institucionalizando esse comportamento na busca pela transformação da expectativa cognitiva em expectativa normativa. “O desapontamento pode então levar à formação de normas através da normatização *a posteriori* (...). Essa é a forma de pensar o surgimento do direito a partir de desapontamentos”⁸⁰.

A normatização da expectativa promove *generalização*, afastando-se a ideia de subjetividade e individualidade do sistema jurídico. O sistema não está ligado a eventos individuais. Melhor dizendo, não depende de tais eventos para manter-se. Apesar das constantes mudanças no ambiente, os comandos provenientes do sistema permanecem (ou deveriam permanecer) estáveis⁸¹.

Imagine como seria um sistema jurídico que mudasse seus elementos com a mesma velocidade que mudam os elementos do seu ambiente, ou então tivesse que produzir regras individuais para cada participante. Essa ação seria inócua, visto que seria tão complexa e contingente como os eventos do ambiente. Certamente, esse sistema não poderia exercer a função estabilizadora de condutas sociais. Trata-se de um “antídoto” contra as discontinuidades. Portanto, ressaltemos que todo sistema jurídico, de uma forma ou de outra, permanece impermeável frente às peculiaridades do seu ambiente.

A própria relação conceitual em torno das expectativas está intimamente ligada a hipercomplexidade e a contingência da vida moderna. Na medida em que a

⁷⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 57.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 58.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 59.

⁸¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19.

experimentação/experiência da conduta humana tornou-se incapaz de representar e/ou controlar as possibilidades fáticas e concretas do mundo globalizado, abre-se espaço para a ideia de expectativas. A expectativa é, assim, o reconhecimento da limitação e precariedade da experimentação. Elas antecipam o futuro, delimitando com menos esforço e maior eficiência a redução de complexidade do mundo. A organização social através da experiência concreta apenas pode ser possível em sistemas sociais bastante simplificados e reduzidos. Talvez em pequenas tribos indígenas, pequenas famílias e grupos reduzidos de amigos, interações típicas de sociedades pré-modernas, em que o baixo grau de complexidade ocasiona um número reduzido de possibilidades e, conseqüentemente, poucos mecanismos de absorção de conflitos. Assim, mais compatível com a hipercomplexidade, “as expectativas garantem uma certa independência da experimentação, facilitando assim uma seleção continuada também ao longo do tempo, tendo em vista o horizonte de possibilidades ampliado e mais rico em alternativas”⁸².

Contudo, a simples adoção das expectativas não é suficiente. Elas, por si só, também são uma estratégia falível. Quem deposita expectativas sobre algo ou alguém, está sempre passível de frustração. Seria ingênuo acreditar que o mundo reagisse sempre de acordo com as nossas expectativas. Por isso, Luhmann ressalta que a generalização de expectativas deve ser operada de forma *congruente*.

E operar de forma *congruente*, quer dizer que essa generalização deve ocorrer em três dimensões sentido: *temporal, social e material*.

A dimensão *temporal* nos remete diretamente a ideia de normatização das expectativas já comentada anteriormente, no sentido de manter-se estável diante da mudança dos elementos do ambiente. Melhor dizendo, as expectativas normativas permanecem mesmo diante das frustrações de quem nutriu expectativa (como dito, são contrafáticas). Diante de várias formas de absorção das frustrações, embora ressalte que não seja suficiente, nem infalível, Luhmann cita a *sansão* como instrumento mais bem sucedido de absorção das frustrações nas sociedades modernas⁸³.

A dimensão *social* promove uma aceitação/consenso suposto(a)/presumido(a) através da procedimentalização/institucionalização das expectativas no processo decisório. Observe,

⁸² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 46.

⁸³ *Ibidem*, p. 66-76. Ver também: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 182-189. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135

porém, que essa institucionalização não fomenta o consenso. Como dito acima, ela o supõe, ou melhor, pressupõe. Faz como que ele seja antecipado de forma fictícia e não precise ser declarado expressamente. Cria-lhe uma espécie de auto-evidência presumida frente a terceiros. Ou seja, aquele que se opõe a expectativa deve ter o ônus de justificar sua insatisfação. Como o consenso se tornou um artigo raríssimo na atual sociedade moderna/fragmentada, sua institucionalização tem a função de obter certa generalidade capaz de construir uma pauta comum de comportamento e permitir a convivência dos vários projetos de vida⁸⁴. Destaca-se os procedimentos judiciais e os contratos como exemplos dessa institucionalização⁸⁵.

E, por fim, a dimensão *material* garante a manutenção prática (no mundo do ser), uma espécie de imunização contra as incoerências e contradições fixadas para se obter a referida generalização⁸⁶. Segundo Luhmann, existem quatro princípios de identificação que operam a abstração das expectativas normativas na dimensão material. Tratam-se de representações/orientações que estabelecem o ponto de referência para informações, interesses e experiências. É a partir de tais identificações que se reconhece o conteúdo das expectativas comportamentais normativas e, com base neles, pode-se observar em que nível tais expectativas podem se estabelecer de forma concreta. São eles: *pessoas, papéis, programas e valores*.

As *pessoas* são enquadradas dentro das características que compreendem o indivíduo, assim considerado como produto social. O que ele gosta, o que ele faz, o que ele pensa, etc. A generalização nesse nível se mostra bastante precária na sociedade moderna, tendo em vista que não sabemos do que cada um gosta, faz ou pensa. Isso demandaria um grau inatingível de experimentação e concretude de condutas. Salvo em raríssimos e reduzidos grupos de interação, a generalização com base nas pessoas não seria bem sucedida. As relações humanas se tornaram tão complexas que, talvez, até em pequenas famílias tal generalização seria impossível⁸⁷.

A generalização ao nível dos *papéis* se mostra um pouco menos problemática, tendo em vista que teríamos, aqui, expectativas sobre indivíduos agrupados, assim representados

⁸⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 77-94. Ver também: AMADO, Juan Antônio Garcia. A sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Org.) *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 330-331.

⁸⁵ VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 136.

⁸⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Op. Cit. Ver também CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 100.

pela função, profissão, categoria profissional, etc. Os papéis criam certa identificação que ultrapassam as características individuais e nos fornecem maiores instrumentos de redução de complexidade interacional⁸⁸. Observe que é mais expectável o comportamento de um médico, credenciado no conselho de sua categoria, enquanto agente no exercício da sua profissão, do que de uma pessoa individualmente considerada.

Também, menos problemática é a generalização ao nível dos *programas* (no caso do sistema jurídico, fala-se em programas condicionais). Os programas são as regras (ou procedimentos) de decisão que podem vincular todos os agentes, envolvidos ou não em determinada interação. Ou seja, direcionam-se tanto às pessoas quanto a um agrupamento de pessoas (papéis). Esse nível de generalização garante uma maior abstração e variabilidade, pois permitiria uma multiplicidade de regras decisórias para um maior número de pessoas ou papéis de acordo com a especificação exigida para cada caso. Porém, ainda que seu nível de abstração seja maior, os programas não são dotados de vagueza operacional de modo a alcançar um número ilimitado de expectativas. Sua variabilidade permite que ele se direcione para a solução de determinados casos, acompanhando a mutabilidade social⁸⁹. Segundo Luhmann, “as regras podem ser modificadas sem que as pessoas e os papéis percam sua identidade e, vice-versa, a vigência da regra não seja afetada pela morte de uma pessoa concreta ou pelo fato de determinado papéis estarem desocupados”⁹⁰.

Diferentemente, é o caso dos *valores*. Eles apresentam um nível de abstração demasiadamente alto e sua generalização, por vezes, os tornam imprestáveis no aspecto operacional⁹¹. O consenso em torno dos valores é tão vago e ambíguo que faz com que ele possa ser usado para tudo. Pensemos no princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo. Não há limites para a operacionalização desse princípio, podendo ser utilizado para justificar tanto as ações voltadas para o “bem” como as voltadas para o “mal”. Aliás, se considerarmos “bem” e “mal” como valores, “o que”, “quem” ou “onde” define-se o que é “bem” e o que é “mal”? Assim, os valores, embora importantes, se usados de forma isolada, são pouco eficientes para orientar uma decisão.

⁸⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 101.

⁸⁹ AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Org.) *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 336.

⁹⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Op. Cit. p. 103. Para uma análise mais detalhada sobre os *programas*, ver LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 223-274.

⁹¹ *Ibidem*, p. 103-104.

Diante disso, Luhmann considera que os *papeis* e, sobretudo, os *programas* apresentam-se como mecanismos mais eficientes para promover a generalização das expectativas normativas no plano material. Porém, ressalta que não se deve excluir a importância de uma inter-relação entre os quatro princípios de identificação, que sempre trabalham em estado de condicionamento recíproco⁹².

Observe, assim, que os valores são imprescindíveis para a interpretação e desenvolvimento dos programas. No mesmo sentido, de nada adiantariam os valores sem programas de decisão que promovessem e assegurassem sua realização. Um bom exemplo, é a positivação dos valores com o surgimento dos Estados sociais e a influência dos princípios constitucionais ligados a dignidade da pessoa humana nas regras processuais. Os valores transformam a complexidade desestruturada do ambiente em complexidade passível de estruturação, porém, apenas com a adoção dos programas, essa complexidade pode se transformar em complexidade estruturada, capaz de viabilizar uma decisão. É nesse aspecto, conforme argumenta Marcelo Neves, que não há hierarquia linear entre tais princípios de identificação. Se por um lado, as regras dependem do direcionamento ou construção a partir dos princípios, por outro lado, estes só ganham significado prático ao encontrarem correspondência em regras que lhes garantam densidade e relevância para a solução do caso⁹³. E é dentro desse contexto, como veremos adiante, que a própria adoção de um sistema de respeito aos precedentes judiciais pode promover redundância argumentativa em torno dos valores, estabelecendo um conteúdo de sentido específico, operacionalizando-os e transformando-os em programas de decisão condicionais⁹⁴.

Por óbvio, os papéis também dependem de pessoas que executam determinadas funções. Embora os papéis promovam expectativas de continuidade (confiança) diante de terceiros, que passam a não depender apenas de certas individualidades, não se pode desconsiderar que uma pessoa concreta, através de suas decisões, possa influenciar na expectativa construída em torno de determinado papel. As ações de um médico, agindo como “pessoa física”, por exemplo, podem influenciar tanto a forma como os outros observam o papel do médico (como pessoa jurídica) na sociedade, quanto da própria categoria sobre seu papel.

⁹² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 104-105.

⁹³ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 119.

⁹⁴ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96.

Assim, o sucesso (e o desafio) da função do sistema jurídico consiste, justamente, na eficiência em selecionar as expectativas comportamentais e fazer com elas sejam congruentes nas três dimensões de sentido: *temporal, social e material/prática*. Ou seja, a norma jurídica (conforme/não conforme o direito), deve ser respeitada ao ponto de se manter relativamente invariável no tempo (estabilidade contra-fática - dimensão temporal), através de procedimentos institucionalizados (dimensão social) e exercidos efetivamente pela sociedade, identificadas no contexto factual, por meio da inter-relação dos seus quatro princípios de identificação: pessoas, papéis, programas e valores (dimensão material). Isso quer dizer, em uma frase: o direito evolui através da tensão entre sua consistência jurídica e adequação social.

Um Estado Democrático de Direito que possui uma Constituição repleta de normas de conteúdo social, deve utilizar mecanismos que garantam a manutenção dessas normas e, conseqüentemente, a concretização delas no plano factual. Dessa forma, a própria adequação social (reconhecimento das expectativas sociais) depende da autonomia do sistema jurídico, ou seja, sua consistência jurídica.

Nesses termos, o direito, através do seu “meio de comunicação simbolicamente generalizado” (código binário), antes de ser considerado como simples ordenamento coativo, é um alívio para as expectativas.

O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruente e generalizados para expectativas, significando uma indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contra-fática. (...) Apenas após assegurar-se a congruência das expectativas através do direito do sistema social é que podem se desenvolver formas mais elevadas da generalização específica a cada dimensão, assim como a congruência ao plano reflexivo das expectativas sobre expectativas. Nesse sentido, o direito é uma das bases imprescindíveis da evolução social⁹⁵.

⁹⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 115.

2 A EVOLUÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO

Como vimos, a partir da visão Luhmanniana, o subsistema do direito possui função básica e específica no sistema social global, qual seja: generalizar de forma congruente as expectativas normativas. Para tanto, promove a redução de complexidade do ambiente, transformando complexidade desestruturada em complexidade estruturada, através de linguagem própria, produzida pelo seu código lícito/ilícito, que age como meio de comunicação simbolicamente generalizado, atenuando as dificuldades do processo de comunicação.

Com o passar do tempo, os meios simbolicamente generalizados, tão necessários para manter a ordem social, passaram por diversas transformações até o estágio atual. De um direito pretensamente imutável e universal, idealizado pelo positivismo dos Estados liberais, passamos a um direito que se constrói a partir das irritações do seu entorno social, aquele inserido em um Estado Constitucional Democrático de Direito, onde o poder judiciário assume papel de protagonista.

Dessa forma, a referência ao Movimento liberal e o período que o antecedeu, é de suma importância para entendermos o processo de evolução do sistema jurídico e sua relação com outros sistemas sociais.

2.1 O Estado liberal e o dogma da onipotência do legislador

“No período da história, denominado moderno, inaugurou-se um processo de ‘dessacralização’ do direito, ou seja, a perda gradual do direito sagrado”, sustentado pelo transcendentalismo eclesiástico, dando lugar ao direito dogmatizado/positivado. Apostava-se na racionalidade crescente e dedicava-se a combater o fundamento da vontade divina para regular “coisas próprias do ser humano”⁹⁶.

O próprio significado da palavra positividade, nos remete a contraposição da ideia de tudo àquilo que é transcendental. Segundo João Maurício Adeodato, a positividade como característica do direito moderno é radicada em “fatos externos e objetivos, perceptíveis,

⁹⁶ OLIVEIRA, Ramon Rebouças Nolasco de. Dogmatização do direito e sua conformação enquanto tecnologia da decisão. In: *Sociedade, direito e decisão em Niklas Luhmann*. Congresso internacional em homenagem a Cláudio Souto. Recife. 2009, p. 461.

positivos e independentes de qualquer base de outra ordem”⁹⁷. Essa transição, de um direito provido de uma ordem superior para uma ordem empírica, fruto da razão dos homens, se deu, sobretudo, com o surgimento do movimento iluminista.

O iluminismo foi um movimento de cunho liberal ocorrido, predominantemente, na Europa do século XVIII e possuía fortes influências do racionalismo⁹⁸.

As ideias iluministas surgiram em contraposição aos Estados absolutistas, que representavam uma teoria de poder único, onde a autoridade do Rei seria sagrada e emanava de Deus. Desta forma, antes tinha-se um Estado autoritário e absoluto onde o soberano exercia as funções dos três poderes (executivo, legislativo e judiciário).

Observe que esse modelo de governo, além de anti-democrático, gerava incerteza e insegurança jurídica na população, que não sabia ao certo que normas seguir já que elas eram produzidas pelo soberano e ele tinha o poder de ditá-las ao seu livre arbítrio.

Muito embora o fim desse regime autoritário e pessoal tenha sido um dos efeitos positivos do movimento iluminista, é importante ressaltar que suas ideias liberais, ao contrário do que poderíamos imaginar, não foram lastreadas em uma busca pela proteção aos direitos humanos e coletivos. Esse movimento liberal foi apoiado pelos comerciantes e burgueses que precisavam de segurança jurídica para praticar suas atividades e garantir direitos mínimos. Falamos, então, de direitos típicos de primeira geração, tais como: vida, liberdade e, principalmente, propriedade.

A ideia principal do movimento liberal seria garantir direitos individuais, ou seja, direitos privados. E para garantir esse modelo, o Estado deveria ser invisível e inofensivo, domesticado. Daí surge a ideia de que o liberalismo deveria promover o desenvolvimento do Estado através de um governo mínimo, atuando como uma “ mão invisível que regulasse o mercado”. Esse cenário se tornaria propício para o desenvolvimento da burguesia comerciante e serviu de substrato para o processo de industrialização que viria anos depois.

É sempre importante lembrar, que esse modelo surge em um momento de rompimento com um modelo anterior totalmente oposto, onde tínhamos o Estado absolutista robusto e regulador. A partir desse rompimento, todas as teorias que viriam seriam voltadas para neutralizar as características do modelo antigo.

Assim, poderíamos afirmar que incerteza e a insegurança jurídica foram fatores

⁹⁷ ADEODATO, João Mauricio. *Ética e Retórica: Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 147.

⁹⁸ Através do racionalismo buscava-se uma verdade necessária, absoluta e universal. O racionalismo buscava a verdade única através da representação de um mundo objetivo.

imprescindíveis para o fim dos Estados absolutistas e o início de Estados baseados no respeito à legalidade estrita.

A ideia era buscar a limitação da discricionariedade de uma pessoa e passar a pregar a submissão de todos à lei. Representava um limite para a atuação do Estado, visando à proteção do administrado em relação ao abuso de poder e, conseqüentemente, um novo modo de pensar o Direito. Surge, portanto, o “dogma da onipotência do legislador”⁹⁹. Esse foi, certamente, um dos aspectos mais importantes das teorias iluministas do Estado e desse novo modo de pensar o Direito.

O pensamento central seria que existisse um legislador universal, que ditasse leis válidas para todos os tempos e lugares, simples, coerentes e unitárias, por serem frutos da razão. Esse pensamento, como dito inicialmente, decorre das ideias racionalistas e liberais¹⁰⁰.

Os pensadores liberais postulavam precisamente a necessidade de limitação do poder do Estado. Disso resulta um aspecto primordial para concretização desse ideal: a separação dos poderes, idealizada por Montesquieu.

Pela separação dos poderes, o poder não mais é unipessoal e atribuído ao soberano, mas a um órgão colegiado que age junto a ele. Dessa forma, o governo fica subordinado à lei. O princípio da representatividade faz com que o legislativo passe a representar toda a nação e não apenas um pequeno grupo. Ambos os princípios encaminham ao dogma da onipotência do legislador, referido antes.

Nesse contexto, “consagra-se ideia do governo de leis em substituição à ideia de governo de pessoas”¹⁰¹. Toda essa teoria tem como base o racionalismo. Desde as ideias platônicas, somos movidos pela inquietude da descoberta da verdade e das certezas. O racionalismo buscou estabelecer critérios objetivos, lógicos e dedutivos para que chegássemos a uma verdade ou uma certeza absoluta. A equação parece ser simples: existem situações e essas situações são observadas e valoradas dentro de um determinado contexto, através de certa metodologia, baseada no silogismo. Essa valoração é petrificada em uma regra de conduta e daí surge a ideia de certeza ou verdade. Uma vez estabelecida essa verdade, passa-se então a gerir a sociedade com base nessas regras de conduta.

Assim, entendia-se que através da razão poder-se-ia deduzir todo e qualquer

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: Lições da filosofia do direito. São Paulo. Ícone. 2006, p. 119.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ TEIXEIRA, João Paulo Allain. Dois modelos de legalidade: Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco, ADEODATO, João Maurício (Coords.). *Princípio da legalidade*: da dogmática jurídica à teoria do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 97.

comportamento humano e, por conseguinte, regula-lo. É o que se chama de processo de “racionalização do direito”.

O iluminismo racionalista, dessa forma, postulava a ideia do legislador racional, capaz de produzir um direito que se impõe e se legitima por sua própria racionalidade, ao mesmo tempo simples, coerente e unitário, e, portanto, facilmente compreensível. Através de processo de valoração, as normas de condutas eram petrificadas e consideradas universais, ou seja, verdades absolutas e imutáveis.

Sob a influência do mecanicismo e da técnica, fatores que ganharam força no século XIX, o iluminismo deu início a um processo de codificação. As estruturas sociais passaram a ser entendidas como uma engrenagem moldada para garantir objetividade, agilidade e certeza¹⁰².

A codificação é efeito dessas tendências que pautaram o direito sob o manto de certo progresso. Observe que essa ideia de progresso era uma perspectiva tendo em vista uma comparação com o regime absolutista, onde reinava a insegurança e a incerteza.

Tudo conspirava do novo método, pois o século XIX foi o século da técnica, do formalismo, das sistematizações. Tal método decorreu não apenas do iluminismo, mas, também, do impulso sistematizador trazido pela teorização da física, biologia e, principalmente, mecânica¹⁰³.

Tudo isso era necessário para a organização da vida social que crescia desenfreadamente com o fortalecimento do capitalismo. Neste sentido, a codificação surgiu como resultado de um processo de racionalização da vida que encontrou, no direito, uma das suas maiores expressões.

Numa tentativa de impedir o risco da volta dos regimes autoritários, buscava-se neutralizar qualquer tipo de discricionariedade por parte de qualquer agente público através da previsão legal para todos os tipos de condutas. A lei era universal e, teoricamente, deveria prever todas as situações.

Conforme relata Bonavides, “na doutrina do liberalismo, o Estado sempre foi o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da

¹⁰² GORITTIJO. Lucas de Alvarenga. Discussão Crítica sobre as Relações entre o Princípio da Legalidade, o Fenômeno da Codificação e a Teoria da Sistematização do Direito, *In*: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coords). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 109.

¹⁰³ *Idem*.

liberdade”¹⁰⁴.

Neste sentido, Bobbio observa que

a concepção racionalista considerava a multiplicidade e a complicação do direito um fruto do arbítrio da história. As leis velhas deviam ser substituídas por um direito simples e unitário, que seria ditado pela ciência da legislação, uma nova ciência que, interrogando a natureza do homem, estabeleceria quais eram as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta do homem¹⁰⁵.

Como a ideia era manter o novo regime e evitar o arbítrio, buscou-se limitar a atuação do juiz que, de acordo com o modelo de separação dos poderes, deveria limitar-se apenas a exprimir a vontade do legislador. Ou seja, o juiz seria apenas a “boca pela qual fala a lei” (*bouche de la loi*).

Assim, o aspecto mais importante caracterizador da transição do Estado absolutista para o Estado liberal/iluminista foi o fortalecimento do poder legislativo. Nesse cenário, surge uma forma de interpretação jurídica chamada *Escola da Exegese*, que compreende o direito a partir de esquemas lógico-formais criados para interpretar a lei de forma literal.

2.1.1 A Escola da Exegese

Após o triunfo do movimento iluminista, como dito, o desafio seria criar mecanismos que garantissem a manutenção do novo regime e neutralizar as ações características do regime anterior, marcado pelo alto grau de discricionariedade do juiz.

De acordo com as diretrizes dessa norma forma de hermenêutica, não deveria haver direito fora dos códigos, as soluções propostas pelas leis seriam justas para todos os conflitos. As palavras e os conceitos jurídicos seriam tão claros que não comportariam interpretações equívocas, e, por isso, dispensaria interpretação contrária à intenção do legislador, devendo ser tão-somente aplicada. A interpretação do texto legal, sua exegese pura e simples, nisso fica reduzida a tarefa do intérprete¹⁰⁶.

Observe que essa ideia é uma forma de proteção em relação ao regime anterior que dispunha de grande quantidade de leis, porém, dispersas e obscuras, deixando margem para a

¹⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 40.

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: Lições da filosofia do direito. São Paulo. Ícone. 2006, p. 65.

¹⁰⁶ MELO, Liana Holanda de. Hermenêutica jurídica: a escola da exegese e o mito da neutralidade. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9031>. Acesso em: 25.jul.2012.

aplicação arbitrária dos juízes que, na maioria das vezes, representavam o soberano, gerando incerteza e insegurança jurídica aos súditos. Assim, a vinculação absoluta na aplicação da lei está ligada a ideia de segurança, traduzida em igualdade e liberdade (perante a lei) para a sociedade oitocentista. Onde impera a clareza de uma lei escrita, não há espaços para arbitrariedades, assim se refletia o lema da revolução francesa: *liberté, égalité et fraternité*.

A exegese tem relação estreita com o código napoleônico que surgiu no século XIX e tinha como característica marcante a limitação da atuação do juiz que, em sua atuação, deveria apenas aplicar a lei, sem margem para interpretação.

O art. 4º do código afirmava que “o juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada”.

De acordo com o artigo supra, nas situações acima descritas, o juiz deve buscar no próprio código subsídios para chegar à solução do caso, não podendo agir de forma discricionária. Da dicção desse artigo, percebe-se a crença na plenitude do código, que serviria como uma espécie de prontuário para resolver as principais controvérsias.

Assim, a escola da exegese confirma que a interpretação deve ser mecânica, de acordo com a intenção do legislador.

Nutria-se, assim, uma fidelidade ao código que também é representada pelo princípio da separação dos poderes, que constitui o fundamento ideológico da estrutura do Estado moderno. Com base nessa teoria, o juiz não podia criar o direito, caso contrário invadiria a esfera de competência do poder legislativo¹⁰⁷.

Outro fator de natureza ideológica é representado pelo princípio da certeza do direito, segundo o qual os cidadãos podem obter através da sistematização do direito um critério seguro de conduta, conhecendo antecipadamente, com exatidão, as consequências de seu comportamento¹⁰⁸.

A certeza só seria garantida se existisse um corpo estável de leis e aqueles que devem resolver as controvérsias se fundam nas normas nele contidas e não em outros critérios. Caso contrário, a decisão se torna arbitrária e o cidadão não pode mais prever com segurança as consequências das próprias ações¹⁰⁹.

Ao comentar sobre o processo de racionalização do direito, Ovídio Baptista afirma que

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: Lições da filosofia do direito. São Paulo. Ícone. 2006, p. 109

¹⁰⁸ *Idem*.

¹⁰⁹ *Idem*.

uma vez adotada a doutrina da separação dos poderes, a atribuição de prever o futuro passou a pertencer o legislador, cabendo ao administrador tratar do presente e ao judiciário cuidar do passado. E conclui, com base em Calamandrei, comparando a atividade do juiz ao historiador, pois ambos se dedicam a investigar o passado¹¹⁰.

A exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito, através de um procedimento lógico, aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei.

Se pensarmos os fatos do passado com olhos de hoje, certamente isso seria uma forma autoritária de interpretação jurídica. Porém, se nos voltarmos para época em que as ideias iluministas foram fomentadas, tal método de interpretação seria considerado um ponto alto de garantia do cidadão que estaria protegido do arbítrio dos juizes, que em sua maioria eram partidários do antigo regime.

Discorrendo acerca da importância do legado deixado pelo princípio da separação dos poderes, tal como idealizado pelos Estados liberais, Bonavides ressalta que

nas origens de sua formulação (o princípio da separação dos poderes) foi, talvez, o mais sedutor, magnetizando os construtores da liberdade contemporânea e servindo de inspiração e paradigma a todos os textos de Lei Fundamental, como garantia suprema contra as invasões do arbítrio nas esferas da liberdade política – já não oferece, em nossos dias, o fascínio das primeiras idades do constitucionalismo ocidental. Representou seu papel histórico. O constitucionalismo democrático tem por ele a mais justa e irredimível dívida de gratidão. Merece, com efeito, a homenagem e o reconhecimento do que, na doutrina política consagram sua luta aos ideais de liberdade e democracia. Ajudou a implantar na consciência ocidental o sentimento valorativo dos direitos e garantias individuais, de que foi, no combate aos déspotas do absolutismo, a arma mais eficaz¹¹¹. (Esclarecimentos nossos).

Porém, quando essa ideia foge do propósito de rompimento com o antigo regime e passa a ser utilizada como forma de controle e manipulação social, transforma-se numa “verdade” muito perigosa, dando margem ao surgimento de Estados totalitários. A obediência cega à lei seria, no futuro, a justificativa para o cometimento de vários crimes contra a humanidade, como por exemplo: o nazismo.

Observe ainda, que escola da exegese, ao contrário do que propunha, tratou de enfraquecer a teoria da separação dos poderes, pois reduziu o poder judiciário e figurou-se

¹¹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 1ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 64.

como uma teoria hermenêutica lastreada por ideias totalitárias sob a justificativa de cumprir o princípio da legalidade. Tornou inócua a ideia de freios e contra pesos em que um poder deve regular o outro. O Estado iluminista, acreditando romper com um regime autoritário, na verdade estava substituindo o poder de um e transferindo-o para outro.

2.1.2 Flexibilização do princípio da legalidade, o pós-segunda guerra mundial e a hipercomplexidade da sociedade: um espaço propício para o protagonismo judicial

Diante de todo o exposto, vimos que o império e a submissão ao princípio da legalidade nos conduziram a uma situação de segurança jurídica, em virtude da aplicação precisa e exata da lei pré-estabelecida. Representou um limite para a atuação do Estado, visando à proteção do administrado em relação ao abuso de poder.

Desta forma, o princípio da legalidade, herdado dos Estados liberais, é um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico pátrio e, também, um dos sustentáculos do Estado de Direito. Figurou-se, por muito tempo, como único meio simbolicamente generalizado capaz de garantir a congruência das expectativas normativas no ambiente social.

Atualmente, além de representado em outros dispositivos, vem consagrado no inciso II do artigo 5º da nossa Constituição Federal de 1988, dispondo “que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Abriremos um parêntese nesse ponto, para esclarecer que muito embora seja claro que os movimentos liberais iniciados no século XVIII deram corpo e aprimoraram o princípio da legalidade, é importante lembrar que a ideia de supremacia e respeito às leis, ligada à ideia de uma Constituição, teve início com a Magna Carta inglesa assinada pelo Rei John Lackland (João "Sem-Terra")¹¹².

Assinada em 1215, a carta tinha uma acepção meramente formal. Neste período, o Estado apresentava-se com um forte domínio sobre a sociedade regente, pois era um Estado absolutista. O Rei John vivia uma crise política por conta das arbitrariedades promovidas pelo seu governo. A legalidade (que nesse momento, confunde-se com o surgimento do devido processo legal) foi concretizada para que os barões tivessem a tutela da "law of the land", ou seja, a regência das “leis da terra” sobre suas condutas. Os senhores feudais queriam, com

¹¹² A título de curiosidade, a expressão João “sem terra” não guarda relação com a expressão “leis da terra” ou “Law of the land”. O rei ganhou esse apelido porque na ordem de sucessão foi o Quinto filho de Henrique II e, portanto, não herdou nenhuma terra quando da morte de seu pai.

isso, segurança jurídica e conhecer qual a lei seria aplicada diante de um fato concreto. Tratava-se, basicamente, do princípio da legalidade formal. Posteriormente, a evolução desse princípio iria resultar no princípio do devido processo legal (formal e substancial) tal qual conhecemos hoje¹¹³.

A expressão “*legem terrae*” surgiu através do ato do rei Guilherme I, que para aumentar sua popularidade, optou por confirmar as leis de um antigo rei adorado pelo povo. Tratava-se do dever do governante de respeitar não apenas as suas leis, mas também a dos seus antecessores. As leis editadas pelos monarcas anteriores se tornam, com sua morte, leis da terra. Essa tradição se transferiu aos monarcas que se seguiram a Guilherme I. Por este motivo que os barões ingleses exigiram do rei João o respeito às “leis da terra”¹¹⁴.

Uma das cláusulas de maior importância foi seu artigo 39, que assim dizia:

Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela *lei da terra*. (destaque nosso).

Com o tempo, o poder de fazer leis do país passou do soberano ao Parlamento. Assim, a evolução do devido processo legal e da legalidade, na Inglaterra, está ligada ao poder do parlamento de fazer leis e ao dever de todos de respeitá-las.

Significa que o Rei devia julgar os indivíduos conforme a lei estabelecida, seguindo o devido processo legal, e não segundo a sua vontade, até então absoluta. Nessa época, não se falava em direitos fundamentais, mas em “meras tolerâncias” do soberano.

Porém, assim como o momento de rompimento com o Estado absolutista foi imprescindível para o surgimento e o desenvolvimento dos Estados Democráticos de Direito, também tivemos outro momento importantíssimo, que foi o rompimento com as ideias iluministas baseadas no puro positivismo jurídico e a transição para um caminho de conciliação entre cumprimento da legalidade e aplicação de princípios lastreados nos direitos humanos, qual seja: o período pós-segunda guerra mundial.

Após a consolidação dos Estados liberais, o setor privado contou com um cenário confortável e seguro para promover o desenvolvimento econômico. Iniciou-se o processo de industrialização e a população que antes era rural passou a migrar para as grandes metrópoles

¹¹³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo, Saraiva, 1999.

¹¹⁴ RAMOS, João Gualberto Garcez. Evolução histórica do princípio do devido processo legal. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Paraná. v. 47. 2007.

e trabalhar nas indústrias. Em busca de uma vida melhor homens, mulheres e crianças passaram a trabalhar em igualdade de condições e com cargas horárias sobre-humanas. Essa explosão demográfica e a falta de estrutura dos estados fez eclodir a busca por direitos que antes eram inimagináveis.

Aliado a isso, o mundo passou por um segundo conflito de proporções mundiais e conheceu os horrores praticados contra os judeus durante o conflito. A descoberta dos campos de concentração e dos meios empregados para a eliminação de uma “raça” pelo Estado nazista reforçou ideia de que não bastava apenas o cumprimento da lei, seria necessário que esta fosse alinhada com os valores morais e no respeito à dignidade da pessoa humana.

Inicia-se aqui, um processo flexibilização da legalidade estrita e a lei, enquanto único meio simbolicamente generalizado, passa a dividir lugar com princípios constitucionais baseados nos direitos humanos.

A partir deste momento, não bastam que os atos sejam apenas previstos em leis, eles precisam estar de acordo com a Constituição e os com princípios constitucionais. Trata-se da aproximação entre o direito e a moral, inaugurando a ideia do pós-positivismo.

Nesse cenário, surgem os Estados sociais, o chamado Estado proativo e as suas constituições garantistas com normas programáticas que dependem da atuação do Executivo para sua realização. É o que Mauro Cappelletti chama de “transição gradual de “welfare state” em estado administrativo”. Para o autor referido supra, O “Welfare State”, na origem, essencialmente, um “estado legislativo”, transformou-se, assim, e continua permanentemente se transformando num “estado administrativo”, num “estado burocrático”¹¹⁵.

Com o processo de globalização impulsionado pela revolução industrial, houve a necessidade de satisfazer as demandas desse novo mundo de forma mais eficiente, as sociedades se tornaram mais complexas e aquele ser iluminado que poderia prever e controlar o futuro através das normas universais e imutáveis se mostrou cada vez mais insuficiente.

Porém, as condições políticas e sociais impediam a eficácia plena desses novos direitos, até mesmo em razão da carência de recursos e das limitações orçamentárias. Em decorrência disso, houve uma explosão de litigiosidade, pois os cidadãos recorreram aos tribunais para buscar a efetividade desses direitos que lhes foram assegurados pelos Estados sociais.

Essas características acarretaram na necessidade de se ampliar dramaticamente a

¹¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 39.

atuação dos tribunais, com o aumento da oferta dos serviços públicos e mediante a ampliação do acesso à justiça em busca dos direitos assegurados pela nova Constituição e que não foram implementados pelo Executivo.

Além disso, vislumbramos os problemas que o poder legislativo apresentou com o passar dos tempos, como por exemplo: inflação legislativa com produção de leis inúteis e em grande quantidade, causando uma desvalorização normativa; a morosidade excessiva, cooptação de parlamentares por grupos de interesses, corrupção, submissão ao executivo em troca de benefícios variados, etc.

Cappelletti conclui, nesse mesmo sentido, ao afirmar que

demasiadas leis foram emanadas demasiadamente tarde, ou bem cedo; muitas se revelaram obsoletas; muitas se revelaram ineficazes, quando não contra produtivas, em relação às finalidades sociais que pretendiam atingir; e muitas, ainda, criam confusão, obscuridade e descrédito da lei¹¹⁶.

Todos esses fatores provocaram a flexibilização do princípio da legalidade estrita, que tentava apreender com métodos estáticos (a lei dita universal e imutável) uma ciência dinâmica que é o direito.

Dessa forma, com os Estados modernos do século XX podemos falar em legislador tutelado e controlado. Agora, a lei deixa o papel de protagonista que exercia no século XIX e passar a viver à sombra da Constituição e dos seus princípios.

2.2 O protagonismo judicial e o juiz no centro do sistema jurídico: *non liquet*

Visualizada toda essa problemática no contexto do multiculturalismo dos nossos dias, potencializa-se a dificuldade em continuarmos a dizer que o juiz simplesmente aplica com literalidade norma a fatos ou que reduz fatos a norma como antes previa a escola da exegese.

Instala-se a crise jurídica provocada pelo questionamento da lei como único instrumento de regulação e a dogmática torna-se cada vez mais “desestruturada” pela realidade fluida e complexa do mundo moderno.

Em um Estado Democrático de Direito, numa sociedade hipercomplexa e funcionalmente diferenciada, as sociedades são livres e, portanto, mutantes. Dessa forma, a lei

¹¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 44.

não raramente se mostrará caduca, necessitando da ajuda do intérprete, que está inserido na mudança junto com a sociedade.

“A expansão do poder legislativo e da supremacia da lei, surgiu sob o manto da indiferença praticada pelos regimes antigos. Estabeleceu-se como antítese da instabilidade da interpretação judicial no estado pré-moderno”¹¹⁷. Agora, com a evolução da sociedade, percebeu-se que a letra pura e fria da lei não é suficiente para estabilização das expectativas normativas. O momento e a ocasião da feitura da norma são necessariamente diversos do momento e ocasião da sua aplicação, seja pela massificação e dinamismo da vida social, seja pela individualidade de cada um. Busca-se, então, no poder judiciário, a solução para adequar a aplicação da lei às situações concretas.

Assim, a atuação do juiz que antes se resumia a exprimir apenas a vontade do legislador, passou a ser a de particularizar a lei através da interpretação e da decisão, afirmando o que é certo, o que é justo. A lei aplicada pelo intérprete já não é mais a mesma lei do legislador, é a lei aperfeiçoada, confirmada. Desta forma, transfere-se a importância da legalidade estrita, traduzida em “segurança” cerrada nos códigos, para a ideia de “justiça” construída no âmbito processual. Agora, texto e norma não mais se confundem. A lei não é sinônimo de justiça. E o direito perde sua vinculação unilateral de identidade com a produção legislativa. Instaura-se uma relação de complementariedade entre lei e sua aplicação ao caso concreto.

Neste sentido, Carlos Aurélio Mota de Souza afirma que

(...) toda vez que um caso é julgado este acresce um plus à Lei; é um acréscimo valorativo. Um dos efeitos da Jurisprudência, como doutrina originária e exclusiva dos Tribunais, é precisamente o de valorizar a Lei. A lei provada justa; só será aceita como justo legal passando pela prova do caso individual, em que será contrastada com os fatos, as circunstâncias de tempo, lugar, valores econômicos, sociais, em um processo de adequação geral-particular, passado-futuro¹¹⁸.

Discorrendo acerca da importância da criação judicial do direito, o autor afirma que a visão do legislador é a da totalidade, como uma espécie de “lente angular”, com isto a lei não consegue visualizar as particularidades de cada fato individual. Já função do julgador é como uma “lente de aproximação”. Além disso, observa que sendo ele também é um homem do

¹¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 32.

¹¹⁸ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTR Editora, 1996, p. 89.

povo, frequenta ambientes dos mais diversos. Não é um homem isolado, assepticamente separado da sociedade. Ele “conhece as realidades sociais, econômicas e políticas do momento, e as fraquezas e virtudes do homem concreto que está à sua frente, através dos conflitos sociais que deve decidir”¹¹⁹.

Com isto, as duas pontas da sociedade se encontram: a dos fatos sociais problemáticos equacionadas pelo legislador, e a do julgador que conhece a norma, e vai lhe dar conteúdo segundo as circunstâncias do caso concreto, o momento histórico, os fatos que se lhe apresentam e que não são os mesmos do tempo do legislador¹²⁰.

Assim, tendo em vista a evolução das relações institucionais e a transformação na função dos poderes do Estado, temos, portanto, que o poder judiciário assumiu um papel de protagonista no desenho do Estado Democrático de Direito moderno. Consequentemente, juízes e tribunais assumem papel de grande relevância na sociedade.

De acordo com Luhmann, a função dos sistemas jurídicos é reduzir a complexidade do ambiente e produzir generalização congruente de expectativas normativas. Os tribunais, por sua vez, estão no centro do ordenamento jurídico e são responsáveis por dizer em último grau o que está e o que não está conforme o direito. Na sociedade moderna, a decisão judicial se transforma no meio de comunicação jurídica imprescindível para produzir a diferenciação do direito¹²¹.

Sem dúvida, como característica adquirida da positividade do direito, o sistema jurídico é pensado para produzir decisões *a posteriori*, sobretudo no caso das decisões judiciais.

Nessa perspectiva, o legislador na periferia do sistema, produz o material a ser trabalhado pelo judiciário (a lei), que representa o objeto central da atividade judicante (mas não o único), assim como os limites reguladores de todo o entorno social.

O juiz assume o papel de co-responsável por garantir a generalização de expectativas normativas de comportamento. Esta função, tão importante em nosso ordenamento jurídico, está explícita através do princípio da proibição de denegação da justiça: o *non liquet*.

Conforme afirma Adeodato, não é opção de um juiz que vive sob um sistema dogmatizado dizer: *jus non liquet* (o direito não está claro). “A atitude de Pilatos, lavando as

¹¹⁹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTR Editora, 1996, p. 102.

¹²⁰ *Idem*.

¹²¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 85-86.

mãos, não é opção admissível para um juiz dogmatizado”¹²².

Nesse sentido, lembra Mizabel Derzi que “a transformação do direito em um sistema jurídico cujas funções de redução de complexidade e solução de conflitos da sociedade tem como forte esteio o juiz que se posta em seu centro”. E ainda, com base em Luhmann, afirma que

o poder judiciário, protegido no centro contra as proximidades da periferia do sistema, afastando-se das ingerências dos poderes políticos e econômicos (mas não totalmente) e sobre a proibição de denegar a justiça, deve solucionar conflitos segundo determinações do seu próprio sistema jurídico, sem a intervenção direta do ambiente (o ambiente “irrita” o sistema e traz novos elementos, mas não age sobre o sistema de forma determinante e direta)¹²³. (Esclarecimentos nossos).

A obrigatoriedade de decidir representa a necessidade do fechamento operacional do subsistema social do direito. É uma operação central e exclusiva do poder judiciário moderno.

Esse princípio, tão importante em nosso ordenamento jurídico, é representado, por exemplo, nos artigos 5, inciso XXXV e art. 93, inciso IX, ambos da CF. Assim como, no art. 4 da Lei de Introdução ao Código Civil e art. 126 do Código de Processo Civil.

Vejamos:

Art. 5, inciso XXXV da CF - “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

Art. 93, (...) IX - “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente estes”.

Art. 4 da LICC - “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Art. 126 do CPC - “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Da obrigatoriedade de decidir decorrem, por exemplo, outras características fundamentais que fortalecem a necessidade de fechamento do sistema jurídico, tais como: a

¹²² ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica* - Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 248.

¹²³ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 13.

independência no exercício das funções do juiz, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais e a irresponsabilidade (ainda que relativa) das decisões tomadas no exercício da função; pois inserido em um direito positivado, o juiz atua na aplicação/interpretação das regras já pesadas pelo legislador, ainda que essas próprias regras (como veremos mais à frente) lhe outorgue margem de liberdade na realização do direito, através da sua decisão.

Assim, complexidade > positividade > decisão/seleção > contingência > risco > e unidade do sistema jurídico, são equações que se entrelaçam e se completam sob a pressão pelo o não pronunciamento do *non liquet*.

3 ABERTURA COGNITIVA E FECHAMENTO OPERACIONAL DA DECISÃO JURÍDICA: O JUIZ ENQUANTO OBSERVADOR DA REALIDADE PROCESSUAL

Em uma sociedade dinâmica e altamente complexa, em que a todo momento novos conflitos e de natureza diversa vão surgindo, os meios tradicionais de generalização de expectativas normativas, como por exemplo, a lei, são cada vez mais solicitados e, conseqüentemente, o sistema jurídico, mais precisamente, o poder judiciário, enquanto órgão responsável pela solução de conflitos, vem se tornando um sistema hipercomplexo.

Relacionando a dogmática com o sistema jurídico, Luhmann lembra que a dogmática não é o próprio sistema, mas apenas sua “metalinguagem”. Tendo em vista a inserção do subsistema social do direito em uma sociedade complexa, a dogmática representa apenas uma primeira redução da complexidade da realidade social. Nos Estados modernos a dogmática jurídica exerce um controle sobre a aplicação do direito, servindo de bússola para a tomada de decisão¹²⁴. Ora, se para Luhmann o sistema é uma construção que permite a possibilidade de emergência da sociedade e, portanto, da vida, por meio da redução de complexidade do mundo, a dogmática jurídica é um dos apoios dos quais ele se vale.

Assim, a própria positividade promove a necessidade do sistema jurídico evoluir enquanto programa de decisão, o qual se destina a solução dos conflitos. Redução de complexidade não é sinônimo de simplificação do mundo, mas de possibilidade de novas experiências. Se o sistema é sempre mais complexo que seu ambiente, ou seja, se no ambiente há sempre mais experiências apreensíveis que a capacidade humana pode realizar, o desnível de complexidade obriga o sistema a decidir seletivamente (abrir-se) e escolher entre as alternativas possíveis. As leis despejadas no convívio social são postas à prova e as expectativas por elas geradas são submetidas à análise pelo juiz/observador.

A necessidade de decidir corresponde a necessidade de promover a generalização

¹²⁴ LUHMANN, Niklas. *Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica*. Trad. Alberto Febbrajo. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 59, *apud* DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 20-21.

congruente de expectativas normativas. Observe que por traz da necessidade de uma decisão sempre se esconde, ou melhor, nos revela a necessidade do fechamento operacional do sistema jurídico, que se comunica através do seu código lícito/ilícito.

Com base nessa binariedade, a necessidade de decidir nos revela, também, um paradoxo: o direito de um é o não direito de outro. O direito a todo momento busca resolver conflitos, mas na medida que os resolve, também os provoca. Essa bifurcação renova de forma infinita a obrigatoriedade de decidir e fomenta a circularidade do sistema. Vivendo em uma sociedade complexa, sempre se estará decidindo sobre alguma coisa. Decidir, como dito, é lidar com contingência e a contingência pressupõe risco/desapontamento. O risco/desapontamento é o substrato de evolução do direito e a garantia de sua dinamicidade, ou seja, de sua variabilidade, e, conseqüentemente, de sua abertura. E, assim, o sistema caminha se auto-estabilizando e se auto-instabilizando. Como diz Raffaele De Giorgi, “a sociedade é aquilo que continuamente é outro”¹²⁵. E o direito, estando inserido *na* sociedade, adquire tal característica. Decide no presente, com base no passado, criando vínculos com o futuro, que sempre será incerto, vale dizer: contingente.

Portanto, assim como uma operação de qualquer outro sistema que se propõe a estruturar a complexidade extrema do meio ambiente, internalizando-a, a decisão jurídica atua também como redutora de complexidade, produzindo e reproduzindo o sentido do sistema jurídico através do seu código binário lícito/ilícito, dando continuidade a comunicação e, conseqüentemente, promovendo a sua autopoiese.

O juiz, enquanto observador interno do sistema, inserido na complexidade do ambiente processual, atua sob a pressão seletiva (vale dizer: pressão de decidir), sintetizando autorreferência e heterorreferência. Quando refere-se as operações do próprio sistema, trabalha com autorreferência, promovendo o seu fechamento operacional e quando refere-se as operações de fora do sistema, trabalha com heterorreferência, promovendo sua abertura cognitiva.

Sobre o fechamento e abertura da decisão jurídica, nos ensina Campilongo:

De uma parte, o sistema jurídico constrange o juiz a decidir com base em seu fechamento operacional (completude e unidade do ordenamento jurídico): isso reforça a imagem do judiciário como “boca da lei”. De outra parte, dada a evidente hipersimplificação do judiciário contida no dogma da completude do ordenamento, a proibição de denegação de justiça garante a abertura do sistema jurídico a uma infindável serie de demandas do ambiente: isso revela

¹²⁵ DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 228.

que o judiciário é um inevitável intérprete, criador e construtor do direito¹²⁶. (destaque nosso).

Assim, o *non liquet* (a indeclinabilidade da jurisdição) combina fechamento e abertura, sendo um condição para o outro. “É por estar obrigado a decidir fundamentalmente - note-se o duplo grau de reflexividade: obrigação de decidir conforme a lei - que o sistema se reproduz pelos próprios elementos”.¹²⁷ E, conseqüentemente, promove sua abertura cognitiva.

E de forma esclarecedora, o autor completa:

nisso reside o caráter operativamente fechado do sistema jurídico. E, da mesma forma, é por operar com base nessa redução de referências que se criam as condições, no interior do sistema, de processamento das demandas do ambiente externo: a abertura cognitiva¹²⁸.

Assim, a própria necessidade de promover o fechamento operacional do sistema, possibilita sua abertura para o meio. O juiz atua sob esse paradoxo: o fechamento operacional na sua decisão é condição para sua abertura cognitiva. A estabilização de seus elementos é condição para a aquisição de posterior variação.

Esse paradoxo enfrentado pelo juiz, transforma o que Guerra Filho chama de “*paradoxo da coerção em liberdade*”. O juiz de fato sempre se acha vinculado às leis, porém ela é sempre passível de interpretação e, inclusive, deve ser sempre confrontada com texto de autoridade superior que é a Constituição¹²⁹.

Relata o autor, com referência em Luhmann, que

quem se vê coagido à decisão e, adicionalmente, à fundamentação de decisões, deve reivindicar para tal fim uma liberdade imprescindível para construção do direito (...) É uma tal unidade que garante a autonomia do sistema e a sua ‘auto-reprodutividade’ para o que recebem o apoio imprescindível de uma ‘unidade cognitiva’, a chamada ‘doutrina’, que não apenas é responsável pela hermenêutica jurídica, como fornece interpretações passíveis de serem adotadas pelo judiciário, e assim, introduzidas no sistema jurídico normativo¹³⁰. (destaque nosso).

¹²⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes . *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35.

¹²⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes . *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80-81.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 81-82.

¹²⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: Introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 76. Ver também: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 382.

¹³⁰ *Ibidem*. Ver também: LUHMANN, Niklas. *A posição dos Tribunais no sistema jurídico*. In: Revista da Ajuris. N.º 49. Porto Alegre: Ajuris, julho de 1990, p. 163.

A própria ciência jurídica é construída por programas que operacionalizam o postulado dessa necessidade de decidir que se transforma em liberdade¹³¹. As regras de interpretação e argumentação jurídica, afirma Campilongo, “procuram orientar o juiz no momento de aplicação seletiva do código de comunicação do sistema jurídico (lícito/ ilícito). É a partir dessa operação e com base no *non liquet*, que se dá o fechamento autopoietico do direito”¹³².

Observe, assim, o caráter autorreferencial, recursivo e circular do sistema jurídico. Tendo a positivação como ponto de partida, o sistema promove o enlace do processo comunicativo que passa a incluir todas as operações do sistema que, através de consecutivas reduções de complexidade, promove fechamento e abertura. Legislação, fatos sociais, processo, doutrina, argumentação, decisão, precedentes e, mais uma vez, modificação da legislação, são elementos que incrementam essa teia recursiva e nos faz afirmar que o direito se produz, reproduz e se modifica através do próprio direito, de forma autopoietica.

Dessa forma, ressalta ainda Guerra filho:

a mencionada autonomia do sistema jurídico não deve ser entendida no sentido de um isolamento deste frente aos demais sistemas sociais funcionalmente diferenciados em sociedades complexas como as que se tem na atualidade. A autonomia significa, na verdade, que o sistema jurídico funciona como um código próprio, sem necessidade de recorrer a critérios fornecidos por algum daqueles outros sistemas, aos quais, no entanto, o sistema jurídico se acopla, através de procedimentos desenvolvidos em seu seio, procedimentos de reprodução jurídica¹³³.

Não se pode perder de vista, conforme relatado acima, que a teoria sistêmica coloca o direito dentro de um processo interdisciplinar, onde os diversos sistemas se comunicam, interagem, irritam e influenciam uns aos outros. E não poderia ser diferente, uma vez que falamos em direito como sistema *da* sociedade, inserido *na* sociedade. Por isso que a decisão judicial há sempre de condensar consistência jurídica e adequação social. Fechamento operacional e abertura cognitiva. Tudo isso como consequência natural da complexidade, da pressão seletiva, da pressão de decidir, vale dizer: do *non liquet*.

Cumpre-nos destacar, que o processo judicial é um sistema de operações comunicativas que estabelece contato do ambiente social com a binariedade do código

¹³¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad. Op. Cit.*, p. 382.

¹³² CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80-81.

¹³³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: Introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 76-77.

lícito/ilícito, revelando a existência de fatos sociais que, embora não representem necessariamente a verdade, mas sim a construção de uma realidade dentro das possibilidades do caso concreto, promove, como afirma Dinamarco: “um autêntico canal de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico”¹³⁴.

Diversos são os sinais de flexibilização do direito através do processo, na busca pela sua adequação com a realidade social. “Às referências ao formalismo do processo judicial, passam a serem combinadas com uma abertura cognitiva e uma racionalidade material que, crescentemente, permite a interação do sistema jurídico com outros sistemas sociais”¹³⁵.

Certamente, cada um desses sinais merecia um extenso estudo teórico, porém, por uma opção metodológica, arvoramo-nos em pontuar apenas dois aspectos que consideramos característicos da abertura cognitiva do direito e, conseqüentemente, do processo atual, quais sejam: a liberdade concedida ao juiz na observação/valoração da prova (livre convencimento racional) e o surgimento cada vez mais crescente de conceitos jurídicos vagos e ambíguos, de tessitura aberta, tais como: cláusulas gerais, fazendo da decisão judicial verdadeira apropriadora e desapropriadora de sentido.

3.1 A observação da prova

Conforme relatado anteriormente, como fruto da própria complexidade da sociedade moderna, onde os acontecimentos e as mudanças ocorrem na velocidade do vento, a própria dogmática jurídica se tornou mais fluida dando margem para a realização do direito no âmbito processual.

Nesse contexto, verifica-se autêntica interação entre a sociedade e o sistema jurídico através da relação processual, mais precisamente, por meio dos elementos probatórios. Por meios da observação das provas, o Estado-juiz/observador atua cognitivamente aberto às transformações sociais, o que permite uma decisão mais adaptada a essa nossa sociedade complexa em constante transformação. Essa interação resulta em verdadeira comunicação sistêmica.

A comunicação com o ambiente externo dar-se através dos fatos sociais trazidos ao processo, por meio das provas, transformando-o em arena de expectativas de comportamento.

¹³⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 198.

¹³⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 28.

Dessa forma, os próprios participantes da relação processual fatorializam/introjetam no sistema jurídico (nesse caso, através do processo judicial) sua contingências, permitindo ao juiz/observador irritar-se à outras experiências, gerando diferentes possibilidades de decidir a partir de uma observação interdisciplinar.

Como afirmado inicialmente, com a evolução do sistema jurídico, a própria dogmática jurídica se tornou mais flexível e isso pode ser notado explicitamente com a análise conjunta dos artigos 130, 131 e 335 do CPC. Tais artigos, como veremos mais adiante, garantem margem de liberdade ao juiz/observador na valoração da prova. Porém, antes, cumpre-nos observar que nem sempre foi assim.

Tendo em vista as experiências pré-liberais, a valoração da prova no passado demonstrava a falta de confiança que se tinha no julgador e, em consequência, tinha-se um sistema bastante rígido, chamado sistema de *provas legais* (também conhecida como *tarifadas* ou *positivas*). Esse sistema refletia a ausência de liberdade do juiz que deveria valorar a prova de acordo com o que a legislação aprioristicamente teria estabelecido. Tratava-se de um sistema que buscava limitar a discricionariedade do juiz, tornando-o um simples matemático.

Segundo Rui Portanova, em tal sistema “a lei fixava regra sobre quais as provas admissíveis, sobre o valor probante de cada meio probatório e sobre a força probatória. A prova era tarifada e o juiz se vinculava a tais valores”¹³⁶.

Assim, não era o juiz quem estabelecia se, por exemplo, a prova documental deveria ter maior peso sobre a prova testemunhal. Ou, se uma confissão, poderia ter maior peso sobre um laudo pericial. Ao juiz não era admissível qualquer tipo de sopesamento de valores, restava-lhe, tão-somente, praticar a exegese pura e simples das normas.

Em sentido oposto, de origem no direito romano, tinha-se o sistema da *livre convicção* (também conhecido como *livre convencimento*, ou *persuasão íntima*). Tal sistema caracterizava-se pela ampla liberdade do juiz, que podia valorar a prova de acordo com sua consciência, não estando atrelado a nenhuma regra aprioristicamente estipulada pelo legislador¹³⁷. Aqui, não há sequer a preocupação em fundamentar ou justificar a valoração dada a prova apresentada no caso concreto.

Contudo, atualmente, o nosso atual Código de Processo Civil, não adota nenhum dos dois sistemas relatados acima. Adota-se o sistema chamado de *livre convencimento racional* (também conhecido como *persuasão racional* ou *convencimento motivado*). Tal sistema,

¹³⁶ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 244

¹³⁷ MIRANDA, Vicente. *Os Poderes do Juiz no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 219.

pode-se afirmar, está posicionado entre os dois sistemas citados anteriormente. Ou seja, o juiz não está adstrito às normas pré-estabelecidas pelo legislador, assim como também não está completamente livre para valorar as provas como bem entender, sem sequer demonstrar os fundamentos e as justificativas usadas para chegar a determinada valoração. Trata-se, como o próprio nome diz, do livre convencimento *racional*¹³⁸.

É permitido ao juiz valorar a prova de acordo com sua livre convicção, dando a elas o peso que entender cabível, não havendo hierarquia entre os meios de prova. Porém, deve ele sempre fundamentar e demonstrar os motivos que lhe levaram a tal convencimento. Aqui, observa-se que existe uma preocupação do legislador em condensar a abertura cognitiva e fechamento operacional, garantindo ao juiz/observador da realidade processual liberdade para análise e valoração das provas no caso concreto (buscando maior adequação social) e impondo que seu atos sejam fundamentados (buscando consistência jurídica).

Observe, assim, que o livre convencimento não é um convencimento alheio as regras. Conforme aponta Pontes de Miranda: “não se confere ao juiz liberdade absoluta, mas não lhe impõe critérios rígidos e inflexíveis (valores tarifados) na apreciação da prova”¹³⁹.

Para termos uma visão bem clara dessa abertura permitida pela atual legislação, vejamos o que diz os artigos 130, 131 e 335 do código de processo civil brasileiro:

Art. 130 - “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Art. 131 - “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Art. 335 - “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de

¹³⁸ “Em linguagem comum, quem diz convicção, pretende dizer menos que certeza, por isso, para evitar equívocos, falamos em convencimento racional. Convicto nesse sentido, além de certo, exprime o máximo ponto de persuasão; pela segura visão intelectual e não pelo impulso cego de espírito”. MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, Vol. I, Trad. Paolo Capitanio, Ed. Bookseller, 1996, p. 52. Nesse mesmo sentido, “O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (quod non est in actis non est in mundo), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados a priori. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais (CPC, art. 131 e 436)”. CINTRA, Antônio Carlos Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel, apud SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. A Emenda Constitucional nº 45/04, a súmula vinculante e o livre convencimento motivado do magistrado. Um breve ensaio sobre hipóteses de inaplicabilidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 708, 13 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6884>>. Acesso em: 3 set. 2013.

¹³⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, Tomo II, p. 230.

experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”.

No caso dos art. 130 e 131 do CPC, a abertura cognitiva caracteriza-se faculdade concedida ao aplicador da lei em agir sob a influência da observação dos costumes sociais concatenados aos fatos e circunstâncias do processo, avaliando quais provas são importantes para a solução do caso e quais, por exemplo, podem ser descartadas. Assim, o juiz avalia o que é e o que não é importante para a elucidação do caso. Assegura, através de instrumentos, como por exemplo, a inversão do ônus da prova e até mesmo por sua oficialidade na produção probatória, a direção do processo de modo a fazer valer a paridade de armas na demanda judicial.

Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque salienta que

dentre as regras que não asseguram a real igualdade entre os litigantes encontram-se a da plena disponibilidade das provas, reflexo de um superado liberal-individualismo, que não mais satisfaz as necessidades da sociedade moderna, pois pode levar as partes a uma atuação de desequilíbrio substancial. Muitas vezes sua omissão na instrução do feito se deve a fatores econômicos ou culturais e não à intenção de dispor do direito”¹⁴⁰.

É por isso que, conforme relata Cappelletti,

atualmente admite-se em geral que a utilização de um juiz mais ativo pode ser um apoio, não um obstáculo, num sistema de justiça basicamente contraditório, uma vez que, mesmo em litígios que envolvam exclusivamente duas partes, ele maximiza as oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes¹⁴¹.

Além disso, em nítida mitigação ao princípio do dispositivo, pode o juiz (sob a luz do art.130, na expressão “de ofício”, e do art. 131, na expressão “ainda que não alegada pelas partes”), dar impulso oficial para produção de provas, não quedando mais inerte frente a necessidade de permissão do legislador.

Nesse sentido, Carnelutti lembra que “(...) quanto forem as vezes em que o fato que se tem que valorar não está presente, tantas serão as que o juiz terá que se servir de outros objetos que lhe permitam conhecer o fato ausente. Estes outros objetos são as provas”¹⁴².

Tais artigos, correspondem a um processo de abertura cognitiva onde o juiz apreciará

¹⁴⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 72.

¹⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 77.

¹⁴² CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001, p. 307.

livremente os fatos e se apoiará no seu livre convencimento para analisar as provas, podendo valorá-las da forma como achar justa e adequada ao processo. É um claro exemplo de liberdade do julgador que poderá utilizar, inclusive, critérios subjetivos na análise do caso concreto, com as chamadas “Regras de Experiência”, prevista no art. 335 do CPC, citado acima. Assim, diante das transformações que percebe na sociedade diariamente, o magistrado pode fazer uso das experiências pessoais que carrega durante sua vida.

Dessa forma, tendo em vista a complexidade instaurada na realidade processual, as provas assumem papel de canal de comunicação entre o juiz e o ambiente social. Normas procedimentais, interrogatórios, provas testemunhas, provas documentais, perícias, inspeções, diligências, etc. São dados do entorno social que são introjetados no subsistema do direito, realimentando sua circularidade e fortalecendo sua cadeia comunicativa.

A teoria dos sistemas de Luhmann, conforme expõe Marcelo Neves, afirma que o isolamento normativo do sistema pode ser desastroso para ele próprio e para seu meio. Ele deve buscar sua fundamentação no ambiente externo e transformá-la em aprendizado para o sistema¹⁴³.

Segundo Dalmir Lopes, “o direito não pode ficar adstrito a mera tautologia de seu código funcional, na forma de: é direito isso que é legal. É preciso que ele tome referências externas para o engate da sua autoprodução”¹⁴⁴.

Esse processo circular é incrementado pelos elementos probatórios, que quebram essa tautologia e tendem a produzir decisões socialmente adequadas, que retornam ao ambiente social em forma de solução de conflitos, gerando alívio nas expectativas.

Tendo em vista a importância do controle na formação da convicção judicial a partir das normas processuais, Luhmann afirma que o processo “é mais que uma sequência fixa de ações determinadas: é um sistema social que desempenha a função específica de legitimar as decisões judiciais a partir da aceitação social”¹⁴⁵.

Sendo a função de uma decisão absorver e reduzir inseguranças¹⁴⁶, essa absorção e redução somente ocorrerão quando aceitas e reconhecidas pela sociedade, através de sua aproximação com o sistema. Nesse aspecto, a liberdade na apreciação da prova permite a

¹⁴³ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 81.

¹⁴⁴ ARNAUD, André-Jean; LOPES, Dalmir Jr. (orgs.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 21.

¹⁴⁵ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 5.

¹⁴⁶ *Idem*.

aproximação da realidade processual com as contingências do ambiente, promovendo verdadeira abertura cognitiva da decisão judicial e, conseqüentemente, retroalimentando o sistema jurídico.

3.2 A decisão como (des)apropriadora de sentido

Como característica da hipercomplexidade que avassaladoramente tomou a sociedade moderna, as palavras do legislador possuem caráter cada vez mais vago e impreciso, com significado ambíguo, polissêmico. Poderíamos afirmar ainda, que essa ambiguidade ou vagueza não decorrem tão-somente das características das palavras em si, mas, também, do meio em que elas se inserem, cada vez mais contingente.

O mundo atual, acêntrico (ou, melhor, policêntrico), nos expõe a um volume de informações que se propaga numa velocidade cada vez mais intensa e refinada. Isso dificulta (ou, até mesmo, impossibilita) a unificação de sentidos a nível global, fator que se potencializa se considerarmos a característica continental do nosso país que, pode-se afirmar, possui, dentro de si, vários Brasis.

Assim, o texto frio da lei hoje não se apresenta mais com a capacidade de acompanhar a velocidade e a particularidade das situações concretas do mundo do ser. Técnicas legislativas que deixam margem de liberdade para o intérprete, como por exemplo, as cláusulas gerais (assim como os conceitos jurídicos indeterminados), representam verdadeiros poros/aberturas do sistema jurídico na busca por uma dinamicidade e adaptabilidade à realidade social.

Nesse sentido, Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, afirmam que

A interpretação de conceitos vagos vem adquirindo cada vez mais importância no mundo contemporâneo porque o uso destes conceitos consiste numa técnica legislativa marcadamente afeiçoada à realidade em que hoje vivemos, que se caracteriza justamente pela sua instabilidade, pela imensa velocidade com que acontecem os fatos, com que se transmitem informações, se alteram ‘verdades’ sociais¹⁴⁷.

Para Judith Martins Costa, através do preenchimento valorativo dado pelo aplicador/intérprete/criador da norma, as cláusulas gerais permitem sistematização e

¹⁴⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. v. 3. São Paulo: RT, 2007, p. 224.

permanente ressystematização de fatores extra-jurídicos (circularidade sistêmica) no ordenamento positivo¹⁴⁸.

Assim, considera que do ponto de vista da técnica legislativa, típica da contemporaneidade, “a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico”¹⁴⁹.

E continua,

esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemento ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, através do recorte da *ratio decidendi*, a ressystematização destes elementos, originariamente extra-sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico¹⁵⁰.

Em outras palavras, para a autora, o legislador, ao deixar margem para verdadeira participação do juiz na criação do direito, este deverá buscar no entorno social (portanto, extrajurídico) elementos constitutivos da norma, agora, então, judicial, de modo que a racionalidade dos critérios e valores utilizados estariam assegurados pelo contexto do qual foram retirados e, posteriormente, levados para o bojo da decisão pela fundamentação, assim como pela reiteração (ou não) de tais valores em fundamentações de decisões posteriores. Esses elementos retirados dos contextos sociais, figuram-se como modelos de comportamento comum, um padrão social “assim reconhecido como arquétipo exemplar da experiência social concreta”¹⁵¹.

Observe, nesse ponto, nítido alinhamento com os arts. 130,131 e, sobretudo, com o art. 335 do CPC (analisados anteriormente), que conferem ao juiz amplos poderes para participar

¹⁴⁸¹⁴⁸ Leciona a autora: “As cláusulas gerais, mais do que um ‘caso’ da teoria do direito – pois revolucionam a tradicional teoria das fontes - constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo” (COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/513>>. Acesso em: 2 set. 2013).

¹⁴⁹ COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um "sistema em construção". *Op. Cit.*

¹⁵⁰ *Idem.*

¹⁵¹ *Idem.*

concretamente da realização do direito, utilizando-se, inclusive, das regras de experiência comum na observação dos fatos sociais trazidos pela prova.

Nesse contexto, rechaçando a ideia de liberdade irrestrita na adoção das cláusulas gerais, Rodrigo Mazzei entende que a atuação do magistrado estaria limitada os próprios conceitos e valores expostos no entorno social, assim como da própria interpretação sistemática do sistema legal, onde a fundamentação da decisão e a jurisprudência com o tempo, refletiriam tais valores¹⁵².

Dessa forma, a decisão judicial tem o desafio de fechar a cadeia plurissêmica da norma legal posta sob o comando dos conceitos vagos. Diante da análise do caso concreto, o encontro com o direito será sempre carregado de valorações em que o juiz escolhe uma dentre as alternativas possíveis, apropriando-se de um sentido possível e, ao mesmo tempo, desapropriando-se de outros sentidos, também possíveis. Como visto, é núcleo essencial da própria sistemática das cláusulas gerais a introjeção de dados do ambiente no sistema. E o ambiente sendo complexo e contingente, as decisões representarão cada vez mais as contingências e imprevisibilidades do entorno.

Sobre a amplitude e complexidade da atuação do juiz diante das cláusulas gerais, discorre Judith Martins:

(...) na cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa. Este deverá, além de averiguar a possibilidade de subsunção de uma série de casos-limite na *fattispecie*, averiguar a exata individuação das mutáveis regras sociais às quais o envia a metanorma jurídica. Deverá, por fim, determinar também quais são os efeitos incidentes ao caso concreto, ou, se estes já vierem indicados, qual a graduação que lhes será conferida no caso concreto, à vista das possíveis soluções existentes no sistema¹⁵³.

Confirma-se, assim, a afirmação de Eros Grau, para o qual o direito é “alográfico” (possui vários significados) e que interpretar o Direito “é concretiza-lo, ir dos textos e dos fatos à norma jurídica geral e, em seguida, à norma de decisão, no desenvolvimento de uma prudência; por isso não existe, no Direito, uma única solução correta, senão várias”¹⁵⁴.

Essa elevada liberdade, representada pelo uso da subjetividade do julgador, dinamiza o

¹⁵² MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura no Novo Código Civil. In: ALVIN, Arruda; ALVIM, Thereza (Coords). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

¹⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 327.

¹⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 157. Em outra obra, leciona o autor: “quando temos sob exame um conceito cujo termo, indeterminado, o legislador não definiu estipulativamente o aplicador do direito deverá estipular essa indeterminação (...) de qualquer modo, cumpre prontamente observarmos que inexistem, no âmbito do direito soluções exatas- uma para cada caso-porém, sempre para cada caso, um elenco de soluções corretas” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 151).

sistema e permite que ele permaneça em constante irritação com os demais sistemas sociais, porém, em contra partida, como cada caso é uma valoração pessoal e individual (ainda que a decisão esteja inserida em um contexto social e devidamente fundamentada), os processos judiciais, produzem sentenças, como dito, cada vez mais contingentes. E não poderia ser de outra forma, em razão da complexidade do ambiente do qual os elementos constitutivos da norma é retirado.

Ao caminhar em busca de uma maior adequação social o sistema pode produzir uma maior incerteza jurídica, sacrificando, de certa forma, o seu fechamento operacional e, conseqüentemente, enfraquecendo sua função básica, qual seja: a generalização congruente de expectativas normativas. O que ocorre é um alívio das expectativas apenas no plano individual, uma espécie de resposta *Ad hoc* para uma demanda específica, ao passo que a congruência das expectativas a nível geral, acaba sendo sacrificada, gerando desconfiança sistêmica.

Reconhecendo os efeitos colaterais da adoção das cláusulas gerais, Judith Martins lembra que

(...) conquanto tenha a cláusula geral a vantagem de criar aberturas do direito legislado à dinamicidade da vida social tem, em contrapartida, a desvantagem de provocar - até que consolidada a jurisprudência - certa incerteza acerca da efetiva dimensão dos seus contornos. O problema da cláusula geral situa-se sempre no estabelecimento dos seus limites. É por isto evidente que nenhum código pode ser formulado apenas e tão somente com base em cláusulas gerais, por que, assim, o grau de certeza jurídica seria mínimo¹⁵⁵.

No mesmo sentido é a opinião de Alberto Gosson. Para o autor, os dispositivos baseados nos conceitos fluidos, tais como as cláusulas gerais, possuem uma indeterminação congênita, de modo que a jurisprudência assume papel importantíssimo no direcionamento da interpretação adequada aos valores pertinentes às cláusulas gerais¹⁵⁶.

Nesse ponto específico, cumpre-nos levantar a importância dos mecanismos de uniformização de jurisprudência, mais especificamente dos precedentes judiciais (tema que será tratado nos tópicos seguintes), que atuam como (re)estabilizadores de expectativas normativas, restaurando a referência interna e externa do subsistema social do direito, fortalecendo a comunicação (jurídica) diferenciada através do código lícito/ilícito.

¹⁵⁵ COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/513>>. Acesso em: 2 set. 2013.

¹⁵⁶ JORGE JR, Alberto Gosson. *Cláusulas Gerais e o novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 59.

4 UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA ATRAVÉS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E A (RE)ESTABILIZAÇÃO DAS EXPECTATIVAS NORMATIVAS

Como vimos, o juiz “boca da lei”, idealizado pelos Estados liberais, encontrava-se preso a um sistema rígido de regras onde entendia-se a lei como um instrumento claro e objetivo que deveria prever todas as condutas, não havendo margem para interpretação criativa na realização do direito. Texto e norma se confundiam. A letra da lei gerava previsibilidade e segurança, condensando a um só tempo o sentimento a justiça e sua vinculação com o direito.

O afastamento natural dessa doutrina nos fez entender que o direito não é uma ciência exata e que o legislador, para acompanhar a evolução da sociedade, deve permitir um sistema mais flexível, conferindo certa margem de liberdade para o intérprete do direito. Toda essa evolução resultou em uma maior adaptação dos problemas sociais (abertura cognitiva) ao sistema jurídico que passou a ser, na medida do possível, mais dinâmico.

Ocorre que essa dinamicidade, provocada pela flexibilização do princípio da legalidade estrita, pode produzir o efeito colateral de nos levar a uma situação de imprevisibilidade e desconfiança sistêmica. Uma vez que a lei permite margem de liberdade ao julgador através da interpretação das normas, é natural que essas normas, agora judicializadas, sejam cada vez mais díspares, pois é impossível manter certa uniformidade com tanta liberdade criativa, aumentando-se, assim, a possibilidade de que casos semelhantes sejam decididos de maneira desigual. Considerando-se ainda a característica continental do Brasil, o nosso sistema jurídico transforma-se em um sistema cada vez mais hipercomplexo e contingente, e aos poucos vem perdendo sua função básica de garantir a generalização congruente das expectativas normativas.

Sob essa perspectiva, sem um meio de comunicação simbolicamente generalizado capaz de garantir a estabilização de tais expectativas, o sistema é contaminado por um sentimento de desconfiança, gerado pela imprevisibilidade incontável “do que está por vir”.

Portanto, frente a tudo o que foi exposto anteriormente neste trabalho, entendemos a

importância da adoção de um sistema de respeito ao precedente judicial, que figure como meio de comunicação simbolicamente generalizado, apto a realizar a (re)estabilização das expectativas normativas e garantir a unidade do sistema jurídico.

Assim, amparados pela teoria sistêmica de Luhmann e, tendo em vista ser este o objetivo específico deste trabalho, iremos reforçar essa importância a partir de três pontos: (I) A relação entre o precedente judicial e a confiança sistêmica (ressaltando os seus princípios correlatos, tais como: previsibilidade, segurança jurídica e igualdade); (II) O precedente judicial como instrumento de fortalecimento da comunicação (jurídica) diferenciada (ressaltando a função dos Tribunais de acordo com a teoria sistêmica); e (III) A estabilidade e adaptabilidade como características do precedente judicial, ressaltando suas técnicas de superação, além do seu papel como promotor de uma estabilidade dinâmica, que incorpora ao mesmo tempo duração/redundância e variação sistêmica, consistência jurídica e adequação social.

4.1 Precedente judicial e (des)confiança sistêmica

Segundo Luhmann, o homem poderia, em certos aspectos da vida social, decidir se outorga confiança ou não. Porém, uma completa ausência de confiança lhe impediria, inclusive, de se levantar pela manhã. Seria vítima de um sentido vago de medo e de temores paralisantes. Inclusive, não seria capaz de formular uma desconfiança definitiva e fazer disso um fundamento para medidas preventivas, já que isto pressuporia confiança em outras direções¹⁵⁷.

Para Luhmann, a confiança se mostra como eficaz instrumento de redução de complexidade do mundo, que, como vimos, é sempre difícil de manejar. Observe que o sistema jurídico outorga para si o monopólio da resolução de conflitos sociais sob o pretexto de garantir a vida em sociedade e, para tanto, deve ser capaz de produzir estruturas/instrumentos aptos a dar a sociedade relativa tranquilidade e segurança na sua função. Nesse sentido, quem possui supremacia sobre os acontecimentos, no caso, o Estado, não precisa de proteção a confiança, pois ele mesmo provoca os eventos através de suas estruturas motivadoras, como por exemplo: as leis, os impostos, os contratos, as decisões judiciais, etc¹⁵⁸.

¹⁵⁷ LUHMANN, Niklas. *Confianza*. México: Anthropos, 2005, p. 05.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p.26. Ver também: DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito*

Por outro lado, quem confia, o cidadão, está assumindo a existência do risco pela consciência da hipercomplexidade do mundo, face a sua falta de habilidade em atualizar-se no presente das possibilidades que podem ocorrer no futuro e, dessa forma, deposita no sistema a confiança da gerência dos acontecimentos. A própria ideia de redução de complexidade não deve ser entendida como ausência de risco. A confiança promove dependência daquele que confia, ou seja, supõe certa exposição ao risco. Ao depositar tal confiança, o cidadão promove uma redução de complexidade do ambiente social, viabilizando sua vida e suas ações.

Onde há confiança há aumento de possibilidades para novas formas de experiência e de ação. Há possibilidade do aumento de complexidade do sistema social; e também há um aumento do número de possibilidades que podem reconciliar-se com sua estrutura, porque a confiança constrói uma forma efetiva de redução da complexidade¹⁵⁹.

Também, para Luhmann, a desconfiança, além de ser o oposto da confiança, é uma espécie equivalente funcional, pois a desconfiança também atua como instrumento redutor de complexidade, porém figura-se altamente destrutivo, pois quem desconfia precisa de mais informações do que quem confia. No entanto, tem a informação limitada àquilo que ela sente que pode confiar. Ou seja, “torna-se mais dependente com menos informação”¹⁶⁰.

A confrontação com a assustadora complexidade do mundo em alto nível é mais do que a capacidade humana pode suportar. Quem se recusa a outorgar confiança, automaticamente restaura a complexidade original do ambiente social e se vê encarregado de dar conta do excessivo número de acontecimentos, levando a incapacidade de ação ou, ao contrário, agir de forma negativa/destrutiva¹⁶¹. Desloca-se, assim, para o universo da incerteza e imprevisibilidade incontrolável. Sem confiança, para o homem, qualquer coisa e tudo seria possível.

Conforme expõe Luiz Guilherme Marinoni, o estado de incerteza e imprevisibilidade provocado pela desconfiança sistêmica tem estreita relação com a ausência de um sistema de respeito aos precedentes judiciais. Leciona o autor, que a uniformidade na qualificação das situações jurídicas é imprescindível para que o cidadão espere determinado comportamento ou se poste de determinada forma. A garantia da previsibilidade em relação as consequências das ações é inerente a um Estado que pretende ser considerado um Estado de Direito. “O

tributário. São Paulo: Noeses, 2009, p. 328.

¹⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *Confianza*. México: Anthropos, 2005, p. 14.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 124.

¹⁶¹ *Idem*.

cidadão deve saber, na medida do possível, não apenas os efeitos que suas ações poderão produzir, mas também como os terceiros poderão reagir diante delas”¹⁶².

Para o ilustre processualista, a previsibilidade depende da confiança. E discorre:

Não há como prever sem confiar. De modo que também pode ser dito que a confiança também é um requisito da previsibilidade. Portanto, o Estado tem o dever de garantir a previsibilidade, cabe-lhe tutelar ou proteger a confiança do cidadão em relação às consequências das suas ações e às reações dos terceiros diante dos seus atos, assim como no que diz respeito aos efeitos dos atos do poder público (...) a tutela da confiança certamente depende de normas. Lembre-se que um ordenamento destituído de capacidade de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas e, assim, de gerar um sentimento de segurança nos cidadãos não pode sobreviver, ao menos enquanto ordenamento ‘jurídico’¹⁶³.

O cidadão tem o direito de prever que o Estado e os terceiros irão se comportar de acordo com as regras postas e que os órgãos responsáveis por aplicá-las as farão valer em caso de descumprimento¹⁶⁴. Nesse caso, os precedentes assumem um papel de garantir a previsibilidade em relação as decisões judiciais no sentido da continuidade da afirmação de um direito, inserido na ordem jurídica. Trata-se de uma confiança proveniente da orientação pelo exercício da jurisdição.

Assim, quando se pensa em previsibilidade no sentido de calculabilidade de ações, como objetivo a ser perseguido pelo sistema jurídico, no dizeres de Teresa Alvim, “não se quer com isso dizer que as partes tenham sempre condições de prever de forma precisa como será a decisão de um processo em que contendem. Mas a decisão não deve ser daquelas que jamais poderiam ser imaginadas”¹⁶⁵. Nesse sentido, não há que se falar em previsibilidade e segurança jurídica como valores absolutos, mas fala-se em estabilidade das relações jurídicas, como continuidade do ordenamento jurídico, para que o Estado de Direito não seja transformado em um Estado “provisório”, Estado “efêmero”, incapaz de se impor enquanto ordem jurídica dotada de eficácia e potencialidade diante dos cidadãos.

O problema é que, conforme nos ensina Guerra Filho, vivemos em uma superficialidade, em um mundo que perdeu seu fundamento (não há mais centros de poder onde possamos depositar nossa fé ou confiança), “e essa superfície é escorregadia, não permitindo que a humanidade caminhe nela em um determinado rumo, mas sim ‘deslize’ nas

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 123.

¹⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 137-138.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 122.

¹⁶⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo. São Paulo, v.34, n. 172, jun. 2009, p. 10.

mais variadas direções”¹⁶⁶. Nesse aspecto, a adoção de mecanismo que promova a unidade do sistema nos faz ter a sensação de que seguimos um caminho seguro (ainda que se trate de um valor relativo e mutável), em que nos “imunizamos” em relação ao não conhecimento do direito. Como afirma De Giorgi, ao se referir positividade do direito,

O direito está ali. Qualquer um pode verificar a consistência das próprias expectativas normativas: qualquer um pode controlar o seu saber sobre o direito antes de agir, informando-se sobre o conteúdo do sentido do direito escrito e julgando como manipular o agir de acordo com o seu próprio interesse¹⁶⁷.

É nesse mesmo sentido que, ao falar sobre previsibilidade e segurança jurídica, Carlos Aurélio Mota de Souza faz a seguinte comparação:

Alguém que caminhasse à noite contaria com elementos objetivos para lhe dar segurança: o concreto do solo, as defensas laterais, as lanternas reflexivas, as linhas brancas da divisão da pista e das bordas; seguindo tais indicações, pode "prever" que chegará a seu destino, pois elas valem, têm valor normativo, dão, portanto, segurança. A estrada sinalizada não será uma incógnita e interiormente saberá se guiar por ela. Sabe que, observando os sinais (positivos ou permissivos), nada lhe ocorrerá; mas se desatender às indicações (negativas ou proibitivas), poderá sofrer ou causar dano e ser responsabilizado por seus atos (...) a segurança é um apriori jurídico para os cidadãos; e a certeza é a confiança do cidadão nas leis, que lhe permitem agir eticamente, adotando condutas razoáveis e previsíveis, de que seu agir é "direito" e não "torto", de que suas atuações em sociedade não poderão sofrer sanções, pois as rodovias (leis) não mudam seu traçado (princípio da legalidade), para não surpreender aos cidadãos¹⁶⁸.

Sem confiança e previsibilidade no sistema jurídico como valores que direcionam a vida do cidadão e a atividade do Estado, respectivamente, a igualdade e o acesso à justiça também acabam sendo desrespeitados.

Nas palavras de Luhmann: “Todo o aspecto normativo de uma decisão jurídica tem, portanto, que pretender sua generalização, implicando que casos iguais serão decididos da mesma forma”¹⁶⁹. Este é o pressuposto básico de um Estado Democrático de Direito e a fórmula ideal de justiça para Luhmann (é a *justiça como fórmula de contingência*)¹⁷⁰.

¹⁶⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: Introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 23.

¹⁶⁷ DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 187.

¹⁶⁸ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTR Editora, 1996, p. 10.

¹⁶⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. II. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 34. Ver também: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 289.

¹⁷⁰ Luhmann refere-se a justiça como *fórmula de contingência do sistema jurídico*, ressaltando que sua finalidade

Assim,

o juiz enfrenta a dupla exigência: decidir sobre cada caso e decidir de forma justa. O que em outras palavras quer dizer: aplicar a igualdade nos casos iguais, é aplicar as mesmas regras. Aqui a interpretação da lei – que na competência judicial desenvolve suas próprias regras - deve ser justa. A necessidade de que se decida e a liberdade que surge precisamente ao buscar razões para chegar a uma decisão, resultam restringidas pelos pontos de vista da justiça. E é esta conjugação entre necessidade, liberdade e restrição que produz-se o direito¹⁷¹.

Observa-se (e poderíamos dizer que isso é muito natural), que a massificação da vida social, a liberdade na realização do direito por parte do juiz e a fluidez da legislação, trazem parâmetros menos seguros que podem gerar decisões completamente diferentes umas das outras, em casos materialmente idênticos¹⁷².

De certa forma, a falta de uniformidade na jurisprudência é até natural e esperada. Neste sentido, apesar de se referir de forma positiva às aberturas do sistema jurídico, as quais chamam de “válvulas” e “poros” por onde respiram o sistema, Teresa Alvim ressalta, com veemência, que esse fenômeno deve vir acompanhado de um sistema que crie a unidade da jurisprudência, sob pena de tornar o sistema jurídico “insuportavelmente flácido e sem coesão”, gerando situação de absoluta falta de previsibilidade para os jurisdicionados e, portanto, de total insegurança¹⁷³.

Ressalta ainda, que a liberdade concedida através dos diversos expedientes técnicos, que configuram a abertura cognitiva do direito, não são destinados ao juiz individualmente considerado. São valores absorvidos como ganho evolutivo pelo poder judiciário como um todo, de modo que não deve existir liberdade para que cada juiz adapte o direito de uma

seria justamente promover a consistência das decisões judiciais. Nesse sentido, rejeita uma conotação valorativa/axiomática do termo “justiça” e promove a ideia de justiça ligada ao autocontrole e a consistência das operações internas do sistema, com vistas a permitir a efetividade da sua função de generalização congruente de expectativas normativas. A partir daí, vislumbra-se a efetividade da igualdade com resultado. Ou seja, justiça significa consistência, que permite o funcionamento adequando do sistema, que permite a efetivação da igualdade. Sobre justiça como fórmula de contingência, ver LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 275-301. Ver também: GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 120-126.

¹⁷¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Op. Cit., p. 366.

¹⁷² Em sentido contrário, caso as decisões judiciais pudessem se resolver com a simples aplicação da lei, não haveria que falar-se em violação ao princípio da igualdade e a necessidade de unificação da jurisprudência. Bastaria a noção de igualdade perante a lei. É nesse sentido, conforme ressalta Marinoni, que “quando se pensa em igualdade perante as decisões, remete-se ao problema da interpretação judicial”. (MARINONI, Guilherme. “O precedente na dimensão da igualdade”. Disponível em <https://www.academia.edu/218490/O_Precedente_na_Dimensao_da_Igualdade>. Acesso em: 3 set. 2013).

¹⁷³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo. São Paulo, v.34, n. 172, jun. 2009, p. 11.

maneira exclusivamente (inter) pessoal, mas que o direito seja fruto de um processo dinâmico e flexível, porém sistemático e racional. Esta liberdade “é engendrada pelo sistema para que o Judiciário, como um todo, adapte o direito às alterações da sociedade ou às alterações de casos concretos, respeitando o princípio da igualdade”¹⁷⁴.

Diante de conceitos “fluidos”, “indeterminados”, “abertos” ou “polissêmicos”, e com ampla liberdade interpretativa, o juiz irá formular regra jurídica para cada caso que lhe for submetido. Junte-se o fato de que toda decisão jurídica já pressupõe a contingência congênita do ato, essa decisão, então, será tão mais contingente e arriscada quanto menores forem os critérios de uniformidade das decisões, gerando violação ao princípio da igualdade.

Nesse sentido, Garcia Amado destaca que a referência descontrolada a valorizações externas não trariam contribuição ao sistema jurídico, tendo em vista que a única racionalidade possível é a que configure um estado interno que permita que o sistema cumpra sua função redutora de complexidade e estabilização das expectativas normativas¹⁷⁵.

E, com referência em Luhmann, comenta:

A sociedade pressiona o sistema jurídico para que este abarque proporções cada vez maiores de sua complexidade. Isto requer um aumento de complexidade do sistema, traduzido em uma maior quantidade de normas, um caráter minucioso de suas regulações, câmbios normativos mais frequentes etc. Mas as possibilidades desse aumento não podem ser ilimitadas. O direito deverá manter limitações de tempo disponível para as decisões, de número e coordenação entre normas, etc. A complexidade do sistema será adequada e se poderá dizer para Luhmann, que é justo, quando seu grau de complexidade seja o máximo compatível com as consistências das decisões dentro do sistema¹⁷⁶.

E, de forma esclarecedora, completa:

O direito poderá aumentar sua complexidade, mas somente até o ponto em que não impeça que as decisões que nele recaem sejam consistentes, i.e., que se tratem os casos iguais de forma igual. Por exemplo, um direito puramente casuístico, que atendesse a todas as variáveis concorrentes em cada problema que se julga, não cumpriria com esse requisito. E sem ele não seria o direito garantia de expectativas confiáveis e estáveis¹⁷⁷.

Por não poder dar conta de toda complexidade existente no ambiente, o sistema

¹⁷⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo. São Paulo, v.34, n. 172, jun. 2009, p. 12.

¹⁷⁵ AMADO, Juan Antônio Garcia. A sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Org.) *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 338.

¹⁷⁶ *Idem*.

¹⁷⁷ *Idem*.

jurídico promove redução de complexidade e constrói sua própria complexidade. Porém, a complexidade interna apenas responde a exigência da justiça (ou seja, de igualdade), enquanto seja compatível com a sua consistência no momento da tomada de decisão. Gunther Teubner, fala em *complexidade adequada do decidir consistente* e ressalta que o ponto fundamental a ser relacionado é a adequação social do sistema jurídico em sua relação com a sua consistência interna. “A intenção da justiça se dirige, não à maximização da consistência dogmática, mas a responder-se sensivelmente às mais divergentes demandas vindas de fora e, assim, a buscar-se a máxima consistência possível”¹⁷⁸.

Assim, a generalização das expectativas normativas não opera apenas no plano formal. Na medida em que o sistema jurídico desenvolve estruturas que garantam a consistência das decisões judiciais, constrói estruturas competentes para adquirir responsividade diante das demandas do ambiente, gerando referências para futuras observações e interpretações, promovendo, assim, a igualdade em seu sentido mais amplo. Permitir que casos iguais sejam tratados de forma desigual seria o mesmo que permitir que uma lei fosse tratada de forma diferente entre casos iguais, o que seria uma violação ao Estado Democrático de Direito.

Sem instrumentos que produzam a (re)estabilização das expectativas, em um sistema provido de flexibilidade normativa, o cidadão comum passa a viver numa espécie de hiato jurídico. Instala-se diante do princípio da legalidade cada vez mais enfraquecido (ou melhor, flexível), onde a lei por si só não diz muita coisa sobre seus direitos e, ao mesmo tempo, se vê diante de uma justiça que chama para si a prerrogativa de assegurar, constituir ou declarar tais direitos, porém não garante o acesso a ela.

A parábola “diante da lei”, de Franz Kafka, ilustra bem esse paradoxo. Vejamos o que diz texto do escritor, que nasceu em 1883, na atual República Checa:

Diante da lei está um porteiro. Um homem do campo dirige-se a este porteiro e pede para entrar na lei. Mas o porteiro diz que agora não pode permitir-lhe a entrada. O homem do campo reflete e depois pergunta se então não pode entrar mais tarde. “É possível”, diz o porteiro, “mas agora não”.

Uma vez que a porta da lei continua como sempre aberta, e o porteiro se posta ao lado, o homem se inclina para olhar o interior através da porta.

Quando nota isso, o porteiro ri e diz: “Se o atraindo tanto, tente entrar apesar de minha proibição. Mas veja bem: eu sou poderoso. E sou o último dos porteiros. De sala para sala, porém, existem porteiros cada um mais poderoso que o outro. Nem mesmo eu posso suportar a visão do terceiro.

¹⁷⁸ TEUBNER, Gunther. Justiça autosubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do Direito? *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, Belo Horizonte, n.4, out. 2011, p. 28.

O homem do campo não esperava tais dificuldades: a lei deve ser acessível a todos e a qualquer hora, pensa ele; agora, no entanto, ao examinar mais de perto o porteiro, com o seu casaco de pele, o grande nariz pontudo e a longa barba tártara, rala e preta, ele decide que é melhor aguardar até receber a permissão de entrada.

O porteiro lhe dá um banquinho e deixa-o sentar-se ao lado da porta. Ali fica sentado dias e anos. Ele faz muitas tentativas para ser admitido, e cansa o porteiro com os seus pedidos. Às vezes o porteiro submete o homem a pequenos interrogatórios, pergunta-lhe a respeito da sua terra e de muitas outras coisas, mas são perguntas indiferentes, como as que costumam fazer os grandes senhores, e no final repete-lhe sempre que ainda não pode deixá-lo entrar. O homem, que se havia equipado bem para a viagem, lança mão de tudo, por mais valioso que seja, para subornar o porteiro. Este aceita tudo, mas sempre dizendo: “Eu só aceito para você não achar que deixou de fazer alguma coisa”. Durante todos esses anos o homem observa o porteiro quase sem interrupção.

Esquece os outros porteiros e este primeiro parece-lhe o único obstáculo para a entrada na lei. Nos primeiros anos amaldiçoa em voz alta e sem consideração o acaso infeliz; mais tarde, quando envelhece, apenas resmunga consigo mesmo. Torna-se infantil e uma vez que, por estudar o porteiro anos a fio, ficou conhecendo até as pulgas de sua gola de pele, pede a estas que o ajudem a fazê-lo mudar de opinião. Finalmente sua vista enfraquece e ele não sabe se de fato está escurecendo em volta ou se apenas os olhos o enganam.

Contudo, agora reconhece no escuro um brilho que irrompe inextinguível da porta da lei. Mas já não tem mais muito tempo de vida. Antes de morrer, todas as experiências daquele tempo convergem na sua cabeça para uma pergunta que até então ainda não havia feito ao porteiro. Faz-lhe um aceno para que se aproxime, pois não pode mais levantar o corpo enrijecido. O porteiro precisa curvar-se profundamente até ele, já que a diferença de altura mudou muito em detrimento do homem. “O que é que você agora ainda quer saber?”, pergunta o porteiro, “você é insaciável”. “Todos aspiram a lei”, diz o homem, “como se explica então que em tantos anos ninguém além de mim pediu para entrar?”. O porteiro percebe que o homem já está no fim, e para ainda alcançar sua audição em declínio ele berra: “Aqui ninguém mais podia ser admitido, pois esta entrada estava destinada só a você”. Agora eu vou embora e fecho-a¹⁷⁹.

Apesar de ter sido escrito na primeira década do século XX, o texto de Kafka guarda estreita relação com os problemas apontados anteriormente.

Observe que o homem do campo que se põe diante da lei, não consegue acesso a ela (não conhecimento), embora o guardião tenha dito que porta estava aberta somente à sua espera. Sem conhecer o conteúdo da lei e ao mesmo tempo ser impedido de ter acesso a esse conteúdo, poderíamos considerar o homem do campo como o homem que vive na crise do

¹⁷⁹ KAFKA, Franz. *O Processo*. 9ª Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 214.

direito moderno (ou pós-moderno, como preferem alguns). Acredita ser um homem de direitos, vivendo em um Estado de Direito, porém a lei que se coloca diante dele torna-se uma incógnita.

Apesar de humilde e sem educação jurídica, o camponês não entende as barreiras colocadas pelo porteiro, pois aprendeu que a lei deveria ser acessível a todos. Esse indivíduo que se coloca diante da lei não tem conhecimento do que lhe pode acontecer, assim como não sabe ao certo que forma essa lei tomará quando aplicada a ele. É rapidamente reduzido a insignificância provocada pela indiferença do tempo e, principalmente, do porteiro que, por sua vez, representaria a personificação da justiça e das barreiras intermináveis que são postas para se ter acesso a ela.

Observe que quando a lei é desconhecida e inacessível, ela tem vigência mas não significa nada. E o único resultado plausível é incerteza e a insegurança jurídica.

Se na (pós)modernidade o direito é o que o juiz diz que é, então, como fica o cidadão que sequer consegue ter acesso à jurisdição? Qual é o referencial de legalidade que esse cidadão comum terá, o que está nos códigos ou o que está no conteúdo das decisões, as quais ele sequer teve acesso? E se teve acesso, qual é a norma aplicável? Será que essa norma será aplicada de forma justa, igualitária?

Marinoni fala dos precedentes judiciais e sua relação com o direito a igualdade, ressaltando que o direito à igualdade não significa apenas direito à igualdade de tratamento *no processo* (que garante a “igualdade de armas” nas demandas, do respeito ao efetivo contraditório, etc), à igualdade *de acesso à justiça* (quando se fala em acesso a jurisdição para os que são desfavorecidos economicamente) e à igualdade *ao procedimento e à técnica processual*. O autor aponta que a grande falha no processo civil brasileiro é a ausência de um direito à igualdade *diantes das decisões judiciais*. Afirma que o direito ao acesso à justiça e a participação efetiva no processo, não podem ser desvinculados da decisão e seu conteúdo, objetivo final daquele que busca o judiciário. Assim, o poder judiciário deve garantir o direito a igualdade diante de decisões racionais e justas, que sejam aplicada de maneira igual para os casos iguais¹⁸⁰.

O que se quer dizer, é que o juiz pode e deve participar da criação da “normal judicial” (e por que não dizer que isso é natural, visto do que foi exposto?). Porém, deve-se evitar que a

¹⁸⁰MARINONI, Luiz Guilherme *O precedente na dimensão da igualdade*. Disponível em <https://www.academia.edu/218490/O_Precedente_na_Dimensao_da_Igualdade>. Acesso em: 11.nov.2013.

hipercomplexidade interna do sistema jurídico (ou até mesmo, sua superadequação social)¹⁸¹ provocada por sua abertura, provoque uma discrepância na aplicação de normas para casos iguais e, assim, comprometa a confiança e estabilidade na prestação jurisdicional. A falta de confiança no sistema jurídico está intimamente ligada a ausência de previsibilidade e, conseqüentemente, provoca violação ao princípio da igualdade, assim como do acesso à justiça em seu sentido mais amplo.

É inerente a qualquer Estado Democrático de Direito contemporâneo, a adoção de instrumentos que promovam confiança na uniformização das ações do sistema jurídico. Essa confiança garante limites para o exercício da discricionariedade na aplicação da norma e, ao mesmo tempo, garante liberdade aos jurisdicionados na medida em que tomam conhecimento daquilo que é conforme ou não conforme com o direito.

De acordo com as lições de Luhmann, através da confiança sistêmica é possível a redução de complexidade do ambiente, o que permite a viabilização das ações do indivíduo. “A confiança faz emergir gradualmente expectativas de continuidade, que se formam como princípios firmes, através dos quais podemos conduzir nossas vidas cotidianas”¹⁸².

4.2 Precedente como instrumento de fortalecimento da comunicação (jurídica) diferenciada

Como vimos anteriormente, o subsistema social do direito possui a função insubstituível e específica de reduzir a complexidade do ambiente e promover a generalização congruente de expectativas normativas. Ele o faz através de comunicação própria, qual seja: código lícito/ ilícito. Por meio desse binômio, o sistema se diferencia do ambiente e se autonomiza. Diante de uma realidade complexa e contingente, potencializada pela dupla contingência, essa comunicação permite que os indivíduos possam prever quais expectativas normativas são postas no convívio social.

Na atual complexidade da sociedade, como dito, funcionalmente diferenciada, a intensidade das relações entre os sistemas (cuja função é sempre reduzir complexidade) promovem o aumento de possibilidades e, conseqüentemente, o aumento da produção normativa por parte do direito. Ocorre o aumento da intensidade da cadeia circular (não

¹⁸¹ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 95.

¹⁸² LUHMANN, Niklas. *Confianza*. México: Anthropos, 2005, p. 41.

hierárquica) entre legislação e jurisdição, e o poder judiciário é chamado com mais frequência para dar resposta aos problemas que vão sendo apresentados. Esse processo resultou em novo desenho institucional, onde agora o poder judiciário se posta no centro do sistema jurídico. Em sentido oposto, a legislação passa a se posicionar na periferia do sistema, amortecendo as demandas do ambiente e produzindo programas de decisão em direção ao centro.

A decisão jurídica se transforma em meio de comunicação jurídica por excelência, para onde são direcionadas as expectativas normativas. O juiz, no centro do sistema, compelido pela obrigatoriedade de decidir, *non liquet* (e decidir conforme o direito), promove a interiorização das contingências sociais e com isso faz aumentar a complexidade interna do sistema. Essa complexidade interna é potencializada se levarmos em conta a evolução da legislação que tornou-se cada vez mais dinâmica, promovendo uma maior abertura do sistema jurídico ao meio social, conforme visto anteriormente.

De fato, quando se tem consciência teórica de que a decisão nem sempre é resultado de critérios previamente normatizados, mas pode constituir regra, fundada em elementos que não estão presentes na legislação, destinada a regular um caso concreto, não há como deixar de perceber que as expectativas que recaíam na lei transferem-se para a decisão judicial. A segurança jurídica passa a estar estritamente vinculada à decisão; essa é responsável pela previsibilidade em relação ao direito, e, portanto, tem que contar com estabilidade¹⁸³.

Nesse ponto, retome-se a ideia de que o sistema jurídico é cognitivamente aberto, porém operacionalmente fechado, ou seja, embora possa ser irritado frequentemente por outros sistemas, suas operações dependem sempre da aplicação e afirmação do código lícito/ilícito. Assim, a capacidade de produzir, ou melhor, reproduzir seus próprios elementos, acabam por tornar o sistema independente do seu meio circundante. Porém, frise-se, trata-se de independência relativa e paradoxal, pois para reforçar seu fechamento precisa reafirmar sua abertura. É a reafirmação da unidade do sistema através do código binário lícito/ilícito. Essa reafirmação há sempre de conjugar fechamento operacional (autorreferência) com abertura cognitiva (heterorreferência). É por isso que não seria correto dizer que o sistema é aberto e fechado, mas sim é aberto *porque* é fechado. A binariedade do código contém uma bifurcação comunicativa que permite que o direito se atualize, se desenvolva e produza programas de decisão cada vez mais sofisticados.

Ocorre, assim, uma multiplicação de resultados e a emergência do sistema enquanto

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme *O precedente na dimensão da igualdade*. Disponível em <https://www.academia.edu/218490/O_Precedente_na_Dimensao_da_Igualdade>. Acessado em: 11.nov.2013.

sistema diferenciado do meio ambiente. Observe, portanto, que a manutenção da autonomia do sistema jurídico, através da consolidação de seu código específico, promove o seu fechamento operacional, servindo de substrato para sua auto-organização e, conseqüentemente, sua autopoiese, o que nos faz afirmar que o direito produz e se reproduz através de seus próprios elementos. Nisso reside o estado de autodiferenciação do sistema jurídico.

Conforme nos ensina Luhmann, o sistema jurídico não faz outra coisa senão desenvolver a sua função de distinguir mediante contínuas operações o direito do não direito (ou melhor, o lícito do ilícito). A referência a esse código atribui a um tal sistema uma estrutura de comunicação¹⁸⁴. Tendo em vista que a comunicação gera nova comunicação e a continuidade e evolução do sistema jurídico depende do enlace recursivo entre elas (e, observe, a decisão é uma comunicação), podemos afirmar que a complexidade interna do sistema em alto nível, ocasionada pela interiorização das contingências sociais, provocou o enfraquecimento do seu código operacional e, conseqüentemente, a capacidade do sistema em promover comunicação (jurídica) diferenciada, impedindo a generalização congruente das expectativas normativas.

É que, conforme foi exposto, a conjugação da fluidez das normas jurídicas com a ampliação da liberdade do juiz, ao invés de delimitar o alcance do direito, tratou de ampliá-lo, provocando um grau de incerteza ainda maior.

Diante desse paradoxo, em que a redução de complexidade do ambiente provoca o aumento da complexidade interna do sistema, Luhmann observa a função de grande relevância dos tribunais para o sistema jurídico: reafirmar o fechamento operacional do direito¹⁸⁵.

Compelidos pela obrigatoriedade de decidir, apenas os tribunais possuem a tarefa de promover a supervisão da consistência das decisões jurídicas. São eles quem dizem (ou melhor, são obrigados a dizer) em último grau o que está e o que não está conforme o direito, promovendo estabilidade. E, para Luhmann, isso ocorre a partir da observação de segunda ordem, ou seja, a observação de como o sistema foi observado. É através dessa observação da observação que o sistema promove a re-entrada (*re-entry*) de informações, colocando à prova

¹⁸⁴ LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. 1996, p. 8.

¹⁸⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 163-164.

a consistência da sua interpretação inicial¹⁸⁶.

É que, conforme nos ensina Luhmann, os sistemas autorreferenciais são dotados de circularidade e impossibilidade de reintroduzir a unidade do sistema (representada pelo seu código) em seu interior. Assim,

a cada tentativa de descrevê-lo a circularidade fundamental surge como uma tautologia e, negativamente, como paradoxo. Quem distingue sistema e ambiente - da perspectiva do sistema ou do ambiente – deve antes de tudo completar tal distinção e utilizá-la operativamente e, então, não pode mais comparecer na distinção de como quem distingue a distinção”. (destaque nosso)¹⁸⁷.

É por isso que se afirma que todo observador possui um ponto cego, que apenas pode ser suprido através de um observador de segunda ordem. Porque o observador de segunda ordem vê o que o observador de primeira ordem não vê. Dessa forma, o observador de segunda ordem observa a unidade do sistema através da observação operada pelo próprio sistema. A partir da sua operação, o observador não pode reutilizar a sua própria distinção para dar continuidade ao sistema. Senão não poderíamos chamar de continuidade, mas de estagnação. “O direito não pode, contudo, ficar adstrito a mera tautologia de seu código funcional, na forma de: é direito isso que é legal. É preciso que ele tome referências externas para o engate da sua autoprodução”¹⁸⁸.

Dessa forma, com a observação operada em nível de segundo grau, o sistema utiliza a sua própria unidade (distinção inicial do observador de primeira ordem) para promover uma nova distinção, colocando à prova a distinção inicial, atualizando e reintroduzindo novos dados a estrutura anterior. É nessa hora que o sistema constrói suas referências normativas, cujas experiências para com o meio (que deve sempre ser levada em conta, porque o sistema aprende¹⁸⁹) não são simplesmente importadas para o interior do sistema, mas produzidas/construídas por ele mesmo.

¹⁸⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 389.

¹⁸⁷ LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. 1996, p. 8.

¹⁸⁸ LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES, Dalmir Jr. (orgs.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 21.

¹⁸⁹ Pois, segundo Luhmann: “todo contato com o meio externo seja este um input ou um output, tem que tomar uma outra forma de expectativa, e deverá dessa maneira ser concebida com cognitiva. Um sistema jurídico, no que concerne à reprodução do sistema, deve estar apto a aprender, e por isso é concomitantemente um sistema fechado e aberto”. (LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES, Dalmir Jr. (orgs.). *Niklas Luhmann: Op. Cit.*, p. 63).

Assim, a observação de segunda ordem¹⁹⁰ promove a abertura do sistema para o futuro através da autorreferência e recursividade da comunicação típica do sistema jurídico. Essa abertura consiste na contínua reprodução da unidade do sistema, qual seja: lícito/ilícito, que corresponde a autorreferência e heterorreferência. Ao mesmo tempo, a observação do observador de segunda ordem promove, também, o fechamento operacional do sistema jurídico, mantendo a continuidade da sua diferenciação e, portanto, da sua autopoiese.

Nessa altura, faz-se imprescindível chamar atenção para importância da Constituição na operação de diferenciação do direito. Símbolo da positividade, o advento Constituição reorganizou as referências externas que davam legitimidade às ações do sistema. Não há que se esperar mais que um Deus, um Monarca ou que o apelo para a “natureza essencial” do homem, providenciem a solução exata para os problemas da sociedade. O direito agora é positivo, isto é: direito posto, confirmado e modificado através de decisões. Vive-se em um Estado de Direito¹⁹¹. Assim, a positivação permite a fixação de sentidos no texto Constitucional, que são transformados em elementos internos e posteriormente aproveitados no interior do sistema jurídico.

Ampliando-se a ideia de positivação para o papel das Constituições no direito moderno, temos que ela fecha e abre o sistema jurídico. Na medida em que emite programas de decisão, obrigando os tribunais a decidir (necessidade de fechamento), garante a este uma ampla liberdade de ação, através, por exemplo, das garantias de independência funcional, fazendo-os relativamente impermeáveis as pressões de outros sistemas (possibilidade de abertura). Trata-se, como já dissemos, do “paradoxo da transformação da coerção em liberdade”.

Com a positivação, segundo Luhmann, aqueles fundamentos *ab extra*, embasados no direito natural, foram substituídos pela lei constitucional. Assim, como instrumento normativo mais importante do ordenamento jurídico, a Constituição introduz na atividade do tribunal a verificação se todo o direito/não direito estar de conforme ou não conforme com a Constituição. Nas palavras de Luhmann: “A Constituição transforma a ideia já possível segundo a qual todo direito poderia ser de acordo com o direito (válido) ou não de acordo com

¹⁹⁰ Sobre a importância da observação de segunda ordem, também discorre Derzi: “a observação do observador que observa o sistema, para identificar o que o observador não pode ver, pois ao falar do ambiente externo ao sistema, estamos falando do real, daquilo que é indizível, e indecível – em outro momento revela certo aspecto relevante dos fatos sociais para o Direito, alterando o ambiente externo e o próprio sistema, ao selecioná-lo e projetá-lo para o interior”. (DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 31).

¹⁹¹ LUHMANN, Niklas. *A posição dos Tribunais no sistema jurídico*. In: Revista da Ajuris. N.º 49. Porto Alegre: Ajuris, julho de 1990, p. 151.

o direito (inválido), na ideia de que todo direito corresponde a - ou contrasta com - a Constituição”¹⁹².

Retornemos, portanto, a ideia de que os Tribunais Constitucionais (no nosso caso o Supremo Tribunal Federal), na concepção de Luhmann, atuam como instâncias superiores, aptas a promover a consistência das decisões judiciais e, portanto, o fechamento operacional do sistema jurídico. Criada tal “norma judicial”, selecionada e consolidada a partir de casos individuais e amplificada para um grupo maior de casos semelhantes, esta deve ter habilidades para gerar expectativas normativas, ao menos, relativamente estáveis¹⁹³.

Neste contexto, temos que os precedentes judiciais (resultado da observação de segunda ordem) atuam como instrumentos de agregação e hipercorreção, e passam a ser referência para um grupo de decisões. Atuando como braço da jurisdição constitucional, figuram-se como fonte primordial de comunicação, permitindo a continuidade da diferenciação entre o sistema jurídico e seu ambiente. Reduzem a complexidade interna do sistema, na medida em que evita a disparidade na aplicação das normas e promovem a (re)estabilização das expectativas normativas.

Nesse mesmo sentido, conclui Flávio Barbosa Pedron:

As decisões, por serem frutos das próprias questões e controvérsias dirimidas pelos Tribunais, transformam-se em referência para a interpretação do próprio código em decisões subsequentes, permitindo, de tal sorte, certa margem de previsibilidade, que contribui para a redução da complexidade do sistema e reafirma a função do Direito como elemento estabilizador de expectativa de comportamento. Isso explica por que o Judiciário ocupa o centro do Sistema do Direito, como afirma Luhmann, e permite que se vislumbre que o Tribunal Constitucional, em todo caso, apresenta-se como o núcleo desse sistema. Seu papel, portanto, não é de proteção da Constituição, mas o de fornecimento de decisões a partir do código direito/não-direito, as quais, além de interpretarem o próprio código, fornecem referências para as decisões posteriores e atuam como instância primária da diferenciação do Direito e do seu ambiente¹⁹⁴.

¹⁹² LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. 1996, p. 11.

¹⁹³ A afirmação de um precedente judicial promove o fechamento operacional do sistema jurídico, uma vez que assegura a aplicação do código direito/não-direito. Por outro lado, atuando como fonte de referência, também constrói a base para a atualização do sistema. Pois, como resultado da observação de segunda ordem, representando também uma hetero-observação, pode reconhecer a conveniência da manutenção das expectativas criadas, quando estas se mantêm inalteradas face as frustrações. A partir disso, pode-se questionar acerca do risco da manutenção da norma e adequá-la a um formato suportável. “Assim a diferenciação do sistema jurídico necessita dessa tal combinatória de estilos de expectativas normativas e cognitivas. Assim como exige uma correlativa diferenciação de níveis entre decisões e textos” (LUHMANN, Niklas. *A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito*. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES, Dalmir Jr. (orgs.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 63).

¹⁹⁴ PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. *A função dos tribunais constitucionais para a teoria dos sistemas de*

Assim, com Luhmann, afirma-se que a função do sistema jurídico consiste em: assegurar a possibilidade de articulações jurídicas *na* sociedade e *para* a sociedade, e essa função só pode ser percebida após a diferenciação do sistema jurídico, mas não antes disso¹⁹⁵.

4.3 Estabilidade e adaptabilidade como características do precedente judicial

4.3.1 Instrumentos de superação do precedente como garantia a sua mobilidade e adaptabilidade

Diversas são as críticas endereçadas à adoção de um sistema de respeito aos precedentes judiciais no Brasil. São exemplos, dentre outros, a violação do princípio da separação dos poderes, da independência dos juízes, do princípio do juiz natural, do princípio da igualdade, do acesso à justiça e, sobretudo, o engessamento do sistema jurídico, que provocaria decisões inadequadas a realidade social.

Sem dúvida, cada uma desses pontos mereciam um amplo debate, porém tendo em vista as diretrizes talhadas por este trabalho, falaremos sobre o ponto que julgamos de maior interesse para o nosso tema: *a possibilidade de engessamento do sistema jurídico*.

Questiona-se o fato de que a adoção de um sistema de respeito aos precedentes judiciais no Brasil, implicaria em um retrocesso em relação a evolução conquistada pelo sistema jurídico que adquiriu maior mobilidade e dinamicidade. A crítica repousa no fato de que adotar tal sistema seria o mesmo que voltar a outorgar o retorno do dogma da onipotência do legislador (no caso atual, chamaríamos de “onipotência do precedente”), característica típica dos Estados liberais, onde a segurança jurídica era um valor absoluto e imutável. Tal fato engessaria o sistema jurídico e promoveria decisões não compatíveis com as novas realidades sociais. Além disso, discute-se que, em nome da celeridade processual, a utilização de precedentes de forma indiscriminada poderia gerar alta insensibilidade do poder judiciário às demandas vindas do seu entorno, prejudicando o desenvolvimento do direito.

Niklas Luhmann. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n.591, v.19. 2005, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6309>>. Acesso em: 11 dez. 2013.

¹⁹⁵ LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES, Dalmir Jr. (orgs.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 60.

Conforme nos ensina Marinoni, a ideia de que a força obrigatória (*stare decisis*) com a qual é dotada o precedente promove a imobilidade do sistema jurídico, certamente se dá por causa da ideia que se tem de que o precedente, uma vez estabelecido, não pode mais ser alterado¹⁹⁶.

Esclarece o autor, que apenas nas épocas mais primárias do *common law* o precedente chegava a ter força absoluta e insistia-se na sua imutabilidade. A partir de 1966, na Inglaterra, a House of Lords, através do *Practice Statement*, afirmou que poderia passar a contrariar seus precedentes quando se verificasse que sua aderência excessiva pudesse levar à injustiça em um caso concreto e também restringir excessivamente o desenvolvimento do direito¹⁹⁷.

De fato, entende alguns autores que, como os ingleses não possuíam lei escrita nem legislação codificada propriamente dita, existia a necessidade de “acimentar” os entendimentos para gerar certeza e segurança jurídica. E, como visto, esse “cimento” era refletido na doutrina da força vinculante do precedente. Contudo, atualmente, é bastante comum nos países que adotam a doutrina do *common law* (sobretudo na Suprema Corte Americana), a superação de precedentes judiciais com vistas a maior adequação do direito em relação ao seu tempo e espaço.

Marinoni comenta que, de certa forma, a preocupação com a “estagnação” do desenvolvimento do direito, a perpetuação de erros e a preocupação com as injustiças advindas da insensibilidade em relação as realidades sociais, sempre estiveram presente no sistema do *common law*. Ressalta, nesse sentido, as palavras de Benjam Cardozo, que em sua célebre obra, “The natural of the judicial process”, argumenta:

Estou disposto a admitir que a regra de vinculação ao precedente, embora não deva ser abolida, deve ser até certo ponto relaxada. Penso que, quando uma norma, depois de ter sido devidamente testada pela experiência, se revela incompatível com o senso de justiça ou com bem-estar social, deveria haver menor hesitação em admiti-lo e se revogá-la totalmente. Tivemos que fazer isso no campo do direito constitucional. Talvez devamos fazê-lo com maior frequência no campo do direito privado, onde as considerações de ordem social não são tão fortes e prementes. Deveria haver maior disposição a abandonar uma posição insustentável quando não seja possível supor, de modo plausível, que a regra a ser descartada determinara a conduta dos litigantes, particularmente quando ela fosse, em sua origem, produto de instituições ou condições que ganharam novo significado ou desenvolvimento com o passar dos anos. Em tais circunstâncias, as palavras do juiz Wheeler, em *Dwy vs Connecticut Co.*, 74,99, exprimem o tom e a disposição de espírito com que se devem enfrentar os problemas: ‘tal corte

¹⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 190.

¹⁹⁷ *Idem*.

serve melhor ao Direito que reconhece que as regras de Direito que se desenvolveram em uma geração remota, na completude da experiência, podem ser vistas como prejudiciais a uma outra geração; que descarta a antiga norma quando verifica que outra regra de direito melhor representa aquilo que deve ser, de acordo com o que está estabelecido e assente pelo julgamento da sociedade; e que não conhece como direito adquirido relevante embasado na norma antiga. Foi assim que os grandes autores que escreveram sobre o *common law* descobriram a fonte e o método do seu desenvolvimento, e em seu desenvolvimento encontraram a saúde e a vitalidade do Direito. Ele não é nem deve ser estacionário. A mudança desse atributo não deve ficar a cargo do legislativo'. Se os juízes mal interpretam os usos e costumes de sua época, ou se estes já não correspondem aos nossos, eles não devem atar as mãos de seus sucessores, forçando-os a uma impotente submissão¹⁹⁸.

Um entendimento que relacionasse o sistema de precedentes a uma segurança jurídica moldada em valores absolutos e paralisantes, também seria claramente incompatível com os preceitos teóricos estabelecidos na teoria sistêmica de Luhmann. Seria adotar uma lógica que impediria a própria evolução do sistema jurídico, pois o próprio conceito de contingência, representado pela possibilidade da seleção ocorrer de forma diversa da pretendida pelo sistema, nos leva a um caminho de risco/incerteza. E esse risco/incerteza é a força motora que provoca o sistema a dar respostas às demandas advindas do ambiente e, conseqüentemente, evoluir enquanto sistema autopoietico. Implementar um sistema de precedentes sob uma visão quantitativa e não qualitativa, seria o mesmo que dar a ele um efeito mais administrativo do que jurídico, ocasionando uma verdadeira sobreposição de códigos e a possibilidade de “desdiferenciação” do sistema.

A visão que devemos ter do precedente judicial é, predominantemente, jurídica e não administrativa. Não se nega o fato de que a relativa segurança e certeza, gerada pelo respeito ao precedente, trazem enormes benefícios para a administração da justiça e para a qualidade da prestação jurisdicional, como por exemplo, a concretização de uma duração razoável do processo, um dos princípios mais caros ao processo judicial brasileiro. Contudo, não se pode adotar uma postura de que processos são adversários do poder judiciário. Não se pode ignorar nem interromper as possibilidades de “irritações” no interior do sistema, provocadas pelos fatos, argumentos, fundamentos e razões utilizadas nas decisões. A evolução do sistema decorre da geração de possibilidades, que por sua vez possibilita novas possibilidades. Ora, se a redução de complexidade deve permitir o reencontro com a própria complexidade, o sistema deve produzir estruturas capazes de processar novos elementos, fortalecendo e incrementando

¹⁹⁸ CARDOZO, Benjamin N. The nature of judicial process. New Haven: Yale University Press, 1921, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 192-193.

as próprias operações e não limitando-as, negando o status jurídico do seu código operacional (lícito/ilícito).

Dessa forma, como veremos mais adiante, o sistema de precedentes judiciais não pode ser visto como um sistema de aplicação automática de enunciados normativos petrificados, mas um sistema que busca soluções jurídicas para problemas jurídicos (e, como consequência, pode solucionar problemas administrativos, pois, como dito, fechamento operacional não acarreta solipsismo cognitivo) e que possibilitam o desenvolvimento do direito através da análise das diversas comunicações jurídicas existentes nas relações processuais.

Assim, não nos parece lógico que um sistema que visa promover a coerência do ordenamento jurídico com as demandas advindas dos casos concretos, promova a perpetuação de regras que não condizem com a realidade existente na sociedade no tempo e espaço em que atuam. As expectativas cognitivas da sociedade, embora careçam de imediata força de mudança no sistema jurídico, devem estar sempre provocando/irritando o sistema a rever as suas expectativas normativas (como dito, contra-fáticas).

Por isso, embora a afirmação de um precedente judicial promova o fechamento operacional do sistema jurídico, uma vez que assegura a (re)aplicação do código lícito/ilícito, não podemos perder de vista que ele atua como fonte de referência, construindo a base para a atualização do próprio sistema. Pois, como resultado da observação de segunda ordem, representa também uma hetero-observação (abertura cognitiva), podendo reconhecer a conveniência da manutenção das expectativas criadas, quando estas se mantêm inalteradas face as frustrações. A partir disso, pode-se questionar acerca do risco da manutenção da norma e adequá-la a um formato suportável, revelando capacidade de adaptabilidade do sistema. “A diferenciação do sistema jurídico necessita dessa tal combinatória de estilos de expectativas normativas e cognitivas. Assim como exige uma correlativa diferenciação de níveis entre decisões e textos”¹⁹⁹.

A preservação da integridade e autonomia do sistema jurídico com vista a sua posterior abertura e adaptabilidade, também é observada por Guerra Filho, quando afirma que

o direito não seria absolutamente imutável, já que para realizar sua função social adequadamente tem que, ao mesmo tempo, preservar a integridade do sistema social, evitando mudanças excessivas, e viabilizar as transformações necessárias para evitar sua estagnação – e, conseqüentemente, seu fim. É por

¹⁹⁹ LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES, Dalmir Jr. (orgs.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 63.

isso que cumprir sua função normativa dispõe de uma estrutura cognitiva, a qual o permite dar conta, por exemplo, do constante descumprimento de suas normas, ao que poderá reagir não só insistindo em sua aplicação, mas também revogando-a e/ou editando outra, ou mesmo todo um conjunto de outras²⁰⁰.

É justamente para evitar a estagnação do sistema jurídico e garantir a sua mobilidade e adaptabilidade, que o sistema de precedentes possui institutos como o *overruling* e o *dinstinguishing*.

Nas palavras de Didier, Braga e Oliveira, o *overruling* “é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído por um outro precedente (*overruled*). (...) O próprio tribunal que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro”²⁰¹.

Discorre Thomas Bustamante, que o *overruling* (sendo uma espécie de gênero das denominadas *judicial departures*) trata da hipótese de afastamento de uma regra jurisprudencial e essa hipótese se dá quando o tribunal resolve um problema jurídico por um precedente judicial, porém de forma diferente. Ou seja, o juiz busca uma nova regra jurídica que conduz a um resultado diverso do previsto pelo precedente anterior, revogando-o. Trata-se de uma ab-rogação da regra anterior, aceita como precedente²⁰².

Observa Marinoni, com referência a Melvin Eisenberg, que o *overruling* está apto a ocorrer quando o precedente deixa de corresponder aos (i) padrões de congruência social e consistência jurídica e (ii) aos critérios que justificam sua estabilidade. Comenta que a perda dos padrões de congruência social, corresponde ao enfraquecimento do comando do precedente em relação as proposições morais, políticas e de experiência no seio sociedade (ou seja, torna-se incoerente com desenvolvimento social). No caso da ausência de consistência sistêmica, esta ocorre quando o precedente deixa de guardar coerência com outras decisões. Quando a estabilidade do precedente é colocada em dúvida, também se faz a reflexão sobre sua preservação ou não, tendo em vista evitar a surpresa injusta, violando o princípio da igualdade²⁰³.

Ressalte-se, que o fato do sistema instituir mecanismos de superação do precedente não significa que esteja, ao mesmo tempo, enfraquecendo sua rigidez ou eficácia no plano

²⁰⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna*: Introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 65.

²⁰¹ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Vol. 02. 5ª ed. rev. ampla e atual. Salvador: Editora Jus Podivm. 2010, p. 395.

²⁰² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: A justificação e aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2012, p. 387-388.

²⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 389.

horizontal, mas apenas garantindo a mobilidade e o desenvolvimento do direito.

É certo que um sistema de precedentes que não admite o overruling não tem mais lugar, uma vez que impede o desenvolvimento do direito, também não há como pensar que a possibilidade de revogar precedentes é excluyente da eficácia horizontal dos precedentes ou da obrigatoriedade de respeito às próprias decisões²⁰⁴.

No caso do *distinguishing*, a mobilidade do sistema jurídico e sua aproximação com a mutabilidade da realidade social é ainda mais evidente. Das palavras de Marinoni, temos que *distinguishing* consiste em uma distinção entre casos para que se decida se o caso sob julgamento deve se subordinar ou não a um determinado precedente²⁰⁵. Trata-se de um exame material e argumentativo que resulta na aplicação ou não de um precedente.

É intuitivo que, para aplicar a *ratio decidendi* a um caso, é necessário comparar o caso de que provém a *ratio decidendi* com o caso sob julgamento, analisando-se as suas circunstâncias fáticas. Isso significa uma diferenciação ou distinção de casos, que assume a forma de técnica jurídica voltada a permitir a aplicação dos precedentes. Nesse sentido fala-se, no *common law*, em *distinguishing*²⁰⁶.

Cumprе ressaltar, antes de mais nada, que, ao contrário do ocorre no *civil law* (que privilegia o dispositivo da sentença como formação da coisa julgada material, embora seja fato que a fundamentação é considerada importante), as razões de decidir ou os fundamentos da decisão estão intimamente vinculadas ao precedente judicial no sistema do *common law*. É nesse sentido, que a decisão observada como precedente interessa não só ao juiz que tem a incumbência de garantir coerência e estabilidade na aplicação do direito, mas também ao jurisdicionado (e aos jurisdicionáveis), que buscam, através da confiança, a previsibilidade e a segurança para viabilizar suas atividades²⁰⁷.

O que se quer dizer, conforme nos ensina Marinoni, é que ambos (juiz e jurisdicionado) necessitam ter conhecimento acerca do significado do precedente, e esse significado está, essencialmente, na sua fundamentação (ou melhor, nas razões de decidir), e que por isso, “não basta somente olhar à sua parte dispositiva”. Ressalta ainda o autor, que sendo a razão de decidir a tese jurídica ou interpretação da norma tida como vencedora, esta não se confunde, precisamente, com a fundamentação da decisão, mas nela se encontra. “A fundamentação não só pode conter várias teses jurídicas, como também considerá-las de

²⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 389-390.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 326.

²⁰⁶ *Idem*.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 221.

modo diferenciado, sem dar igual atenção a todas”. Dessa forma, uma vez relacionada aos requisitos essenciais da sentença, a *ratio decidendi* é, sem dúvida, um “algo mais”²⁰⁸. Aqui, com a identificação da *ratio*, privilegia-se não apenas a segurança das partes do processo, mas a segurança de todos os jurisdicionados em sua globalidade²⁰⁹.

Observe que mesmo nos casos em que não há a revogação do precedente (*overruling*), com a aplicação do *distinguishing* a realidade social é incluída no processo comunicativo e na apreciação do juiz, que pode e deve analisar o precedente e verificar sua aplicação (ou não) de acordo com caso concreto. Essa verificação da vinculação da *ratio decidendi* com o caso que se apresenta é muito mais do que a simples análise de um enunciado normativo. Não se limita apenas a verificação da adequação de uma abstração jurídica, transformando um juiz em um mero administrador/aplicador de normas, mas verdadeira imersão nas razões selecionadas na tese jurídica para dar origem ao precedente.

Conforme nos ensina Didier, Braga e Oliveira:

Percebe-se, com isso, certa maleabilidade na aplicação dos precedentes judiciais, cuja *ratio decidendi* (tese jurídica) poderá, ou não, ser aplicada a um caso posterior, a depender de traços peculiares que o aproximem ou afastem dos casos anteriores. Isso é um dado muito relevante, sobretudo para desmistificar a ideia segundo a qual, diante de um determinado precedente, o juiz se torna um autômato, sem qualquer outra opção senão a de aplicar ao caso concreto a solução dada por um outro órgão jurisdicional. Não é bem assim. Assim, como o juiz precisa interpretar a lei para verificar se os fatos concretos se conformam à sua hipótese normativa, cumpre-lhe também interpretar o precedente para verificar a adequação da situação concreta à sua *ratio decidendi*²¹⁰.

Nesse mesmo sentido, Edward D. Re, professor da Universidade de Nova York, ressalta que:

Os precedentes não se devem aplicar de forma automática. O precedente deve ser analisado cuidadosamente para determinar se existe similaridade de fato e de direito e para estabelecer a posição atual da Corte com relação ao caso anterior (...). A doutrina do *stare decisis* não exige uma obediência cega as decisões passadas, permitindo na verdade que os Tribunais se beneficiem da sabedoria do passado, mas rejeitem o que seja desarrazoado ou errôneo. Antes de mais nada é necessário que o Tribunal determine se o princípio

²⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 221.

²⁰⁹ Aliás, cumpre ressaltar, conforme lembra Marinoni, que a ocorrência do *overruling* (assim como também no *distinguishing*), costuma ser demonstrada a partir de amplo debate da doutrina, “cuja vigorosa e pontual crítica possui importância insuspeita para quem não está familiarizado com aos precedentes obrigatórios” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. Cit.*, p. 391).

²¹⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed., v. 2. Salvador: Ed. JusPodvim, 2010, p. 394.

deduzido através do caso anterior é aplicável²¹¹.

Além disso, Teresa Alvim comenta que parte da doutrina tradicional entende que o precedente judicial trata apenas das questões de direito, não ingressando nas questões de fato ou os argumentos extrajurídicos (chamados também de *obiter dictum*, ou *obiter dicta*, no plural), aqueles não utilizados no núcleo selecionado como razão para decisão. Porém, ressalta que esses elementos também devem ser tidos como essenciais para a compreensão das decisões. “Isso nos faz pensar poder-se afirmar que, em certa medida, fatos tidos como essenciais para a decisão seriam parte da *ratio decidendi*. Quando os mesmos fatos ocorrem novamente e são levados a juízo, a mesma solução deve ser dada ao conflito, devendo ser seguido o precedente”²¹².

No mesmo sentido, Marinoni enfatiza que não há dúvidas que o suporte fático é restritivo em comparação ao normativo. Devido as circunstâncias fáticas, que variam de acordo com a particularidade de cada caso, os fatos nunca são os mesmos, não se repetem.

Porém, lembra que:

(...) quando são consideradas as razões para a decisão, torna-se possível ver que fatos similares devem ser enquadrados em uma mesma categoria, e, assim, não somente merecem, mas na verdade exigem, uma mesma solução para que violado não seja o princípio da igualdade, mais claramente, o princípio de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma. As razões para o encontro da solução do caso são imprescindíveis para a compreensão racional do precedente e do caso sob julgamento. O método fático importa como auxiliar, capaz de propiciar a racionalização do enquadramento do caso sob julgamento (instant case) no caso tratado no precedente (precedente case), e isso apenas quando há dúvida sobre a inserção fática do caso dentro da moldura do precedente²¹³.

Observe, assim, que a questão de fato (*obiter dictum*), intimamente ligada as razões para a decisão (*ratio decidendi*), embora não tenha efeito vinculativo/obrigatório, possui um importante efeito de persuasão. Pois, no julgamento é imprescindível analisar a razão de decidir utilizada nos precedentes anteriores. E, tendo em vista que a simples invocação do

²¹¹ RE, Edward D. Stare decisis. *Revista Juridica*, Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Síntese, v. 42, n. 198, 1994, p. 283/285. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176188/000485611.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 11.nov.2013.

²¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo . São Paulo, v.34, n. 172, jun. 2009, p. 6. Segundo Marinoni, “a identificação da *ratio decidendi* sempre foi buscada em dois pontos, um especialmente preocupado com a identificação dos fatos do caso, já que a *ratio* seria a decisão a respeito deles, e o outro com as razões que embasam a conclusão, ou seja, com as razões que anunciam a regra que dá solução ao caso” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 228).

²¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Op. Cit., p. 229-230.

precedente não basta para garantir resultado positivo à parte, se faz necessário distinguir, no julgado anterior, o que constitui a *ratio decidendi*, assim como o que constitui a *obiter dictum*²¹⁴.

Nesse momento, verifica-se a relação de importância recíproca entre a observação dos fatos e a fundamentação da decisão do caso, não apenas para a formação do precedente, mas também para a análise desse precedente no futuro, com a possibilidade de revogá-lo (*overruling*) ou não aplicá-lo, através da distinção dos casos (*distinguishing*).

Cumprido ressaltar, que a possibilidade de aplicar o *distinguishing* não garante liberdade total para o juiz desobedecer imotivadamente o precedente, quando não lhe convém. Com efeito, aquele que resolve não aplicar o precedente deve fundamentar de forma ainda mais consistente sua decisão, que não será simplesmente esquecida, mas utilizada como substrato para a continuidade do processo comunicativo interno. “Para realizar o *distinguishing*, não basta ao juiz apontar os fatos diferentes, cabendo-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente. Ou seja, não é qualquer distinção que justifica o *distinguishing*”²¹⁵. Da mesma forma (e até com mais razão) é o caso do *overruling*. O que torna a revogação do precedente especialmente relevante é que ele não se refere a um simples problema de não aplicação de um precedente judicial, ou seja, não se contenta com o fato da não ocorrência de suas consequências no caso concreto, mas vai muito além dessa não aplicação. O *overruling* se apresenta como resultado de um “discurso de justificação” que resulta na não afirmação da regra antes visualizada como válida, adequada e correta²¹⁶. Diante disso, as razões que o justificam também devem ser bastante fortes e frutos de um processo de análise material e argumentativa.

Lembrando que o *distinguishing* não revoga ou modifica o precedente, mas apenas promove a sua não aplicabilidade ao caso concreto. Porém, não há como duvidar que a inaplicabilidade do precedente, põe em dúvida sua própria autoridade. Sobretudo quando a inaplicabilidade é frequente, “pode revelar que o seu conteúdo não está sendo aceito na comunidade jurídica e nos tribunais”. Nesse momento, torna-se possível pensar na mudança e no desenvolvimento do direito. E, essa mudança, torna-se clara com a relação de dependência recíproca entre a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*²¹⁷.

²¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 246.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 327.

²¹⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: A justificação e aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2012, p. 387-388.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 328.

As palavras de Marinoni traduzem bem o que se pretendeu defender nesse ponto. Segue o autor:

É interessante perceber que o sistema de precedentes, quando visto a partir da técnica da distinção, sem perder a sua função de preservação da estabilidade, torna-se maleável e capaz de permitir o desenvolvimento do direito, dando conta as novas realidades e das situações que, embora antigas, não foram anteriormente tratadas, sem que, com isso, seja preciso o rompimento do sistema ou a revogação do precedente que ainda é necessário e suficiente para tratar das situações que completou desde a sua origem. Portanto, realizar distinção para aplicar ou deixar de aplicar um precedente é algo que milita, a um só tempo, para a estabilidade e para o desenvolvimento do direito²¹⁸.

Dessa forma, não concordamos com o argumento que a adoção dos precedentes no direito brasileiro resultaria no engessamento sistema jurídico e a volta de ideias que abririam as portas para o retorno de regras imutáveis (típicas dos Estados liberais), causando a estagnação do sistema. Ocorreria justamente o oposto. “O direito deve ser estável, mas não pode ser estático”²¹⁹ e, como visto, os precedentes são dotados de instrumentos que garantem mobilidade e adaptabilidade, características importantes em uma sociedade complexa que vive em constante mutação.

4.3.2 Estabilidade dinâmica do precedente

Observe, que, de certa forma, em toda decisão jurídica ao mesmo tempo existe um aspecto particular, ligado ao caso concreto, e um aspecto geral, intimamente ligado a transcendência da sua fundamentação, que promove ressonância no interior do sistema. Assim, o precedente reflete não só o vínculo com o futuro como gerador de expectativas normativas, mas, também, reflete o direito como apropriador de um passado, que estará sempre presentificado, selecionado através do enlace da comunicação das decisões anteriores. Introduce, dessa forma, duração/redundância/estabilidade (consistência) e variação (dinamicidade) ao mesmo tempo.

O direito, sendo uma espécie de “máquina histórica”, encontra na jurisprudência a

²¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 332.

²¹⁹ RE, Edward D. *Stare decisis*. *Revista Jurídica*, Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Síntese, v. 42, n. 198, 1994, p. 283. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176188/000485611.pdf?sequence=3>. Acesso em: 11.nov.2013.

circularidade necessária para uma manutenção dinâmica do sistema²²⁰. Os tribunais, como centro operativo do direito, devem interpretar, construir e, se for o caso, distinguir os casos para que possam formular novas regras de decisão e testá-las quanto a sua consistência frente ao direito vigente. Dessa forma, é parte da função dos tribunais produzir um “direito judicial” que deve ser constantemente reutilizado, sendo aproveitável a outros casos subsequentes²²¹.

Quando fala-se em duração ou redundância, fala-se em diminuição do risco através de suficiente produção de consistência a partir da seleção da grande quantidade de fatos, argumentos e decisões²²². Essa consistência reflete um mínimo de segurança, previsibilidade e certeza. Ou seja, confiança.

Contudo, cumpre-nos ressaltar que quando relacionamos confiança sistêmica com segurança jurídica, previsibilidade e certeza, não estamos falando de valores absolutos. Não há que se cair mais na ingenuidade de um mundo pré-determinado e seguro, através de regras universais e imutáveis. Essa também, definitivamente, não é uma característica adequada com a teoria sociológica do direito na visão de Luhmann.

E por isso, não defendemos que o precedente judicial nos coloca dentro de tais molduras. Ao que nos parece, a ideia do precedente judicial nos leva a aproximação entre adequação social e consistência jurídica. Adequação social, no sentido de permitir circularidade e complementação entre legislação e a introjeção dos fatos sociais no sistema jurídico, através da decisão e sua posterior utilização como fundamentação para casos subsequentes (abertura cognitiva); e consistência jurídica, no sentido de estabelecer uma pauta de conduta, ainda que provisória, através do (res)estabelecimento de expectativas normativas (fechamento operacional). Trata-se de uma estabilidade dinâmica, algo que embora estável, está sempre possibilitando mudanças.

A estabilidade dinâmica, de acordo com a teoria de Luhmann, é representada pelo processo de evolução dos sistemas (que, de certa forma, possui matriz darwiniana). Segundo o autor, os sistemas desenvolvem-se através das operações de *variação/seleção/estabilização*. A complexidade e a contingência indicam a multiplicidade de informação e comportamentos,

²²⁰ Nesse sentido, “no vazio e fora de contexto, as inovações nada significariam, nada seriam, nada torna-se-iam. Nesses termos, o direito permanece dependente de sua própria história – agora ela é uma história de decisões – na medida em que a capacidade humana para o processamento de informações é limitada. A quota de mudança do direito vigente pode ser consideravelmente elevada através da abstração de estruturas e da organização de procedimentos para os processos decisórios” (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. II. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 171).

²²¹ LUHMANN, Niklas. *A posição dos Tribunais no sistema jurídico*. In: Revista da Ajuris. N.º 49. Porto Alegre: Ajuris, julho de 1990, p. 162-163.

²²² LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 420.

introjeção de elementos novos e, conseqüentemente, possibilidade de variação no sistema. A variação implica em coação à seleção, obrigando o sistema a decidir/eleger/selecionar quais elementos deve absorver. Essa absorção se dá através de redução de complexidade por parte das estruturas do sistema em busca de estabilização. Se toda comunicação é um processo recursivo e interminável, toda variação depende de uma estabilização anterior, tal como um “engate” que possibilita a continuidade da comunicação. Daí, esse processo transforma-se em um processo contínuo de *variação/seleção/estabilização*, para logo em seguida se transformar em *variação/seleção/(re)estabilização*. Dessa forma, a absorção dos novos elementos se estabilizam a fim de buscar uma identidade/manutenção das novidades no interior do sistema, para um novo ciclo se iniciar²²³. Aqui reside o ponto onde se pode vislumbrar a complementariedade entre manutenção e mutação do direito e, conseqüentemente, das expectativas normativas.

Com referência em Luhmann, Guerra Filho discorre sobre a importância dessa produção constante de conservação e mudança no sistema:

A proposta da teoria sistêmica não advoga uma conservação que chegue a comprometer a identidade social, que precisa ser conservada mas se não for também se transformando, torna-se disfuncional e destrói-se. Daí que tal teoria vai apontar para a necessidade de haver autonomia e evolução dos sistemas sociais a um estágio de estabilidade dinâmica. Como assevera Luhmann, mudanças no sistema social exigem em todos os casos a operacionalização *com*, o não *contra* o sistema²²⁴. (Destques nossos).

O sistema jurídico representaria um grande risco caso as expectativa permanecessem indefinidamente rígidas, por essa razão a adaptação representa um modelo para a sua

²²³ Sobre o processo de variação/seleção/estabilização, ver: GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35-40. Ver também: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 301-358 e LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2007, p. 358-399.

²²⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: Introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 86. Ainda, segundo Luhmann, “A estabilidade dinâmica é a articulação entre transformação e manutenção de regras passíveis de manter expectativas sociais. Engendrar novos estágios é essencial, crucial, à estabilidade sistêmica. É preciso mudar para que a desagregação, o caos, não ocorra. O sistema mantém-se na medida em que se transforma. A instabilidade contamina a estabilidade. A esclerose sistêmica é que evita ou repudia a mudança. Neste caso, a mudança acontece contra as expectativas socialmente aceitas e suplanta qualquer projeto de planejamento. Neste final de século há uma falta de projeto unificador. Isso não é totalmente nocivo, pois significa também que a sociedade rejeita projetos exteriores, prontos. Ou, o que ainda é mais verdadeiro, eles são impossíveis. O máximo imaginável e desejável é o acompanhamento participativo. Não há razão para escamotear a relevância do equilíbrio sistêmico. Mas isso jamais se dará se a mudança não estiver incluída”. Em entrevista, disponível em: <http://www.correiodopovo.com.br/blogs/juremirmachado/?p=4199>. Acesso em: 11.nov.2013.

evolução²²⁵. Neste sentido, existe uma relação intrínseca entre confiança sistêmica e tempo, que para Luhmann, ao lado da confiança, também se mostra um poderoso instrumento redutor de complexidade. Porque “mostrar confiança é antecipar o futuro. É comportar-se como se o futuro fosse certo. Pode-se dizer que, através da confiança, o tempo se invalida ou ao menos se invalidam as diferenças de tempo”²²⁶.

É que, como entende o autor, o sistema atua através de um permanente desnível de complexidade. Ele é sempre menos complexo que o ambiente e, conseqüentemente, o tempo do sistema é sempre diferente do tempo do ambiente. É por isso que a paisagem externa ao sistema é uma paisagem sempre em movimento. Observe que é impossível que o sistema capte inteiramente a realidade do ambiente. Ele o faz através de processos seletivos, introjetando informações e, com isso, reduzindo complexidade.

No caso do sistema jurídico e, especificamente, no poder judiciário, essa introjeção/redução se dá através dos processos e decisões jurídicas. E por mais que tenhamos um sistema sensível aos problemas sociais, esse processo jamais poderá corresponder a realidade “real” do ambiente. Ela sempre será uma realidade construída e provisória.

Lembra Derzi, que esse descompasso entre o tempo do ambiente externo e o tempo do sistema jurídico é essencial a estabilidade, automação, independência e realização do Estado de Direito.

E comenta:

(...) apenas na época da justiça imediata *manu militari*, nos linchamentos com execução sumária, sem julgamento legal, pode-se-ia ter, um quase coincidência, assincronia mínima, entre o tempo dos fatos sociais e o tempo das operações pretensamente “jurídicas” ou pretensamente “justas”. O devido processo legal, a procedimentalização com o direito a ampla defesa e ao contraditório são fenômenos próprios, decorrentes da natureza do Direito. A necessária distância entre o calor que envolve os acontecimentos fenomênicos e os julgamentos é de alta relevância não apenas do ponto de vista técnico, para a colheita e apreciação das provas, como ainda para a formação de um juízo isento de paixão²²⁷.

Face a multiplicação de processos e a contingência de resultados, provocados pela fluidez da regras; o precedente restaura a estabilidade sistêmica, uma estabilidade dinâmica,

²²⁵ LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES, Dalmir Jr. (orgs.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 26.

²²⁶ LUHMANN, Niklas. *Confianza*. México: Anthropos, 2005, p. 15.

²²⁷ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 209.

porque traz, como mencionado, a junção da ideia de duração e variação. A partir das lições de Derzi, temos a noção que existem dois “agoras” que fluem (o agora do sistema e o agora do ambiente) e a redução da complexidade através da confiança e do tempo, nos dá a sensação de um estado constante, que deve persistir, apesar da variação dos pontos dos “agoras”²²⁸.

A duração, segundo Luhmann, nada mais é do que o presente continuamente atual, com um futuro sempre em perspectiva e o passado como o agora que não mais se dá. Os estados são identificados na medida em que se dão no presente, em que nele se apresentam. A ideia de variação, como aquilo que não se dá no presente é completamente negativa da anterior (o estado). Ou seja, a variação é inconcebível se não se podem supor entidades em relação às quais algo está mudando²²⁹ (destaque nosso).

Como já observamos, vivemos em uma sociedade acêntrica, que perdeu seu fundamento e foi forçada a ver o mundo sem um conjunto de ideias que justifiquem as ações e a existência do ser humano. Esse sentimento também provocou reações nos sistemas sociais, que se tornaram funcionalmente diferenciados. Nenhum sistema social, sobretudo o jurídico, pode enveredar por um caminho niilista, um vale-tudo de regras desconexas, com traços destruidores, de desconfiança, provocando incapacidade de avançar. É preciso manter estabilidade sobre certas coisas para se ter a noção que algo pode mudar (o sistema deve permitir sua irritação – *overruling/distinguishing*) e reagir a isso, mudando (variação) ou mantendo (duração/redundância/estabilidade) suas estruturas.

É nesse sentido, navegando entre conservação/estabilidade e mudança/variação da normatividade, que Luhmann discorre:

As frustrações devem ser continuamente reprocessadas no circuito das decisões jurídicas, sendo então absolvidas cognitivamente como informações que darão ensejo à indagação se elas são suficientes para fundamentar uma mudança do direito. Por outro lado, esses processos de apreensão não devem solapar o princípio da resistência a assimilação apresentada do direito. As possibilidades de apreensão não devem perturbar a determinação da persistência. O fato de que tudo pode ser modificado não deve acarretar que não se leve mais nada a sério. A positivação do direito significa que no mesmo ordenamento jurídico têm que ser concomitantemente institucionalizadas as possibilidades de apreensão e não apreensão, de atitudes cognitivas e normativas com respeito às mesmas normas²³⁰.

Assim, o precedente nos traz a ideia de uma expectativa que contém um horizonte

²²⁸ *Ibidem*, p. 326.

²²⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 326-327. Ver também: LUHMANN, Niklas. *Confianza*. México: Anthropos, 2005, p. 18.

²³⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. II. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 166.

consciente, antecipa o futuro e nos permite viver em uma ilusão de segurança jurídica, tão necessária para o funcionamento do sistema e para o direcionamento da vida em sociedade. O aspecto normativo do direito promove a indiferença necessária (porém, relativa) contra eventos imprevisíveis, busca essa indiferença tentando, assim, desvendar o futuro. “O que acontecerá no futuro torna-se uma preocupação central do direito. Quanto futuro será necessário para que se possa viver sensatamente no presente, isso constitui uma variável essencialmente evolutiva, e aí reside o ponto onde as mudanças nas necessidades sociais invadem o direito”²³¹.

O direito, dessa forma, muda e deve mudar, porém isso não significa que deve haver uma perda de sentido e desorientação experimentada pela sociedade em relação as expectativas normativas presentes, referência de sentido para própria experiência do indivíduo. E isso requer preservação de estados, conservação e “standartização” de conduta. Já dissemos que um sistema que muda na mesma velocidade dos acontecimentos do ambiente não se presta a promover estabilização normativa, pois será tão contingente e passageiro quanto os próprios acontecimentos. A confiança no precedente pode ampliar as possibilidades de ação e conhecimento no presente, nos orientando para um futuro que permanece incerto, porém que se faz minimamente confiável.

Portanto, o precedente atua como entidade relativamente estável, ponto de referência que nos transmite essa sensação de conjugação entre *passado*, *presente* e *futuro*. Um *passado*, representando o conjunto de argumentos e decisões jurídicas das quais foram reduzidas complexidades; um *presente*, na tentativa de estabelecer um ponto fixo para a congruência das condutas sociais; e um *futuro*, que estará sempre em prospecção, uma vez que o precedente é uma comunicação jurídica e serve de substrato para o enlace recursivo de outras comunicações - outras decisões - que poderão não aplicá-lo, confirmá-lo ou modificá-lo, estabilizando e (re)estabilizado as expectativas normativas, em ciclo recursivo que nunca termina.

²³¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. II. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 166.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho, buscou-se analisar a importância da adoção de um sistema de precedentes judiciais no direito brasileiro que figurasse como instrumento apto a promover a (re)estabilização de expectativas normativas. Nesse contexto, a base teórica lançada para alcançar os objetivos dessa pesquisa foi a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

Dentro do estudo proposto, chegamos as seguintes conclusões:

Com o processo de hipercomplexidade e fragmentação da vida social, a sociedade tornou-se funcionalmente diferenciada. Em uma época onde não é mais possível produzir interpretações universais do mundo, surgem sistemas cada vez mais específicos e altamente diferenciados, com comunicações próprias. Cada subsistema componente da sociedade global exerce sua função específica, através do seu próprio código, podendo apenas observar a sociedade através da sua função;

Dentro do universo dos subsistemas sociais, o direito possui função básica e específica no sistema social global, qual seja: generalizar de forma congruente as expectativas normativas. Para tanto, promove a redução de complexidade do ambiente, transformando complexidade desestruturada em complexidade estruturada, através de linguagem própria, produzida pelo seu código binário lícito/ilícito. Esse código age como meio de comunicação simbolicamente generalizado atenuando as dificuldades do processo de comunicação;

O código cria uma linguagem que serve para estabelecer o que ele considera ou não como importante, fortalece a autonomia e diferenciação do sistema em relação ao ambiente e promove o seu fechamento operacional. Porém, ressalta Luhmann, que a autonomia dos sistemas não é sinônimo de isolamento. Os sistemas são operacionalmente fechados, porém cognitivamente abertos. E é, justamente, por conta da autonomia do sistema que essa abertura é possível. A abertura cognitiva ocorre através de acoplamentos estruturais, que funcionam como instrumentos que permitem que a interação com o meio se dê em um ambiente de estabilização mínima;

Em uma sociedade dinâmica e altamente complexa, em que a todo momento novos conflitos e de natureza diversa vão surgindo, a lei, enquanto tradicional meio simbolicamente generalizado, torna-se cada vez mais flexível e as palavras do legislador possuem caráter cada vez mais vago e impreciso, com significado ambíguo ou polissêmico, conferindo ao juiz margem de liberdade para atuar no processo de estabilização das expectativas normativas. O poder judiciário deixa de ser coadjuvante no processo de realização do direito e passa a ocupar o centro do ordenamento jurídico;

Essa flexibilidade permite uma maior dinamicidade ao sistema e faz que ele permaneça em constante irritação com os demais sistemas sociais, garantindo maior adaptação as problemas da sociedade atual. Representa uma verdadeira abertura cognitiva do sistema jurídico;

Porém, embora essa abertura seja importante, com a interiorização das contingências sociais em alto nível, o sistema jurídico tornou-se extremamente complexo e passou a ter dificuldades em sua função estabilizadora de expectativas normativas;

Dentro desse contexto, visualizamos a importância da adoção de um sistema de respeito aos precedentes judiciais que passariam a figurar como meios de comunicação simbolicamente generalizados capazes de promover a (re)estabilização dessas expectativas;

A ausência de um meio de comunicação simbolicamente generalizado que garanta a estabilização de expectativas normativas, nos leva a uma situação de desconfiança sistêmica, imprevisibilidade e, conseqüentemente, violação ao princípio da igualdade. É que, uma vez que a lei permite margem de liberdade ao julgador através da interpretação das normas, é natural que essas normas, agora judicializadas, sejam cada vez mais díspares, pois é impossível manter certa uniformidade com tanta liberdade criativa, aumentando-se, assim, a possibilidade de que casos semelhantes sejam decididos de maneira desigual. Assim, o respeito ao precedente restaura a confiança sistêmica e promove certa margem de previsibilidade, garantindo maior efetividade do princípio da igualdade;

O precedente judicial, como resultado da observação de segunda ordem, atua como instrumento responsável pela consistência das decisões do sistema jurídico. Passa a ser referência para um grupo de decisões e promove a (re)interpretação (*re-entry*) do seu próprio código operacional. Dessa forma, atualiza o sistema, reduzindo sua complexidade interna e serve de fonte primária para diferenciação do direito;

A estabilidade e adaptabilidade também são características do precedente judicial. Embora possamos afirmar que a utilização do precedente promova o fechamento operacional

do sistema jurídico, através da (re)aplicação do seu código operacional, é também possível afirmar que ele possibilita a sua abertura. Tendo em vista os instrumentos de distinção e superação (*dinstinghishing* e *overruling*), a utilização do precedente permite a dinamicidade e o desenvolvimento do direito face a novas realidade sociais;

Além disso, o precedente judicial nos leva a aproximação entre adequação social e consistência jurídica. Adequação social, no sentido de permitir circularidade e complementação entre legislação e a introjeção dos fatos sociais no sistema jurídico, através da decisão e sua posterior utilização como fundamentação para casos subsequentes (abertura cognitiva). E consistência jurídica, no sentido de estabelecer uma pauta de conduta, ainda que provisória, através do (res)estabelecimento de expectativas normativas (fechamento operacional). Trata-se de uma *estabilidade dinâmica* (representada pelo processo contínuo de evolução: variação/seleção/(re)estabilização). Algo que, embora estável, está sempre possibilitando mudanças;

Ainda, atuando como entidade relativamente estável, concluímos que o precedente torna-se um ponto de referência que nos transmite essa sensação de conjugação entre *passado*, *presente* e *futuro*. Um *passado*, representado por um conjunto de argumentos e decisões jurídicas das quais foram reduzidas complexidades; um *presente*, na tentativa de estabelecer um ponto fixo para a congruência das condutas sociais; e um *futuro*, que estará sempre em prospecção, uma vez que o precedente é uma comunicação jurídica e serve de substrato para o enlace recursivo de outras comunicações - outras decisões - que poderão não aplicá-lo, confirmá-lo ou modificá-lo, estabilizando e (re)estabilizado as expectativas normativas, em ciclo recursivo que nunca termina.

Por fim, é importante ressaltarmos, a propósito dessa conclusão, que esse processo de evolução que decantou o poder judiciário não pode ser distanciado de uma análise crítica que justifique a importância que deve ser atribuída aos demais sistemas sociais. Todos os sistemas da sociedade devem se condicionar mutuamente. Isso quer dizer que a própria evolução da sociedade depende do fortalecimento das operações específicas de cada um de seus sistemas e que eles produzam estruturas capazes de promover interação/irritação sem perder identidade. Ou seja, cada sistema social deve ser capaz interagir a partir dos seus próprios impulsos.

O fortalecimento do sistema jurídico apenas pode ser saudável quando concatenado com o fortalecimento dos demais sistemas sociais: político, econômico, educacional, familiar, etc. O que se quer dizer, é que, o poder judiciário, embora imprescindível, pode não ser a melhor solução para todos os problemas. Não se pode exigir do poder judiciário uma função

que não lhe é alcançável. A solução dos problemas sociais dependem muito mais da própria sociedade como um todo do que do sistema jurídico, que é apenas parte desse todo. Por isso que Luhmann entende que a única justiça possível através do direito é aquela que passa, necessariamente, pela a garantia das expectativas normativas ao longo do tempo.

E quando se fala em garantia de expectativas normativas ao longo do tempo, fala-se em promoção de consistência, ocasionando autonomia e fechamento operacional. Porém, observe que esse fechamento, que defendemos ser possível através da utilização dos precedentes judiciais, é pretensamente uma redução de complexidade, mas é, também, um reencontro com a própria complexidade (possibilidade de abertura), fator responsável produção da própria comunicação (uma comunicação jurídica).

Essa consistência do direito, resgatada pela tentativa de suprir contradições (igualdade), não pode ser considerada como uma garantia necessária e muito menos alcançável de uma consistência invariável de expectativas normativas. Ela apenas serve como “filtro valioso que separa a massa das contradições imagináveis e torna o resto passível de decisões”²³². Daí, podemos afirmar que esse fechamento operacional, conforme ressalta Pissarra Esteves, não se trata, verdadeiramente, de um fechamento, mas, “tão-somente, de um ciclo de autorreferencialidade que se completa, para, em movimento contínuo, novo ciclo se iniciar”²³³. A complexidade é eterna.

²³² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. II. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 97.

²³³ ESTEVES, João Pissarra. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da Comunicação*. Trad. Anabela Carvalho. 4. ed. Lisboa: Passagens, 2006, p. 36.

6 REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica - Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009.

AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. *In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Org.) Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARNAUD, André-Jean; LOPES, Dalmir Jr. (orgs.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições da filosofia do direito*. São Paulo. Ícone. 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: A justificação e aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2012.

CAMPILONGO, Celso Fernandes . *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Aos que não veem que não veem aquilo que não veem*. *In: DE GIORGI, Raffaele. Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CARDOZO, Benjamin N. The nature of judicial process. New Haven: Yale University Press, 1921, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos Araujo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Candido Rangel, *apud* SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. A Emenda Constitucional nº 45/04, a súmula vinculante e o livre convencimento motivado do magistrado. Um breve ensaio sobre hipóteses de inaplicabilidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 708, 13 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6884>>. Acesso em: 3 set. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo, Saraiva, 1999.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/513>>. Acesso em: 2 set. 2013).

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Vol.2. 5ª ed. rev. ampla e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2010.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ESPÓSITO, E. Programa. In: CORSI, G, ESPÓSITO, E.; BARALDI, C. (Eds.), *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana-ITESO/Anthropos. 1996.

ESTEVES, João Pissara. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da Comunicação*. Trad. Anabela Carvalho. 4. ed. Lisboa: Passagens, 2006.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GORITTIJO. Lucas de Alvarenga. Discussão Crítica sobre as Relações entre o Princípio da Legalidade, o Fenômeno da Codificação e a Teoria da Sistematização do Direito, In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coords). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

- _____. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: Introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- JORGE JR, Alberto Gosson. *Cláusulas Gerais e o novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- KAFKA, Franz. *O Processo*. 9ª Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- LEITE, Guilherme. *Tradução em teoria dos sistemas: considerações iniciais a partir da obra de Raffaele De Giorgi*. In: DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- LIMA, Fernando Rister de Souza Lima. *Sociologia do Direito: O direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. 2. ed. Editora Juará. Curitiba, 2012.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- _____. *Sociologia do Direito*. Vol. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. *Sociologia do Direito*. Vol. II. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- _____. *A posição dos Tribunais no sistema jurídico*. In: Revista da Ajuris. N.º 49. Porto Alegre: Ajuris, julho de 1990.
- _____. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. 1996.
- _____. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Baeta e SAMIOS, Eva M. B. (coords.) *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.
- _____. Por que uma teoria dos sistemas?. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva M. B. (coords.) *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.
- _____. Sobre os fundamentos teóricos-sistêmicos da teoria da sociedade. In: NEVES, Clarissa Baeta e SAMIOS, Eva M. B. (coords.) *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.
- _____. *Sistemas Sociales: Lineamentos para una teoría general*. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. México: Anthropos Editorial/Universidad Iberoamericana, 1998.
- _____. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES, Dalmir Jr. (orgs.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Confianza*. México: Anthropos, 2005.

_____. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.

_____. *A improbabilidade da Comunicação*. Trad. Anabela Carvalho. 4. ed. Lisboa: Passagens, 2006.

_____. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2007.

_____. *Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica*. Trad. Alberto Febbrajo. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 59 *apud* DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

_____. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, Vol. I, Trad. Paolo Capitanio, Ed. Bookseller, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente na dimensão da igualdade*. Disponível em <https://www.academia.edu/218490/O_Precedente_na_Dimensao_da_Igualdade>. Acessado em: 11.nov.2013.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura no Novo Código Civil. In: ALVIN, Arruda; ALVIM, Thereza (Coords). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MELO, Liana Holanda de. Hermenêutica jurídica: a escola da exegese e o mito da neutralidade. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9031>. Acesso em: 25.jul.2012.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MIRANDA, Vicente. *Os Poderes do Juiz no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabricio Monteiro. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 15, 2006.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA, Ramon Rebouças Nolasco de. Dogmatização do direito e sua conformação enquanto tecnologia da decisão. *In: Sociedade, direito e decisão em Niklas Luhmann*. Congresso internacional em homenagem a Cláudio Souto. Recife. 2009.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. A função dos tribunais constitucionais para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n.591, v.19. 2005, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6309>>. Acesso em: 11 dez. 2013.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RAMOS, João Gualberto Garcez. Evolução histórica do princípio do devido processo legal. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Paraná. v. 47. 2007.

RE, Edward D. Stare decisis. *Revista Juridica*, Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Síntese, v. 42, n. 198, 1994, p. 283. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176188/000485611.pdf?sequence=3>. Acesso em: 11.nov.2013.

ROCHA, Leonel Severo. Autoipoiese e teoria do direito. *In: SCHWARTZ, Germano (org.). Jurisdicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Observações sobre a observação luhmanniana. *In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. A Verdade sobre a Autoipoiese no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 1ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTR Editora, 1996.

STAMFORD, Artur. Teoria dos sistemas de sentido de Niklas Lhumann e epistemologia jurídica, p. 123. *In: Sociedade, direito e decisão em Niklas Luhmann*. Congresso internacional em homenagem a Cláudio Souto. Recife. 2009.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Dois modelos de legalidade: Hans Kelsen e Niklas Luhmann, *In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coords.). Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TEUBNER, Gunther. Justiça autosubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do Direito? *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, Belo Horizonte, n.4, out. 2011.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. v. 3. São Paulo: RT, 2007.