

**PRECEDENTES SEGUNDO A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN: ELEMENTOS PARA RECONSIDERAR A CRÍTICA DO DISTANCIAMENTO DO *COMMON LAW* E DO *CIVIL LAW***

***PRECEDENTS THROUGH THE SYSTEMS OF NIKLAS LUHMANN: ELEMENT STORE CONSIDER THE CRITIQUE OF THE DISTANCE OF COMMON LAW AND CIVIL LAW***

Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros\*

Recebimento em agosto de 2015.

Aprovação em setembro de 2015.

**Resumo:** O artigo apresenta o papel atribuído ao precedente, segundo a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Para tanto, indica concepção do direito como um subsistema social funcionalmente diferenciado e esclarece como esse sistema opera por meio do encerramento operativo e do acoplamento estrutural. Após, destaca como o precedente pode ser apresentado como um programa do direito e, ainda, por que é um programa essencial para a auto referência do sistema. Para retratar a contribuição da teoria dos sistemas no direito brasileiro artigo traz uma justificativa para superar a crítica do distanciamento do *common law* e *docivil law* e indicar que quaisquer diferenças extraídas sobre o papel do precedente nessas tradições decorreram de contingências históricas (e não funcionais).

**Palavras-chave:** Precedente. Teoria dos sistemas. Tradições jurídicas. *Common law*. Civil law.

**Abstract:** The article works on the function of the precedent, according to systems theory of Niklas Luhmann. It is pointed out the conception of law as a functionally differentiated social subsystem and explained how the legal system works (operative closure and structural coupling). Afterwards, it is highlighted that the precedent is a necessary legal program for the self-reference of the system. To illustrate the contribution of the system theory in Brazilian law the article brings a justification to overcome the critique of the distance between the *common law* and *civil law* traditions and explain that any differences taken on the role of precedent in these traditions is due to historical contingencies (and not functional).

**Keywords:** Precedent. Systems theory. Legal traditions. *Common law*. Civil law.

## INTRODUÇÃO

É comum verificar quando se discute precedente no direito brasileiro a abordagem imediatista da ideia de tradição jurídica. Dois argumentos opostos são apresentados: nega-se o precedente como fonte real do direito brasileiro a partir da distinção entre *common law* e *civil law* - argumento da não filiação - ou admite-se o

---

\*Doutorando em Filosofia e Teoria do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP). São Paulo-SP, Brasil. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Fundação Getulio Vargas de São Paulo (FGV-SP), São Paulo-SP, Brasil. Advogado. Pesquisador. E-mail: marcoloschiavo@gmail.com

instituto a partir de uma espécie de *commonlização* do direito brasileiro - argumento da filiação.

No primeiro caso, argumenta-se a partir da distinção entre países de direito escrito e os países de direito consuetudinário. A afirmação é conhecida, o *civil law* é um direito escrito, mais sistemático e codificado e o *common law*, não escrito e orientado essencialmente para a construção de um estoque de soluções de casos. A distinção alcança o próprio modelo de aplicação do direito, juízes do *civil law* interpretam textos legais, enquanto, no *common law*, juízes elaboram decisões em função das casuísticas que chegam aos tribunais, não se limitando aos textos legais. Assim, chega-se à conclusão que o precedente seria um instituto, juntamente com o *staredecisis*, exclusivo do *common law*.

No segundo caso, nega-se radicalmente a distinção. Sustentando-se que nunca existiu uma barreira entre direito escrito e consuetudinário, sendo possível a relação e equiparação dos dois modelos históricos ao ponto de chegar a uma conclusão de standardização daquilo que seria “o bom direito”. Concluem-se, portanto, que juízes de ambas tradições lidam com o mesmo material e da mesma maneira.

O artigo não envereda nenhum dos dois caminhos, pois acredita-se que os argumentos da não filiação e da filiação estão equivocados nas suas conclusões. Em outras palavras, ambos deixam de considerar uma importante distinção entre história e função. Caso se adotasse um dos caminhos, reputar-se-ia a existência de um *common law* brasileiro ou se estaria crucificando por completo as transformações operadas com a Emenda Constitucional nº 45/2004 ou com o advento do Código de Processo Civil de 2015.

Os argumentos da não filiação ou da filiação entre *common law* e *civil laws* são apenas de ordem histórica, baseiam-se inteiramente nas distinções do desenvolvimento do direito nos países. Esses argumentos estão centrados a partir da ideia de tradições do direito, que é um referencial que permite uma classificação – e não uma descrição sobre o funcionamento do direito.

Tradição se refere à cultura, e não diretamente ao direito. Discutem costumes e hábitos profundamente arraigados em uma comunidade espacialmente e temporalmente determinados a respeito da organização e da operação adequada de um sistema legal.

Veja que não há nenhum problema com a argumentação histórica. É quase intuitivo afirmar que o desenvolvimento do direito brasileiro foi e é diferente do direito de qualquer outro país, sendo facilmente comprovado pelos fatos e acontecimentos –

razões históricas. O problema nas argumentações da filiação ou da não filiação reside somente quando se radicaliza o argumento, descaracterizando os mecanismos de operação do direito. É dizer, para discutir a função do direito moderno e dos seus institutos (ou programas como será indicado) não é razoável apresentar conceitos que se referem aos acontecimentos.

As radicalidades dos argumentos são constadas nas suas conclusões, para além das razões históricas. O argumento da não filiação permite inferir de forma absoluta a falácia de que não existe lei em sentido formal no direito consuetudinário ou mesmo sustentar que juízes do *civil law* não se baseiam em decisões passadas do tribunal. Do outro lado, o segundo nega radicalmente a utilização do precedente, ignorando-o como um mecanismo de operação do direito.

É nesse sentido que a pesquisa sustenta uma distinção que permite evitar o equívoco de confundir o desenvolvimento histórico da dogmática com a sua própria função. O registro da teoria dos sistemas nos auxilia a evitar esses equívocos. Existe a aplicação de precedente no país em razão da diferenciação do direito. Nesta afirmação não há uma relação de causalidade estabelecida com um fundamento de ordem histórica, com base em tradição, mas há algo que se identifica a partir da funcionalidade do direito.

Ressalta-se que isso não se confunde com a crítica do precedente no Brasil. A saber, da necessidade de uma teoria para elaboração de precedentes<sup>1</sup> – aqui o registro muda por completo, o interesse está relacionado com a qualidade da dogmática produzida no país, sendo possível levantar razões de ordem histórica para verificar as contingências.

Atenções desse tipo são necessárias para discutir o direito, inclusive para realizar uma rigorosa distinção entre a descrição de um sistema e entender os efetivos problemas produzidos pelo sistema, no caso pela qualidade da dogmática brasileira. Percebe-se, assim, que tais constatações devem ser esclarecidas e não podem ser confundidas quando se pretende perquirir sobre o papel do precedente no direito brasileiro. Não se pode negar a existência do precedente no direito brasileiro e nem

---

<sup>1</sup> Questões desse tipo também estão relacionadas, por exemplo, com a confusão entre precedente, jurisprudência e súmula vinculante reproduzida na dogmática brasileira. Veja o alerta de Lenio Streck e Georges Abboud: “(...) não é a introdução das Súmulas Vinculantes que representa o maior problema no direito brasileiro. O problema é o modo como a comunidade jurídica compreende as Súmulas Vinculantes, pensando-as como se fossem precedentes do *common law*” (STRECK; ABBPUD, 2013, p.120).

confundir com outra questão a cerca de como os precedentes são utilizados nos nossos tribunais.

Desse modo, o objetivo do texto é esclarecer a função do precedente segundo a teoria dos sistemas e evitar os equívocos apontados. O artigo está dividido em cinco seções: a primeira corresponde a esta introdução, a segunda apresenta uma visão geral da teoria dos sistemas, indicando a importância da distinção da reconstrução histórica e da compreensão funcional do sistema. A terceira e a quarta seções justificam a distinção a partir da teoria dos sistemas de Luhmann, apresentando, respectivamente, o direito moderno como um subsistema social funcionalmente diferenciado e o precedente como um programa do sistema do direito. Por fim, na quinta seção, será alcançada a conclusão que o precedente é necessário para a auto referência do direito moderno, independente da diferenciação histórica da positivação do direito nos países de tradição do *common law* do *civil law*.

## **1. POR QUE SE PREOCUPAR COM A TEORIA DOS SISTEMAS DA SOCIEDADE?**

As considerações da teoria dos sistemas sobre o direito é um resultado pertencente a grande área da sociologia jurídica. A importância dessa leitura reside no instrumental que permite ao pesquisador uma descrição precisa do direito – conquistada em razão da ruptura da teoria dos sistemas com a filosofia do sujeito. O instrumental de Niklas Luhmann – sociólogo precursor da teoria dos sistemas - possibilita uma maior precisão descritiva dos sistemas sociais, já que se ocupa em compreender como os objetos autor referenciais se descrevem, evitando uma apreensão subjetivista da sociedade<sup>2</sup>.

É possível afirmar com facilidade que a teoria dos sistemas aceita as teses da separação do direito e da moral e do direito e da política, o que o faz se aproximar de uma corrente do juspositivismo e se afastar do jusnaturalismo. No entanto, em razão da própria ideia de sistema apresentada como diferença em relação ao ambiente, esta teoria

---

<sup>2</sup> Nesse sentido é importante o destaque de Guilherme Leite Gonçalves e João Paulo Bachur: “Muitos críticos de Luhmann deixam de apreender o alcance de sua teoria porque deixam passar em branco as importantes implicações filosóficas decorrentes de suas premissas. Nesse sentido, se a noção de comunicação for entendida sem a recuperar sua crítica à teoria do sujeito, parece não haver nada além de uma tautologia: uma teoria dos sistemas autorreferenciais se ocupa de objetos autorreferenciais. Mas a apresentação dos sistemas sociais como objetos autorreferenciais deve ser entendida em toda a sua extensão. Por meio desta formulação, Luhmann rompe definitivamente com a filosofia do sujeito ao alocar a autorreferência – sempre reservada à consciência individual – na comunicação, i.e., em uma esfera objetiva: na sociedade” (2013, p.116)

sustenta uma definição da validade interna ao direito, segundo um critério autorreferencial - o que inviabiliza identificá-lo como qualquer a tese positivista inclusivista ou exclusivista.

O que a teoria dos sistemas do direito faz é radicalizar a ponto de negar uma regra de reconhecimento da validade do sistema jurídico, que depende de uma remissão externa à eficácia social ou mesmo a uma norma hipotética. É o direito quem define sua validade e autodetermina seus conteúdos.

Fato é que a teoria dos sistemas não é equivalente a teoria do direito. Ao contrário, é a própria teoria do direito (em sentido *lato sensu*) que é seu objeto de estudo. Os trabalhos de Luhmann estão preocupados em estudar os processos de diferenciação funcional dos sistemas – traço da modernidade – e, com efeito, do ponto de vista do direito moderno, isto implicou no processo de positivação do direito. Os seus escritos sobre o direito não podem ser confundidos com o próprio desenvolvimento do direito moderno positivo.

Ao contrário, sem qualquer pretensão normativa, Luhmann afirma em *ODireito da sociedade* (*Das Recht der Gesellschaft*) – principal obra do autor que oferece uma visão global do direito, cuja primeira publicação aconteceu em 1993-, “[n]ossa descrição é de um sistema que desenvolve suas próprias teorias e que, ao fazê-lo, tem que proceder de modo "construtivista", e isso significa, sem qualquer tentativa de representar o mundo exterior ao sistema<sup>3</sup> (tradução nossa, 2004, p. 65).

Prevalece uma distinção importante entre o campo da sociologia jurídica e da teoria do direito. Tal sociologia é apenas adequada quando descreve o sistema como um sistema que descreve a si mesmo. A teoria do direito, por sua vez, seria a própria autodescrição do sistema legal, que possui o dever de explicar o funcionamento do sistema.

Tais constatações indicam um importante alerta quando se recorre a teoria dos sistemas para discutir dogmática jurídica (aplicação do código lícito/ilícito). Como visto o registro de Luhmann é a sociologia jurídica (científico) e, por isso, não é possível fazer uma confusão com outro registro da dogmática (autodescrição *pelo* direito).

Isto porque a sociologia jurídica não faz parte do sistema do direito, mas da ciência. No caso, busca descrever como o direito se autodescreve, apresentado uma

---

<sup>3</sup>Trecho original: “(...) we do not attempt to present a theory that is supposed to guide practice. Instead, we describe the legal system as a system that observes itself and describes itself. Our description is of a system which develops its own theories and which, in doing so, has to proceed in a “constructivist” mode, and that means without any attempt to represent the outside world in the system”.

visão funcional. Esse é o conhecimento que Luhmann constrói a partir da sua teoria dos sistemas. Nesse sentido não se pode aceitar uma dogmatização da teoria dos sistemas<sup>4</sup> e nem uma teorização sistêmica da dogmática. É dizer, o direito não se propõe produzir conhecimento sobre a sociedade e nem a ciência se preocupa com a decidibilidade dos casos.

Considerando tais distinções, o artigo apresenta o papel atribuído ao precedente segundo a teoria dos sistemas. Como mencionado, a proposta é indicar que no registro da teoria dos sistemas, a crítica do distanciamento do *common law* e do *civil law* em relação ao precedente não subsiste já que este cumpre o papel de auto referência em qualquer que seja a tradição do sistema jurídico – negando-se as conclusões radicais dos argumentos de filiação ou de não filiação.

A diferença no tratamento entre *common law* e *civil law* aconteceu por questões contingenciais, a saber, da história do desenvolvimento do direito moderno em cada país – discussão reservada à qualidade da dogmática produzida. Em contrapartida, do ponto de vista funcional, da descrição do direito operando, o precedente é necessário independente da tradição que o sistema jurídico se encontre filiado.

## **2. DIREITO MODERNO COMO UM SUBSISTEMA SOCIAL FUNCIONALMENTE DIFERENCIADO**

O ponto de partida da teoria dos sistemas de Luhmann<sup>5</sup> é a ideia de diferença na medida em que a definição de um sistema pressupõe sua diferenciação do ambiente.

---

<sup>4</sup> Veja que isso não significa um isolamento entre os sistemas do direito e da ciência. Como será possível observar, seguindo o aparato conceitual da teoria dos sistemas, há um acoplamento estrutural que permite que o ambiente irrite o sistema – existe uma abertura cognitiva. Nesse sentido, por exemplo, o direito poderia traduzir no seu código certas questões que se colocam para o sistema da ciência com base em irritações provenientes do ambiente. José Gladston Viana Correia e Pedro Henrique Gonçalves de Oliveira Ribeiro também salientam o ponto: “Por outro lado, essa diversidade de funções não significa que a dogmática não possa se beneficiar com considerações sociológicas. A ampliação dos horizontes e a percepção do papel desempenhado pela dogmática jurídica são possíveis resultados desse contato entre direito e ciência, como indica o próprio Luhmann. O direito opera de modo cognitivamente aberto. Referências à ciência, produtora do conhecimento social, podem ser extremamente úteis para a formação de conceitos socialmente adequados no interior do sistema jurídico. Portanto, não se excluem irritações recíprocas entre direito e ciência, entre conhecimento dogmático e zetético. Não se excluem nem mesmo irritações entre teorias sociológicas e decisões jurídicas, operações basais do direito. Essas irritações são, em geral, intermediadas pela dogmática, que é capaz de combinar variação e redundância, heterorreferência e auto-referência, de acordo com as estruturas desenvolvidas no interior do sistema jurídico.” (RIBEIRO; CORREIA, 2011, p.11987)

<sup>5</sup> Sem aprofundar o ponto, deve-se destacar que a empreitada da sociologia luhmanniana é gigantesca. Confira em detalhes: “A teoria de Luhmann constitui um esforço descomunal de dar fundamento e plausibilidade ao fato de que se a sociedade consiste numa reprodução contínua de formas, o método da sociologia deverá consistir na capacidade de emular essa permanente reprodução.” (2010, p. 22)

Em outras palavras, o sistema é uma diferença que se produz constantemente, a partir de um único tipo de operação capaz de reproduzir a diferença em relação ao ambiente. No âmbito social, por exemplo, a comunicação é operação suficiente de diferenciação de outros sistemas – como o orgânico (ou biológico), o psíquico, entre outros.

Todo e qualquer sistema consegue produzir sua própria unidade na medida em que realiza uma diferença a partir de si. Por isso, Luhmann refere-se a um encerramento operativo do sistema; é o próprio sistema que realiza essas operações de maneira interna, sem nenhum contato com o meio.

O encerramento operativo traz como consequência a dependência do sistema a sua própria organização. As estruturas específicas podem ser construídas e transformadas unicamente mediante operações que surjam nele mesmo; por exemplo, a linguagem pode ser transformada somente por comunicações. Percebe-se, assim, que este sistema é auto poietico, vale dizer, que suas operações produzem mais operações, e assim sucessivamente.

Uma questão importante que se coloca é: como o sistema pode evoluir a partir de si? A ideia de *autopoiesis* não assegura esta transformação, pois se trata de uma noção que implica apenas a “(...) consideração de que a vida constitui um tipo de operação único, e não deve ser entendida como um princípio que, exclusivamente a partir de si mesmo, possa a chegar a se diferenciar” (2010, p. 144). Em outras palavras, é somente uma ideia que indica a conservação do sistema.

É a diferença entre sistema/ambiente que possibilita a identificação do sistema, e o ambiente desempenha um importante papel nas transformações deste.

Estas transformações não são uma relação casual entre sistema e meio como, por exemplo, o meio influencia diretamente um sistema, com uma relação *input/output*. No esquema teórico de Luhmann, é o conceito de acoplamento estrutural que justifica a possibilidade de transformação do sistema a partir dele próprio. Em suas palavras:

[o] acoplamento não está ajustado à totalidade do meio, mas somente a uma parte escolhida de maneira altamente seletiva; conseqüentemente, apenas um recorte efetuado no meio está acoplado estruturalmente ao sistema, e muito fica de fora, influenciando de forma destrutiva no sistema (2010, p. 131)

Há uma seleção em jogo. O sistema desenvolve uma relação de indiferença com o ambiente e provoca apenas uma canalização específica por meio das irritações que produzem efeitos aproveitáveis pelo sistema. Novamente, as irritações surgem de

uma confrontação interna entre eventos do sistema (e não a partir do ambiente), é sempre uma auto irritação.

Neste esquema de irritação há sempre redução de complexidade, pois o ambiente é muito mais instável (em termos de relações) e complexo (em termos de possibilidades) que o sistema. Em breve síntese, é a partir do acoplamento que o sistema transforma-se (aumento de complexidade), e do encerramento operativo que se mantém.

E o direito? O direito também é uma diferenciação, neste caso, um subsistema social. Há uma forte ideia que marca a transição para a sociedade moderna a partir de um processo de diferenciação funcional dos sistemas, é dizer, o direito, ao lado de outros sistemas, tais como política, economia, ciência, religião, é autônomo e possui uma “racionalidade” própria e capaz de diferenciá-lo dos demais.

Destarte, considerando-se que o direito também segue a diferença entre sistema/ambiente, é necessário entender quais são as operações pelas quais ele se produz e reproduz. Obviamente, como subsistema social, é a comunicação jurídica que assegura a sua diferenciação de acordo com o código entre lícito e ilícito para as operações do sistema – nenhum outro sistema opera com este código (lícito/ilícito).

Vale destacar o apontamento de Orlando Villas Bôas Filho:

A codificação binária da comunicação jurídica é compreendida por Luhmann como a forma estrutural que garante a própria autopoiese dos sistemas, pois, ao instituir um valor positivo (lícito) e um valor (ilícito), o código, que ademais somente pode ser manejado no plano da observação de segunda ordem, permite ao sistema jurídico classificar as condutas como estando de acordo ou desacordo com o direito. Trata-se de um esquema bivalente do qual o direito se vale para estruturar suas operações e distingui-las de outros assuntos (...) (2009, p. 146)

A ideia de código também está associada à função do direito, afinal, para a diferenciação acontecer é preciso que seja uma diferenciação funcional que possibilite a distinção, algo que especifique esta diferenciação do sistema.

Para Luhmann, a função do sistema do direito é a estabilização das expectativas contrafáticas (normativas), isto porque “o direito só é direito, se há razão para esperar que expectativas normativas sejam esperadas normativamente<sup>6</sup>” (tradução nossa, 2004, p.158). Na ausência do código, a função não é suficiente para a diferenciação do direito. O código binário permite realizar uma distinção essencial para o sistema do direito: aquilo que é lícito não é ilícito e, por sua vez, o que é ilícito não é

---

<sup>6</sup>Trecho original: “law is only law if there is reason to expect that normative expectations can be expected normatively”



lícito – o código assegura, por assim dizer, a biestabilidade.<sup>7</sup>Embora estável, ele não garante por si só a reprodução do sistema.

A aplicação do código do direito é determinada por meio dos programas condicionados, que podem variar de conteúdo. Os programas são as produções do sistema que fixam o código, vale dizer, textos legais, contratos e, inclusive, precedentes. Percebe-se, portanto, que os programas, em complemento aos códigos, são essenciais para reprodução do sistema, uma vez que são momentos da própria operação do sistema.

Luhmann afirma, “a autodeterminação autopoietica do sistema se dá apenas por causa da diferença entre codificação e programação<sup>8</sup>” (tradução nossa, 2004, p.193), ainda acrescenta, “os programas devem ser adequados para direcionar a alocação dos valores legais e ilegais. E, muito claramente, a função da lei está sempre envolvido no nível de programação<sup>9</sup>” (tradução nossa, *Ibidem*, p. 195).

Os programas possibilitam a realização da função do direito, servindo como resolução de conflitos ao distinguir o que é direito do que não é direito. Neste sentido, a justiça entendida por Luhmann é a própria consistência das operações internas que reconhecem o que pode ser qualificável como direito. Destaca-se, aqui, que a consistência da justiça como fórmula de contingência que possibilita a generalização das expectativas normativas.

Em atenção ao princípio do *non liquet*, a decisão é sempre tomada com base na aplicação seletiva do código a partir dos programas. Verifica-se, portanto, uma obrigatoriedade da autoridade de decidir, especialmente sobre aquilo que o sistema já produziu no passado, caso enfrente um conflito semelhante.

Trata-se de uma consistência necessária para a autorreferência do sistema. É dizer, a unidade do sistema está baseada na sua própria operação interna, é com os programas do direito que o sistema reproduz sua unidade.

---

<sup>7</sup>Sobrebiestabilidade, Luhmann explica: “Codes are preconditioned structures which, when simplified radically, can be traced back to bi-stability. This refers to systems that can assume two states on which all further operations depend (...) Bi-stability already causes a system to respond to a highly complex environment with its own operations and in a fully predetermined manner without the need to adjust to that environment.” (2004, p. 183)

<sup>8</sup>Trecho original: “[t]he autopoietic self-determination of the system comes about only because of the difference between coding and programming”.

<sup>9</sup>Trecho original: “the programmes must be suitable to direct the allocation of the values legal and illegal. And, quite clearly, law’s function is always involved at the level of programming (...)”.

### **3. PRECEDENTE COMO UM PROGRAMA PARA A AUTORREFERÊNCIA DO DIREITO: REDUDÂNCIA E VARIEDADE**

Como visto, o precedente é um programa necessário para a autorreferência do direito, pois somente com a circularidade e reciprocidade entre códigos e programas que a unidade do direito é assegurada.

Quando um juiz decide um caso com base em um precedente está ao mesmo tempo produzindo e reproduzindo a unidade do sistema jurídico, enquanto símbolo circulante. O precedente é citado na decisão para justificar determinado posicionamento, geralmente reconstitui-se o caso concreto para apresentar as razões de aproximações entre o caso já decidido e o caso a ser decidido.

Ao realizar aproximações, o tomador de decisões delimita o âmbito em que recorrerá as razões do precedente, caso concreto já decidido. Tal situação reforça um processo de argumentação que se baseia na identificação de razões e casos relevantes – *ratione decidendi* - e descarte de situações secundárias – *obiter dictum*- à decisão de novos casos. No final, tal processo contribui para manter um razoável grau de consistência entre as decisões e permitir a unidade do sistema por meio desta autorreferência.

O que a autorreferência assegura é o fechamento do sistema jurídico e, assim, sua validade é extraída dele mesmo. Isso não se confunde com a extrema variabilidade interna dos programas. Veja que o precedente não é óbice para a mudança de conteúdo dos programas, que são variáveis, afinal um juiz pode decidir um caso para superar ou diferenciar dos precedentes do tribunal. No nosso caso, o que se exige é a consistência na tomada de decisão com base nos precedentes.

A exigência por consistência no momento de tomada de decisão fica evidenciada, também, com a diferenciação interna do direito, entre centro (tribunais) e periferia (legislação, contratos, atos jurídicos), bem como na discussão referente aos argumentos jurídicos.

Para Luhmann, os tribunais ocupam o centro, uma vez que necessitam, obrigatoriamente, transformar situações indeterminadas em determinadas, vale dizer, aplicar o direito. Em contrapartida, a periferia está mais suscetível à irritação e, por isso, próxima de outros sistemas. Fato é que a ideia de centro/periferia remete a certa relação de maior/menor isolamento cognitivo no sistema e, em consequência, a uma carga maior/menor de consistência quanto à dogmática produzida – “a periferia do subsistema jurídico seria muito mais suscetível a irritações que o centro de tal subsistema que,

nesse sentido, submete-se mais do que a periferia a exigências de decisões consistentes” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 382).

Neste modelo, uma das formas de controle de consistência do sistema é o respeito e a aplicação dos precedentes do tribunal. Ao decidir um caso novo, a autoridade enfrenta um novo processo de tomada de decisão verificando se este é inédito ou é repetido. A autoridade pode decidir de maneira diferente a partir do código ou generalizar por meio dos programas, inclusive a partir de uma decisão já realizada.

Segundo Luhmann é esse traço que marca a argumentação jurídica pelo parredundância/variedade (informação). No oitavo capítulo de *O Direito da sociedade*, Luhmann apresenta a noção de argumentação jurídica como operações do sistema, que determinam como e quando o código lícito/ilícito é aplicado.

As operações funcionam como observação de segunda ordem<sup>10</sup>, levando em consideração os programas. São essas operações que permitem distinguir as razões das decisões, permitindo que Luhmann afaste os teóricos da argumentação que fundamentam as razões fora do sistema (moral, política, etc) a partir do mencionado parredundância/variedade (informação).

Redundância é tudo aquilo que não é novo na comunicação, enquanto a variedade é o conteúdo novo que proporciona a comunicação, “redundância envolve a informação que está disponível para o processamento de informações e a variedade é a informação que ainda falta<sup>11</sup>” (tradução nossa, 2004, p. 320).

Veja que nesse modelo não existe informação sem redundância já que é a redundância que possibilita o processo de informação. Ao mesmo tempo a variedade possibilita a alteração da redundância, “atualizando” o sistema. Para o direito essa compreensão somente pode ser observada nos casos concretos, vale dizer, nas tomadas de decisão. É nesse sentido que é possível identificar a função do precedente como uma fórmula de redundância, que serve de parâmetro para uma outra decisão. Se há repetição (redundância), reitera-se a decisão anterior; se há uma situação inédita, profere-se uma nova decisão, que pode afetar o sistema ao gerar uma nova estabilização.

Repetições acontecem a todo momento, em circunstâncias completamente diferentes. Sendo comparável a demanda para o tratamento de assuntos iguais

<sup>10</sup>Luhmann explica, “what matters is always the elaboration of an argument – for others to observe. By being attuned to argumentation (however abbreviated in legal practice), the legal system exhibits criteria that are, generally, typical of all functioning systems” (2004, p.353).

<sup>11</sup>Trecho original: “redundancy involves the information that is available for the processing of information, and variety is the information that is as yet missing.”

de forma igual e apenas questões desiguais desigualmente (...) A repetição requer condensação e confirmação, redução de identidades definíveis e generalização. Isto é como exatamente funciona a prática jurídica nos tribunais, tanto no trato com os precedentes, como na interpretação dos estatutos<sup>12</sup> (tradução nossa, 2004, p.314)

No limite, só aos tribunais cabe verificar a consistência ou assimilar as mudanças dos programas.<sup>13</sup> Observar a aplicação dos precedentes é o equivalente a atestar o funcionamento do sistema do direito; uma decisão é referência para outras, sobretudo pela possibilidade de esta decisão já estar prevista pelo sistema por meio dos seus programas – caso contrário, seria uma situação inédita, passível de acarretar mudanças.

Além disso, Luhmann considera que a própria argumentação jurídica aumenta a complexidade do sistema e, portanto, importa verificar quais são as fórmulas de redundância possíveis para assegurar a consistência.

Os precedentes cumprem um papel de autorreferência do sistema, qual seja, a consistência com base na referência a casos já decididos. Cada decisão pode indicar a tendência de produção das outras decisões, assim como o sistema utiliza essa função estabelecida por meio da reiteração de decisões, que asseguram a consistência. Mesmo as decisões administrativas estão contempladas nesta relação, na medida em que os julgados dos tribunais administrativos, que também estão no centro do sistema, são referências para outras decisões.

Qual seria, então, a justificativa para não seguir o precedente, caso a autoridade esteja enfrentando um caso semelhante já decidido no passado? Para o sistema, nenhuma. Primeiro, novamente pelo *non liquet*, a autoridade precisa decidir para que não haja comprometimento do encerramento operativo do sistema. Segundo, pela consistência das decisões, o programa não permite que a autoridade decida de maneira diversa, uma vez que pode repercutir negativamente na operação interna do sistema. Terceiro, a partir da argumentação jurídica, pelo par redundância/variedade, é imprescindível recorrer a fórmulas de redundância para a argumentação.

---

<sup>12</sup>Trecho original: "Repetitions happen again and again in entirely different circumstances. Case may be constructed as being comparable in view of the demand to treat equal matters equally and only unequal matters unequally (...) Repetition requires condensation and confirmation, reduction to definable identities, and generalization. This is exactly how legal practice works in courts, both in dealing with precedents and in statutory interpretation".

<sup>13</sup>Nestesentido, Luhmann argumenta que "[c]ourts interpret differently, namely argumentatively and in order to present the ratio of their own decisions. The level of second-order observation serves here the purpose of testing how far the consistency of the observation of law to date can be combined with the integration of new information or with a change of preferences." (2004, p. 297)

O saldo é que o precedente cumpre um papel para justificar outras decisões em situações de semelhança – opera como uma fórmula de redundância que possibilita a argumentação jurídica –, confirmando a autorreferência do sistema. Trata-se de uma consistência exigida da atuação dos tribunais, que se encontram isolados cognitivamente e são obrigados a decidir conforme os programas condicionados.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta do artigo foi indicar uma distinção necessária para o pesquisador que transita entre os domínios da sociologia jurídica e da dogmática do direito. Optou-se por apresentar a questão relacionada ao precedente como uma maneira de indicar que qualquer diferenciação desse instituto no direito, em países de tradições jurídicas distintas, decorre de contingências históricas (e não funcionais). Neste momento, importante fixar algumas constatações alcançadas no estudo.

A distinção permitiu compreender os papéis de uma sociologia jurídica e de uma teoria do direito (em sentido *lato sensu*). Fato é que uma não se reduz na outra, sequer supre a outra. Como visto, são registros diferentes: ciência e direito.

Diante da distinção conseguiu-se evitar, por exemplo, o equívoco de reputar como causa de definição da função do precedente no direito brasileiro o argumento da filiação ou da não filiação à tradição do *common law*. Esse posicionamento não nega que existam diferenças entre o precedente no direito brasileiro daquele encontradas nas tradições anglo-saxônicas. Sequer nega a importância da distinção histórica entre *common law* e *civil law*. O posicionamento permite apenas uma acurada descrição, indicando que a diferenciação entre tradições não afeta diretamente a função do código e dos programas do direito moderno.

A dificuldade de realizar essa diferenciação nas pesquisas sobre precedente pode justificar a necessidade premente de uma descrição do direito brasileiro e seus institutos segundo a teoria dos sistemas. Talvez falte estudos que busquem compreender as especificidades da diferenciação funcional do direito brasileiro, sem provocar distorções na realidade do direito. Nesse sentido é importante o destaque de Orlando Villas Bôas Filho:

A teoria dos sistemas pode, sem dúvida, contribuir para uma análise mais precisa do direito no Brasil, porém há que haver um esforço de mediação para tanto, que não descure das especificidades que, em meio à modernidade, outorgam à sociedade brasileira sua singularidade. É a teoria que deve

adaptar-se à sociedade que pretende descrever e não esta à descrição daquela. (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p.397)

No caso dos precedentes, é possível sustentar empiricamente que prevalece hoje, no direito brasileiro, uma grande confusão terminológica entre os termos precedente, jurisprudência, *leading case* entre tantos outros. Basta verificar nas sentenças e acórdãos que há uma grande variação na maneira de citar os julgados pelos juízes ou pelos desembargadores. Não há padronização nas citações dos tribunais<sup>14</sup>.

Além disso, muito embora a justificação das decisões judiciais é uma das garantias constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito, prescrita no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, juízes não estão adstritos às justificativas apresentadas pelos seus pares (internamente) ou mesmo perante as outras cortes (externas) – em certa medida trata-se de déficit de deliberação das instituições no país. Uma das particularidades do caso brasileiro é o fato que o tomador de decisão pode acolher ou não o pleito dos autores, com motivação diversa da apresentada pelos demais membros do órgão colegiado e de outras instâncias julgadoras. Assim, não se perfaz um maior constrangimento argumentativo por parte do tribunal, pois o juiz não enfrenta as razões pelas quais as decisões anteriores foram tomadas, tampouco os motivos que levaram à manutenção dessas mesmas decisões – desestimulando a discussão e avaliação séria das consequências envolvidas. Não é difícil constatar acórdãos que levam em conta consequências diferentes e, inclusive, contraditórias, pois as decisões colegiadas são resultado de uma soma de votos que podem ser justificados pelos juízes por diferentes argumentos e sem a preocupação com a coerência e o encadeamento dos argumentos no acórdão.

Todas essas situações indicadas podem significar um abalo na qualidade da dogmática produzida no país já que as autoridades apenas atribuem um peso retórico aos precedentes e não se preocupam com as deliberações. Isto, contudo, não nega a existência dos precedentes no direito brasileiro, ainda que qualquer outra ilação sobre a dogmática brasileira obrigue o pesquisador a levantar e compreender as razões históricas da nossa modernidade jurídica.

---

<sup>14</sup> A falta de padronização das citações realizadas pelos tribunais pode provocar confusões e dificuldades na argumentação jurídica entre os juízes e, por sua vez, na dogmática produzida pelo tribunal.

## REFERÊNCIAS

CAMPILONGO, C. F. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

GONÇALVES, G. L.; BACHUR, J. P. “O direito na sociologia de NiklasLuhmann”. In: SILVA, F. G.; Rodriguez, J. R. (Org.). *Manual de Sociologia Jurídica*. 1ed.São Paulo: Saraiva, 2013, p. 111-131.

LUHMANN, N. *Law as a social system [Das Recht der Gesellschaft]*.Oxford University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.

RIBEIRO, P.H.; CORREIA, J.G.V. Por que Luhmann? A função da dogmática jurídica para o direito e sua (má) utilização da teoria dos sistemas. In: *XX Encontro Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito)*, 2011, Belo Horizonte, MG. Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI, Belo Horizonte, 2011, pp. 11.972-11.998. [online] Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XXencontro/Integra.pdf>>. Último acesso em 07/05/2015.

STRECK, L.L.; ABBOUD, G. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

VILLAS BÔAS FILHO, O. *Teoria dos Sistemas e o Direito Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.