

Construção Retórica da Norma Jurídica pelas Decisões Judiciais Como Forma de Evolução do Sistema Jurídico¹

OLIVEIRA, Diogo²

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

RESUMO: A partir da teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, procura-se, de acordo com uma perspectiva filosófica retórica, perceber como o sistema psíquico do intérprete da norma jurídica se irrita com as novas realidades e perspectivas sociais, produzindo, através de argumentação e fundamentação, novas normas jurídicas que levam à evolução do sistema jurídico.

PALAVRAS-CHAVES: Sistema Jurídico. Alteração. Normas Jurídicas. Decisões Judiciais.

ABSTRACT: From the theory of Niklas Luhmann Systems, looking up, according to a philosophical rhetoric, notice how the psychic system of the rule of law interpreter gets annoyed with the new realities and social perspectives, producing, through argumentation and reasoning, new legal rules that lead to the evolution of the juridical system.

KEY WORDS: Juridical System. Modification. Juridical Standards. Judicial Decision.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Sistema Jurídico na Teoria de Luhmann. 1.1. Considerações sobre a Teoria dos Sistemas. 1.2. Sistema Jurídico. 2. A norma numa perspectiva retórica. 2.1. Filosofia Retórica. 2.2. Construção de Sentidos da Norma Jurídica. 2.3. Alterações Produzidas pelas Decisões Judiciais. Conclusões.

¹ Trabalho apresentado como requisito para conclusão da disciplina de Teoria Geral do Direito – Direito Poder e Justiça: o Ordenamento Jurídico, no curso de mestrado da PUC – SP.

² Diogo Melo de Oliveira. Procurador da Fazenda Nacional e mestrando em *Direito*, na linha de pesquisa *Efetividade do direito público e limitações da intervenção estatal* na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Email: diogomo@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Decisões recentes do Supremo Tribunal Federal brasileiro ganharam notoriedade e repercussão pela ousadia e coragem. Ao decidir, por exemplo, que, diante da falta de lei regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos, deve-se assegurar a estes a aplicação parcial da lei de greve dos trabalhadores do setor privado, o Supremo alterou o paradigma até então vigente de que as decisões judiciais não poderiam suprir a omissão legislativa para garantir a satisfação de direitos constitucionais.

Avançou ainda mais o Supremo ao decidir pela legalidade do aborto de fetos anencefálicos, pois o Código Penal prevê como criminosa a conduta abortiva, excetuando-se apenas duas circunstâncias diversas e bem definidas (estupro ou aborto terapêutico), diante das quais a conduta não é considerada criminosa.

Os Ministros confrontaram os direitos da mulher sob uma perspectiva de dignidade da pessoa humana com o Princípio da Separação dos Poderes, ante a inexistência de previsão legal expressa autorizando o aborto de feto com anencefalia. Assim, construíram uma argumentação no sentido de que não estavam autorizando práticas abortivas nem legitimando a prática do aborto, pois haveria uma grande diferença entre legalização do aborto e a antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia³.

Os exemplos se multiplicam na jurisprudência. Há decisões autorizando o casamento entre pessoas do mesmo sexo ou a adoção por casais do mesmo sexo, ou, ainda, determinando que o Poder Executivo forneça determinados medicamentos ou tratamentos a determinados pacientes.

Doutrinadores vêm atribuindo a alcunha de “ativismo judicial” a essa postura do Poder Judiciário. Não nos interessa fazer um julgamento de valor nem discutir o acerto ou erro, justiça ou injustiça das decisões, nem tampouco nos posicionar a favor ou contra essa postura ativista. Referimo-nos a “avanço” apenas no sentido de demonstrar a inovação, a novidade da construção realizada pelo Judiciário.

³ Julgamento da ADPF 54/DF, Informativo 661, de 09 a 13 de abril de 2012.

Essas decisões judiciais chamam a atenção para o fato de que as normas jurídicas não têm um conteúdo pré-estabelecido pelo legislador. Ao contrário, o sentido da norma é construído pelo intérprete da mesma. Essa ideia se coaduna com a filosofia da linguagem e com uma perspectiva retórica da construção de sentidos dos textos normativos, dando relevo às decisões judiciais e à evolução (não necessariamente positiva) por elas produzidas no sistema jurídico.

Portanto, buscaremos estudar o que é um sistema jurídico à luz da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, no intuito de buscar a forma como o sistema evolui e, a partir daí, perquirir a compatibilidade dessa teoria com a perspectiva retórica de que os conteúdos das normas jurídicas são atribuídos pelo intérprete através da linguagem, e, então, compreender o fenômeno do “ativismo judicial” e as alterações ocorridas no sistema jurídico em função dessa postura proativa e inovadora do Poder Judiciário.

1. SISTEMA JURÍDICO NA TEORIA DE LUHMANN

1.1. Considerações sobre a Teoria dos Sistemas

A incapacidade das teorias sociais mais influentes do século XX em explicar a sociedade moderna diante de sua complexidade levou Niklas Luhmann a desenvolver uma teoria dos sistemas focada na diferença entre o sistema e o meio.

Para Luhmann (2009), as teorias tradicionais focavam suas atenções para o sujeito como elemento do sistema social, sempre voltadas para o humanismo e para a ação, o que não era mais suficiente para explicar a sociedade moderna.

Para Karl Marx (*apud* LOPES, 2012), a ordem social é imposta pelo poder exercido pela classe capitalista sobre o proletariado em virtude do controle dos meios de produção, portanto, a mudança deveria ser providenciada pela inversão da ordem de poder, com a vitória do proletariado nessa luta de classes.

Mas, desde Max Weber (*apud* LOPES, 2012), há diferenciação de paradigma para se estudar a sociologia, a depender do foco na ação ou no

sistema. As teorias da ação estão lastreadas no subjetivismo, no indivíduo e em seus aspectos psíquicos e orgânicos, enquanto as teorias do sistema estão focadas nas realidades de grande escala, macrossociais, conservando-se abstratas.

Weber defende ser papel da sociologia o estudo das mudanças que acontecem na sociedade a fim de compreendê-la e sistematizá-la, defendendo a ideia de ação social dinâmica e mutável, na medida em que os indivíduos se relacionam subjetivamente e determinam suas ações (eleição de fins e determinação dos meios) pelo comportamento alheio.

Já Émile Durkheim (*apud* LOPES, 2012) vê a sociedade como um organismo, no qual cada órgão tem sua função e depende dos outros para viver. Assim, para Durkheim, o indivíduo faz parte do todo e as ações são determinadas por consensos morais e símbolos normativos.

Luhmann (2009) entende que nenhuma dessas ideias estava correta, defendendo que o sistema psíquico está separado do sistema social e que um não penetra no outro, sendo um o ambiente do outro.

A teoria dos sistemas proposta por Luhmann retira o indivíduo do centro das especulações da sociologia, a partir da ideia de que o sistema social tem um código próprio e opera por si mesmo, tendo no ser humano o seu meio, externo ao sistema. A proposta é de observar científica e isoladamente o sistema social e fixa a noção de que o sistema existe de forma a não se misturar com o seu meio.

Por isso, voltou suas atenções para a teoria de Talcott Parsons (o funcionalismo estrutural), centrada numa premissa de que “ação é sistema” porque as predeterminações de valores e símbolos normativos existentes no sistema conduziram as decisões dos indivíduos, que seriam apenas sujeitos da ação já guiada pelos valores do sistema.

O funcionalismo estrutural está lastreado na premissa de que o sistema tem unidade e se distingue do meio pela existência de estruturas. Essas estruturas precisam se manter para que o sistema mantenha a sua unidade.

A teoria de Parsons, explica Luhmann, não conseguiu resolver os seus próprios problemas, pois, por pressupor a necessidade de manutenção das estruturas, servia mais para reforço às estruturas de domínio, além de não explicar os desvios e disfunções existentes na sociedade.

A despeito disso, Luhmann vê nela uma virtude determinante para entender o sistema como unidade e distingui-lo do meio que o cerca. É que Parsons avançou ao perquirir como o sistema se mantém distinto do meio com o qual se intercambia por meio de estruturas. Além disso, os “becos sem saída” em que o funcionalismo estrutural se colocou acabaram por instigar investigações sobre os desvios, disfunções, contradições, conflitos de valores e limites das estruturas relativamente à mudança social.

Para o teórico, “sistema é a diferença que se produz constantemente, a partir de um único tipo de operação” (LUHMANN, 2009, p. 91). Ou seja, o sistema é precisamente a diferença entre sistema e meio. É esse “paradoxo de base” que define o sistema.

Disposto a compreender a complexidade da sociedade moderna, Luhmann constrói a teoria dos sistemas pela percepção de que as possibilidades são infinitas, mas se tornam sociais apenas as seleções feitas pelo sistema.

Ou seja, o ambiente é sempre mais complexo que o sistema e este seleciona no universo das possibilidades aquilo que interessa. A complexidade do ambiente é sempre maior, mas a diferenciação efetuada pelo sistema seleciona propriedades e as inclui no sistema, aumentando sua complexidade interna e, assim, sua própria capacidade de efetuar novas diferenciações, o que implica mudança na estrutura e, pois, evolução.

A operação que reproduz a diferença entre o sistema social e o meio é a comunicação. É através dela que algo que está no meio pode vir a ter significado para o sistema, a partir do momento em que este possa conectar o acontecimento do meio à comunicação. Por meio dela, aliás, o sistema faz a seleção do que lhe interessa, excluindo todo o resto.

Comunicar pressupõe três operações seletivas: a informação, o ato de comunicar e o ato de compreender (ou não!) – há socialização, pois há interação de ao menos 2 sistemas psíquicos – o que gera dupla contingência (um em relação ao outro) e estruturas de expectativas (delimitação do âmbito de possibilidades de seleção – mútua).

Nota-se que o que está no sistema psíquico do indivíduo é ambiente para o sistema social, na medida em que este não pode ter o apropriado conhecimento daquele, afinal, o que é pensamento não é comunicação.

Essa realidade é caracterizada por Luhmann a partir do conceito de autopoiese, pelo qual qualquer ato de comunicação se produz pelo fato de responder a outro ato de comunicação, e possibilita, por sua vez, comunicações futuras. Neste sentido:

“os sistemas sociais, assim entendidos, são universos de comunicações formados pelo facto de certas comunicações identificarem outras como pertencendo ao mesmo universo por mobilizarem a mesma distinção, isto é, propondo uma mensagem que faz sentido. O que não se baseia nesta distinção não faz sentido” (GIBERTI, 2005, p. 228-229).

O que ocorre no meio não é “compreendido” pelo sistema, não faz sentido. Tais acontecimentos são tidos como irritação ou ruído para o sistema. Entretanto, a sociedade moderna desenvolve mecanismos de facilitação para a atenção aos aspectos dos demais sistemas que lhes servem de ambiente, a fim de viabilizar a seleção das propriedades que serão convertidos para seu código próprio e passarão a lhe fazer sentido.

É sob essas premissas que Luhmann distingue o indivíduo da sociedade. Esta compõe o sistema social, que opera com a comunicação, ao passo que aquele é o sistema psíquico, operado pelo pensamento.

Cada um desses sistemas se reproduz autônoma e autopoieticamente, o que significa dizer que cada um se utiliza de suas próprias estruturas para se reproduzir, não havendo como um operar no outro, que lhe serve de meio. O sistema psíquico, portanto, não pode, com sua própria estrutura (o pensamento), determinar o que acontece no sistema social, que tem a sua própria forma de operação (a comunicação).

O meio, contudo, tem que criar as condições para a operação do sistema. Pela noção de acoplamento estrutural e de interpenetração se percebe que o sistema só pode construir estruturas compatíveis com o meio, ou seja, a comunicação só se realiza na medida em que se compatibiliza com o pensamento.

Tendo em vista que o consenso é improvável, Luhmann afirma que o sistema precisa ampliar suas possibilidades de êxito, o que faz por meio de aquisições evolutivas como a linguagem, os meios de comunicação e os meios simbólicos generalizados (dinheiro, poder, amor, etc.).

A noção de evolução autopoietica, destarte, pressupõe essa necessidade de que o sistema seja adaptado ao meio, ou seja, utilize sua própria estrutura de operação para se adequar às condições do meio, sem que daí resulte a interferência do meio no sistema, visto que aquele não consegue operar neste.

Trata-se do acoplamento estrutural, um canal para permitir essa irritação. Esse canal é a linguagem.

Dito isto, é possível perceber a abertura cognitiva dos sistemas em contraposição ao fechamento operacional decorrente do uso da comunicação para operação do sistema.

Essa forma de compreender a evolução do sistema é imprescindível para os fins do presente estudo a fim de analisar as alterações impostas no sistema jurídico pelo ativismo judicial.

1.2. O Sistema Jurídico

As obras escritas por Luhmann acerca do Direito até o final dos anos 70 revelam que, para ele, a validade da norma dependia das expectativas normativas, ou seja, as pessoas tinham que possuir uma expectativa de que outras se comportariam de determinada maneira e que essas pessoas também tivessem essa expectativa em relação a ela, exigindo-se, ainda, que essa expectativa possuísse certo grau de permanência, no sentido de que se esperasse que o descumprimento da expectativa não implicasse o abandono da mesma, característica que conferia normatividade à expectativa, em oposição à mera expectativa cognitiva, que estaríamos dispostos a rever em função de nossas experiências (GUIBENTIF, 2005, p. 200).

A ideia de legitimação pelo procedimento se sustenta na constatação de que as aparências de adesão proporcionadas por determinados comportamentos contribuem para orientação dos comportamentos alheios, bem como porque a aceitação da norma resulta da composição de várias experiências favorecidas pelo procedimento de conformidade e aparente adesão dos outros. Essa aceitação independente do motivo é chamada por Luhmann de legitimidade (GUIBENTIF, 2005, p. 209).

Essa perspectiva inicial demonstra a influência da teoria do funcionalismo estrutural de Talcott Parsons no pensamento de Luhmann, pois corresponde à ideia de Direito como estrutura social.

Os estudos de Luhmann, contudo, sofreram uma mudança de paradigma, tido como uma ruptura por alguns de seus comentaristas. Isso se refletiu em sua visão acerca do Direito. A partir dos anos 80, com a inclusão da autopoiese em seus estudos, ele deixou de ver o Direito como uma estrutura decorrente da expectativa normativa e do procedimento para passar a percebê-lo como um sistema comunicacional com código binário próprio (conformidade ou não conformidade ao direito).

Assim, o sistema jurídico passa a ser visto a partir de uma perspectiva social, afastando-se de uma visão subjetivista, pois parte do pressuposto de que um sistema não alcança o que está no meio e que lhe é indiferente. Isso implica na percepção de que as expectativas psíquicas dos indivíduos não fazem parte do sistema jurídico, afinal a consciência de cada um não pode ser apropriadamente conhecida por outrem.

Se o sistema social é operado pela comunicação, o Direito é tido como um “universo de comunicação que tem em particular duas características: evoluiu no sentido de cumprir uma função muito específica; e estende-se a toda a sociedade-mundo” (GUIBENTIF, 2005, p. 226).

Neste particular, sobrepõe-se notar que o Direito deixou de ser visto como mera estrutura do sistema social para ganhar contornos de autonomia sistêmica, na medida em que opera com uma espécie de comunicação que lhe confere particularidade, um código próprio, qual seja a norma jurídica, por meio da qual se diferencia dos demais sistemas.

O sistema se diferencia do meio ambiente que o cerca e que lhe é indiferente, irritando-se com as complexidades encontradas e selecionando aquelas que serão incorporadas por meio do seu operador. É precisamente essa operação de seleção que dá unidade ao sistema, pois é esse o traço que o distingue do meio que o cerca.

O sistema jurídico, nesse sentido, se diferencia de outros sistemas, como o social, o político e o econômico, por exemplo, selecionando propriedades dos eventos ali produzidos para ingressarem no sistema jurídico

através do código que lhe é próprio, ou seja, a norma jurídica. Sem essa operação, tudo aquilo permanecerá indiferente ao sistema jurídico.

Percebe-se que o direito tem um código próprio que lhe confere fechamento sintático, atribuindo identidade aos elementos que lhe compõem. Por isso, só por meio desse código próprio pode ser inserido um novo elemento no sistema. Esse código próprio é a comunicação típica do sistema. No caso do direito positivo, as normas jurídicas.

Portanto, a linguagem competente para inserção ou retirada de normas jurídicas do sistema é própria linguagem utilizada pelo sistema, o que significa dizer que a entrada e a saída de normas do sistema, assim como a forma pela qual se relacionam e encontram fundamento de validade, estão previstas pelo próprio sistema por meio de sua própria linguagem prescritiva, ou seja, pelas normas jurídicas.

É nesse sentido que entendemos o direito como um sistema autopoietico, já que é autorreferente, autolimitado e autorregulado na exata medida em que todo o processo comunicacional é regulado pelo próprio sistema.

Embora fechado operacionalmente pelo código que lhe é próprio, o direito positivo é aberto cognitivamente, o que significa dizer que os conteúdos semânticos dos termos que compõem as normas são atribuídos a partir de experiências obtidas também fora do sistema jurídico.

Cabe, então, perceber que a lei por si só nada diz. Trata-se de mera tinta no papel. O conteúdo da norma jurídica que visa a regular as condutas humanas dentro da sociedade será estabelecido pelos intérpretes e pelas relações comunicacionais, mormente dentro dos processos de decisão.

A partir dessa constatação, é possível avançar sobre a análise da atribuição dos sentidos e construção semântica da norma para se chegar à compreensão do fenômeno pelo qual através de uma argumentação juridicamente fundamentada é possível produzir alterações no conteúdo da norma e, assim, fazer evoluir o sistema jurídico.

2. A NORMA JURÍDICA NUMA PERSPECTIVA RETÓRICA

2.1. Filosofia Retórica

Por séculos, a Filosofia se baseou na ideia de que a linguagem seria um instrumento de representação da realidade, ou seja, seria um mero instrumento para representar o objeto do conhecimento.

O giro-linguístico iniciado por Wittgenstein (*Tractatus lógico-philosophicus*) alterou essa perspectiva, colocando a linguagem como o centro do conhecimento, e não mero instrumento (*apud* CARVALHO, A. 2010, p. 12-18).

A partir dessa concepção filosófica, constata-se não existir um objeto em si a ser descoberto e revelado através da linguagem, mas um objeto e uma realidade construídos pela própria linguagem.

Os eventos acontecidos no meio são apreendidos pelos indivíduos de variadas formas. Cada apreensão vai fazer parte de um sistema psíquico próprio de quem apreende, não sendo, contudo, possível aos demais ter acesso àquela apreensão de outrem.

É por meio da linguagem que o ser humano se comunica e estabelece as realidades do sistema social (ADEODATO, 2011, p. 36-37).

Compreendemos aqui a retórica como concepção filosófica não destinada a descobrir a verdade prévia, posto que inexistente, mas como instrumento de busca da sabedoria (ADEODATO, 2011, p. 02), no que absolutamente compatível com as ideias do giro-linguístico.

Afasta-se, assim, de qualquer perspectiva ontológica, que pressuponha a existência de direitos com conteúdo ético ou moral prévios, acima do direito positivo e válidos em si mesmos.

Nesta senda, constata-se que o conteúdo prescritivo de uma norma jurídica não está previamente estabelecido por seu enunciado. Ocorre que há uma infinidade de possíveis construções normativas a partir de um mesmo enunciado.

A perspectiva retórica ora defendida encara essa questão da indefinição acerca do conteúdo e da abertura semântica com uma única garantia: os acordos acerca da linguagem.

O problema filosófico da norma jurídica é perceber que não há uma única decisão correta a ser tomada no caso concreto, o que se deve, a uma, aos problemas ínsitos à abertura semântica dos termos componentes do enunciado e, a outra, às diversas possibilidades interpretativas acerca dos fatos narrados pelas partes, das provas produzidas nos autos e da correlata subsunção (ADEODATO, 2011, p. 10-11).

Podemos falar, assim, em três acepções para a “norma”: como ideia (dever-ser) regulando condutas para o futuro; como expressão simbólica desse significado ideal; e como decisão, momento em que se concretiza e se torna um evento (ADEODATO, 2011, p. 221).

Percebe-se, então, que é a decisão, lastreada em interpretações e argumentações, que vai determinar o real sentido da norma. O próprio ALEXY (2008, p. 74) adota uma postura que se coaduna com a ora proposta, na medida em que defende que válida é a argumentação correta e racionalmente fundamentada.

Não se trata de uma postura ontológica, na medida em que a correção da fundamentação não está atrelada a valores éticos ou morais existentes de per si, mas a mecanismos de argumentação coerentes e sustentados em fundamentação racional e referente às normas jurídicas (ao próprio sistema, portanto).

É a partir dessa perspectiva retórica que se encara a construção dos sentidos da norma jurídica e, pois, a inserção de novos elementos no sistema jurídico.

2.2. Construção de sentidos da norma jurídica

Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho:

“segundo os padrões da moderna Ciência da Interpretação, o sujeito do conhecimento não ‘extrai’ ou ‘descobre’ o sentido que se achava oculto no texto. Ele o ‘constrói’ em função de sua ideologia e, principalmente, dentro dos limites de seu ‘mundo’, vale dizer, do seu universo de linguagem” (CARVALHO, P., 2009, p. 194).

Sobreleva notar, a partir das lições acima, que a atividade do intérprete tem por objeto o texto (suporte físico que não tem sentido próprio), mas é fortemente influenciada pelo contexto (associações linguísticas e extralinguísticas).

Ao interpretar o direito positivo, portanto, o intérprete entra em contato com o suporte físico, atribui valores aos símbolos e constrói o sentido, dentro dos limites da linguagem, do próprio direito positivo e de seus horizontes culturais.

É possível perceber que não existe um único sentido previamente determinado para o texto e que a atividade do intérprete não é buscar o sentido contido no texto, mas construir o sentido do texto.

Aliás, é de bom alvitre advertir para a distinção entre norma e enunciado normativo, apresentando um conceito semântico de norma, segundo o qual a norma é o significado do enunciado normativo (ALEXY, 2008, p. 53-58). Significado este que, contudo, não existe em si mesmo, carecendo sempre de construção por parte do intérprete.

Destarte, a interpretação é irremediavelmente contingente, pois é construída a cada momento pela comunicação (ADEODATO, 2011, p. 133), de modo que não existe um significado normativo definitivo. Prevalecerá num dado momento a interpretação dada pelo relato vencedor (ADEODATO, 2011, p. 337-338), seja por persuasão ou por imposição do próprio sistema (normas de estrutura).

Em toda atividade interpretativa será necessário enfrentar os problemas ínsitos à linguagem, para cujas soluções a experiência, os valores e o contexto do intérprete serão determinantes.

2.3. Alterações produzidas pelas decisões judiciais

Autopoiético que é, o próprio sistema regula como se reproduzirá. No caso do direito, há normas de estrutura, ou seja, normas sobre normas, que regulamentam quais as autoridades competentes para produzir normas jurídicas e como e quando as mesmas ingressarão no sistema.

Há, por outro lado, as próprias normas de conduta, aquelas que proíbem, permitem ou obrigam através dos respectivos modais deônticos.

Essas normas já fazem uma escolha, uma seleção, pois, entre as diversas condutas possíveis, o sistema seleciona algumas que serão por ele reguladas, ou seja, faz uma escolha do que se tornará jurídico e o que permanecerá fora do sistema.

Como visto, o conteúdo da norma não está pré-determinado. Será sempre alvo de interpretação e atribuição de sentido. O intérprete é que vai efetivamente concluir o que é permitido, proibido ou obrigatório.

O sistema psíquico da autoridade competente para atribuir sentido à norma poderá influenciar diretamente na argumentação por ele utilizada para dar à norma o conteúdo imaginado pelo sistema psíquico.

Esse sistema psíquico por si só não torna nada jurídico, pois opera com pensamento e não tem capacidade por si mesmo para produzir normas jurídicas. Todavia, o pensamento pode interferir no conteúdo da norma, na medida em que o intérprete se utilizará de argumentações e fundamentação para atribuir sentido à norma.

Importante perceber que a interpretação é feita com base em acordos linguísticos previamente aceitos, mas também com base nos valores do intérprete e influências do contexto.

Diante das premissas adotadas até aqui, torna-se possível perceber que o sistema jurídico está aberto às irritações existentes no seio da sociedade com sua alta complexidade e rápida evolução. O meio em que está inserido o intérprete evolui rapidamente, apresenta novas relações, novas perspectivas e novos anseios.

O sistema psíquico do julgador se irrita com o contexto social e produz novas interpretações. Através de uma bem fundamentada argumentação, é possível, pois, lançar novas normas no sistema, com novos conteúdos e, assim, produzir alterações no sistema jurídico, levando-o à evolução, independentemente de uma atividade legislativa.

Basta analisar, a título de exemplo, a decisão do STF acerca do aborto de feto anencefálico. As expectativas normativas (tratadas por Luhmann) existentes na sociedade eram no sentido de que tal conduta era proibida, ainda que isso não representasse os consensos morais ou éticos.

Ciente de que os anseios sociais clamavam por uma solução inovadora, o Poder Judiciário decidiu que a conduta antes proibida deveria ser permitida, à luz dos princípios constitucionais envolvidos na questão.

Diante da impossibilidade de legislar positivamente em decorrência do Princípio da Separação dos Poderes, bastou fundamentar a decisão no sentido de que não estava autorizando mais uma hipótese de aborto.

Simplesmente realizou uma ponderação de princípios, nos exatos termos das lições de Alexy, para concluir dar mais peso à dignidade da mulher em sua aceção de autodeterminação, evitando o prolongamento do sofrimento de se levar adiante uma gravidez que não resultaria em vida (saudável, ao menos).

Desse sopesamento, resultou uma regra de colisão que tornou permitida a conduta em referência. Para tanto, utilizou-se uma fundamentação no sentido de que tal conduta não configura prática abortiva, mas antecipação terapêutica do parto.

Ora, a palavra “aborto”, como qualquer outra, é semanticamente aberta e está sujeita a interpretação e construção de sentidos. Portanto, para fundamentar a nova norma, bastou ao STF utilizar uma bem construída fundamentação.

Nasceu um novo juízo hipotético condicional. O aborto continuou proibido. Mas se o feto for anencefálico, é possível antecipar o parto, pois não se configurará um aborto.

O mesmo sistema jurídico que proibia a prática passou a admiti-la sem que tenha havido inovação legislativa. A interpretação da norma e a atribuição de sentido ao texto pelo Judiciário alteraram a regulação da conduta.

As ideias que fervilhavam na sociedade moderna não haviam sido aceitas pelo sistema jurídico como conduta permitida. O anseio social não havia sido convertido para uma comunicação específica (norma jurídica). Mas a decisão do STF inseriu no sistema jurídico uma nova norma, a que admite a conduta que até então era proibida. A decisão alterou o sistema!

CONCLUSÕES

O presente estudo procurou perceber a autonomia entre os sistemas, a partir da demonstração de que um se diferencia do outro por meio de um operador próprio, que faz a seleção de propriedades encontradas no ambiente que o cerca e o irrita.

Assim, a ética, a moral e o contexto social não fazem parte diretamente do sistema jurídico, mas produzem irritações que estimulam esse sistema a se autorreproduzir, aumentando sua complexidade interna.

O sistema jurídico opera com a norma jurídica, que juridiciza as regulações de condutas, mas não tem conteúdo e sentido previamente estabelecidos pelos signos que servem de suporte físico para o intérprete.

O indivíduo que interpreta as normas jurídicas é que, influenciado por seu contexto e por seus valores, atribui sentido aos signos que formam o enunciado normativo, construindo a norma jurídica em sua perspectiva semântica a que se refere Alexy. Essa é a norma que vai propriamente regular as condutas humanas.

Por isso, a decisão judicial adquire papel definitivo na formação das normas que compõem o sistema jurídico, pois este sistema regula a forma de inserção de novos elementos e prevê que a autoridade judicial possui legitimidade e poder para, em última análise, definir o conteúdo normativo.

Através, então, de uma argumentação referida às normas do próprio sistema, a autoridade judicial tem a competência atribuída pelo próprio sistema para construir uma fundamentação que sustente o sentido que vai atribuir à norma, configurando-se como agente produtor de normas jurídicas que trazem evolução ao sistema jurídico.

A conduta ativista do Poder Judiciário está, portanto, legitimada pelo próprio sistema jurídico, encontrando limites na retórica da argumentação e da fundamentação das decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito: o Construtivismo Lógico-Semântico**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário Linguagem e Método**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2009.

_____. **Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva 2010.

GUIBENTIF, Pierre. **O direito na obra de Niklas Luhmann: etapas de uma evolução histórica**. In: SANTOS, José Manuel (Org.). *O pensamento de Niklas Luhmann.*, Universidade da Beira Interior, 2005. p. 185-252.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do direito: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Curitiba: Juruá, 2009.

LOPES, Paula Cristina. **Educação, Sociologia da Educação e Teorias Sociológicas Clássicas: Marx, Durkheim e Weber**. Departamento de Ciências da Comunicação da Universidade Autónoma de Lisboa / Centro de Investigação e Estudos de Sociologia do ISCTE-IUL. BOCC, 2012. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/lopes-paula-educacao-sociologia-da-educacao-e-teorias-sociologicas.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2012.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas** / Niklas Luhmann; tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

MENEZES Albuquerque, Paulo Antonio de. e GOMES, Rafael Benevides Barbosa. **Implicações Sistêmicas da Súmula Vinculante** (Outubro, 2007). NOMOS: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Vol. 26, pp. 225-238, Janeiro-Julho 2007. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=128809>.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006.