

**TEORIA REFLEXIVA DA DECISÃO JURÍDICA:
DIREITO, MUDANÇA SOCIAL
E MOVIMENTOS SOCIAIS***

// REFLECTIVE LEGAL DECISION THEORY: LAW,
SOCIAL CHANGE AND SOCIAL MOVEMENTS.

ARTUR STAMFORD DA SILVA

>> RESUMO // ABSTRACT

A partir de decisões judiciais coletadas em sites de tribunais do poder judiciário brasileiro, observamos movimentos de mudança do direito com a inclusão e a exclusão de pleitos de movimentos sociais, o que nos permitiu observar a adaptação do direito (sistema de comunicação sobre lícito/ilícito) ao seu ambiente. As observações foram pautadas pela teoria da sociedade de Niklas Luhmann (em especial as categorias recursividade, auto e heterorreferência, circularidade reflexiva, observação de segunda ordem, heterarquia, autopoiesis). As pesquisas até aqui realizadas indicam que a perspectiva reflexiva aplicada à decisão jurídica oferece leituras distintas daquelas fornecidas pela hermenêutica jurídica e pela teoria da argumentação jurídica, o que amplia a compreensão da decisão jurídica. // Based on the judicial decisions collected from sites of the courts of the Brazilian judicial system, we observe movements asking for changes in law with the inclusion and exclusion of claims by social movements, which allowed us to observe the adaptation of the law (communication system on licit/illicit) to its environment. These remarks were guided by Niklas Luhmann's social theory (especially, the categories of recursiveness, auto and heterorreference, reflexive circularity, second order observation, heterarchy, autopoiesis). The researches carried out so far point that the reflexive perspective applied to legal decision offers distinct readings from those provided by legal interpretation, which increases the understanding of the legal decision.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Decisão jurídica; movimentos sociais; teoria dos sistemas; discurso constituinte, mudança social. // Legal decision; social movement; systems theory; self-constituting discourse, social change.

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Professor Associado da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). // Associate Professor of the Federal University of Pernambuco (UFPE).

>> SOBRE ESTE ARTIGO // ABOUT THIS ARTICLE

Artigo realizado com apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Gostaria de agradecer Henrique Carvalho, André Barreto, Marcelle Penha e Camila Lopes por animar os debates que tornaram este Artigo possível e também por contribuir na pesquisa no Moinho Jurídico. // This Paper was supported by the CNPq (National Council for Scientific and Technological Development, Brazil). I am grateful to Peter Malcolm Keays for helping in the English version. I really must thank Henrique Carvalho, André Barreto, Marcelle Penha and Camila Lopes for enlivening the debates which made this article possible, and also for contributing to research at the Moinho Jurídico.

1. DA REFLEXIVIDADE CIBERNÉTICA À REFLEXIVIDADE DA DECISÃO JURÍDICA

Analisando decisões judiciais coletadas no site do STJ (Superior Tribunal de Justiça) e do STF (Superior Tribunal Federal) e dados coletados em audiências judiciais no Fórum do Recife e por meio de conversas informais com magistrados, promotores, procuradores, advogados, chefes de secretaria, oficiais de justiça, observamos¹ que uma decisão judicial contém mais fatores e informações que os presentes na legislação, na doutrina, na jurisprudência e nos costumes jurídicos. O sistema jurídico, portanto, realiza processos de adaptação às mudanças da sociedade. Nessa perspectiva proponho uma teoria reflexiva da decisão jurídica como teoria que viabiliza pesquisar a presença de discursos de movimentos sociais na construção do direito da sociedade, afinal pressões políticas e econômicas, por exemplo, influenciam, mas não determinam, a decisão jurídica.

O ponto de partida da teoria reflexiva da decisão jurídica é a circularidade reflexiva² da comunicação (só nos comunicamos por comunicação), nos moldes da cibernética³, a qual postula que “a sociedade é um sistema autopoietico baseado numa comunicação com sentido; é constituída de comunicações, apenas de comunicações; consiste em todas as comunicações. A comunicação se reproduz por comunicação”⁴.

Após pesquisar decisões judiciais sobre temas de pleitos sociais⁵ (depoimento por vídeo conferência de réu preso; crime de bagatela, socioafetividade, propriedade e MST; anencefalia; homoafetividade com entidade familiar; igualdade jurídica; licitude da prova ilícita) observamos que a decisão de um caso concreto não se confunde com a decisão do sistema do direito jurídica, assim, distinguimos decisão judicial de decisão jurídica, tomando a primeira por uma informação ao sistema do direito e a decisão jurídica, por operação do sistema do direito. Com isso, respostas distintas às dicotomias presentes nos embates hermenêuticos e da teoria da argumentação jurídica tiveram lugar, como exposto na primeira parte deste trabalho.

Uma das consequências da circularidade reflexiva é que “não é possível não comunicar”⁶, portanto, ambiguidade e vagueza não evitam que o ser humano se comunique, como, inclusive, demonstrado na etnometodologia, com Harold Garfinkel. Não cabe, portanto, voltar ao Crátilo, com Platão, para seguir com e no embate sobre a relação entre as palavras e as coisas, para lembrar Foucault, pois isso seria “ainda” insistir na teoria da verdade como representação. Uma saída dessa dicotomia é a teoria reflexiva da decisão jurídica, a qual toma ideias da teoria da sociedade como sistema de comunicação⁷ (Niklas Luhmann) e aporta — da teoria sociocognitiva da compreensão como inferência⁸ (Luiz A. Marcuschi) e da teoria do discurso constituinte⁹ (Maingueneau) — a concepção de discurso como organização transfrástica — posto que submetido a uma organização situada para além da frase, porquanto vivenciam regras de uma organização, de uma comunidade discursiva —, bem como que o discurso é orientado (no tempo e no espaço), é uma forma de ação, é interativo, é contextualizado, é assumido, é regido por regras e é considerado no bojo de um interdiscurso¹⁰.

Não se trata, saliente-se, de um somatório de teorias, antes que a teoria reflexiva da decisão jurídica é interdisciplinar, do que resulta numa teoria que viabiliza observar a decisão jurídica como operação do direito da sociedade, afinal

pensar em função de sistemas circulares nos força a se afastar da noção que, por exemplo, o evento A ocorre primeiro e o evento B é determinado pela ocorrência de A, visto que, pela mesma lógica defeituosa, poder-se-ia afirmar que o evento b precede a, dependendo de onde escolhêssemos, arbitrariamente, romper a continuidade do círculo¹¹.

A circularidade reflexiva, saliente-se, não se ocupa com o início nem o fim, com a origem nem o futuro, o que não implica ignorar a historicidade na formação dos valores da sociedade humana, mas sim que acata a ideia de “a sociedade não estar organizada através de resultados causais (outputs como inputs) nem na forma de resultados de operações matemáticas, mas sim reflexivamente; ou seja, mediante a aplicação da comunicação à comunicação”¹². Afinal, comunicar não é transmitir informação, mas um processo de constante produção de informação, a cada comunicação ocorre uma re-entrada (recursividade) de conhecimento no conhecimento mesmo¹³. Por isso, o caminho teórico pautado pela reflexividade para observar a decisão jurídica não percorre a busca pela origem da decisão, como se ela fosse resultante causal da aplicação de informações pré-dadas, afinal textos legislativos, decisões judiciais anteriores, doutrinas, costumes não determinam a decisão judicial a ser tomada, portanto também não determinam previamente a decisão jurídica. É ao que chegamos com a circularidade recursiva dos “sistemas que observam”¹⁴.

Aplicadas à decisão jurídica, a perspectiva circular reflexiva da comunicação oferece respostas distintas para dicotomias resultantes de embates teóricos daquelas pautadas pela causalidade, a exemplo, a questão da completude do ordenamento jurídico — quando se debate a suficiência do direito estatal para uma decisão ser jurídica, o que envolve a relação direito e política, lembrar o tema da norma fundamental de Kelsen e a teoria do ordenamento jurídico de Bobbio — da certeza do direito e da segurança jurídica como garantias do Estado de Direito — quando se debate sobre os riscos de uma decisão se tornar precedente, o que envolve a relação direito e moral — e do poder de decisão (arbitrariedade) do decididor — quando se debate a capacidade do direito se autorregular e autogerir, o que envolve temas como pluralismo jurídico e a relação direito e mudança social.

Explorando elementos da teoria dos sistemas (recursividade, auto e heterorreferência, circularidade reflexiva, observação de segunda ordem, heterarquia, autopoiesis) à comunicação social humana, apresentaremos como a teoria reflexiva da decisão judicial lida com as dicotomias da completude e da certeza do direito e da arbitrariedade do julgador. Seguimos apresentando a perspectiva de discurso como elemento social para, então, expor algumas das pesquisas realizadas.

2. BASE SISTÊMICA: REFLEXIVIDADE E DICOTOMIAS DA DECISÃO JURÍDICA

A teoria reflexiva da decisão jurídica parte do pressuposto que direito é o sistema de comunicação da sociedade responsável pelo sentido de lícito/ilícito, como em Niklas Luhmann. Sendo comunicação, o direito é um sistema de comunicação, não uma entidade física, biológica ou psíquica, mas social humana. Sendo sistema, o direito não se confunde com uma comunicação momentânea (aquela determinada em tempo e espaço) nem com uma organização, mas com o nível sistêmico de observação¹⁵. Numa frase: a teoria reflexiva da decisão jurídica lida com a perspectiva sistêmica, portanto não com o âmbito internacional nem organizacional.

Nessa perspectiva, o tema da completude do ordenamento jurídico, portanto se há lacuna do direito, não tem as mesmas respostas de Hans Kelsen e Norberto Bobbio, afinal não há que se falar em “espaço jurídico vazio”, nem na máxima “o que não está proibido, está permitido” como princípio da completude. Tão pouco a hetero e auto integração do próprio direito, nos moldes de Bobbio, posto que este autor considera haver hierarquia entre os métodos de heterointegração e autointegração do ordenamento jurídico, afinal “em cada ordenamento há uma zona incerta de casos não-regulamentados, mas potencialmente colocáveis na esfera de influência dos caos expressamente regulamentados”¹⁶. Para fins e limites desse texto, é suficiente ao leitor lembrar que a completude do direito estatal envolve a garantia de a decisão judicial não ser arbitrária, posto que deverá ser necessariamente justificada com a citação do texto legislativo que fundamenta a decisão tomada. Na teoria reflexiva, a completude de um sistema encontra resposta com o teorema da incompletude de Kurt Gödel.

Para Kurt Gödel um sistema só pode ser formalmente completo, se for necessariamente incompleto, como ocorre, por exemplo com o conjunto dos números reais, para ser completo, ele contém elementos inconsistentes, no caso, o infinito. Os dois teoremas de Gödel são:

Teorema 1 — Cada sistema formal S que abarque Z e que tenha um número finito de axiomas e que tenha regras de substituição e implicação como únicos princípios de inferência, é um sistema incompleto;
Teorema 2 — Em cada sistema S não se pode deduzir o enunciado de que S é consistente¹⁷.

Com esses teoremas, Gödel demonstra que, diante de paradoxos, não cabe insistir em provar a inconsistência de um dos paradoxos para, então, resolver o paradoxo; tão pouco é suficiente, para lidar com um paradoxo, recorrer a um terceiro paradoxo, a uma nova teoria, por exemplo, como ocorreu com a teoria dos tipos, proposta por Bertrand Russell para resolver o problema da completude da teoria dos conjuntos. A solução não está em buscar a eliminação do paradoxo, mas em desparadoxizá-lo saltando a outro paradoxo. Para fins da decisão jurídica, portanto do direito, temos a gödelização da racionalidade jurídica¹⁸, portanto o direito, para ser um sistema completo, tem que ser incompleto, por consequência, a decisão

judicial, operação do direito que é, contém elementos não jurídicos, os quais são processados pelo sistema jurídica em sua reflexividade, não previamente e necessariamente pela legislação.

Se com Gödel a teoria reflexiva da decisão jurídica não fica estagnada perante o paradoxo da completude do sistema jurídico, com a teoria dos sistemas que observam, com Heinz von Foerster, a teoria reflexiva da decisão judicial tem por direito um sistema que observa. Nessa perspectiva o tema do precedente, portanto de uma decisão judicial integrar o direito, ganha novos embates.

Aplicando a ideia de o direito ser um sistema de comunicação da sociedade, não uma interação jurídica ou uma organização jurídica, a decisão judicial não se confunde com a decisão jurídica, porquanto decisão judicial é uma decisão tomada num tempo e espaço delimitado, é um ato de um jurista (de um determinado delegado, advogado, procurador, promotor ou juiz) em um caso jurídico, é, pois, uma informação (*information*) ao sistema do direito, portanto não já direito. Por decisão jurídica temos uma operação do sistema do direito da sociedade, portanto reflexo da observação do sistema do direito (compreensão — *Verstehen*) de uma informação expressada (*Mitteilung*)¹⁹. Sendo o direito um sistema que observa, uma decisão judicial se torna precedente caso o direito siga tendo a em observação, ou seja, por recursividade, a decisão judicial venha a ter a forma de direito, ou ainda, a decisão judicial tome a forma de decisão jurídica, de operação do direito da sociedade. Esclarecendo, sistemas que observam, como afirma Heinz von Foerster (1911-2002), são aqueles capazes de aprendizado e, não, máquinas triviais²⁰; observam em segunda ordem, pois aprendem com observações de outros sistemas; são autorreferentes, equacionam, a partir de seus próprios elementos, sua reação diante de novidades de seu ambiente.

Noutras palavras, ter o direito como sistema que observa afasta a teoria reflexiva da decisão jurídica de dicotomias como direito e sociedade, direito e política, posto que o poder de decisão do juiz fica restrito ao âmbito da interação, do caso judicial. É que no âmbito interativo a decisão judicial é pensada como ação do magistrado que enuncia uma decisão. Todavia, no âmbito sistêmico, a decisão judicial é uma informação expressada a ser compreendida pelo sistema. Distinta da decisão judicial, a decisão jurídica é uma operação do sistema do direito da sociedade. Na teoria reflexiva, para que uma decisão judicial venha a compor o direito da sociedade, portanto vir a ser um precedente, ela precisa ser replicada, ou seja, recursivamente voltar a ser comunicado, referente. Enquanto decisão de um caso concreto, a decisão judicial é uma informação lançada ao direito que ira operar recursivamente, conforme sua autorreferência, podendo, então, autopoieticamente produzir o direito da sociedade. Afinal, autopoiesis é “a produção de indeterminação interna no sistema”²¹.

Dados coletados em sites de tribunais, em como em sites de ONGs e entidades sociais (igreja, sociedade civil organizada, blogs de ativistas judiciais), em reportagens de jornais, bibliografia e legislação nos permitiu observar a presença de discursos próprios de movimentos sociais influenciando decisões judiciais. Dessas observações, questionamos a viabilidade

de se pensar o direito como sistema autorreferente, porquanto capaz de aprender com seu ambiente.

As pesquisas até aqui realizadas indicam que, tomar o direito como sistema que observa, viabiliza compreender que o direito não simplesmente incorpora (*order from order*) informações, nem se desagrega (*order from disorder*) ao viver interferências de seu ambiente — como nos casos apontados por Erwin Schrodinger no texto ‘What is Life’²² —, mas, à semelhança dos sistemas autorreferentes de Heinz von Foerster, direito é um sistema que aprende com seu ambiente (*order from noise*) porquanto capaz de incorporar irritações de seu ambiente, aquelas irritações que, autorreferencialmente, viabilizam a ampliação ou perda de energia, na manutenção e/ou mutação de seus próprios elementos.

É que a atuação do direito ante fatores externos não se dá automaticamente, mas sobre a influência de limites, portanto, da relação do direito consigo mesmo (direito é um sistema que se auto-organiza — *self-organizing system*) e da sua relação com seu ambiente (direito é um sistema acoplado estruturalmente ao seu ambiente). O direito não está isolado, mas em permanente contato e relação com seu ambiente (formado pela sociedade, pelos demais sistemas da sociedade, bem como pelos sistemas físicos, como as máquinas; por fatores biológicos; por fatores psíquicos)²³. Afinal, porque vivemos em sociedade produzimos, reproduzimos e produzimos imagens e comunicações que têm sentido porque imaginamos e comunicamos e, fazemos isso, não por reproduzir ou produzir, mas por nossa capacidade de compor. Por vivermos em sociedade, desenvolvemos a comunicação humana da maneira como a comunicação humana é²⁴. Esclarecemos que, composição, aqui, não é uma resultante das propriedades dos componentes da sociedade, mas construção mesmo na e do viver em sociedade²⁵.

Por fim, a terceira dicotomia, referente à capacidade do direito se reproduzir a partir de seus próprios elementos. Essa dicotomia trata justamente da autopoiesis do direito, portanto da capacidade de o direito conviver com seu ambiente, do acoplamento estrutural do sistema do direito da sociedade ao seu ambiente.

Iniciemos lembrando que observar é, ao mesmo tempo, selecionar e distinguir²⁶, do que resulta em o sentido ser recursivo, afinal o sentido detém um passado (história, memória) ao mesmo tempo em que se atualiza (referência ao presente). Quando comunicamos, operamos por observação e, portanto, distinguimos a temática de referência da comunicação da temática que não participará da comunicação. O sentido, portanto, contém uma referência marcada (lado interno do sentido) e uma não marcada (lado externo do sentido). É o que retiramos das “leis da forma”²⁷ nos termos de George Spencer-Brown, para quem conhecer implica promover uma distinção, o conhecimento ganha forma num meio que viabiliza sua formação. Conhecer é marcar, desenhar, limitar um saber; é distinguir o que marca e o que não marca um determinado saber. O lado marcado do que conhecemos designa uma fronteira (limite) em torno de algo, separando-o, assim, de tudo o mais, ao mesmo tempo em que, distingue o lado marcado de tudo o mais; estabelece uma fronteira entre o conhecido e o desconhecido; e envolve a travessia do lado limitado do conhecimento ao lado do desconhecido.

O paradoxo de o conhecimento conter, em si, o conhecido e o desconhecido, o lado marcado e o lado não marcado do conhecimento se desfaz com a teoria das formas de dois lados, para a qual a forma tem os seguintes axiomas e leis:

A distinção é uma perfeita continência.

Axioma 1: A lei do chamado. O valor de um chamado realizado novamente tem o valor do chamado.

Axioma 2: A lei da transposição. O valor de uma transposição realizada novamente é o valor de uma transposição.

Desses axiomas, Spencer-Brown desenvolve a forma da condensação e a forma do cancelamento, com as leis da forma:

$\overline{\neg\neg} \neg \rightarrow$ Primeira lei da forma (lei da condensação) = Forma da Replicação

$\overline{\neg} \rightarrow$ Segunda lei da forma (lei da cancelação) = Forma da Criação

Numa forma, portanto, está contida a replicação (histórica) e a criatividade (presente). Como toda forma é constituída num meio (diferenciação meio/forma), ela contém tanto o algo ao que se refere (a forma da forma) quanto o algo ao que não se refere (meio da forma, o ambiente que viabilizou a formação da forma). Assim, a forma tem dois lados, o interno (a forma) e o externo (o meio). O direito tem o lícito e o ilícito, estando no ambiente o ainda não direito.

É com Louis H. Kauffman que temos maior clareza do assunto, pois, seguindo as leis da forma de Spencer-Brown, Kauffman traz os termos autorreferência e recursividade para a teoria dos sistemas, com a teoria dos nós²⁸. Para Kauffman, os sistemas contém a si mesmo (lado interno) e ao seu ambiente (lado externo). Assim como a forma tem elementos do meio, os sistemas contém elementos do ambiente, pois se os sistemas não estão equilibrados, equacionados com seu ambiente eles deixarão de existir. Distingue-se, todavia, o ambiente interno do ambiente externo do sistema, ou seja, a autorreferência (referência a si mesmo, ao seu ambiente interno) da heterorreferência (referência ao seu ambiente externo).

Aplicando a perspectiva da teoria dos sistemas que observam à comunicação humana, temos que, quando conversamos, promovemos uma distinção entre o tema da conversa e o que não é tema da conversa. Sem essa distinção não há conversa. Não se conversa sobre tudo num mesmo e só tempo. Essa distinção, indispensável para haver a conversa, envolve a realização de seguidas outras distinções para que a conversa se desenvolva. Admitido que é assim, concorda-se que, na condução de uma conversa, o tema é constantemente reintroduzido (*re-entry*), é, justamente por isso, seguirmos conversando sobre o mesmo tema numa conversa, ao mesmo tempo em que, para seguirmos conversando, necessariamente incluímos novas informações na conversa. Mudar de tema é sempre possível,

todavia isso “é outra conversa”. A reentrada do tema de uma conversa na conversa, para que sigamos mantidos na mesma conversa, dá-se pela promoção de novas seleções/distinções e seguidas seleções/distinções. Essa operação de selecionar/distinguir é chamada observação, realizada quando comunicamos.

A cada distinção é processada novamente a referência ao tema, ao mesmo tempo em que ocorre a inclusão de novas reflexões, as quais têm lugar na medida em que tenham relação com o tema da conversa. O primeiro movimento é o que Louis H. Kauffman chama de recursividade da forma na forma; no segundo, autorreferência.²⁹ Cada sentido, assim, tem seu significado no próprio sentido (autorreferência) ao mesmo tempo em que se refere ao lado não referenciado da distinção (heterorreferência)³⁰.

Acatar o até aqui afirmado permite admitir que todo sentido tem um lado interno referenciado e um lado externo, aquele temporariamente não referenciado, mas potencialmente presente e que pode vir a ser referenciado a qualquer tempo.

Nessa perspectiva, direito é toda comunicação sobre lícito-ilícito que ocorre na sociedade. Nas palavras de Luhmann:

(...) ao sistema jurídico pertencem apenas as comunicações orientadas pelo código do direito, só aquelas comunicações que firmemente mapeiam os valores lícito/ilícito (Recht/Unrecht). A razão disso é que só uma comunicação desse tipo busca e afirma uma integração recorrente na rede do sistema do direito. Só uma comunicação dessa natureza requer do código uma forma de abertura autopoietica, como necessidade de mais comunicações no sistema do direito. Esse tipo de comunicação pode ocorrer na vida cotidiana a partir dos mais diversos motivos³¹.

Sendo assim, decidir casos jurídicos é atribuir sentido a algo, é distinguir entre lícito e ilícito. Anuir com tal afirmação implica admitir que cada caso judicial provoca uma informação ao sistema do direito, cabendo a este último operar tal informação, portanto, observar (marcar, assinalar e distinguir) o que será lado marcado (lícito/ilícito) e lado não marcado (ambiente). Nessa concepção, dados e informações referentes ao fático, num processo, passa pelo filtro autorreferente do que será tratado como relevante e como não relevante a ser trazido aos autos processuais. É o que fazem os juristas — advogados, procuradores, promotores — em suas petições e argumentação orais em audiências judiciais, pois selecionam, filtram, o que incluir e não incluir em seus argumentos no caso judicial.

Não pense, leitor, que reduzimos os caminhos dos movimentos sociais ao âmbito processual judicial. Sabemos que caminhos políticos e econômicos também são utilizados, todavia, para fins deste texto, apenas exploramos as pesquisas relativas aos caminhos no âmbito jurídico. Referimo-nos a quando movimentos sociais fazem passeatas, bem como o MST ocupa uma terra para pressionar o governo a promover ou agilizar uma reforma agrária. Esse debate nos levou ao tema do discurso, afinal, como classificar um discurso como jurídico e não político ou econômico? A questão nos remete à teoria dos discursos constituintes de Dominique Maingueneau.

3. BASE LINGUÍSTICA DA TEORIA REFLEXIVA DA DECISÃO JURÍDICA

Com a teoria dos sistemas obtemos categorias analíticas sistêmicas como recursividade, autorreferência e autopoiesis para lidar com a decisão jurídica como operação do sistema do direito e não como ato decisório ou mesmo poder de decisão. Todavia, questões seguem, principalmente envolvendo embates linguísticos. Para lidar, por exemplo, com o quanto cada participante se dedica a traçar cenas de enunciação para legitimar seus argumentos, recorreremos à teoria do discurso constituinte de Dominique Maingueneau, da qual retiramos a ideia de que, por mais não jurídico que seja um argumento enunciado, discursivamente se pode identificar a pretensão em involucrar um argumento como integrante de um discurso, em nosso caso de um discurso jurídico.

Com Maingueneau temos a distinção entre enunciado e discurso, fundamental para a identificação do lugar de onde parte um falante ao enunciar, explicitar seus argumentos, pois, enquanto enunciação é um “dispositivo constitutivo da construção do sentido e dos sujeitos que aí se reconhecem”³², discurso é “organização de restrições que regulam uma atividade”³³, o que leva à ideia de discursos como limite à linguagem, por “deverem gerar textualmente os paradoxos que seu estatuto implica”³⁴. Justamente como alternativa a esses paradoxos, Maingueneau propõe os discursos constituintes, os quais — por suas dimensões normativa (“processo pelo qual o discurso se instaura, construindo sua própria emergência no interdiscurso”) e política (“modos de organização, de coesão discursiva”) — pretendem delimitar “o espaço que engloba a infinidade de ‘lugares-comuns’ que circulam na coletividade”³⁵.

Discursos constituintes são aqueles discursos que têm a pretensão de “não reconhecer outra autoridade além da sua própria, de não admitir quaisquer outros discursos acima deles. Isso não significa que as diversas outras zonas de produção verbal não exerçam ação sobre eles; bem ao contrário, existe uma interação constante entre discursos constituintes e não constituintes, assim com entre discursos constituintes”³⁶. À semelhança dos sistemas que observam, dos sistemas autopoieticos, os discursos constituintes são constituídos por uma memória e uma capacidade de adaptação ao por vir, assim não fosse, não seria discurso, mas enunciado, afinal “as formações discursivas possuem duas dimensões — por um lado, sua relação com elas mesmas, por outro, sua relação com o exterior — mas é preciso pensar, desde o início, a identidade como uma maneira de organizar a relação com o que se imagina”³⁷.

Aplicando essas informações à teoria reflexiva da decisão jurídica, um discurso é jurídico não porque enunciado por um jurista, mas por lidar com a forma de sentido do direito. Um discurso é jurídico quando referente a algo ser lícito ou ilícito. Na análise de discurso de Maingueneau lemos que “quando os linguistas precisam encarar a heterogeneidade enunciativa, são levados a distinguir duas formas de presença do ‘Outro’ no discurso: a heterogeneidade ‘mostrada’ e a heterogeneidade de ‘constitutiva”³⁸. A heterogeneidade “mostrada” “permite apreender

sequências delimitadas que mostram claramente sua alteridade (discurso citado etc.)” e a heterogeneidade “constitutiva” está ligada à dialeticidade de todo discurso, portanto, ao “universo discursivo”, ao horizonte delimitador das formações discursivas devido à conjuntura em que ocorre. Quando se está debatendo sobre se algo é lícito ou ilícito aplicar a terminologia própria do direito legítima o que se afirma, com isso temos que o universo discursivo do direito delimita que elementos terão mais possibilidade de ingressar no campo discursivo do direito. Lembramos que “campo discursivo” é “conjunto de formações discursivas que se encontram em concorrência, delimitam-se reciprocamente em uma região determinada do universo discursivo”³⁹, já o espaço discursivo, contido no interior dos campos discursivos, são “subconjuntos de formações discursivas que o analista julga relevante para, a seu propósito, colocar em relação”⁴⁰. Para Maingueneau, “o interdiscurso consiste num processo de reconfiguração incessante no qual a formação discursiva é levada [...] a incorporar elementos pré-construídos, produzidos fora dela”⁴¹. Com isso temos que o discurso jurídico não é isolado dos demais discursos constituintes (político, filosófico, literatura etc.).

Com Maingueneau, os enunciados dos discursos constituintes são fechados em sua organização interna ao mesmo tempo em que são reinscritíveis em outros discursos (são capazes de se impor e remodelar para incluir novos enunciados)⁴², o que nos remete à concepção de que “o mundo é um potencial de surpresas ilimitado; é informação virtual que, não obstante, necessita de sistemas para gerar informação; melhor dizendo, para dar sentido de informação a certas irritações selecionadas. Por conseguinte, toda identidade deve ser entendida como resultado do processamento de informações”⁴³.

Com a teoria reflexiva, portanto, sociedade e discurso são vistos como rastros do contínuo e, ao mesmo tempo, do descontínuo do texto, do enunciado, do social, do discurso, pois o dito e o não dito integram o dito. Aplicando essa concepção à decisão jurídica, podemos observar a construção do direito, portanto a formação de sentido do direito, a partir de decisões judiciais e nelas identificar discursos de movimentos sociais. Observamos, pois, a adaptação do direito ao social, afinal, a mudança social não necessariamente é um ilícito, como a própria prática jurídica revela que não é. A ambivalência ordem/mudança no direito é observável a partir da decisão judicial, afinal “o sentido é fronteira e subversão da fronteira, negociação entre pontos de estabilização da fala e forças que excedem toda localidade”⁴⁴, bem como “enunciar não é somente expressar ideias, é também tentar construir e legitimar o quadro de sua enunciação”⁴⁵; e

(...) no espaço discursivo, o Outro não é nem um fragmento localizável, uma citação, nem uma entidade exterior; não é necessário que seja localizável por alguma ruptura visível da compacidade do discurso. Encontra-se na raiz de um Mesmo sempre já descentrado em relação a si próprio, que não é em momento algum passível de ser considerado sob a figura de uma plenitude autônoma. É o que faz sistematicamente falta a um discurso e lhe permite fechar-se em um todo. É aquela parte de sentido que foi necessário que o discurso sacrificasse para

*constituir sua identidade. Disso decorre o caráter essencialmente dialógico de todo enunciado do discurso, a impossibilidade de dissociar a interação dos discursos do funcionamento intradiscursivo. Essa imbricação do Mesmo e do Outro retira à coerência semântica das formações discursivas qualquer caráter de 'essência', caso em que sua inscrição na história seria assessória; não é dela que a formação discursiva tira o princípio de sua unidade, mas de um conflito regrado*⁴⁶.

Para não confundir discurso com enunciado, argumento ou texto, Mainueneau propõe como discurso o “artefato constituído para e por um procedimento de análise que terá a função de situar e configurar, em dado espaço-tempo, enunciados em arquivo”⁴⁷. A complexidade do termo discurso nos leva à ideia de o discurso, simultaneamente, ser constituído por: a) supõe uma organização transfrástica (o discurso é uma organização situada para além da frase, porquanto vivenciam regras de uma organização, de uma comunidade discursiva); b) é orientado; c) é uma forma de ação; d) é interativo; e) é contextualizado; f) é assumido; g) é regido por regras, normas; h) é considerado no bojo de um interdiscurso⁴⁸.

Não esclareceremos cada uma dessas características do discurso, todavia, devido a elas, essa concepção de discurso está situada na perspectiva pragmática e, inclusive, diferenciado de texto e enunciado, porquanto textos são “unidades verbais pertencentes a um gênero de discurso” e enunciado, a diferença de enunciação, é uma “marca verbal de um acontecimento que é a enunciação”⁴⁹.

Visualizamos, pois, discurso jurídico como uma espécie de discurso que contém regras, limites, organicidade (o discurso, como unidade transfrástica, está submetido às regras de organização vigentes em um grupo social determinado), temporalidade (o discurso é orientado inclusive por se desenvolver no tempo), contextualidade (o sentido do discurso requer a contextualização do enunciado, da identificação de sujeitos como fontes de referências pessoais, temporais e espaciais, além da modalização), interatividade constitutiva (dialogismo, interdiscurso).

Com essa noção de discurso incluída na perspectiva reflexiva da teoria dos sistemas, temos uma teoria reflexiva da decisão jurídica, portanto uma teoria que lida com a decisão jurídica como operação do sistema do direito e não como já direito. Com isso, a decisão judicial é uma enunciação, uma informação, a ser processada no discurso jurídico, no sistema do direito da sociedade.

Pesquisamos casos em que movimentos sociais buscam direitos em processos judiciais para observar como reivindicações desses movimentos promovem inclusão e exclusão no direito estatal.

4. PESQUISAS REALIZADAS

Dentre as pesquisas já realizadas apresentaremos primeiro a questão da licitude do uso de vídeo conferência para ouvida de depoimento de réu preso; em seguida a pesquisa realizada sobre o caso da inclusão na

expressão “entidade familiar” da união entre pessoas do mesmo sexo; por fim, a pesquisa sobre anencefalia.

Com a inovação, mudanças nos meios de comunicação geraram a possibilidade de, por meio da videoconferência, um réu ser interrogado no presídium. Ocorre que para ocorrer mudança no direito processual, conforme previsto na Constituição Brasileira, é necessário que o Congresso Nacional legisle. O acoplamento direito e política é patente, afinal mudanças na prática do Poder Judiciário (organização do sistema do direito) requer e depende de mudanças na legislação promovida pelo Congresso Nacional (organização do sistema da política).

No estado de São Paulo-Brasil, foi promulgada a Lei nº 11.819, de 5 de janeiro de 2005, que permitiu ser realizado interrogatório de um réu preso por meio de videoconferência, especificamente quando se tratar de acusado por crime de grande periculosidade, a exemplo de narcotraficante.

Advogados, através de recursos, levaram o assunto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) — que é a Corte Maior para decidir recursos sobre legislação brasileira, como o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil etc. — e ao Superior Tribunal Federal (STF) — que é a Corte Maior para decidir sobre casos e recursos relativos à aplicação da Constituição Federal Brasileira. Nessa investigação utilizamos textos de decisões desses Tribunais para verificar a construção de sentido do direito. Foram coletadas vinte e uma (21) decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), três (3) decisões do STJ e sete (7), do STF.

A leitura das decisões nos levou a observar que era constante afirmar que a Lei nº 11.819 era uma lei inconstitucional, afinal apenas o Congresso Nacional é o Poder competente para promulgar leis referentes ao direito processual. As decisões do TJSP negaram que se tratava de lei inconstitucional e que, inclusive, não havia violação de nenhum direito do réu preso ao se realizar interrogatórios por meio da videoconferência, mas sim garantiam direitos, pois com a videoconferência se evita riscos de fuga do detento durante o seu transporte para o local em que o réu iria ser ouvido, o Fórum. Além disso, a videoconferência melhorou o serviço da polícia e evita gastos com dinheiro público, pois para uma operação de transporte de réu é necessário mobilizar muitos policiais, veículos e outros recursos, principalmente quando o réu é um narcotraficante.

Os recursos apresentados pelos advogados no STJ não tiveram êxito, pois neste tribunal foi mantido o entendimento da interpretação do TJSP. Em *Habeas Corpus* HC 34020/SP, o relator afirmou, aos 15/09/2005, que: “o interrogatório realizado por videoconferência, em tempo real, não viola o princípio do devido processo legal e suas consequências”. Esta interpretação se repetiu em 10/05/2007, no HC 76046/SP, no qual o Relator afirmou: “a estipulação do sistema de videoconferência para interrogatório de réu não ofende as garantias constitucionais do réu, o qual, em tal hipótese, conta com o auxílio de dois advogados, um deles na sala de audiência e o outro na prisão ao lado do réu”.

Insistindo na inconstitucionalidade da Lei nº 11.819, de São Paulo, advogados impetraram *Habeas Corpus* no STF. Compete ao Presidente do STF julgar pedidos de *Habeas Corpus* devido ao carácter de urgência do processo.

Observamos que as primeiras decisões foram no sentido de afirmar que não há inconstitucionalidade, mantendo-se a interpretação de que o depoimento por videoconferência não é ilícita; estas decisões foram emitidas nos dias 05 e 06 de julho de 2007, já com referência a decisão tomada no HC 90.900, de 27 de março de 2007. Em 14/08/2007, o *Habeas Corpus* 88.914-o/SP foi julgado pela Segunda Turma do STF considerando a Lei nº 11.819 como inconstitucional, sob a afirmação que a videoconferência é desumana por produzir perda do contato pessoal do réu com o julgador, a videoconferência torna o serviço prestado pelo Poder Judicial uma atividade “mecânica e insensível”. Afirma, ademais, que “ansioso, o acusado aguarda o momento de estar presente diante de um julgador natural”.

Nossa pesquisa se pauta por observar justamente mudanças no sistema do direito. A presença de discursos pautados pela humanização do depoimento versos a redução dos riscos de o narcotraficante poder ser resgatado ou mesmo os gastos econômicos envolvidos é observado como produção de sentido do próprio direito. Não se trata de observar uma ou outra decisão, mas sim a produção de sentido do direito da sociedade, ou seja, como é possível o direito produzir seu próprio sentido, o que envolve justamente observar não o argumento de um julgador, um advogado, um promotor, mas sim o direito, a decisão judicial, não a decisão jurídica ou a decisão judiciária, ou seja, o direito como sistema operando por decisões próprias, não por decisão de magistrados ou decisões de tribunais. Não retiramos poder do magistrado, apenas temos que o direito como sistema social não se confunde com o Poder Judiciário como organização do sistema jurídico⁵⁰.

Observamos como juristas (advogados, promotores e magistrados) exploraram textos legislativos e outros fatores de informação para comunicar ser lícito a videoconferência e que não identificavam a perda de quaisquer direitos pelos réus. Os que comunicaram ser a Lei nº 11.819 ilícita, portanto inconstitucional, recorreram também a textos de leis e a outros fatores para identificar direitos que eram perdidos e que prejudicavam os réus. A presença de fatores econômicos e políticos é evidente, todavia a presença deles não é explícita o suficiente para se poder afirmar que eles se sobrepuseram aos fatores jurídicos. Observamos recursividade do direito na produção do direito. Nas palavras de Luhmann “todo operar com sentido sempre reproduz também a presença deste excluído, porque o mundo de sentido é um mundo total: o que exclui, exclui em si mesmo”⁵¹.

Outra pesquisa é o caso dos caminhos trilhados por movimentos sociais para defender direitos presentes em casos de relacionamentos de pessoas do mesmo sexo (homossexualidade). Os direitos presentes na união de pessoas do mesmo sexo tiveram início nos debates jurídicos a partir da defesa de direitos de propriedade, quando ações judiciais envolvendo direito à pensão, previdência social, divisão dos bens entre na separação do casal tiveram lugar no STJ, seguindo-se de questões sobre o direito de criar filhos, adotar etc., até assumir a forma jurídica de entidade familiar. Maria Berenice Dias, em artigo, afirma que união homoafetiva não é apenas dividir economias, envolve sentimentos. É que direitos patrimoniais já vinham sendo reconhecidos em casos de relação homossexual. Berenice Dias alerta sobre o ir e vir, no Judiciário, do reconhecimento de

direitos a esta maneira de união humana, pois os mais de 800 processos que tramitaram no Judiciário veem sendo julgados de diversas maneiras. A autora identifica decisões judiciais que reconheceram direito de sucessão, direito relativo à pensão (INSS), direito de adoção, direitos relativos à mudança de nome e sexo em certidões de nascimento⁵².

Aos 10 de fevereiro de 1998, no Recurso Especial no. 148897/MG que tramitou na 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, foi reconhecida a união homoafetiva como sociedade de fato. Aos 17 de junho de 1999, o Desembargador Breno Moreira Mussi do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relator do Agravo de Instrumento nº 599075496, julgado na 8ª Câmara Cível, decide que ações judiciais envolvendo união entre pessoas do mesmo sexo devem tramitar em Vara de Família. Assim, a “novidade” da decisão de 05 de maio de 2011, do STF, não foi assim tão nova.

Porém, em 2004 não deixou de haver decisões julgando como ilícito direitos de casais homossexuais e, nesse mesmo ano, houve decisões considerando lícito direitos desses casais. Ainda hoje, há decisões que reconhecem e outras que negam a união de casais formados por pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Em 2008, o STJ, em Recurso Especial (RE 820.475) referente à Ação Declarativa de União Homoafetiva, foi reconhecida a união como entidade familiar sob os argumentos que não há impedimento legal expresso, pois não há laguna no direito por não haver proibição expressa. Assim, como na constituição consta que família é a união entre homens e mulheres, contudo nada proibindo expressamente a família homoafetiva, está é lícita. Chama atenção o recurso a discursos não legais para a tomada de decisão. O que, mais uma vez indica que a visão de mundo dos julgadores não se limita nem esgota nas fontes legais e dogmáticas do direito. Com isso, temos que a produção de sentido do direito não se esgota nos textos legislativos nem nas decisões jurídicas, antes, vai além do Estado.

A decisão de 05 de maio de 2011, do STF, teve início dia 04 de maio quando falaram os dez *amicus curiae*, no dia 05 de maio, os ministros do STF anunciaram seus votos e, ao final, tivemos prolatada a decisão. Um ponto central foi a literalidade da expressão “entidade familiar”. Representantes da CNBB e da AEB afirmaram a impossibilidade de haver outra interpretação que não negar que o convívio entre duas pessoas do mesmo sexo é equiparável à união entre homem e mulher. Assim é porque o texto constitucional contém “união estável entre o homem e a mulher” para se ter como lítica a “entidade familiar”. Os demais *amicus curiae*, os favoráveis à equiparação, pautaram suas alegações pelo argumento da lacuna no sistema jurídico. A literalidade, neste caso, está na ausência de vedação expressa à união de pessoas do mesmo sexo ser entidade familiar. Assim, no texto constitucional, a expressão “entidade familiar” comporta a inclusão da relação homoafetiva, afinal o direito já reconhece outras formas de união familiar diversa da família entre homem e mulher como “entidade familiar”. Também os *amicus curiae* favoráveis à equiparação recorreram aos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, para argumentar que a literalidade está constituída por diversos textos, afirmam que

a ideia de justiça presente na constituição federal brasileira está pautada pela inadmissibilidade de discriminação, portanto, é inconstitucional toda legislação preconceituosa, toda legislação que nega o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como equiparada à entidade familiar. Assim, a “literalidade” do texto constitucional (Art. 226, § 3º) está constituída pelo suporte advindo dos princípios constitucionais. Há uma “inconstitucionalidade na constituição”, afirma a Ministra do STF Carmem Lúcia.

Aplicando nosso aporte teórico, afirmamos que não há que confundir literalidade com haver mais de uma interpretação possível⁵³, inclusive, “na produção de sentido através da comunicação, a recursividade se obtém sobre tudo por palavras de linguagem, as quais — ainda que sejam as mesmas — podem ser utilizadas nas mais diversas situações”⁵⁴. Com Marcuschi, temos a ideia de que o sentido é um partilhamento de conhecimentos. Como detalharemos mais adiante. O conteúdo de uma expressão, de um instituto jurídico não está já estabelecido previamente no texto, no poder do julgador nem em qualquer outro lugar. Esse conteúdo é estabelecido constantemente, afinal, sentido é forma de dois lados: memória e mudança; história e renovação⁵⁵. Assim, podemos compreender como é possível se afirmar que a ausência de um regime jurídico específico para a união entre pessoas do mesmo sexo não pode implicar exclusão, nos termos da legislação atual, dessa união como espécie de entidade familiar.

Aqui não é o caso de detalhar cada argumento, cada decisão judiciária, mas observar a presença de fatores diversos dos jurídicos, portanto que a decisão jurídica (operação do sistema do direito da sociedade) não se confunde com uma decisão judicial nem com a decisão judiciária, afinal o direito como sistema da sociedade é um sistema que observa e, como tal, é capaz de aprender com seu próprio ambiente, portanto com a sociedade e seus demais sistemas sociais.

Por fim, apresentamos uma pesquisa sobre aborto. Agradeço a participação de Thaís Guedes Alcoforado de Moraes no levantamento de dados. A ideia da pesquisa teve lugar quando, em Recife-PE, Brasil, dia 03 de março de 2009, um médico realizou aborto, com o consentimento da mãe, em uma criança de nove anos que havia sido violentada por seu padrasto, afirmando que a continuidade da gravidez implicariam sérios riscos à vida da criança. O Arcebispo de Olinda e Recife, Dom José Cardoso Sobrinho excomungou o médico. Nos jornais o advogado da igreja afirmou que iria representar a mãe junto ao Ministério Público Estadual. De pronto localizamos a presença de diversos sistemas da sociedade no caso, pelo menos explicitamente temos a presença do sistema jurídico, do político, do científico e do religioso. Essa pesquisa foi fundamental para observarmos a autonomia do direito na produção de sentido do direito, mesmo em países em desenvolvimento, como o Brasil.

No Brasil, aborto é ilícito conforme o Código Penal Brasileiro. A pena máxima para o aborto consentido é pode chegar a até dez anos de reclusão. Embora classificado como crime contra a vida, o bem jurídico tutelado não é a vida humana, mas a sua formação embrionária, a vida intrauterina desde a concepção até momentos antes do parto. O tema tem sido objeto de debates em diversos países desenvolvidos e subdesenvolvidos e

cresceu devido a casos de aborto de feto anencefálico. No Brasil não há lei expressa excluindo a ilicitude desse tipo de aborto. O debate envolve movimentos sociais em defesa dos direitos humanos, feministas, movimentos religiosos, educadores e juristas.

Em 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CTNS) ofereceu, perante o Supremo Tribunal Federal, ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental sobre o assunto (ADPF 54). Dentre os argumentos, foram citados violação ao artigo 1º, IV (a dignidade da pessoa humana), o artigo 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os artigos 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal. Os atos do Poder Público causadores da lesão seriam os artigos 124, 126, *caput*, e 128, I e II do Código Penal. Após seis anos de tramitação, a ADPF 54 foi julgada pelo STF, nos dias 11 e 12 de abril de 2012, tendo o voto do relator prevalecido, por 8 a 2, determinando a constitucionalidade do aborto de feto anencefálico e, portanto, acrescentando ao direito brasileiro mais uma hipótese de descriminalização do aborto, ainda que sem alteração de texto no Código Penal.

Com isso já se pode observar que o direito como sistema social aprende com seu ambiente a partir de seus elementos, critérios internos. O direito não é um sistema isolado, mas sim um sistema em constante reprodução e produção da sociedade.

Os dados trazidos pelos médicos foram considerados comunicações do sistema científico, assim, para observar a comunicação que a medicina enuncia sobre o tema (aborto de anencéfalos), realizamos um recorte no nosso universo amostral, que consiste no posicionamento do Conselho Federal de Medicina (CFM) e da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO) na audiência pública para a ADPF 54. Tanto a FEBRASGO como o CFM afirmam que a manutenção da gestação em casos de anencefalia aumenta o risco de morbimortalidade materna. Apontam questões de saúde nessas gestantes como hipertensão arterial e aumento do volume de líquido amniótico (polidrâmnio), alterações respiratórias, hemorragias vultosas por descolamento prematuro da placenta, hemorragias no pós-parto por atonia uterina e embolia de líquido amniótico (grave alteração que cursa com insuficiência respiratória aguda e alteração na coagulação sanguínea). Sem esquecer os abalos psíquicos a que a mulher está sujeita. O Doutor Roberto Luiz D'Ávila, representando o CFM na audiência pública quanto à ADPF 54, afirmou que:

Se respeitamos a autonomia [da mulher], essa autonomia tem de ser respeitada no seu desejo de progredir a gravidez, por algum motivo, que não importa qual no momento — mas se ela diz: eu não posso carregar comigo esse bebê que não terá pensamento, não será pessoa humana como o Direito protege, no sentido de ter toda potencialidade, e por isso a sua atipicidade no enquadramento penal. Para o Código Penal — segundo o entendimento de um médico que trabalha dia a dia no seu consultório — o que importa é a expectativa de vida, é todo potencial de alguém que será, mesmo com a promessa de vir a ser alguém. O anencéfalo não será.⁵⁶

Com base nesta definição de morte encefálica, a FEBRASGO afirma que a antecipação do parto de feto anencefálico não é um procedimento abortivo. Defendem, assim como o CFM, a atipicidade desta conduta, uma vez que não sendo aborto, não pode ser crime.

Quanto à religião, foram coletados dados sobre o posicionamento da Confederação Nacional de Bispos no Brasil (CNBB). A escolha desta organização se justifica por ser o catolicismo a religião mais tradicional no país e a que ainda exerce certa hegemonia no contexto nacional brasileiro. A CNBB publicou em seu site oficial a “Nota da CNBB sobre Aborto de Feto “Anencefálico” Referente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 do Supremo Tribunal Federal”⁵⁷. Dados também foram coletados da declaração do Padre Luiz Antônio Bento, Assessor Nacional da Comissão Episcopal para a Vida e a Família da CNBB, que representou a CNBB na audiência pública relativa à ADPF 54⁵⁸.

Para a CNBB aborto é “uma morte deliberada direta, independentemente da forma como é realizado, de um ser humano na fase inicial de sua existência, que vai até o parto”.⁵⁹ No caso do feto anencefálico, a permissão ao aborto pode levar à eugenia, que, de acordo com o Padre Luiz Antônio Barreto, já deixou marcas profundas na história da humanidade e que provavelmente nunca serão apagadas. Busca-se eliminar o feto anencéfalo porque este não se encaixa nos padrões (arbitrários) do que se espera de um ser humano na sociedade atual. A CNBB reconhece o sofrimento da família e, especialmente da gestante de um feto anencéfalo, porém, “este sofrimento não justifica nem autoriza o sacrifício da vida do filho que se carrega no ventre.”⁶⁰ Entre os ensinamentos bíblicos explicitamente mencionados pela CNBB para sustentar sua posição, estão: “Não matarás” (Ex 20,13); “Escolhe, pois, a vida” (Dt 30,19); e a afirmação de que Jesus Cristo veio “para que todos tenham vida e vida em abundância” (Jo 10,10).⁶¹

Dentre os juristas, predomina a visão que a obrigação imposta à mulher de manter a gravidez indesejada de um anencéfalo acarretará graves distúrbios psicológicos na gestante, em decorrência da *tortura* sofrida e de um tratamento degradante — o que é vedado pelo inc. III do art. 5º da nossa Constituição Federal. Além disso, tal imposição violaria a autonomia da gestante, que representa um dos pilares da teoria principialista, a mais aceita na Bioética atual.⁶² Para Luiz Régis Prado, nesses casos se constata apenas um desvalor de situação ou de estado que ingressa no âmbito do risco permitido, atuando como excludente do desvalor da ação. Também não há que se falar em causa de justificação, pois o anencéfalo não seria biologicamente capaz de concretizar-se em uma vida humana viável. Como a anencefalia não enseja, de acordo com o autor, um processo de vida, mas sim um “processo de morte”, falta o dolo ou a culpa — necessários à configuração do crime — assim como falta um resultado típico.⁶³

Antes do julgamento da ADPF 54, quando a gestante descobria que seu feto era anencefálico e, caso quisesse interromper a gravidez, deveria buscar esta permissão junto à Justiça. No entanto, na falta de um marco legal claro, os magistrados proferiam decisões discrepantes a partir majoritariamente de princípios constitucionais que, maleáveis que são, acabam por moldar-se às idiosincrasias dos juízes, ferindo o princípio da segurança jurídica

(art. 5º, XXXVI, da CF/88). Decisões de diversos tribunais no Brasil impediam a gestante de proceder à interrupção da gravidez. O Superior Tribunal de Justiça em julgamento considerou ilícito o aborto em caso de anencefalia, inclusive afirmando que:

A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia in malam partem. Há de prevalecer, nesse casos, o princípio da reserva legal. 4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.⁶⁴

O STF, ao julgar a ADPF 54 tornou constitucional interromper a gestação de fetos anencefálicos, tendo a maioria dos ministros (8 x 2) acompanhado o voto do Ministro Relator (Marco Aurélio). Assim julgou afirmando que o Brasil é laico. Além de afastar o fator religioso, pautado por pronunciamentos de entidades representativas do sistema científico, em sede de audiências públicas, o STF concordou que anencefalia é equiparável à morte cerebral, não havendo expectativa de vida em tais casos, o que afasta a violação de direito à vida e indica que a nomenclatura ser alterada para interrupção da gestação em caso de anencefalia e não aborto. Ainda quanto à nomenclatura, afasta o adjetivo “eugênico”, aduzindo haver inegável carga ideológica negativa neste termo. Reconhece, ademais, que o direito à vida, apesar de no caso não ser violado, não apresenta caráter absoluto, sendo relativizado pelo direito brasileiro quando em conflito com outros direitos fundamentais, em diversos momentos. Contempla ainda os direitos da mulher que estão em jogo, em especial o direito à saúde, entendido não só como bem-estar físico, como também psíquico.

5. PARA QUE UMA TEORIA REFLEXIVA DA DECISÃO JURÍDICA

A teoria reflexiva da decisão jurídica (TRDJ) auxilia a uma compreensão dos movimentos do direito na construção de sentido para situações sociais não previstas em legislação, a exemplo crime de bagatela, função social do contrato, socioafetividade, homoafetividade, abandono afetivo etc., bem como mudanças de leitura e, portanto, de sentido de temas históricos como contrato, família, propriedade, etc.

Afirmar que o direito se adapta à sociedade não implica afirmar que o direito está sempre justo e em plena sintonia com a sociedade, mas sim que é a sociedade, em seus movimentos, que provoca mudanças no direito. Se a velocidade de mudança é muito lenta e as resistências dos juristas são

muito fortes, não se pode concluir que o direito está sempre em contra mão dos movimentos sociais, nem que os ignora.

Nossas pesquisas têm nos permitido observar a presença e influência de discursos dos movimentos sociais em decisões jurídicas, bem como a presença e influência de discursos econômicos, políticos, religiosos etc.. Não por isso concluímos que o direito é um instrumento de poder nas mãos dos dominadores, que o direito é um sistema em favor da corrupção, da criminalidade.

Afirmar que a TRDJ identifica que o direito como sistema de comunicação da sociedade sofre mutações devido às mudanças sociais não implica defender que o direito está funcionando, em países como o Brasil, com justiça, afinal não ignoramos que “direito civil é direito de rico e direito penal direito do pobre”, que, para uns, “respeitar as leis é sinal de fraqueza social, política e econômica”, “que interesses econômicos e políticos influenciam no direito”. Todavia, entendemos que esses interesses não determinam o direito.

Uma teoria, inclusive, não se confunde com um manifesto ou com um modelo à felicidade. Teoria não passa de um instrumental analítico. Uma teoria é sempre e necessariamente limitada, afinal, um observador “não vê o que não vê”⁶⁵, portanto, não pode observar o que não observou, afinal “tudo o que é dito, é dito por um observador”⁶⁶, mas que a teoria aprende com observações de outra teoria, afinal a teoria mesma e uma observação de segunda ordem. É que o observador não é um ser humano físico, individual, mas um sistema de observação, porquanto teoria. A teoria, como sistema que observa, aprende com outras teorias. Sendo, portanto, reflexiva, a teoria mesma observa (assinala e distingue) cada vez que é aplicada, afinal os sistemas circulares reflexivos atuam com auto-observação e autodescrição, ou seja, a realização, pelo próprio sistema, da seleção de elementos e relações. É que “não é possível fazer uma indicação sem fazer uma distinção”⁶⁷.

Admitir que existem sistemas auto-organizadores é admitir que o sistema vive em constante estado de interação com o ambiente, interação que implica reconhecer que o sistema observe energia e ordem do próprio ambiente, bem como que existe uma realidade do ambiente e que esta possui uma estrutura⁶⁸, do que, aplicando a visão física de Erwin Schrödinger, Foerster apresenta o princípio da “ordem da desordem”⁶⁹. Nas palavras de Foerster: “si considero um universo finito U_0 ... e imagino que esse universo U_0 tenha uma superfície fechada que divida o universo mesmo em duas partes reciprocamente distintas: uma das duas partes é completamente ocupada por um sistema auto-organizador So , enquanto a outra a podemos chamar de ‘ambiente’ Ao do sistema auto-organizador: $So \& Ao = U_0$. A isso posso acrescentar que é indiferente colocar o nosso sistema auto-organizador no interior ou no exterior da superfície fechada. Indubitavelmente, esse sistema auto-organizador se permite escolher, a qualquer tempo, sua própria tarefa de auto-organizar-se, neste intervalo de tempo, a sua entropia será necessariamente diminuída, o que não o transforma num sistema mecânico, mas ainda termodinâmico”⁷⁰.

Nessa lógica, o direito reflete a sociedade. Reflexo de seu ambiente, o direito desenvolve recursivamente suas próprias características, seus

elementos, sua infinitude interior e, por meio de seus próprios elementos (autorreferência) se reproduz (autopoiesis). Isso não implica isolamento do direito, mas heterorreferência ao seu entorno, afinal os elementos exteriores irritam o direito levando-o a reagir.

Numa determinada sociedade, portanto, o direito pode viver sob maior influência de fatores econômicos e políticos que noutras. Não há sociedade na qual o direito é imune aos interesses econômicos e políticos, afinal o direito é um sistema de comunicação da sociedade e está acoplado estruturalmente ao seu ambiente.

Assim, como o discurso jurídico não se confunde com o discurso político nem com o econômico, o direito não se confunde com política nem com a economia.

Sendo, por fim, uma teoria reflexiva, sendo a própria teoria objeto da teoria, o que até aqui afirmamos não passam de informações dadas a conhecer, portanto disponíveis à compreensão e conseqüente mutação.

>> NOTAS

- * Este trabalho foi realizado com apoio do CNPq, Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico — Brasil.
- ¹ STAMFORD DA SILVA, 2010: *passim*; STAMFORD DA SILVA, 2012a: *passim*; STAMFORD DA SILVA, 2012b: *passim*.
- ² Foerster, 2002: 289.
- ³ Cibernética como teoria da comunicação foi desenvolvida nas Macy Conference, tendo Wiener como um dos autores mais destacados. Ainda que a palavra cibernética tenha estreita relação com governo, direção, controle, nas *Macy Conference* ela serviu para fundar uma teoria da comunicação que parte da causalidade circular, não da causalidade linear nem da circularidade tautológica, como no construtivismo de Heinz von Foerster, Gregory Bateson e Humberto Maturana. Para Wiener uma informação (mensagem exterior) não é recepcionada completamente (de maneira pura) por um elemento (um indivíduo, uma máquina ou um animal) numa comunicação, pois há poderes de transformação interna deste próprio elemento que, ao tomar uma informação externa como informação interna, disponibilizada a uma futura informação. Nas palavras do autor: "It is my thesis that the physical functioning of the living individual and the operation of some of the newer communication machines are precisely parallel in their analogous attempts to control entropy through feedback" (WIENER, 1954: 26-27).
- ⁴ Luhmann, 1988: 50. No original: "Die Gesellschaft ist ein autopoietisches System auf der Basis von sinnhafter Kommunikation. Sie besteht aus Kommunikationen, sie besteht nur aus Kommunikationen, sie besteht aus allen Kommunikationen. Sie reproduziert Kommunikation durch Kommunikation".
- ⁵ STAMFORD DA SILVA, 2010: *passim*; STAMFORD DA SILVA, 2012a: *passim*; STAMFORD DA SILVA, 2012b: *passim*.
- ⁶ Watzlawick; Beavin; Jackson, 2008: 67.
- ⁷ Tendo por petição de princípio que a comunicação é a célula da sociedade, Luhmann aplica a teoria da diferenciação de Spencer Browne (teoria da forma de dois lados) distinguindo *médium*/forma e sistema/meio para afirmar que "Sociedade é sistema de sentido", porquanto sociedade é comunicação organizada em forma de sentido (Luhmann, 2007: 28 e ss.).
- ⁸ "a compreensão é um trabalho social" (Marcuschi, 2007a: 77; Marcuschi, 2008: 229).
- ⁹ Constituintes são os discursos que têm a pretensão de "não reconhecer outra autoridade além da sua própria, de não admitir quaisquer outros discursos acima deles. Isso não significa que as diversas outras zonas de produção verbal não exerçam ação sobre eles; bem ao contrário, existe uma interação constante entre discursos constituintes e não constituintes, assim com entre discursos constituintes" (Maingueneau, 2008: 37).
- ¹⁰ Maingueneau, 2005a, p. 52-56; Maingueneau, 2005b, p. 21-25.
- ¹¹ Watzlawick, 2008: 40-41.
- ¹² Luhmann, 2006: 105.
- ¹³ Luhmann, 2006: 28-30.
- ¹⁴ Foerster, 1987.
- ¹⁵ Luhmann, 1998: 3.
- ¹⁶ Bobbio, 1995: 146.
- ¹⁷ Gödel, 2006 [1968], 103-104.
- ¹⁸ Stamford da Silva, 2009: 113-137.
- ¹⁹ Para Luhmann uma comunicação é composta por três seleções: informação (*information*); expressão (*Mitteilung*) e compreensão (*Verstehen*). Luhmann, 2007: 49.

- ²⁰ Junto com Warren McCulloch, Norbert Wiener, John von Neumann entre outros autores, Heinz von Foerster foi o arquiteto da cibernética. Ele, particularmente, desenvolveu a teoria da cibernética de segunda-ordem com base nos sistemas auto-referentes e na importância dos eigenbehaviors (autocomportamentos) para a explicação de fenômenos complexos. Nas palavras de von Foerster's: isto é a "cybernetics of observing systems". A famosa distinção de Von Foerster entre máquinas triviais e não-triviais é um ponto inicial ao reconhecimento da complexidade do conhecimento" (<http://www.univie.ac.at/constructivism/HvF.htm>).
- ²¹ Luhmann, 2007: 46.
- ²² Foerster, 2002: 4-5.
- ²³ Luhmann, 1998: 3.
- ²⁴ Maturana, 2009: 13; Luhmann, 1989: 29.
- ²⁵ Foerster, 2002: 319.
- ²⁶ Luhmann, 2007: 29.
- ²⁷ Spencer-Brown, 1969: *passim*; Matherne, 2009.
- ²⁸ Kauffman, 2010; Kauffman, 1987: 53-72.
- ²⁹ Kauffman, 1987: 67.
- ³⁰ Luhmann, 2007: 31; Maturana, 2009: 30.
- ³¹ Luhmann, 2005: 45. No original: "Rechtssystem selbst gehört nur eine code-orientierte Kommunikation, nur eine Kommunikation, die eine Zuordnung der Werte« Recht« und »Unrecht« behauptet; denn nur eine solche Kommunikation sucht und behauptet eine rekurrenente Vernetzung im Rechtssystem; nur eine solche Kommunikation nimmt den Code als Form der autopoietischen Offenheit, des Bedarfs für weitere Kommunikation im Rechtssystem in Anspruch. Das kann im täglichen Leben aus den verschiedensten Anlässen geschehen". LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1995, p. 67.
- ³² Maingueneau, 1997: 39-50.
- ³³ Maingueneau, 1997: 44.
- ³⁴ Maingueneau, 2008: 39.
- ³⁵ Maingueneau, 2008: 39.
- ³⁶ Maingueneau, 2008: 37.
- ³⁷ Maingueneau, 1997: 75.
- ³⁸ Maingueneau, 2007a, p. 33.
- ³⁹ Maingueneau, 2007a, p. 35.
- ⁴⁰ Maingueneau, 2007a, p. 37.
- ⁴¹ Maingueneau, 1997: 113.
- ⁴² Maingueneau, 2008: 37.
- ⁴³ Luhmann, 2007: 29.
- ⁴⁴ Maingueneau, 2008: 26.
- ⁴⁵ Maingueneau, 2005a: 93.
- ⁴⁶ Maingueneau, 2005b: 39.
- ⁴⁷ Maingueneau, 2005a: 61.
- ⁴⁸ Maingueneau, 2005a: 52-56; Maingueneau, 2005b: 21-25.
- ⁴⁹ Maingueneau, 2005a: 56-57.
- ⁵⁰ Luhmann, 2005: 389.
- ⁵¹ Luhmann, 2007: 31.
- ⁵² DIAS, 2008: 298; DIAS, 2010; DIAS: 2011.
- ⁵³ Possenti, 2004: 232-234.
- ⁵⁴ Luhmann, 2007: 30.
- ⁵⁵ Luhmann, 2007: 43.

- ⁵⁶ Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Notas taquigráficas da audiência pública. Dia 28/08/2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54_notas_dia_28808.pdf
- ⁵⁷ Confederação Nacional de Bispos do Brasil. Nota da CNBB sobre aborto de feto “anencefálico”. Disponível em: <http://www.cnbb.org.br/site/imprensa/sala-de-imprensa/notas-e-declaracoes/1434-nota-da-cnbb-sobre-aborto-de-feto-anencefalico>
- ⁵⁸ Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Notas taquigráficas da audiência pública. Dia 26/08/2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54_notas_dia_26808.pdf
- ⁵⁹ Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Notas taquigráficas da audiência pública. Dia 26/08/2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54_notas_dia_26808.pdf
- ⁶⁰ Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Notas taquigráficas da audiência pública. Dia 26/08/2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54_notas_dia_26808.pdf
- ⁶¹ Confederação Nacional de Bispos do Brasil. Nota da CNBB sobre aborto de feto “anencefálico”. Disponível em: <http://www.cnbb.org.br/site/imprensa/sala-de-imprensa/notas-e-declaracoes/1434-nota-da-cnbb-sobre-aborto-de-feto-anencefalico>
- ⁶² Bittencourt, 2010: 176-177.
- ⁶³ Prado, 2010: 98-99.
- ⁶⁴ STJ. 5ª Turma. Habeas Corpus 32.159/RJ. Relatora Min. Laurita Vaz. Julgado em: 17/02/2004.
- ⁶⁵ Watzlawick; Beavin; Jackson, 2008: 67.
- ⁶⁶ Maturana; Varela, 2001: 32.
- ⁶⁷ Kauffman, 1987: 6.
- ⁶⁸ Foerster, 1987: 57.
- ⁶⁹ Foerster, 1987: 63
- ⁷⁰ Foerster, 1987: 51-52.

>> REFERÊNCIAS

- Bobbio, Norberto (1995).** Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: UnB.
- Dias, Maria Berenice**
(2008). “Família homoafetiva”. *De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*, Belo Horizonte, MPMG, n.10, jan./jul., 292-314.
(2011). *As uniões homoafetivas no STJ*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/as_uniões_homoafetivas_no_stj.pdf. Acesso em: 03/07.
(2010). *União homoafetiva não é apenas dividir economias*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-dez-24/stj-retrocede-considerar-uniao-homoafetiva-sociedade-fato>. Acesso em: 30/12/2010.
- Foerster, Heinz von (2002).** *Understanding, Understanding. Essays on cybernetics and cognition*. New York/Berlin/Heidelberg: Springer.
- Foucault, Michel (1986).** *Arqueologia do saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária [1969].
- Gödel, Kurt (2006).** *Obras completas*. Madrid: Alianza [1968].
- Kauffman, Louis H.**
(1987). “Self-reference and recursive forms”. In: *Journal Social Biologic Structure*, no 10, London, Academic Press, p. 53-72.
(2010). *Laws of form — an explanation in mathematics and foundations*. Disponível em: <http://homepages.math.uic.edu/~kauffman/Laws.pdf>. Acesso em: 03/05/2010
- Luhmann, Niklas**
(1988). *Die Wirtschaft der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp.
(1989). *Ecological communication*. Trad. John Bednarz. Chicago: University of Chicago.
(1996). *La ciencia de la sociedad*. México: Universidad IberoAmericana.
(1998). *Sistemas sociales*. Barcelona: Anthropos/México: Universidad IberoAmericana/Santafé de Bogotá: PUC Javeriana.
(2005). *El derecho de la sociedad*. México: Universidad IberoAmericana/Herder.
(2007). *La sociedad de la sociedad*. México: Universidad IberoAmericana/Herder.
- Maingueneau, Dominique**
(2005a). *Análise de textos de comunicação*. São Paulo: Cortez.
(2005b). *Gênese dos discursos*. Curitiba: Criar.
(2008). *Cenas da enunciação*. São Paulo: Parábola.
(2010). *Doze conceitos em análise de discurso*. São Paulo: Parábola.
- Marcuschi, Luiz Antônio**
(2007a). *Fenômenos da linguagem*. Reflexões semânticas e discursivas. Rio de Janeiro: Lucerna.
(2007b). *Cognição, linguagem e práticas interacionais*. Rio de Janeiro: Lucerna.
(2008). *Produção textual, análise de gêneros e compreensão*. São Paulo: Parábola.
- Maturana, Humberto e Varela, Francisco (2001).** *A árvore do conhecimento*. As bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Atena.
- Maturana, Humberto (2009).** *La realidad: ¿objetiva o construida?* Fundamentos biológicos del conocimiento. México: Univesidad IberoAmericana.
- Stamford da Silva, Artur**
(2006). “Etnométricos y decisión jurídica: el derecho estatal como vía a la concreción de los derechos humanos. Una propuesta metodológica”. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29, 423-438.
(2009). “Gödelização da racionalidade e o limite da decisão jurídica: desparadoxizando a dicotomias da hermenêutica desde a teoria dos sistemas de sentido com Niklas

Luhmann". *Revista Acadêmica* (Faculdade de Direito do Recife), Recife, Nossa Livraria, no. LXXXI, 113-137.

(2010). "Decisão jurídica e mudança social. Para uma Sociologia da Decisão Jurídica". *Revista Confluências*, Rio de Janeiro, PPGSD, no 11, 121-150.

(2012a). "Decisión judicial y cambios sociales en la óptica de la teoría de sistemas de sentido social". In: CADENAS, Hugo/MARCAREÑO, Aldo/USQUIZA, Anahí (ed.). *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría*. Santiago de Chile: RIL, 267-316.

(2012b). "Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam". In: Germano Schwartz (org.). *Juridicização da esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 29-58.

Possenti, Sírio

(2004). Sobre o sentido da expressão "sentido literal". In: *Os limites do discurso*. Curitiba: Criar Edições, 227-234.

(2008). "Um dispositivo teórico-metodológico". In: *Contribuições de Dominique Maingueneau para a análise do discurso no Brasil*. São Carlos-SP: Pedro e João, 201-212.

Spencer-Brown, Geroge (1969). *Laws of form*. New York: The Julian Press.

MATHERNE, Bobby (2009). *Laws of for by G. Spencer-Brown*. Disponível em: <http://www.doyletics.com/arj/lofmart.shtml>. Acesso em: 16/02/2009.

Wiener, Norbert (1954). *The human use of human beings*. Cybernetcis and society. New York: Doubleday.

Watzlawick, Paul, Beavin, Janet H. y Jackson, Don D. (2008). *Pragmática da comunicação humana*. Um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação. São Paulo: Cultrix.