

UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE
FACULDADE DE DIREITO

GEZIEL SILVA BRITO

CAOS E ORDEM / O PENSAR INTERDISCIPLINAR DA CIÊNCIA NO DIREITO:
A APLICAÇÃO DA TEORIA FÍSICO-QUÍMICA DAS ESTRUTURAS DISSIPATIVAS NO CONTEXTO
DA DOUTRINA DE PRECEDENTES JUDICIAIS COMO NOVA PERSPECTIVA DE ABORDAGEM
DO DIREITO PROCESSUAL

MARABÁ
2018

GEZIEL SILVA BRITO

**CAOS E ORDEM / O PENSAR INTERDISCIPLINAR DA CIÊNCIA NO DIREITO:
A APLICAÇÃO DA TEORIA FÍSICO-QUÍMICA DAS ESTRUTURAS DISSIPATIVAS NO CONTEXTO
DA DOUTRINA DE PRECEDENTES JUDICIAIS COMO NOVA PERSPECTIVA DE ABORDAGEM
DO DIREITO PROCESSUAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito, da
Universidade Federal do Sul e Sudeste do
Pará, como requisito para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Hirohito Diego
Athayde Arakawa.

**MARABÁ
2018**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca Setorial Josineide da Silva Tavares

Brito, Geziel Silva

Caos e ordem / o pensar interdisciplinar da Ciência no Direito: a aplicação da teoria físico-química das estruturas dissipativas no contexto da doutrina de precedentes judiciais como nova perspectiva de abordagem do direito processual / Geziel Silva Brito ; orientador, Hirohito Diego Athayde Arakawa. — Marabá : [s. n.], 2018.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Campus Universitário de Marabá, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2018.

1. Direito processual - Brasil. 2. Ciência e direito. 3. Precedentes judiciais - Brasil. I. Arakawa, Hirohito Diego Athayde, orient. II. Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. III. Título.

CDDir: 4. ed.: 341.4

GEZIEL SILVA BRITO

**CAOS E ORDEM / O PENSAR INTERDISCIPLINAR DA CIÊNCIA NO DIREITO:
A APLICAÇÃO DA TEORIA FÍSICO-QUÍMICA DAS ESTRUTURAS DISSIPATIVAS NO CONTEXTO
DA DOUTRINA DE PRECEDENTES JUDICIAIS COMO NOVA PERSPECTIVA DE ABORDAGEM
DO DIREITO PROCESSUAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito, da
Universidade Federal do Sul e Sudeste do
Pará, como requisito para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Hirohito Diego Athayde Arakawa – Orientador
Diretor da Faculdade de Direito - FADIR/UNIFESSPA

Prof.a Dr.a Micheli Pereira de Melo - Membro
Diretora Adjunta do Instituto de Estudos em Direito e Sociedade - IEDS/UNIFESSPA

Prof. Dr. Edney Ramos Granhen - Membro
Diretor da Faculdade de Física - FAFIS/UNIFESSPA

Defendido em ____ de _____ de 2018.

Conceito: _____

À Deus, o Auto existente, Eterno e Soberano Governante de tudo.

Ao meu avô paterno Natã (*in memoriam*), autodidata por excelência que tanto valorizava o conhecimento.

AGRADECIMENTOS

À Deus por ter me concedido a força vital e as oportunidades necessárias para percorrer o caminho que me conduziu até aqui.

À minha esposa e companheira que sempre me ajudou nos momentos mais difíceis e desanimadores.

Ao meu filho, recém-chegado ao mundo e que já me ensinou a força e a intensidade do amor paterno.

Aos meus pais que tanto me ensinaram sobre esse mundo e sobre a bondade de Deus.

Aos meus demais familiares e amigos que indiretamente contribuíram para a realização deste trabalho.

Ao meu orientador, pelas sugestões e incentivos que tanto contribuíram para a construção deste trabalho.

As decisões humanas dependem das lembranças do passado e das expectativas para o futuro.

(Ilya Prigogine)

O que sabemos é uma gota; o que ignoramos é um oceano.

(Sir. Isaac Newton)

RESUMO

A presente pesquisa objetivou avaliar a contribuição da teoria físico-química das estruturas dissipativas no estudo do Direito Processual, valorizando a interdisciplinaridade na busca por um saber jurídico mais afinado com a atualidade e afastando a ideia de um saber jurídico autossuficiente. Estabelecemos interconexões entre as Ciências Humanas e as Ciências Naturais, explicamos as relações existentes entre as teorias da complexidade e o direito, conceituamos a doutrina de precedentes judiciais assim como a teoria das estruturas dissipativas, colocamos em debate a doutrina de precedentes judicial no Brasil e arrematando todo esse contexto deixamos demonstrado como pode ser identificada a dinâmica dos precedentes judiciais no contexto da teoria das estruturas dissipativas. Para o delineamento desta pesquisa empregamos o método dedutivo conjuntamente com o método criticalista que visa a junção do ideal teórico com a realidade, como procedimento técnico utilizamos a pesquisa bibliográfica realizada através de fichamentos das fontes teóricas selecionadas. Com o resultado da pesquisa tivemos a noção da dimensão problemática na qual está inserida os precedentes judiciais no Brasil, o estudo também nos permitiu entender como se dá o processo de produção de conhecimento no âmbito interdisciplinar da Ciência Jurídica. Demonstramos que a teoria das estruturas dissipativas está intrinsecamente ligada à teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Luhmann e que, por sua vez, inserimos os precedentes judiciais nesse contexto caracterizando-o como um subsistema autopoietico do sistema do direito, concebendo um modelo teórico de “precedente judicial como estrutura dissipativa de padrão organizacional autopoietico luhmanniano”.

Palavras-chave: Interdisciplinaridade; Estruturas dissipativas; Precedentes judiciais; Pensamento sistêmico; Autopoiese do direito.

ABSTRACT

The present study aimed to evaluate the contribution of physicochemical theory of dissipative structures in the study of procedural law, valuing interdisciplinarity in the search for a juridical knowledge more in tune with the current situation and rejecting the idea of self-sufficient juridical knowledge. We have established interconnections between the humanities and the natural sciences, we explain the relations between complexity and law theories, we conceptualize the doctrine of judicial precedents as well as the theory of dissipative structures, we put into debate the doctrine of judicial precedence in Brazil, this context shows how the dynamics of judicial precedents can be identified in the context of the theory of dissipative structures. For the delineation of this research we use the deductive method together with the criticalist method that aims at the junction of the theoretical ideal with reality, as a technical procedure we used the bibliographic research performed through the selected theoretical sources. With the result of the research we had the notion of the problematic dimension in which judicial precedents are inserted in Brazil, the study also allowed us to understand how the process of knowledge production occurs in the interdisciplinary scope of Legal Science. We demonstrate that the theory of dissipative structures is intrinsically linked to Luhmann's theory of autopoietic social systems, and that in turn, we insert judicial precedents in this context by characterizing it as an autopoietic subsystem of the law system, conceiving a theoretical model of "precedent judicial as a dissipative structure of Luhmann's autopoietic organizational pattern."

Keywords: Interdisciplinarity; Dissipative structures; Judicial precedents; Systemic thinking; Autopoiesis of the law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF/1988 – Constituição Federal de 1988

CPC – Código de Processo Civil

NCPC – Novo Código de Processo Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TED – Teoria das Estruturas Dissipativas

§ – Parágrafo

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Exemplos de estrutura em equilíbrio, de estrutura não-viva longe do equilíbrio e de estrutura viva longe do equilíbrio..	34
Figura 2 – Instabilidade de Bénard ou células de Bénard.	35
Figura 3 – Exemplo de um diagrama de bifurcações.	37

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. CIÊNCIAS NATURAIS E CIÊNCIAS HUMANAS	17
1.1. O QUE É CIÊNCIA?.....	17
1.2. OS DOIS GRANDES BLOCOS CIENTÍFICOS E A CONSOLIDAÇÃO DAS CIÊNCIAS HUMANAS.....	18
1.3. CIÊNCIAS NATURAIS, CIÊNCIAS MATEMÁTICAS E CIÊNCIAS HUMANAS. INFLUÊNCIAS RECÍPROCAS.....	19
1.4. CIÊNCIA JURÍDICA E INTERDISCIPLINARIDADE	23
2. TEORIA DAS ESTRUTURAS DISSIPATIVAS (TED)	27
2.1. PENSAMENTO SISTÊMICO E COMPLEXIDADE	27
2.2. SISTEMAS FECHADOS, SISTEMAS ABERTOS E OUTROS CONCEITOS FUNDAMENTAIS	29
2.3. UMA VISÃO SOBRE A TED.....	31
3. CONHECENDO A DOCTRINA DE PRECEDENTES JUDICIAIS	41
3.1. OS SISTEMAS (TRADIÇÕES) <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i>	41
3.1.1. <i>COMMON LAW</i>	41
3.1.2. <i>CIVIL LAW</i>	44
3.1.3. DIFERENÇAS E CONVERGÊNCIAS	46
3.2. DOCTRINA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	48
3.2. PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL	51
4. PRECEDENTES JUDICIAIS PODEM FUNCIONAR COMO ESTRUTURAS DISSIPATIVAS?	58
4.1. PONTOS COMUNS ENTRE O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS E A TED 58	
4.2. LIGANDO AS DUAS DIMENSÕES: PRECEDENTES FUNCIONAM COMO ESTRUTURAS DISSIPATIVAS?	64
4.3. PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL E A TED. SE APROFUNDANDO NO MODELO SISTÊMICO-TEORÉTICO.....	67
CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS	76

INTRODUÇÃO

A presença da interdisciplinaridade na construção do conhecimento é de suma importância. Nenhum saber se constitui num bloco monolítico isolado de seu entorno. É nesse contexto que desenvolveremos nosso trabalho, na busca constante da comunicação entre as Ciências Naturais e as Ciências Humanas. O direito, está espraiado por todas as áreas da sociedade, o direito enquanto regulador de da sociedade está presente em todas as relações sociais, o direito enquanto saber científico está transpassado por muitos outros saberes (Biodireito, medicina legal, psicologia forense, antropologia jurídica ...).

Mas, nesse amplo espectro de conhecimento, percebemos a falta de uma presença mais marcante das Ciências Naturais e mais ainda das Ciências Matemáticas, que são, digamos assim, deixadas às margens, no sentido de contextualização com o saber jurídico. É nessa fresta (ou será uma fenda?) do conhecimento jurídico que adentraremos, dando nossa contribuição de preenche-la com um pouco mais de conteúdo. Deixamos claro que não somos pioneiros nessa empreitada, muitos estudiosos do direito já estão nessa jornada. De maneira geral, estaremos na busca por essa aproximação dos saberes da Ciência jurídica com os saberes das Ciências, físicas, químicas e biológicas. Com o Direito Processual de um lado e a teoria físico-química das estruturas dissipativas de outro.

A gênese deste trabalho, surgiu com uma provocação interessante feita pelo doutrinador e processualista italiano Michele Taruffo (2014). Em artigo publicado na Itália e posteriormente aqui no Brasil, ele denuncia o problema do caos jurisprudencial em que as cortes italianas estão imersas, expõe o problema da insegurança jurídica gerada pelo excesso de decisões sobre um mesmo tema. Em vista disso, ele nos brinda em seu texto com uma metáfora, na qual os precedentes judiciais poderiam funcionar como estruturas dissipativas, transmitindo a ideia de que podem extrair ordem do ambiente caótico de decisões judiciais. O precedente judicial é um instituto de Direito Processual, no qual uma sentença judicial pode servir de exemplo para casos análogos posteriores. Estruturas dissipativas são sistemas complexos que extraem matéria e energia do meio em que estão inseridas transformando desordem em ordem, como por exemplo, um ser vivo. Ficamos inquietos com essa instigação

intelectual, afinal, precedentes judiciais podem realmente funcionar como estruturas dissipativas? Como podemos conceituar a dinâmica dos precedentes judiciais no contexto da teoria das estruturas dissipativas?

Para responder essas perguntas de maneira satisfatória, estabelecemos o objetivo geral de avaliar a contribuição da teoria das estruturas dissipativas no estudo do Direito Processual. Especificamente e de forma contextual, demonstraremos como pode ser aplicada essa teoria no âmbito da doutrina de precedentes judiciais com o escopo de identificar a dinâmica dos precedentes no contexto da teoria das estruturas dissipativas.

O direito deve acompanhar a dinâmica dos fenômenos sociais, que evoluem rapidamente tornando as normas legais e outras estruturas do sistema jurídico, obsoletas e sem aplicação efetiva por refletir uma realidade já ultrapassada. Este trabalho vem com o intuito de demonstrar à comunidade acadêmica do direito e de outras áreas de conhecimento (Física, Biologia, Psicologia, Economia, Sociologia, dentre outras) a importância da interdisciplinaridade. Que cada área de conhecimento necessita dessa “oxigenação”, desse diálogo permanente com outros saberes. Só assim aprimoraremos cada vez mais o domínio do complexo e do sistêmico deixando para trás o monopólio do pensamento mecanicista-reducionista que já não atende mais às demandas dos fenômenos complexos da sociedade hodierna.

O método empregado para o desenvolvimento deste trabalho foi o dedutivo. Iniciaremos do amplo, explicando as teorias gerais sobre cada tema envolvido e depois daremos início ao específico buscando justificar cada parte com sua totalidade a fim de se obter uma conclusão válida. Como método específico da Ciência Jurídica adotamos o método criticalista, esse método visa a junção do ideal teórico com a realidade, na finalidade de apontar meios teórico-práticos para se alcançar a efetividade jurídica na busca pelo sistema ideal (MONTARROYOS, 2016). Dessa forma, o objetivo da pesquisa de natureza idealista é dar um “salto na direção do realismo”, instrumentalizando o modelo teórico resultante da pesquisa. Por sua vez, a técnica empregada foi a pesquisa bibliográfica realizada através do fichamento de artigos científicos, livros específicos e didáticos, documentos como Códigos legislativos, Constituição, súmulas e jurisprudência, doutrinas especializadas, além de outras publicações relacionadas ao tema explorado.

O presente trabalho de conclusão de curso estrutura-se em quatro capítulos de conteúdo. No primeiro capítulo buscamos retratar a história e evolução da Ciência ocidental, para isso, conceituamos o termo “ciência” e exploramos o trajeto histórico dos dois grandes blocos científicos (Ciências Naturais e Ciências Humanas) bem como o papel importante que as Ciências Naturais desempenharam na consolidação das Ciências Humanas. Demonstramos as influências recíprocas que há na construção de conhecimento entre os vários ramos dos saberes científicos, da mesma forma deixamos claro ainda nesse capítulo a interdisciplinaridade presente na Ciência Jurídica atribuindo-lhe natureza sistêmica num novo movimento epistemológico no direito, denominado matriz “pragmático-sistêmica”.

No segundo capítulo explicamos os conceitos “complexo” e “sistêmico” no âmbito dos paradigmas do pensamento complexo e do pensamento sistêmico como conceitos complementares. Nesse contexto do pensamento complexo-sistêmico, deixamos clara a definição dos principais termos que fazem parte da linguagem específica necessária ao entendimento da teoria das estruturas dissipativas (entropia, irreversibilidade temporal, flutuações, termodinâmica do não equilíbrio...) assim como uma breve introdução à teoria geral dos sistemas e outras teorias da complexidade. Em ato contínuo, adentramos no campo teórico da teoria das estruturas dissipativas destacando os pontos de maior relevância para este trabalho.

No capítulo terceiro, adentramos no Direito Processual explicando a doutrina de precedentes judiciais. Primeiramente, sob uma abordagem do ponto de vista histórico, falamos das duas grandes tradições jurídicas do ocidente, quais sejam o *common law* e o *civil law*. Colocamos em relevo seus principais aspectos e institutos jurídicos, assim como as diferenças e convergências existente nas duas. Em seguida explanamos a doutrina de precedentes, como quando e onde surgiu qual o seu papel no *common law* e no *civil law*. Após essa análise, exporemos o embate doutrinário existente entre duas correntes, uma acredita na existência de um “sistema de precedentes” no ordenamento jurídico brasileiro, outra combate essa ideia. No meio desse embate já propomos um modelo teórico de precedente nos moldes de uma estrutura dissipativa fundida com a proposta dworkiniana de construção de direito com integridade.

No quarto e último capítulo de conteúdo na conclusão, estabelecemos pontos comuns entre a doutrina de precedentes e estruturas dissipativas. Nos aprofundamos no conceito da teoria dos sistemas sociais autopoiéticos do sociólogo alemão Niklas Luhmann para então situarmos uma proposta de ligação entre as duas dimensões (precedentes judiciais e estruturas dissipativas) respondendo as perguntas iniciais estabelecidas neste trabalho. E por fim, contextualizamos o modelo sistêmico-teorético de “precedentes como estruturas dissipativas” no ordenamento jurídico brasileiro, propondo novas abordagens na tratativa de nossos institutos jurídicos.

1. CIÊNCIAS NATURAIS E CIÊNCIAS HUMANAS

1.1. O QUE É CIÊNCIA?

Não existe consenso sobre o conceito de ciência. A palavra tem origem no termo latino *scientia* que significa conhecimento ou *scire* que significa saber. Muitos autores utilizam a palavra como sinônimo de conjunto de conhecimento humano, porém se a utilizarmos nessa via, teria havido Ciência desde a Pré-história com o domínio do fogo, com a invenção da roda, com a agricultura e o manuseio do metal, conforme salienta o historiador Carlos Augusto de Proença Rosa (2012).

Rosa (2012), assegura que há outra corrente de entendimento sobre Ciência em que o termo deve ser entendido como “conhecimento refletido”, tendo como base o termo grego *epistémē*¹ que se contrapõe ao termo *doxa*², distinguindo Ciência de Técnica ou Tecnologia³. Conforme este último entendimento Ciência é o “conjunto de teorias positivas, constituídas de princípios e leis naturais, referentes a determinada ordem de fenômeno” (ROSA, 2012, p.22) com bases na metodologia e na fundamentação experimental. Portanto, o conceito de Ciência a ser adotado neste trabalho será o da segunda corrente.

Muitos estudiosos adotam a tese de que a Ciência teve sua origem na antiga Grécia com os filósofos jônicos, pois o pensamento destes se baseava numa mentalidade crítica através do raciocínio e da observação sem recorrer a mitos ou ao sobrenatural. A resultante dessa postura diante dos fenômenos da natureza foi a criação da Filosofia Natural⁴, “denominação que prevaleceria até o século XIX, quando a expressão seria substituída, definitivamente, pela palavra Ciência” (ROSA, 2012, p.24).

Quanto à classificação, Aristóteles foi o primeiro a idealizar uma classificação sistemática das Ciências, mas foi Augusto Conte que trouxe uma classificação

¹ Saber culto, especulado, teórico.

² Saber vulgar, opinião.

³ Corresponde à Ciência aplicada em prol do Homem e da Sociedade (ROSA, 2012, p.22).

⁴ Sob a denominação genérica de Filosofia Natural, os gregos antigos criaram uma Ciência com o objetivo de estudar a Natureza. Essa busca pela compreensão do Mundo físico englobava a Matemática, as Ciências Naturais e as Ciências Físicas (inclusive a Astronomia e a Meteorologia); ao tempo dos filósofos pré-socráticos, os campos científicos e filosóficos se confundiam e se inter-relacionavam [cientistas filósofos], ao ponto que os filósofos tanto se dedicavam a especulações filosóficas e metafísicas sobre a origem e a constituição do Universo quanto aos números (Matemática) e elementos (Física e Química). (ROSA, 2012. p.100).

tradicional, que deu origem às seis Ciências Fundamentais: Matemática, Astronomia, Física, Química, Biologia e Sociologia (ROSA, 2012). Outra classificação bastante aceita é a proposta pela filósofa Marilena Chauí (1997), que consiste em: Ciências Humanas e suas subclasses como Psicologia, Economia, Linguística, Psicanálise, Arqueologia, Antropologia, Sociologia...; Ciências Naturais e suas subclasses como Física, Química, Biologia, Geologia, Astronomia, Paleontologia, Geografia...; Ciências aplicadas e suas subclasses como Direito, Engenharia, Medicina, Informática, Arquitetura...; e Ciências Matemáticas e suas subclasses como Aritmética, Lógica, Física Pura, Geometria, Álgebra...

Espera-se, dessa forma, que tenhamos alcançado o objetivo de conceber Ciência como um saber refletido e sistematizado, como resultado da construção de conhecimento a favor da humanidade. Com esse conceito buscaremos esclarecer os diversos campos científicos num contexto de cooperação entre os saberes, no sentido de que tais saberes não podem e não devem ser estanques ou isolados uns dos outros, o que na realidade é impossível de acontecer.

1.2. OS DOIS GRANDES BLOCOS CIENTÍFICOS E A CONSOLIDAÇÃO DAS CIÊNCIAS HUMANAS

Com relação à dicotomia Ciências Naturais e Ciências Humanas se faz necessário esclarecer alguns pontos. De acordo com Bittar (2014) a distinção entre os diversos saberes, em “ciências humanas ou sociais” e em “ciências exatas ou naturais”, separa as funções de “construção racional da realidade” de um lado e “formulação de leis científicas” de outro. As Ciências da Natureza estudam os fenômenos físicos (coisas) e fenômenos vitais (seres vivos) resultando disso duas grandes Ciências, a Física e a Biologia. De maneira geral, elas estudam, através de experimentação, fatos observáveis. Buscam padrões nos fenômenos e constroem modelos teóricos para a previsão de novos fatos. Esta previsão se tornaria uma ferramenta de dominar e controlar a Natureza, uma característica da ciência moderna (CHAUI, 1997).

Toda Ciência é humana, é “feita por homens e para os homens” (PRIGOGINE; STENGERS, 1984, p.215), é resultante da atividade intelectual humana, mas o termo Ciências Humanas refere-se às Ciências que estudam o ser humano. A jurista Maria Helena Diniz (2009) se refere a essas Ciências como Ciências Culturais, Ciência do

Espírito, Ciências Humanas, Ciências Morais, Ciências Idiográficas ou Ciências Sociais, que são as que tem por “objeto material o comportamento humano.

Antes do século XIX tudo que se referia ao ser humano era estudado pela Filosofia. Com o surgimento das Ciências Humanas após a consolidação das Ciências Matemáticas e das Ciências Naturais, de início, o homem passou a ser tratado como objeto de estudo com “conceitos, métodos e técnicas propostos pelas ciências da natureza” (CHAUI, 1997, p.271). Ainda no século XVIII, no vigor da Era da Razão ou do Iluminismo, inspirados pela abordagem mecanicista da Física, da Biologia e até da Medicina, estudiosos da natureza humana se utilizaram de princípios da Mecânica Newtoniana para estudar a sociedade e o homem, chegando a afirmar que haviam descoberto uma nova Física, a “Física Social”.

Desenvolveram uma visão atomística da sociedade, descrevendo os seres humanos como “blocos de construção básicos”, da mesma forma que os físicos atribuíam o comportamento dos gases aos movimentos dos átomos e moléculas (CAPRA; LUISI, 2014). Desse modo, as Ciências Humanas assentam suas raízes nas Ciências Matemáticas e nas Ciências Naturais, quer seja na utilização de métodos similares ou de conceitos comuns ao que Bittar (2014) chama de “dois grandes blocos científicos” (Ciências Humanas e Ciências Exatas ou Naturais), que, segundo ele, não devem ser concebidos como incomunicáveis ou de modo estanque.

1.3. CIÊNCIAS NATURAIS, CIÊNCIAS MATEMÁTICAS E CIÊNCIAS HUMANAS. INFLUÊNCIAS RECÍPROCAS

Várias correntes filosóficas moldaram as Ciências Humanas ao longo de sua (pré)história e de sua história. O Humanismo no século XV estudou o homem como “agente moral, político e técnico-artístico” (CHAUI, 1997, p.272), não separado da Natureza, mas com capacidade de domínio sobre ela. O Historicismo, no final do século XIX, veio insistir na diferença entre homem e Natureza e conseqüentemente entre Ciências Naturais e Humanas, período em que as Ciências Humanas receberam a alcunha de Ciências do Espírito. Essa corrente de pensamento veio considerar que o fato humano é mutante e temporal, dotado de valor e de sentido, motivo pelo qual não se deve usar os métodos científicos das Ciências Naturais (observação-

experimentação), mas sim o método da explicação e compreensão dos fatos sociais (CHAUI, 1997).

Dentre essas correntes filosóficas devemos destacar o Positivismo⁵, a mais poderosa influência nas Ciências Humanas. Com início no século XIX, idealizado pelo filósofo social Auguste Comte, contribuiu para a sistematização da metodologia experimental/matemática (SEVERINO, 2007). O positivismo destaca o homem como objeto de estudo de uma “física do social”, devendo o mesmo ser estudado pelos “procedimentos, métodos e técnicas empregados pelas ciências da Natureza” (CHAUI, 1997, p.272). Nesse contexto, modelado pela Física Newtoniana, conforme nos explica Capra e Luisi (2014, p. 74), estudiosos como Emile Durkheim (Sociologia Positivista) considerava o fato social como uma “coisa”, indivíduos como “átomos sociais” formando instituições como família, religião, Estado e aplicando-se aí os procedimentos utilizados pelas Ciências Naturais⁶ para se compreender melhor os fenômenos sociais (CHAUI, 1997).

Chauí (1997), nos mostra que houve outras correntes teóricas que consolidaram as Ciências Humanas como Ciências específicas. Dentre elas estão a Fenomenologia que permitiu a delimitação dos objetos das Ciências Humanas; o Estruturalismo que trouxe uma metodologia independente dos procedimentos das Ciências Naturais; e o Marxismo com a compreensão e determinação histórica dos fatos humanos com a historicidade garantindo a interpretação racional dos mesmos. Com todas essas correntes filosóficas foi possível o estudo dos fenômenos humanos como verdadeiramente científicos, pois “são dotados de sentido e significação, são históricos, possuem leis próprias” (CHAUI, 1997, p.275) e até certo ponto são diferentes dos fenômenos naturais.

A ideia da “física social”, surgiu justamente porque o homem passou a ser encarado como objeto a ser estudado pela Ciência como os outros fenômenos da

⁵ Severino (2007, p.109) aponta o positivismo como “uma expressão filosófica moderna que, como o próprio nome diz, entende que o sujeito ‘põe’ o conhecimento a respeito do mundo, mas o faz a partir da experiência que tem da manifestação dos fenômenos”.

⁶ Chauí (1997, p. 271) nos mostra que as ciências naturais lidam com fatos observáveis, com objetos de experimentação, busca leis gerais e universais, lida com fatos objetivos, com fenômenos depurados de todas as suas qualidades sensíveis, daí o motivo de elas operarem por análise (decomposição do fato complexo em elementos simples) e síntese (recomposição do fato complexo por seleção dos elementos simples). Eis que surge a indagação: “Como analisar e sintetizar o psiquismo humano, uma sociedade, um acontecimento histórico?”.

natureza. Conforme Severino (2007), o homem seria um ser natural (naturalismo), regido pelas leis universais (determinismo) e passível de ser observado, experimentado e mensurado (experimentalismo e racionalismo). O que reforça o entendimento de que o surgimento das Ciências Humanas, sob o manto do positivismo, foi marcado pela “metodologia experimental/matemática” (SEVERINO, 2007, p.112) das Ciências Naturais e Matemáticas.

Porém, com o decorrer do tempo, houve o reconhecimento de que a metodologia positivista era insuficiente para a compreensão da hipercomplexidade do ser humano. Assim, sem deixar de lado o manto positivista, estudiosos foram aprimorando essa metodologia enriquecendo-a com os diversos paradigmas epistemológicos das Ciências Humanas, como por exemplo, o Funcionalismo e o Estruturalismo. Por outro lado, em corrente contrária ao pensamento positivista, surgiram a Fenomenologia, a Hermenêutica Filosófica, a Arqueologia e mais atualmente, sem deixar a tendência subjetivista, a Arqueogeneologia⁷ (SEVERINO, 2007).

Várias correntes filosóficas das Ciências Humanas sofreram influências de teorias concebidas no âmbito das Ciências Naturais, essas correntes podem possuir correspondência com as teorias sistêmicas⁸ e/ou com as teorias e Ciências da complexidade⁹. A base conceitual do Estruturalismo, por exemplo, é a de que os fatos humanos assumem formas de estruturas (sistemas) como totalidades dotadas de sentido, a lógica das estruturas é a de que “o todo não é a soma das partes [mas, se torna] um princípio ordenador, diferenciador e transformador.” (CHAUI, 1997, p.274), conceito que está alinhado com os propósitos da teoria geral dos sistemas que visa o

⁷ Representantes dessa corrente: Foucault, Deleuze, Guattari, Mafesoli, Baudrillard, Morin, dentre outros.

⁸ Trata-se de um campo teórico quase universal, adverte Morin (2015), pois toda a realidade conhecida, de partículas subatômicas até a mais longínqua galáxia, pode ser entendida como sistema. Esta assertiva o leva a afirmar que uma das virtudes sistêmicas é a transdisciplinaridade que busca ao mesmo tempo a unidade e a diferenciação das Ciências se estendendo por todo o conhecimento.

⁹ Teoria da relatividade, mecânica quântica, teoria do caos, teoria das estruturas dissipativas (da qual falaremos mais adiante), teoria metacibernética, teoria sistêmica da cognição, matemática da complexidade, geometria fractal, termodinâmica não-linear, dentre outras. Para melhor entender o termo complexidade no contexto desse trabalho, invocamos o magistério de Edgar Morin: “A um primeiro olhar, a complexidade é um tecido (*complexus*: o que é tecido junto) de constituintes heterogêneas inseparavelmente associadas[...]. Num segundo momento, a complexidade é efetivamente o tecido de acontecimentos e ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem nosso mundo fenomênico.” (MORIN, 2015, p.13), para ele “complexidade” é um “macroconceito”.

desenvolvimento de “princípios unificadores que atravessam ‘verticalmente’ o universo das ciências individuais [sob o] aparecimento de semelhanças estruturais ou isomorfismo em diferentes campos” (BERTALANFFY, 2010, p.63).

Outro bom exemplo de influências recíprocas entre os dois grandes blocos científicos, é a presença do pensamento dialético (especificamente o Materialismo Dialético) nas Ciências Naturais. Resumidamente, Severino (2007) nos mostra que o “paradigma dialético” se baseia em alguns pressupostos básicos como totalidade, historicidade, complexidade e dialeticidade¹⁰. A base conceitual da Dialética, que remonta aos pré-socráticos, se fixa na ideia de uma “realidade constituída de movimentos contrários” (NASCIMENTO JUNIOR, 2000, p.119).

Baseados na Dialética de Hegel; Marx e Engels reelaboram o método dialético a partir do Materialismo Iluminista e defendem que é a vida que determina a consciência e não o contrário. Nascimento Junior (2000), nos mostra que Marx afirma a existência de duas histórias interligadas, a da Natureza e a do homem, mas para ele só existe uma Ciência, a História, pois ela descreve o movimento da matéria fundamentado no choque entre a história da ciência e a história do homem, daí surge a análise dialética da história. Por conseguinte, na obra “Dialética da Natureza” publicada em 1927, Engels “procura desenvolver conceitos sobre a relação entre a natureza e a história e conclui que o homem é o momento que a natureza atinge a consciência sobre si mesma.” (NASCIMENTO JUNIOR, 2000, p.124). Seus argumentos, que sintetizam a teoria dialética, demonstram um movimento de contradição presente na Natureza denunciando a necessidade de uma abordagem dialética da mesma. A Mecânica Quântica, por exemplo, descreve a matéria com natureza essencialmente contraditória e imprevisível, os pensadores dessa teoria, foram influenciados pelo Materialismo Dialético na elaboração de seus conceitos (NASCIMENTO JUNIOR, 2000).

¹⁰ A **totalidade** quer dizer que o entendimento das partes depende da relação destas com o todo, isto é, o sujeito não se explica isolado da sociedade; a **historicidade** exige que cada instante faz parte de uma totalidade temporal mais abrangente em movimento; a **complexidade** é entendida como uma realidade composta de fenômenos resultantes de múltiplas interações que ultrapassam o simples ajuntamento e se torna um fluxo contínuo de transformações; a **dialeticidade** compreende o processo histórico como algo não linear, complexo, e formado de partes que articulam entre si seguindo um movimento de permanente conflito alimentado por uma luta de contrários (SEVERINO, 2007).

É obvio que nossa intensão aqui não é a de estabelecer apenas uma rasa analogia entre os diversos campos de conhecimento, mas sim a de demonstrar que, desde a gênese das Ciências Humanas, sempre houve pontos de contato e influências recíprocas entre as mais diversas correntes de pensamento dos “dois grandes blocos científicos” e deixar claro que nenhum saber foi concebido de modo estanque e incomunicável.

1.4. CIÊNCIA JURÍDICA E INTERDISCIPLINARIDADE

Podemos dizer que já deixamos claro o conceito de Ciência, mas para o nosso estudo é importante definir o conceito de Ciência Jurídica e seus entrelaçamentos com as demais Ciências. O termo “Ciência Jurídica” é empregado em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo significa o estudo sistemático do direito, abarcando todas as disciplinas jurídicas (Filosofia Jurídica, Psicologia Forense, Direito Constitucional...); em sentido estrito trata-se de Ciência Social Normativa, que busca sistematizar, fundamentar, interpretar e aplicar normas vigentes num determinado ordenamento jurídico (DINIZ, 2009). Sua finalidade principal é a solução de conflitos e conseqüentemente estabelecer limites ao comportamento humano e manter a ordem social.

A Ciência Jurídica, na forma de Ciência Social Normativa, é ramificação das Ciências Humanas como saber aplicado. Diniz (2009), nos mostra que Hans Kelsen divide as Ciências Sociais em causais (Psicologia e História, por exemplo), que procuram explicar a conduta humana; e normativas (como a Ciência da Moral e a própria Ciência Jurídica, por exemplo) que estudam a conduta humana perante normas sociais.

Conforme explicado acima, Kelsen aponta uma Ciência Jurídica de natureza dogmática, no sentido de compreender as normas sociais e orientar a conduta humana em sociedade. É preciso, porém, irmos além dessa percepção kelseniana para tornar mais nítida a ideia de interdisciplinaridade contida na Ciência do Direito. Nesse sentido, Bittar (2014) nos mostra uma classificação que abrange duas perspectivas da Ciência Jurídica, quais sejam, a zetética (Sociologia Jurídica, Economia Política, Lógica do Raciocínio Jurídico...) e a dogmática (Direito Constitucional, Direito Processual Civil, Biodireito ...). Ainda sob o magistério do autor, o que nos importa extrair daí, portanto, é que a Ciência Jurídica zetética (que Bittar irá

chamar de “metanormativa”) atua no intercâmbio das relações dos saberes jurídicos com saberes não jurídicos e a Ciência Jurídica dogmática (normativa) tem natureza de aplicação, vem com um discurso burocrático e decisório, busca a “calibração do sistema”. Vê-se, pois, que o conceito de Ciência Jurídica é plúrimo, nos força a pensar que a própria Ciência Jurídica está em constante construção, assim como pensar que é impossível de se conceber os saberes científicos jurídicos como um bloco monolítico isolado de qualquer outro campo científico.

Considerando que um dos papéis da Ciência Jurídica é atuar no intercâmbio das relações dos saberes jurídicos com saberes não jurídicos, nos vem o pensamento de que o sistema jurídico deve ser um tecido de saberes interdisciplinares e interconectados entre si, até mesmo porque o Direito, enquanto Ciência, deve assumir uma função de "metabolismo de conflitos"¹¹ para lidar com o fenômeno da hipercomplexidade humana.

Neste contexto, como bem nos assegura Bittar (2014), a Ciência Jurídica compartilha com as demais Ciências Humanas as preocupações voltadas para os valores humanos (tais como, justiça, liberdade, moralidade...). Entretanto, o “estilo kelseniano (*Teoria pura do direito*), assemelhando-se a metodologia do direito à metodologia preponderantemente *a-valorativa* das Ciências Matemáticas ou Naturais” (BITTAR, 2014, p.72), transformou o Direito num “esquematismo mecânico” com pouca variação de valores. Contudo, após essa crítica, o autor constata que em todo esse processo de interação da metodologia das Ciências Exatas ou Naturais com a metodologia da Ciência Jurídica, sem negar a importância dos avanços gerados pela teoria kelseniana¹², ocorreu uma espécie de semi-cristalização do direito, deixando-o numa relativa inércia.

É importante ressaltar que a construção do conhecimento jurídico sempre resultará da interação de diversos campos de saberes (jurídicos e não jurídicos), tendo em vista que, prepondera a finalidade principal do Direito que é a de manter uma sociedade coesa dentro do seu sistema de valores. Ora, Bittar (2014) nos mostrou

¹¹ A expressão não é nossa, foi retirada de: <<https://www.youtube.com/watch?v=TcdqGHbIWds>> – O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL: REAL OU ILUSÃO? / SILVIO LUIZ DE ALMEIDA, Casa do saber, 12:32 minutos.

¹² Deve-se a ele, por exemplo, a construção teórica do conceito de norma (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015).

que o Direito enquanto Ciência não pode estar isolado dos valores humanos, sob o risco de se produzir um sistema jurídico frio, mecânico e reducionista que, apesar de alguns avanços também podem gerar sérios prejuízos à sociedade. Nesse sentido, conforme mencionado pelo autor, "ele [Kelsen] efetua o corte radical entre direito e moral, ou qualquer outro tipo de manifestação ético-valorativa" (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p.344) reforçando uma visão fragmentária e determinista do Direito.

Essa visão não é a única pela qual cabe dizer que metodologias ou correntes de pensamentos advindos das Ciências Exatas ou Naturais estão presentes nas escolas de pensamento jurídico. Abboud, Carnio e Oliveira (2015) também nos mostra que a Escola Histórica, a saber, protagonizada por Friedrich Carl von Savigny no final do século XIX, traz o povo como figura central de criação do Direito positivo e apresenta os institutos jurídicos como organismos vivos dos quais se extraem as regras.

É necessário esclarecer, porém, que no contraponto de uma visão fragmentária e determinista do Direito, conforme explicado acima, notamos a Ciência Jurídica avançando na direção de uma visão sistêmica do Direito. Mas, essa sistematicidade nada tem a ver com a ideia do sistema lógico-demonstrativo alcançado no contexto do século XIX, que se resumia a um compendio de normas organizadas em um Código. Essa visão sistêmica da qual falamos, é aquela encontrada nas atuais teorias sistêmicas das Ciências Naturais como, por exemplo, a teoria dos sistemas autopoieticos e a teoria das estruturas dissipativas (explicada mais adiante). Abboud, Carnio e Oliveira (2015), considera esse movimento uma matriz teórica jurídica; a chamada "pragmático-sistêmica".

Nesse contexto, de acordo com Abboud, Carnio e Oliveira (2015, p. 154), se referindo à noção de sistema autopoietico no âmbito jurídico:

[...]o sistema, do qual fala a teoria dos sistemas autopoieticos, é um complexo autorreferente que possui a capacidade de seu auto-organizar e se autorreproduzir por meio de suas próprias operações que, no caso do Direito, serão as decisões. Sendo mais claro [...], a efetuação da autopoiese – que possibilitará a formação e a evolução do sistema – vai das operações à estrutura, e retorna destas às primeiras. O sistema é autorreferencial, pois ele reenvia os acontecimentos na recursividade de uma referência, colocando em contato as operações jurídicas com outras operações jurídicas.

É importante trazer à tona esse conceito, pois o autor deixa claro, que a teoria dos sistemas autopoieticos juntamente com os conceitos autorreferência, auto-organização, autorreprodução e autopoiese¹³, tem suas origens principalmente na Biologia. Essa teoria surgiu com a intenção de tentar entender o fenômeno da vida, sendo introduzida e adaptada na Sociologia e no Direito pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann a partir da década de 1980.

Desse modo, ao perceber o sistema jurídico como um tecido de saberes interdisciplinares e interconectados entre si, notamos a importância do Direito enquanto Ciência. Aqui também nos cabe falar da imensa responsabilidade que carrega esse campo científico, pois a integridade das bases de uma sociedade dependerá, principalmente, do seu sistema jurídico. Mostramos, sem pretensão alguma de esgotar o tema, que a Ciência Jurídica sempre esteve próxima das Ciências Naturais ou Exatas, desde os modelos teóricos baseados numa visão mecanicista, reducionista ou atomística; ao baseado numa visão sistêmica autopoietica. O importante a se extrair daqui é que, “elementos alienígenas podem vir a compor o sistema semiótico jurídico[...], o direito [enquanto produção cultural] encontra-se em comunicação com os diversos outros ramos do saber humano.” (BITTAR, 2014, p.103). A melhor maneira de compreender esse contexto é considerar que já houve uma ruptura com modelos teóricos que consideravam a sociedade apenas como uma coleção de indivíduos.

¹³Neves (2012, p. 60) nos mostra a “definição oficial” de autopoiese [do grego *autós* (por si próprio) e *poiesis* (criação, produção)] como “uma rede de processos de produção, transformação e destruição de componentes que, através de suas interações e transformações, regeneram e realizam continuamente essa mesma rede de processos, constituindo-a como unidade concreta no espaço em que se encontram, ao especificarem-lhe o domínio topológico de realização”.

2. TEORIA DAS ESTRUTURAS DISSIPATIVAS (TED)

2.1. PENSAMENTO SISTÊMICO E COMPLEXIDADE

Os termos “sistema”¹⁴ e “complexidade” podem assumir diversos significados a depender do contexto em que estão sendo aplicados, por isso se torna necessário delimitarmos tais termos no contexto deste trabalho.

Primeiramente, a necessidade de uma abordagem sistêmica na produção de conhecimento surgiu da insuficiência da abordagem mecanicista (BERTALANFFY, 2010) para lidar com o surgimento de uma nova forma de pensar que deixa de lado um mundo de caos cego para se alcançar um mundo de caos estruturado. E aqui se encaixa a concepção de complexidade. Para o antropólogo, sociólogo e filósofo francês Edgar Morin (2015, p. 69), complexidade não é sinônimo apenas de complicação, o complexo também está ligado ao fato de que “não se pode compreender nenhuma realidade de modo unidimensional”.

O pensamento sistêmico teve suas bases principalmente na biologia do início do século XX. De acordo com esse pensamento, as propriedades essenciais de um organismo, ou sistema vivo, são propriedades do todo que nenhuma das partes possui isoladamente. O físico teórico Fritjof Capra (1996), nos assegura que o surgimento dessa visão sistêmica da natureza, foi ocasionado por descobertas científicas na biologia (biologia organísmica), na física (teoria quântica), na psicologia (psicologia da gestalt), e na criação do conceito de ecologia com a concepção de comunidades e rede. As concepções do biólogo austríaco Ludwig von Bertalanffy sobre uma teoria geral dos sistemas e sistemas abertos, também representaram uma profunda revolução no pensamento científico ocidental com a superação da visão de mundo classificadora, fragmentária e reducionista (MORIN, 2015) para a adoção de um pensar em termos de relações e de contexto (CAPRA, 1996).

É interessante, aliás, notar que a física, a química a biologia e outras ciências, sob a influência da mecânica clássica, foram criando um modelo mental de realidade adotado pelo pensamento coletivo da sociedade, o que influenciou a forma de

¹⁴ Em sentido lato, Bertalanffy (2010, p.63) nos mostra que todo sistema pode ser definido como “conjunto de elementos em interação”; sob a perspectiva kantiana sistema “é a unidade, sob uma ideia, de conhecimentos diversos ou, se se quiser, a ordenação de várias realidades em função de pontos de vista unitários.” (CANARIS, 1989, p. LXX - LXXII).

produção intelectual criando nossos atuais modelos econômico, político, filosófico e social (PRIGOGINE, 2002). Mas, com o surgimento do paradigma sistêmico, essa realidade começa a ser alterada. Por exemplo, muito antes do advento da mecânica quântica os físicos acreditavam que a “realidade derradeira”¹⁵ dos fenômenos físicos naturais eram partículas sólidas que compunham a matéria, porém a atenção foi desviada para o mundo das partículas subatômicas no qual “a natureza não nos mostra blocos de construção isolados, mas, em vez disso, aparece como uma complexa teia de relações [em padrões duais onda/partícula] entre as várias partes de um todo unificado” (CAPRA, 1996, p.42). É sinal de que há, conforme explicado acima, a emergência de um pensar em termos de relações e de contexto.

No que se refere à complexidade, considerando o conceito já mostrado anteriormente (vide nota de rodapé nº 10), Morin (2015, p.102) reforça a ideia de pensamento complexo seguindo as linhas do paradigma sistêmico:

[...] a complexidade é a união da simplicidade com a da complexidade; é a união dos processos de simplificação que são seleção, hierarquização, separação, redução, com os outros contraprocessos que são a comunicação, que são a articulação do que foi dissociado e distinguido; é a maneira de escapar à alteração entre o pensamento redutor, que só vê os elementos, e o pensamento globalizado que só vê o todo.

Por tanto, aquilo que outrora foi denominado parte é apenas um padrão na grande rede complexa de relações entrelaçadas. A exemplo disso, quando o ser humano passou a ser tratado como objeto de estudo, inicialmente, não foi tratado como um ser biossocial inserido numa rede complexa de relações entrelaçadas, mas foi tratado sob o jugo do que Morin (2015, p. 59) chama de “paradigma simplificador”.

O filósofo nos demonstra isso afirmando que o homem é um ser de duas realidades, a biológica e a cultural (linguagem, ideias e consciência) que foram separadas na tentativa de reduzir o mais complexo ao menos complexo, o homem biológico foi estudado no departamento de biologia e o homem cultural no departamento das ciências humanas, o cérebro estudado como órgão biológico e a mente como função ou realidade psicológica. Dessa forma, somos levados a perceber que o sistêmico e o complexo estão lado a lado, são conceitos complementares e

¹⁵ Termo que pegamos emprestado do escritor Robert Greene (2013, p. 376-377).

intercambiáveis, e que o paradigma simplificador se uniu ao sistêmico e ao complexo. As tentativas de compreender a realidade de forma unidimensional já se esgotaram.

2.2. SISTEMAS FECHADOS, SISTEMAS ABERTOS E OUTROS CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Sistemas abertos são aqueles que, para manter sua estrutura e funcionamento, se encontram em permanente troca de matéria e energia com o seu meio. Para ilustrar esse conceito, Bertalanffy (2010, p.65) nos explica que todo organismo vivo é um sistema aberto, pois mantém-se num “contínuo fluxo de entrada e de saída, conserva-se mediante a construção e a decomposição de componentes, nunca estando, enquanto vivo, em um estado de equilíbrio químico e termodinâmico”.

Por outro lado, sistemas fechados são aqueles isolados de seu ambiente, não mantêm qualquer troca de matéria ou energia com seu entorno. Uma rocha, por exemplo, está em estado de equilíbrio térmico e químico, trata-se de uma estrutura estática, pois “num sistema fechado uma certa quantidade chamada entropia^[16] deve crescer até o máximo e finalmente o processo para em um estado de equilíbrio.” (BERTALANFFY, 2010, p.64).

Quando Luhmann elabora sua teoria dos sistemas sociais ele se utiliza desses conceitos, que também estão inseridos no arcabouço teórico dos sistemas autopoieticos, a base do sistema luhmanniano. Percebemos isso quando o sociólogo afirma que ocorre evolução num sistema social quando “aquilo que é desviante passa a integrar a estrutura do respectivo sistema” (NEVES, 2012, p. 1), ou seja, a sociedade é um sistema aberto que mantém um fluxo contínuo de entrada e de saída extraindo ordem do ruído existente no seu entorno e, paradoxalmente, também é um sistema fechado no sentido organizacional criando uma fronteira entre o ambiente interno e

¹⁶A entropia representa o grau de desordem, de incerteza ou de desorganização de um sistema. Para ilustrar esse significado podemos dizer que uma “biblioteca com boas prateleiras e um bom sistema de indexação pode ser vista como uma biblioteca com baixa entropia, por conta do alto nível de organização. Da mesma forma, uma biblioteca com prateleiras e sistema de indexação ruins pode ser vista como uma biblioteca com alta entropia, por conta do alto nível de desorganização.” (ÇENGEL; BOLES, 2013, p.348). Com o surgimento de uma segunda lei na Termodinâmica que trata da dissipação de energia (a primeira lei trata da conservação de energia) surge uma nova propriedade termodinâmica chamada de entropia, essa propriedade irá expressar de forma matemática o grau de desordem de um sistema físico fechado (CAPRA, 1996, p.53). Para tornar o significado mais completo também é necessário conceituar a Termodinâmica. Em termos gerais, Termodinâmica [do grego *thérme* (calor) + *dynamis* (força)] é o ramo da Física que trata das descrições gerais das transformações entre os estados da matéria, “funda-se, essencialmente, sobre duas leis fundamentais, em que uma trata da *energia*, e a outra da *entropia*” (PRIGOGINE; KONDEPUDI, 1999, p.23).

seu entorno. Além disso, o sistema social luhmanniano é formado por vários outros subsistemas, dentre eles o jurídico-político, o econômico, o educacional, que interagem entre si sempre um funcionando como mundo circundante para o outro (ADEODATO, 2006) e mantendo essa operação de abertura e fechamento. Melo Junior (2013, p.713), nos mostra de forma bem sintética a base da teoria sistêmica luhmanniana:

Os sistemas sociais são autorreferenciais porque são “capazes de operar com base em suas próprias operações constituintes” [...]. São autopoieticos porque se autoreproduzem ou produzem a si mesmos enquanto unidade sistêmica. A diferenciação entre sistema e entorno, [consiste em dizer] que tudo aquilo que não diz respeito ao sistema observado é tido como entorno, até mesmo “os diferentes tipos de sistemas que coexistem em uma mesma dimensão espaço-temporal” [...]. Com isso, o sistema social se distingue de tudo o mais, inclusive dos seres humanos. Na medida em que o sistema social e o sistema psíquico operam de forma autopoietica e de forma separada, a sociedade é tida como entorno para o indivíduo [e] “os seres humanos são o entorno psíquico dos sistemas sociais” [...].

Conforme explicado acima, trata-se inegavelmente, de uma teoria que utiliza conceitos oriundos principalmente da Biologia e da Cibernética, seria um erro, porém, atribuir ao sistema social luhmanniano apenas a ideia de sistemas abertos e fechados, ele vai muito mais além, pois se apresenta como um forte modelo teórico interdisciplinar transpassado por disciplinas como física moderna, biologia, psicologia, dentre outras. Nesse contexto, Luhmann (2016, p.437) considera “a sociedade como [um] sistema que abarca todas as operações sociais[...], um sistema aberto, adaptativo, com regulações internas (por exemplo cibernéticas)”, sendo que, conforme o autor, o direito se mostra como um mecanismo regulador atuante na adaptação da sociedade ao seu entorno.

No campo físico-químico, o conceito de sistemas abertos, abriu espaço para a formulação de uma nova termodinâmica¹⁷ que pudesse explicar o funcionamento desses tipos de sistemas. Desse modo, Capra (1996, p.55) expõe que se compreendeu a autorregulação como uma das propriedades-chave dos sistemas abertos e essa “idéia foi aprimorada por Prigogine trinta anos depois por meio da auto-

¹⁷ Termodinâmica das flutuações ou do não equilíbrio, são as denominações atribuídas a essa nova termodinâmica (PRIGOGINE; KONDEPUDI, 1999). A termodinâmica clássica (que até então só falava de equilíbrio e estabilidade) não tinha arcabouço teórico suficiente para explicar o estado paradoxal de estruturas que se mantinham as mesmas ainda que seus componentes fossem mutantes – flutuações, instabilidades, processos evolutivos. (MORIN, 2015, p.21).

regulação de ‘estruturas dissipativas’”. De fato, essa nova termodinâmica, deu base para a criação de várias teorias sistêmicas, dentre elas a TED que será abordada em seguida.

2.3. UMA VISÃO SOBRE A TED

Durante a década de 1940 foi desenvolvida por Ludwig von Bertalanffy a teoria geral dos sistemas e com ela veio a concepção de sistemas abertos. Ele postulou em sua teoria, que a ciência clássica necessitaria de uma nova termodinâmica de sistemas abertos, o que na época não foi possível por não haver disponível técnicas matemáticas necessárias à expansão dessa nova termodinâmica. Neste mesmo período, com a criação da Cibernética, se consolidam as ideias de auto-organização, autorregulação e laços de realimentação. Com esses novos conceitos e com uma nova matemática para reavaliar a segunda lei da termodinâmica, o físico-químico Ilya Prigogine e seus pesquisadores aprimoraram a ideia de autorregulação com o desenvolvimento da teoria das estruturas dissipativas, o que lhe rendeu o Nobel de Química em 1977 (CAPRA, 1996).

Nascido em Moscou (Rússia), em 1917 e falecido em 2003 em Bruxelas (Bélgica), Ilya Prigogine se interessou pela Arte, pela Arqueologia, Psicologia, História e Direito. Seus interesses e sua base de formação o tornaram um típico cientista-filósofo por adquirir competência filosófica “para problematizar sua prática científica” (SANTOS, 1988, p.57). Inicialmente ele concentrou seus trabalhos na Química Orgânica e na Físico-química, mas aprofundando as investigações de seu mestre, Théophile de Donder, pai da Escola de Termodinâmica de Bruxelas, começou a se interessar por sistemas longe do equilíbrio térmico¹⁸, fenômenos irreversíveis¹⁹, sistemas autorreguladores, flecha do tempo²⁰; assim ele e sua equipe chegam à descoberta das estruturas dissipativas no final da década de 1960 (ALMEIDA, 2004).

¹⁸Da mesma forma que “não-equilíbrio”, é uma expressão muito utilizada por Prigogine para diferenciar estruturas cristalizadas (em equilíbrio térmico, portanto “mortas”) das estruturas dissipativas.

¹⁹ Um processo ou fenômeno é irreversível quando o sistema e todas as partes de sua vizinhança não conseguem voltar ao estado inicial (PEREIRA, 2018).

²⁰ A seta do tempo ou flecha do tempo é consequência imediata da 2ª lei da termodinâmica, segundo a qual a entropia média sempre aumenta com o tempo, nunca diminui. Por exemplo, o copo de vidro que cai no chão e se quebra é um processo que envolve o aumento de entropia (os cacos estão mais desorganizados que o copo intacto) e, portanto, é irreversível (você nunca verá cacos saltando para o alto e se colando uns nos outros para produzir um copo inteiro). A seta do tempo nesses casos só permite avanço numa direção – rumo ao futuro. (BATALHAO et al., 2018).

Começaremos por alguns exemplos de estruturas dissipativas, dessa forma ficará mais fácil a compreensão do conceito. Um exemplo simples de estrutura dissipativa, evocado por Prigogine (2002), é o de uma cidade; ela é diferente do meio que a rodeia, as relações que mantém com seu entorno a faz manter suas características de cidade, se essas relações fossem suprimidas, a cidade também desapareceria. Um ser vivo, por exemplo, extrai matéria do seu ambiente em forma de nutrientes, os usa para o seu metabolismo (para manter sua estrutura estável) e dissipa essa matéria em forma de resíduo (CAPRA, 1996). Uma empresa também pode ser exemplo de estrutura dissipativa, pois, a grosso modo, uma empresa é um sistema que recebe entradas, tais como matérias-primas, mão-de-obra, pedidos e transforma estas entradas em saídas, que são o produto acabado, os lucros, salários, serviços; uma empresa está em constante interação com o seu entorno, de forma que o resultado de um período alimenta o período posterior (laços de realimentação) (PAIVA, 2001 apud BATISTA, 2008).

Conforme Capra (1996), Prigogine compreendeu que sistemas afastados do equilíbrio devem ser descritos por equações não-lineares²¹ e a partir daí desenvolveu uma nova termodinâmica capaz de descrever fenômenos presentes em sistemas abertos longe do equilíbrio. O autor deixa claro que, para Prigogine a termodinâmica clássica nos remete a “estruturas de equilíbrio”, como os cristais por exemplo, nesse contexto a dissipação de energia é sinônimo de desperdício. Porém, com a nova concepção de sistemas abertos longe do equilíbrio a dissipação se transforma em sinônimo de criação, de ordem e de evolução²².

O termo “estruturas dissipativas” foi idealizado para descrever a junção de estrutura e ordem com dissipação, fenômenos aparentemente contraditórios, mas presentes em todos os sistemas vivos. Para Capra (1996, p.149), a concepção de

²¹ Técnica matemática capaz de descobrir padrões ordenados em sistemas caóticos (CAPRA, 1996).

²² “As estruturas de equilíbrio resultam da compensação estatística da atividade da multidão de constituintes elementares. Elas são, portanto, desprovidas de atividade macroscópica, inertes a nível global. Num sentido, elas são igualmente imortais; uma vez formadas, podem ser isoladas e manter-se indefinidamente, sem ter mais necessidade de qualquer intercâmbio com o meio. Ora, quer examinemos uma célula ou uma cidade, a mesma constatação se impõe: não somente esses sistemas são abertos, como vivem de sua abertura, alimentam-se do fluxo de matéria e de energia que lhes vem do mundo exterior. Está excluído que uma cidade, ou uma célula viva, evolua para uma compensação mútua, um equilíbrio, entre os fluxos que entram e saem. Se assim o decidirmos, podemos isolar um cristal; mas a cidade e a célula, separadas do seu meio, morrem rapidamente, pois são partes integrantes do mundo que as nutre, constituem uma espécie de encarnação, local e singular, dos fluxos que elas não cessam de transformar. [...]” (PRIGOGINE; STENGERS, 1984, p. 101 e 102.).

estruturas dissipativas trouxe “uma mudança de percepção da estabilidade para a instabilidade, da ordem para a desordem, do equilíbrio para o não-equilíbrio, do ser para o vir-a-ser [e possibilitou] a coexistência de estrutura e mudança[...]”. Com efeito, ele nos adverte que:

A chave para o entendimento das estruturas dissipativas está na compreensão de que elas se mantêm num estado estável afastado do equilíbrio. Essa situação é tão diferente dos fenômenos descritos pela ciência clássica que encontramos dificuldades com a linguagem convencional. As definições que os dicionários nos oferecem para a palavra "estável" incluem "fixo", "não-flutuante" e "invariante", todas elas imprecisas para descrever estruturas dissipativas. Um organismo vivo é caracterizado por um fluxo e uma mudança contínuos no seu metabolismo, envolvendo milhares de reações químicas. O equilíbrio químico e térmico ocorre quando todos esses processos param. Em outras palavras, um organismo em equilíbrio é um organismo morto. Organismos vivos se mantêm continuamente num estado afastado do equilíbrio, que é o estado da vida. (CAPRA, 1996, p. 135).

Para deixar mais clara a noção de “equilíbrio” e “longe do equilíbrio”, conforme mencionado pelo autor, é necessário também estabelecer a noção do que seja “perto do equilíbrio”. Prigogine (2002), nos mostra que perto do equilíbrio, fluxos ou “escoamentos” são fracos e mantêm o sistema sempre na direção de um estado “estacionário” no qual a desordem (entropia) é desprezível; o sistema fica tão perto do equilíbrio que seus escoamentos são mínimos, processo que pode ser descrito pela termodinâmica clássica. Por outro lado, quanto mais afastado do equilíbrio, mais fortes são os escoamentos, a produção de entropia aumenta e o sistema encontra instabilidades que o forçam a criar novas formas de ordem para encontrar um período de estabilidade até a próxima flutuação²³ (instabilidade ou crise), isso faz com que esse sistema se afaste cada vez mais do estado de equilíbrio, ou seja, “afastadas do equilíbrio, as estruturas dissipativas podem se desenvolver em formas de complexidade sempre crescente” (CAPRA, 1996, p.136). Este foi o ponto de partida para Prigogine e sua equipe desenvolverem uma nova termodinâmica capaz de descrever os fenômenos de complexidade crescente.

²³ “Flutuações [oscilações, instabilidades, crises, catástrofes] diminutas no ambiente levarão a uma escolha da ramificação [bifurcação] que ela [estrutura dissipativa] seguirá. E uma vez que, num certo sentido, são essas flutuações aleatórias que levarão à emergência de novas formas de ordem, Prigogine introduziu a expressão ‘ordem por meio de flutuações’ para descrever a situação” (CAPRA, 1996, p.143).

Figura 1 - À esquerda temos uma rocha sedimentar constituída pelo processo de erosão, exemplo de estrutura em equilíbrio; ao centro um ciclone decorrente da elevação das massas de ar quente para a atmosfera, enquanto as de ar frio descem, exemplo de estrutura não-viva longe do equilíbrio; à direita os fungos, organismos eucariontes unicelulares encontrados nos mais diversos tipos de ambientes, exemplo de estrutura viva longe do equilíbrio.

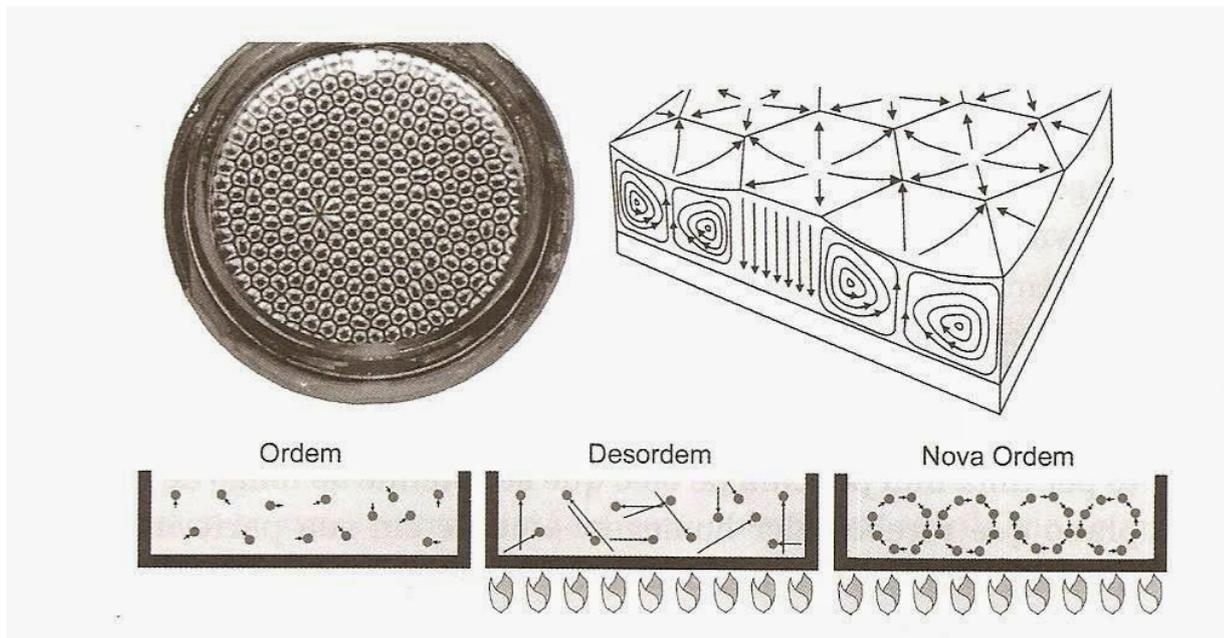


Fonte: <<https://www.todamateria.com.br/>>. Acesso em: 03 out. 2018.

É interessante, aliás, relatar que Prigogine, para resolver o problema da estabilidade afastada do equilíbrio, concentrou seus estudos em fenômenos bem simples sendo o mais conhecido, por exemplo, como “princípio da instabilidade de Bénard” ou simplesmente “células de Bénard”, considerado um exemplo clássico de auto-organização espontânea no campo da hidrodinâmica. Conforme Capra (1996), o experimento consiste no aquecimento uniforme de uma fina camada de líquido; conforme se aumenta a temperatura o fluxo térmico constante se move do fundo para o topo, enquanto o calor é transferido por condução o líquido permanece em repouso. Porém, quando a temperatura da superfície do topo e a temperatura da superfície do fundo chegam a um determinado valor crítico o calor passa a ser transferido por convecção²⁴ no qual um grande número de moléculas se junta num fluxo ordenado de movimento de baixo para cima e de cima para baixo. Nesse ínterim, surge um padrão ordenado de células hexagonais (“favo de mel”) mantidas pelo líquido aquecido que sobe pelos centros das células e pelo líquido mais frio que desce para o fundo pelas paredes das células.

²⁴ Na condução o calor é transmitido de átomo a átomo sucessivamente, na convecção a transmissão do calor se dá pelo movimento do fluido (líquidos e gases) envolvendo transporte de matéria por todo o sistema (<<http://penta3.ufrgs.br/CESTA/fisica/calor/conveccao.html>>. Acesso em: 24 de set. 2018).

Figura 2 – Instabilidade de Bénard ou células de Bénard, a imagem mostra a forma hexagonal das células (à esquerda) e os turbilhões formados pelo líquido aquecido em que multidões de moléculas se movem num fluxo contínuo criando estruturas hexagonais (à direita).



Fonte: <<https://instabilidadesveladas.blogspot.com/2014/04/celulas-de-rayleigh-benard.html>>. Acesso em: 28 set. 2018.

Sobre a observação desse experimento Prigogine relata que:

As células de Bénard constituem um primeiro tipo de *estrutura dissipativa*, cujo nome traduz a associação entre a idéia de ordem e a de desperdício, tendo sido escolhido de propósito para exprimir o fato fundamental novo: a dissipação de energia e de matéria – geralmente associada às idéias de perda de rendimento e de evolução para a desordem – torna-se, longe do equilíbrio, fonte de ordem; a dissipação está na origem do que se pode muito bem chamar de novos estados da matéria. (PRIGOGINE; STENGERS, 1984, p.114).

Conforme demonstrado acima, ficou claro que estruturas organizadas resultam de fenômenos dissipativos. A matéria em equilíbrio é “cega”, nesta situação as moléculas só veem as mais próximas; em situação de não equilíbrio ocorre o contrário, as partículas começam a “ver” a longa distância, daí surge uma nova coerência na sua estrutura pelas correlações de longo alcance (PRIGOGINE, 2002, p.22). Esse é um fato fundamental que descreve a fonte criativa da natureza e explica tamanha diversidade encontrada nela, pois a “diversidade que observamos na natureza é uma consequência da situação de não equilíbrio do universo” (PRIGOGINE; KONDEPUDI, 1999, p.329). O autor deixa claro, através de muitos experimentos, que com o

surgimento da TED foi por terra a ideia de que dissipação está sempre associada ao desperdício e à degradação.

Agora trataremos de alguns aspectos importantes das estruturas dissipativas, que importa mais diretamente ao enfoque deste trabalho. O primeiro deles é o ponto de bifurcação. Desse modo temos que:

[...]pontos críticos de instabilidade são denominados "pontos de bifurcação", pois são pontos na evolução do sistema, nos quais aparece subitamente um forqueamento, e o sistema se ramifica em uma nova direção[...]. Fisicamente, eles correspondem a pontos de instabilidade, nos quais o sistema muda abruptamente e novas formas de ordem aparecem de repente. Como mostrou Prigogine, essas instabilidades somente podem ocorrer em sistemas abertos que operam afastados do equilíbrio. (CAPRA, 1996, p. 106).

A recorrência e a intensidade do processo de troca de matéria e energia com o meio levam o sistema a passar por um momento de instabilidade chegando a um ponto crítico chamado bifurcação, conforme citado acima. Da mesma forma, Biase et al. (2013) nos mostra que essa bifurcação (possibilidades evolutivas) pode transformar a estrutura numa forma mais avançada que a anterior (complexidade crescente), após isso a nova estrutura se estabiliza por meio da dissipação de energia provocada pelas trocas com o ambiente em que é mantida, proporcionando mais um período de estabilidade (período estacionário). O autor deixa claro que quanto mais complexa for a estrutura maior será o fluxo de matéria e energia para manter sua estabilidade, e maior será o potencial de atingir uma bifurcação podendo se tornar mais complexa, mais simples ou se reduzir ao meio em que flutua.

Figura 3 – Exemplo de um diagrama de bifurcações.

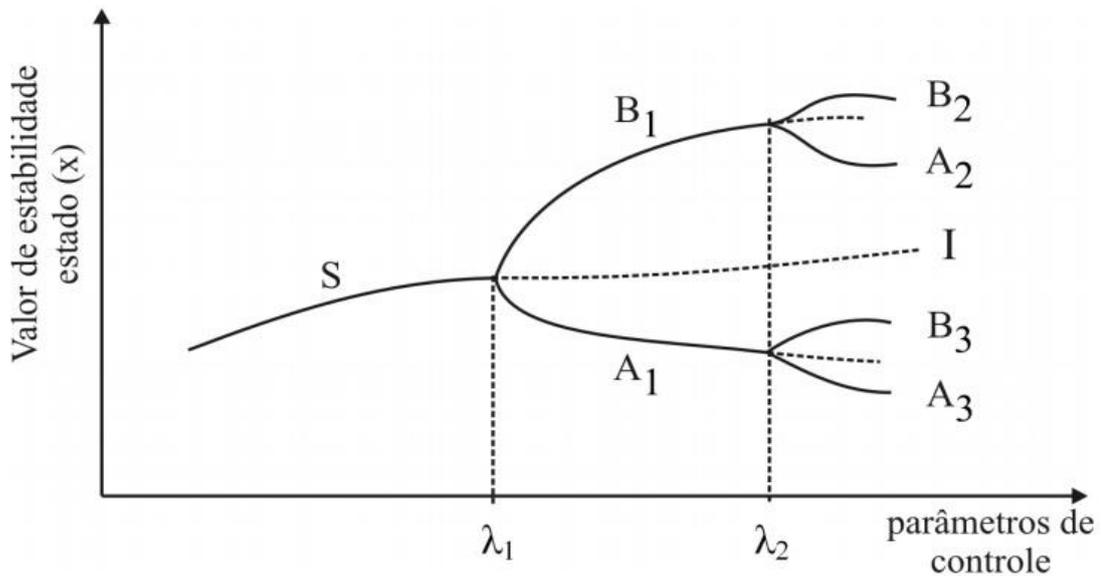


Figura 1 – Mapa de uma dinâmica não-linear em função do parâmetro de controle do sistema. λ é o parâmetro de controle; λ_1 e λ_2 são os valores críticos (ou pontos de bifurcação) em que o sistema torna-se instável e subitamente e novos valores de estabilidade (A ou B) emergem. As linhas sólidas representam os valores estáveis (equilíbrio estacionário) e as pontilhadas os valores instáveis, proibitivos. A escolha de uma via para qualquer das soluções está sujeita a flutuações, portanto, é probabilística e irreversível.

Fonte: (CAMARA, 2008, p. 109).

Outro aspecto a ser considerado e que está diretamente ligado ao ponto de bifurcação, “ponto crítico a partir do qual um novo estado se torna possível” (PROGOGINE; STENGERS, 1984, p.122), é o elemento histórico introduzido pelas transformações sucessivas desse sistema. Essa “história” do sistema dissipativo será levada em consideração no momento em que ele “escolher” qual caminho seguirá na bifurcação, retratando assim um claro processo de auto-organização, nesse sentido:

Diz-se que no ponto de bifurcação o sistema “escolhe” um novo caminho[...]. Mas Prigogine também viu que essa “escolha” no ponto de bifurcação não seria determinada aleatoriamente, ao acaso, pelas flutuações. As escolhas que esse sistema físico-químico fez [fenômeno observado nos osciladores químicos²⁵], nos pontos de bifurcação que atravessou anteriormente, influenciariam sua “escolha” no momento presente. A definição do estado em que o sistema se encontra [...] já não poderia ser instantânea, mas implicaria

²⁵ Para mais detalhes, conferir em Prigogine (2002, p.23).

um conhecimento de seu comportamento nas bifurcações anteriores. (VASCONCELLOS, 2002, p.124).

Por qual das novas ramificações disponíveis o sistema seguirá? Isso irá depender do passado desse sistema (pontos sucessivos de bifurcação pelos quais passou) e das condições de seu entorno. Essa sucessiva passagem por pontos de bifurcação é o que irá manter a estrutura dissipativa cada vez mais afastada do equilíbrio numa emergência de novas formas de ordem e complexidade crescente (“ordem por meio de flutuações”) e irá introduzir um elemento histórico na sua descrição. Mas essa “escolha” do sistema, conforme citado acima, não ocorre por causa de uma liberdade “subjéitiva”, como bem nos asseguram Prigogine e Stengers (1984, p.122), ocorre sim por causa da natureza da flutuação, originada das sucessivas bifurcações anteriores, determinada pela atuação de várias forças em conjunto originadas dos processos em escala microscópica “cuja multitude desordenada” produz pontos de instabilidade e a mínima perturbação no seu ambiente será “suficiente para determinar o regime de funcionamento macroscópico” desse sistema na direção de um determinado ramo depois da bifurcação. Para Prigogine, parecia que a história estava reservada apenas à biologia ou às ciências humanas, mas o tempo tornou-se fator fundamental na descrição desses fenômenos físico-químicos.

Os fenômenos descritos acima, foram observados em simples oscilações químicas, porém no contexto dos sistemas vivos, a estrutura dissipativa é sempre um registro do desenvolvimento anterior, uma vez que “todos os sistemas vivos existem em ambientes que flutuam continuamente” (CAPRA, 1996, p.143). É aqui que inserimos mais dois aspectos importantes das estruturas dissipativas, quais sejam a irreversibilidade e os laços de realimentação.

Falamos anteriormente que um fenômeno é irreversível quando um sistema e as partes de sua vizinhança com as quais interage não conseguem voltar ao estado inicial. Nas estruturas dissipativas existem o que são chamados de “múltiplos laços de realimentação interligados”, num sistema vivo esses laços de realimentação de “auto-amplificação repetida” (laços catalíticos como processos químicos não-lineares irreversíveis) levam a estrutura a pontos de instabilidades (bifurcações), desse modo “a auto-organização, a emergência espontânea de ordem, resulta dos efeitos

combinados do não-equilíbrio, da irreversibilidade, dos laços de realimentação e da instabilidade” (CAPRA, 1996, p.143). Isso fará com que o sistema siga numa espécie de linha temporal evolutiva que é chamada de seta do tempo; ele só terá uma direção, o futuro.

Para encerrarmos essa breve explanação sobre a TED acrescentamos aqui um parêntesis, como uma prévia do que iremos falar mais adiante. Para Capra (1996, p. 142), “a visão clássica, para a qual a física era a principal fonte de conceitos e de metáforas, a ordem está associada com o equilíbrio, como, por exemplo, nos cristais e em outras estruturas estáticas”; esta visão clássica reforça o ideal tradicional de se alcançar a “certeza associada a uma descrição determinista” (PRIGOGINE, 2002, p.13) da realidade. Nosso atual ordenamento jurídico, assim como nosso sistema legislativo podem ser comparados a estruturas estáticas em equilíbrio ou próximas do equilíbrio, por terem uma reação muito lenta em resposta a mudanças na sociedade, na economia, na política. Esse ideal tradicional determinista encontramos na tradição jurídica do *civil law*, por priorizar a utilização de estruturas cristalizadas como Códigos e Legislações (estático direito legislado) que ficam rapidamente defasadas perante a dinâmica das mudanças sociais, correlacionando-se com as estruturas próximas do equilíbrio ou em equilíbrio, descritas pela TED. No contraponto, a tradição jurídica do *common law*, correlaciona-se com as estruturas longe do equilíbrio, representada especialmente pelos precedentes judiciais, que serão retratados no capítulo seguinte.

De antemão atrevemo-nos a dizer que os precedentes judiciais também possuem “laços de realimentação de auto-amplificação repetida”. Estes laços são possíveis pela constante interpretação judicial que os precedentes judiciais exigem. Que a cada novo caso comparado ao precedente gera um “ponto de bifurcação” por ter a potencialidade de transforma-lo num precedente de ordem mais complexa ou simplifica-lo à condição de uma simples argumentação jurídica periférica.

Aprendemos que o “não-equilíbrio” é fonte de ordem e Prigogine nos mostra mudanças conceituais que permitem entendermos a natureza da vida. São novas concepções trazidas por “características-chave” das estruturas dissipativas (sensibilidade a pequenas mudanças no meio ambiente, relevância da história anterior em pontos críticos de escolha, incerteza e imprevisibilidade do futuro), em cima disso

é importante ressaltar que as “estruturas dissipativas são estruturas básicas de todos os sistemas vivos, inclusive dos seres humanos” (CAPRA, 1996, p.144). Posto isso, Prigogine (2002, p. 29) nos afirma que só é possível falar de “sistemas” nas situações de não equilíbrio, sem as características do não equilíbrio “não haveria vida nem, por mais forte razão, cérebro^[26]”.

²⁶ Para Luhmann (2016, p. 351) os sistemas sociais só são possíveis por causa do cérebro enquanto sistema psíquico produtor de pensamentos e conseqüentemente de comunicações, as operações básicas dos sistemas sociais.

3. CONHECENDO A DOCTRINA DE PRECEDENTES JUDICIAIS

3.1. OS SISTEMAS²⁷ (TRADIÇÕES²⁸) *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Vimos no início deste trabalho que a ciência jurídica é dividida em dois blocos, o zetético e o dogmático. O Direito Processual Civil é disciplina dogmática, pois trata da interpretação e aplicabilidade de normas jurídicas em casos concretos, dentro desta disciplina temos a doutrina (ou sistema) dos precedentes judiciais que tem origem numa tradição jurídica chamada *common law*.

As duas tradições jurídicas ocidentais, *common law* e *civil law*, presentes no nosso sistema jurídico, “surgiram em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas, o que naturalmente levou a formação de tradições jurídicas diferentes, definidas por institutos e conceitos próprios” (MARINONI, 2009, p. 12). Para se estabelecer uma diferenciação entre as duas tradições é necessária uma análise de como se deu a formação do direito consuetudinário (*common law*) e do direito escrito (*civil law*), ambos reflexos da influência do Direito Romano atuando como elemento diferenciador (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015).

3.1.1. *COMMON LAW*

A tradição jurídica do *common law* (direito consuetudinário) surgiu na Inglaterra do século XI com o estabelecimento do sistema feudal inglês e a consequente organização do governo, juntamente com a separação do Estado e religião o que fortaleceu o poder do rei. Neste período, de acordo com o autor, foram criadas cortes para julgamento das demandas de cada feudo e as cortes reais. Estas cuidavam de julgar casos de interesse da coroa aplicando o chamado direito comum (*common law*), válido em todo o território da coroa. Aquelas julgavam as demandas locais com base nos costumes da região (CRAMER, 2016).

²⁷Abboud, Carnio e Oliveira (2015, p. 264) nos adverte que muitos autores utilizam o termo sistema para designar as tradições jurídicas *common law* e *civil Law*, porem neste contexto, o autor nos alerta que o termo “sistema” é utilizado em sentido estrito pois se refere “a determinado ordenamento jurídico que reúna as seguintes características: a) plena compreensão de todos os elementos de sua classe; b) do ponto de vista externo está fechado aos elementos que lhe sejam alheios, ou seja, é autárquico; c) do ponto de vista interno é coerente e consistente.”.

²⁸Consistem num “conjunto de práticas, costumes e hábitos profundamente arraigados em uma comunidade, historicamente condicionados [pelo] papel do direito na sociedade e na política[...]. Assim a tradição jurídica [insere] o sistema legal [conjunto de normas] dentro e [a] partir da perspectiva cultural.” (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 265).

Com o passar do tempo, já no século XV, as cortes reais tornaram as cortes locais obsoletas por aplicarem regras mais modernas e por possuírem uma execução mais eficiente, dessa forma “as cortes reais passaram a ser os tribunais mais demandados da Inglaterra, e o *common law*, que antes se referia aos assuntos do rei, tornou-se o direito mais aplicado naquele país para qualquer tipo de caso” (CRAMER, 2016, p.15).

Conforme explicado acima, essa tradição jurídica surgiu na Inglaterra feudal com a coroa aplicando o “direito comum” a partir de suas cortes reais. Nesse período surgiu o brocardo *remedies precede rights*²⁹, que já retratava a prevalência do processo sobre o direito (CRAMER, 2016). Ainda no magistério do autor, nos é mostrado que era muito difícil levar casos para as cortes reais e isso levou as partes a peticionarem diretamente ao rei, porém não era o rei que apreciava as petições³⁰ (*writs*) mas sim o seu chanceler, este não julgava as petições com base no *common law*, mas sim na equidade³¹. Essa prática fez com que fosse criada, por volta do século XV, a Corte da Chancelaria com o exercício da jurisdição de equidade, assim coexistia com as cortes reais que permaneciam com a aplicação do *common law*.

Retratando essa realidade Abboud, Carnio e Oliveira (2015, p. 268), nos ensinam que:

Tal sistema assegurava que o poder judicial do rei descansasse em três fundamentos diferentes: 1) como senhor feudal supremo, era competente para julgar os litígios entre seus *tenants in chief* (feudatários que haviam recebido a investidura diretamente do rei); 2) na qualidade de rei da Inglaterra, era competente ainda para julgar os *placita coronae*, ou seja, os litígios nos quais a Coroa estava diretamente interessada, e.g., os litígios que perturbassem a paz do rei (*King's peace*); 3) por ocupar o cume da pirâmide feudal, tinha poder sobre os demais tribunais inferiores, isso porque aquele que não tivesse conseguido fazer valer seu direito perante seu senhor (a quem estava diretamente subordinado), caberia-lhe apelar ao rei.

Os autores nos mostram que a Corte da Chancelaria, parte do tripé do poder judiciário real, foi incorporada ao *common law*, dessa forma o caráter puramente discricionário presente nos julgamentos daquela Corte começou a fazer parte do *common law* que,

²⁹ Remédios precedem direitos (tradução livre).

³⁰ Foi “o que efetivamente assegurou a aplicação e a unificação da jurisdição régia e sua expansão em detrimento aos tribunais locais [...]. O sistema jurídico-processual inglês, baseado nos writs, pode ser considerado uma construção original do common law [...]” (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 267).

³¹ Rules of equity (ou regras da equidade, em tradução livre).

até então, primava pelo formalismo legal e repelia o poder amplo e discricionário conferido ao magistrado. Por conseguinte, “o *common law* nunca seria o que é hoje se não tivesse existido o Tribunal da Chancelaria (*equity*). Isso porque, graças a *equity*, coexistiram duas jurisdições distintas e opostas no mesmo ordenamento [...]” (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 268).

Em virtude da tradição jurídica do *common law* não conter, em regra, um texto normativo que ditasse regras de direito material, estas foram construídas paulatinamente a partir dos julgados das cortes reais. Essa técnica de produção de normas na qual o processo era o foco, foi denominada de *case law*³², assim as normas começaram a ser construídas conforme cada caso concreto, de precedente em precedente devido “a citação de casos julgados para indicar como a questão deveria ser decidida.” (CRAMER, 2016, p. 17).

Essa técnica de produção de normas foi possível pela influência quase nula da tradição de direito escrito, representada pelo Direito Romano que era tratado como fonte secundária. A prática jurídica do *common law* já estava bem desenvolvida não precisando ligar-se a textos normativos influenciados pelo Direito Romano. No entanto, “o direito inglês se aproximou do direito romano em termos de valorização e prevalência dos procedimentos, em termos de uma ‘filosofia do concreto’[...], mas não em termos de adoção de institutos.” (DRUMMOND; CROCETTI, 2011, p. 5).

No século XV, surge a primeira noção de precedente vinculante. Quando se deparavam com um caso mais complexo os juízes das cortes reais se reuniam (num local denominado Câmara *Exchequer*, uma das cortes reais) para deliberarem. Ao se chegar a uma conclusão, o caso retornava à sua corte de origem para ser proferida a decisão (DRUMMOND; CROCETTI, 2011).

³² Em tradução livre quer dizer jurisprudência; essa técnica surgiu já no século XIII com o juiz inglês Henry Bracton anotando seus comentários aos procedimentos, às defesas e às acusações apresentadas, além de críticas às decisões proferidas “com o fim de que seus comentários influenciassem os julgadores da época em julgamentos futuros.” (DRUMMOND; CROCETTI, 2011, p. 6).

Mesmo com o auxílio dos *Laws Reports*³³, os precedentes só viriam a adquirir natureza vinculante no início do século XIX com a criação do sistema de *stare decisis*³⁴, já que

[...] a eficácia vinculante dos precedentes foi estabelecida, de forma genérica, para todo o sistema judicial inglês, no caso *Beamish v. Beamish*, julgado em 1861 pela *House of Lords*, o órgão de cúpula do Judiciário inglês naquela época. Neste caso, a *House of Lords* fixou a regra de que seus precedentes vinculavam as suas próprias decisões, bem como as das cortes inferiores. (CRAMER, 2016, p.20).

A partir deste episódio, o *common law* passou a ter o *stare decisis* como um instituto permanente em sua composição. Além disso, o autor nos explica que esse sistema de vinculação de precedentes “é mais do que a aplicação da regra de solução análoga para casos iguais, pois essa seria uma visão muito simplificada de um procedimento altamente complexo que por séculos se estruturou naquelas comunidades.” (STRECK; ABOUD apud CRAMER, 2016, p.21).

Ademais, no magistério do autor citado acima, não podemos misturar *stare decisis* e *common law*. Este surgiu como uma tradição sem direito legislado, com normas construídas de decisões das cortes reais onde o costume era verificar a existência de direitos a partir de casos julgados (*case law*). Naquele, o precedente, além de ser fonte primária do direito, também vincula (dependendo de sua natureza) decisões de tribunais dentro de uma estrutura hierárquica, fato que cria uma verdadeira doutrina de precedentes vinculantes.

3.1.2. CIVIL LAW

Enquanto a tradição do *common law* se formava na Inglaterra, na França também corriam movimentos formadores e diferenciadores do direito consuetudinário e do direito escrito (*civil law*). Como bem nos asseguram Abboud, Carnio e Oliveira (2015, p. 265), “a distinção entre países de costumes e países de direito escrito consolidou-se no século XVI, principalmente no território francês”. A exemplo da Inglaterra, o território francês do Norte foi indiferente ao Direito Romano recusando-o

³³ Cramer (2016, p. 19) nos ensina que *Law Reports* é um tipo de sistema integrado de relatório de casos fundamental “para o desenvolvimento do *case law*, porque, por meio deles se conheciam os casos julgados pelas cortes, possibilitando que juizes e advogados invocassem precedentes e [...] o direito forjado neles”; nesse mesmo período, entre 1575 e 1616, surge a técnica de distinguir assim como *ratio decidendi* e o *obiter dictum* nas decisões judiciais, todos previstos nos 13 volumes de relatórios escritos por um dos juizes mais conhecidos da época, Edward Coke.

³⁴ Ficar com as coisas decididas (tradução livre).

como direito comum. Já o território do Sul rapidamente adotou o Direito Romano por não ter se adaptado ao desenvolvimento do feudalismo como o Norte se adaptou, mas além disso também foi utilizado como instrumento de poder dos reis franceses já que a população era mais favorável às tradições romanistas (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015).

O estudo do Direito Romano remonta às universidades medievais com a figura dos glosadores, estudiosos responsáveis pelos comentários inseridos nos textos legais romanos na tentativa de tornar mais fácil sua interpretação. De acordo com Cramer (2016, p. 23) esse “estudo tomava como base o *Corpus Iuris Civilis*, uma grande compilação de leis romanas feita pelo Imperador bizantino Justiniano I, no século VI, descoberta por volta de 1100.”, era composto por quatro livros, o *Codex* (ou Código Justiniano, reunia as constituições imperiais), o *Digesto* (ou *Pandectas*, comentários dos juristas romanos), as *Institutas* (espécie de manual de estudos para o Direito Romano) e as *Novelas* (constituições imperiais a partir de 1534). O Direito Canônico também foi objeto de estudo dessas universidades até mesmo por fazer parte do direito comum daquela época, apesar de exercer menos influência era tido como um Direito mais moderno que o romano (DRUMMOND; CROCKETTI, 2011).

Esse aprofundamento na legislação romana se tornou crucial para a criação de uma nova tradição jurídica predominantemente escrita na Europa continental a partir do século XIII. Com o reforço do movimento cultural promovido pelo Renascimento, a legislação romanista ganha força e novos ordenamentos jurídicos surgem em cada país “complementados e modificados por novas leis e por decisões de tribunais” (CRAMER, 2016, p. 25).

A partir daí o autor acima nos ensina, que a tradição do *civil law* passou por uma codificação (entre os séculos XVIII e XIX) fortemente influenciada pelo movimento iluminista e posteriormente pela Revolução Francesa em 1789. Fundamentados na ideia de que a razão humana era capaz de criar um ordenamento jurídico perfeito que regulasse todas as relações sociais, a intenção era reunir todas as normas e sistematizá-las abrangendo todas as áreas do Direito. Nesse panorama histórico, o fenômeno da codificação surgiu na tentativa de

[...] acabar com as imperfeições do Direito construído a partir do Direito romano e se propunha a ser uma obra jurídica perfeita, fruto exclusivamente dos debates acadêmicos, sem interferência de outras fontes, que expusesse,

de forma clara e ao mesmo tempo científica, as normas jurídicas da sociedade.” (CRAMER, 2016, p. 25).

A tradição jurídica baseada em códigos se justificava, principalmente, pela limitação do poder de julgar imposta aos magistrados. Devido a uma nova ordem estatal, implantada pela Revolução Francesa, com base na tese de Montesquieu, os poderes do Estado foram divididos. Um dos desdobramentos dessa divisão de poder foi a imposição de que o juiz deveria se ater a declarar a lei no caso concreto, deveria ser o juiz “boca da lei”, sem nenhum poder de criar normas, até mesmo para romper com os velhos costumes de juízes comprometidos apenas em defender seus privilégios e os interesses da nobreza. Para isso era necessária uma legislação completa e precisa que culminaria com a promulgação do Código Civil francês (Código Napoleônico) em 1804. Essa conjuntura acaba por caracterizar o *civil law* como uma tradição jurídica baseada na norma escrita e codificada, bastando ao juiz adequá-las ao caso concreto e pronuncia-las em seus julgamentos (CRAMER, 2016).

3.1.3. DIFERENÇAS E CONVERGÊNCIAS

Para melhor delimitação da matéria, com base na doutrina de Abboud, Carnio e Oliveira (2015), passemos a estabelecer as principais diferenças e convergências entre essas duas grandes tradições. Primeiramente devemos ressaltar que a Inglaterra é representante genuína do *common law*, assim como a França é representante do *civil law*, ou seja, o direito inglês baseia-se na oralidade ao passo que o francês se baseia no procedimento escrito.

Cramer (2016, p. 23), nos ensina que hodiernamente o *civil law* predomina na maior parte dos países da Europa, Ásia e em toda a América Latina, ao passo que o *common law* é adotado pela Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte, Irlanda, Estados Unidos da América (exceto Louisiana), Canadá (exceto Quebec), Austrália, Nova Zelândia, África do Sul e Índia, dentre outros países geralmente de língua inglesa ou membros da *Commonwealth*³⁵ (exceto Malta e Escócia).

³⁵ *Commonwealth of Nations* ou Comunidade das Nações é uma associação intergovernamental composta por 54 países com o objetivo de apoiar uns aos outros, trabalham juntos em um quadro de valores e objetivos comuns, incluindo a promoção da democracia, desenvolvimento, direitos humanos, Estado de Direito, liberdade individual, boa governança, igualitarismo, livre comércio, multilateralismo e a paz mundial (fonte: <<https://www.estudopratico.com.br/commonwealth-historico-funcionamento-e-paises-membros/>>. Acesso em 10 out. 2018).

Na tradição do *common law* a “independência decisória”, como resultado de sua evolução histórica, torna-se um princípio jurídico. Da mesma forma a independência do judiciário se torna característica marcante devido ao direito legislado ter ficado em segundo plano por boa parte da criação do direito ser atividade do judiciário. Dessa forma “os ingleses consideravam que o seu sistema jurídico estava mais qualificado para se adaptar às novas realidades históricas e sociais.” (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015).

Na tradição do *civil law*, a criação de normas se dá principalmente pelo Legislativo. Aqui a lei é fonte primária do direito. No que concerne à interpretação da lei, os juristas do *civil law* tem como base a “história legislativa” e o sistema de códigos (*code law*) como forma de aplicação do direito. O *common law* se utilizava de casos concretos (*case law*) para a solução da controvérsia jurídica através da análise de casos judiciais pretéritos (método indutivo). Já o *civil law* lança mão do método dedutivo, pois parte da lei como premissa maior aplicada à premissa menor que é a controvérsia jurídica a ser decidida (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015).

Outra característica diferenciadora entre as tradições do direito consuetudinário e a do direito escrito é a importância dada ao Direito Romano dentro de cada tradição jurídica. No *common law* (direito consuetudinário), segundo Abboud, Carnio e Oliveira (2015, p. 266), “sua aplicação deveria ser meramente subsidiária, quando a solução não pudesse ser alcançada pelas alternativas oferecidas pelo direito costumeiro, principalmente na sua cadeia de precedentes”. No *civil law* (direito escrito) o direito romano deveria ser aplicado de forma “prioritária estruturando e sistematizando a aplicação do direito”.

É importante estabelecer que, desde o início, as duas tradições não eram isoladas uma da outra. Os estudiosos ingleses desde o século XVI conheciam profundamente o direito continental (formado principalmente pelos direitos romano, canônico e alemão medieval), isso propiciou um “diálogo entre os dois sistemas” na medida em que algumas regras que compõem o direito inglês tinham inspiração romanista como, por exemplo, argumentos jurídicos presentes na literatura continental eram utilizados dentro de um conjunto de soluções retiradas de casos concretos para serem utilizadas em casos análogos (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015).

Por último, sabendo que as diferenças entre essas duas tradições não se resumem apenas ao processo histórico nem tampouco ao posicionamento de determinadas fontes do direito, a diferença que se faz mais relevante para a nossa pesquisa é a doutrina de precedentes judiciais e o sistema do *stare decisis* inerentes à tradição do *common law*.

3.2. DOUTRINA DE PRECEDENTES JUDICIAIS

Antes de mais nada, se faz necessário o esclarecimento de dois tipos de conceitos presentes no Direito, o lógico-jurídico e o jurídico-positivo. O lógico-jurídico é aquele que descreve o fenômeno jurídico independentemente do direito positivo (competência, decisão, prova ...) e o jurídico-positivo que é aquele extraído de um ordenamento jurídico e que conseqüentemente só servirá a ele (apelação, recurso especial ...). O precedente pertence ao primeiro tipo de conceito, já que é um fenômeno jurídico que independe do direito positivo o que torna sua definição universal, pois “constitui um instituto fundamental do Direito Processual e se faz presente em qualquer ordenamento” (CRAMER, 2016, p. 77).

Como explicado anteriormente, o uso de precedentes³⁶ tem origem nos sistemas de *common law*, onde a lei e a jurisprudência são dois ordenamentos distintos e as decisões são baseadas em casos passados, ou seja, o sistema se baseia mais na jurisprudência que no texto da lei. O direito comparado tem mostrado que o uso de precedentes não é mais característica exclusiva do sistema de *common law* (TARUFFO, 2014), pois atualmente tem-se intensificado o uso da jurisprudência e de precedentes também na tradição do *civil law*, que por sinal é a estrutura jurídica adotada no Brasil em que a regra é usar o texto da lei seguindo a vontade do legislador.

Em sentido amplo, Dworkin (1999, p. 30) nos fala da doutrina do precedente, tanto na tradição inglesa quanto na norte-americana, como uma “doutrina segundo a qual decisões de casos anteriores muito semelhantes a novos casos devem ser repetidas nestes últimos”, essa doutrina ainda se divide em “doutrina estrita” (atribui natureza obrigatória a determinados precedentes) e “doutrina atenuada” (atribui apenas força persuasiva ao precedente). Didier Jr., Braga e Oliveira (2015) definem

³⁶ O termo “precedente”, conforme Abboud, Carnio e Oliveira (2015, p. 330), foi utilizado pela primeira vez no século XVI, mais precisamente em 1557.

precedente como uma decisão judicial baseada num caso concreto que pode servir de parâmetro para julgamento posterior de casos análogos. Do mesmo modo, Neves (2016) conceitua precedente como qualquer julgamento com potencial de ser utilizado como fundamento de um outro julgamento posteriormente proferido. Já Abboud, Carnio e Oliveira (2015), ensina que a doutrina de precedentes prioriza as decisões judiciais como fonte imediata do direito, ao lado da equidade e da legislação. Neste sentido:

O precedente fornece uma regra (universalizável, como já mencionado), que pode ser aplicada como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou – como ocorre normalmente – da analogia entre os *atos* do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia dos dois casos concretos [...] será afirmada ou refutada pelo juiz do caso posterior, dependendo se ele considerar prevaletentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso posterior que determina se há ou não o precedente e, então, – por assim dizer – “cria” o precedente. (TARUFFO, 2014, p. 4).

Porém, nem toda decisão judicial tem a capacidade de se tornar um precedente, uma decisão que não transcender o caso concreto não será utilizada como fundamento de outra decisão, por exemplo, as decisões que se limitam a aplicar a letra da lei. Também é natural que uma decisão não nasça precedente, mas que poderá se tornar um no momento em que é utilizada como razão de decidir em outro julgamento (NEVES, 2016). Além disso, se houver identidade material e jurídica a resolução da lide não se dará pela aplicação de precedente, mas sim de coisa julgada (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015).

Antes de adentrarmos no conceito de precedente judicial propriamente dito, convém esclarecer que precedente e jurisprudência são institutos diferentes. Conforme explicado acima, um precedente é suficiente para fundamentar um julgado posterior devido ao seu caráter concreto (por se tratar de uma decisão específica). Por outro lado, segundo Neves (2016), o uso de uma jurisprudência como razão de decidir, deve exigir do julgador a utilização de vários julgados no mesmo sentido, devido ao seu caráter abstrato. Isto se deve ao fato de que a jurisprudência é formada por várias decisões proferidas (na ordem de dezenas ou até centenas) sobre uma mesma matéria pelos tribunais, em outras palavras, o “precedente, quando reiteradamente aplicado, vira jurisprudência, e esta, se for firme quanto à posição do tribunal [ou tribunais], transforma-se em súmula.” (CRAMER, 2016, p. 73). Na opinião

do autor, há uma evolução do julgado para precedente, deste para jurisprudência e desta para súmula.

Em sentido amplo um precedente pode ser definido como uma sentença judicial que pode servir de parâmetro para o julgamento de casos análogos. Porém, em sentido estrito o precedente deve ser entendido como sendo a própria razão de decidir (*ratio decidendi*), pois é nela que encontramos os fundamentos (tese ou norma do precedente) que decidirão o caso concreto e que poderão ser invocados em casos análogos posteriormente, isto é, “os fundamentos que sustentam os pilares de uma decisão é que podem ser invocados em julgamentos posteriores” (DONIZETTI, 2016, p. 1132). O autor deixa claro que argumentos periféricos (*obter dictum*) elaborados para a solução do caso, assim como as circunstâncias de fato que delinearão a controvérsia não podem ser usados como precedente. Didier Jr., Braga e Oliveira (2015) mostram que, observações baseadas em fatos hipotéticos, declarações gerais sobre a legislação ou um comentário sobre uma questão que não é objeto da causa podem ser exemplos de *obter dictum* (literalmente, em latim, “algo dito de passagem”).

Em termos práticos, para resolver a lide, o juiz produz duas normas jurídicas. A primeira é de caráter geral, elaborada por raciocínio indutivo, a partir do caso concreto, como resultado da interpretação das circunstâncias de fato confrontadas com o texto normativo. Essa norma é geral “porque a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originariamente construída.” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 443). A segunda norma, de natureza individual, será voltada para a resolução do caso específico objeto do julgamento. Aqui cabe rogarmos um exemplo, para ilustrar a situação:

[...] na ADI 4261 o STF decidiu que a Lei Complementar nº 500/2009, do Estado de Rondônia, é inconstitucional por violar o art. 132 da CF/1988, que confere aos Procuradores de Estado a representação exclusiva do Estado-membro em matéria de atuação judicial e de assessoramento jurídico, sempre mediante investidura fundada em prévia aprovação em concurso público. A coisa julgada que vincula todos os demais órgãos jurisdicionais e a Administração é: a Lei Complementar nº 500, de 10 de março de 2009, é inconstitucional. A *ratio decidendi* que formará o precedente é: norma estadual que autorize a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo, é inconstitucional. Se outra lei for editada nesse sentido [...], o STF decidirá certamente com base no precedente anterior. (DONIZETTI, 2016, p. 1142).

O estudo da doutrina de precedentes é amplo e por se tratar de um conceito lógico-jurídico, como explicado anteriormente, o tema exige mais profundidade em sua pesquisa, o que fizemos aqui foi um pequeno arranhão na superfície. Dito isto, podemos concluir que o precedente é formado através do tempo, possui uma linha temporal que o estabilizará em determinado momento. No nascimento do julgado ainda não se sabe se ali também nasceu um precedente.

Por isso, “o precedente é visto de maneira retrospectiva [e] somente se tornará um se assim for discernido pelas futuras decisões.” (CRAMER, 2016, p. 78). O filósofo do Direito Ronald Dworkin trabalha a importância do Direito como integridade³⁷, e uma de suas contribuições foi conceber “a ideia de precedentes como um romance em cadeia, isto é, cada julgador deve agir como se estivesse escrevendo o capítulo de um romance, devendo para tanto partir do capítulo anterior, para poder avançar” (ANDREASSA JUNIOR; BARBOSA, 2017, p. 864). Para estes autores a tradição jurídica mais próxima do ideal que se possa alcançar um Direito como integridade é a do *common law* por possuir uma “comunidade de princípios” que vão além do texto normativo.

3.2. PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL

O ordenamento jurídico brasileiro é baseado predominantemente na tradição jurídica do *civil law*. Numa mistura de culturas jurídicas importadas da Alemanha e dos Estados Unidos da América, tornou-se no que muitos doutrinadores chamam de “sistema híbrido” por ter juntado institutos jurídicos característicos das duas grandes tradições jurídicas do ocidente.

Exporemos aqui um breve histórico da presença dos precedentes no Brasil, mas antes de tudo deixemos bem claro que os precedentes da tradição de *common law* não são o mesmo que os precedentes criados no Brasil. Além disso, há forte discussão doutrinária com relação a presença ou não de um “sistema de precedentes brasileiro” inaugurado pelo Código de Processo Civil (CPC) de 2015.

Um dos principais críticos sobre a existência de um “sistema de precedentes brasileiro” é o jusfilósofo Lenio Luiz Streck que, sem negar os avanços na democratização da justiça brasileira proporcionados pelo novo CPC, tece pesadas

³⁷Transmite uma ideia de unidade do Direito “de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção.” (DWORKIN, 1999, p. 264).

críticas ao que ele chama de “commolização” do ordenamento jurídico brasileiro. Por se tratar de um tema muito denso em conteúdo, exporemos aqui somente os principais pontos desse grande debate, no que concerne a existência ou não de um “sistema brasileiro de precedentes”.

Primeiramente falemos sobre o regime do *stare decisis*. O *stare decisis* surgiu na tradição do *common law* como aplicação de precedentes obrigatórios ou vinculantes. Mesmo antes do surgimento da doutrina dos precedentes judiciais e consequentemente do *stare decisis*, o *common law* já se baseava na análise de decisões judiciais pretéritas para resolver a controvérsia a ser julgada. Mas, como dito anteriormente, o *stare decisis* “é mais do que a aplicação da regra de solução análoga para casos iguais [...]” (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p.329), trata-se de um procedimento complexo e de tradição secular nascido no berço de comunidades tradicionais do *common law*.

Os autores acima nos mostram que a doutrina tradicional de precedentes consiste em elevar as decisões judiciais como fonte imediata do direito ao lado da equidade e da legislação, dessa forma os precedentes vinculam as Cortes em julgamentos de casos análogos. Nesse contexto:

[...] torna-se evidente a complexidade da formação e da estruturação da doutrina dos precedentes no sistema do *common law*, porquanto sua consolidação é fruto da evolução histórica, política e filosófica de determinada comunidade, ou seja, sua criação não é fruto de imposição legislativa. Tanto assim é que não existe nenhuma regra escrita no *common law* determinando a obrigatoriedade de se seguir os precedentes, tampouco atribuindo efeito vinculante de maneira explícita a eles. [...] o precedente, diferentemente de uma súmula (simples ou vinculante), não possui seu conteúdo retratado em um curto texto normativo. O precedente somente é efetivamente obtido após diversas aplicações futuras de um caso concreto anterior. Ou seja, não existe um verbete sumular que determina expressamente o que é um precedente”. (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p.329, grifo do autor).

O ponto a que queremos chegar é que, esses institutos jurídicos (precedentes judiciais e *stare decisis*) não podem ser criados instantaneamente com a simples importação de seus conceitos. Conforme dito acima, sua criação e consolidação são frutos de uma evolução histórica³⁸, possuem natureza complexa³⁹. Se simplesmente

³⁸ O processo histórico não é linear, é complexo, é formado de partes que articulam entre si seguindo um movimento de permanente conflito alimentado por uma luta de contrários (SEVERINO, 2007).

³⁹ Aqui somos obrigados e enfatizar que essa complexidade se define como um “tecido de acontecimentos e ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem nosso mundo fenomênico.” (MORIN, 2015, p.13).

copiados e utilizados apenas como resultado de uma imposição legislativa, certamente terão defeitos congênitos que comprometerão seu funcionamento.

Cramer (2016), explica que nosso ordenamento jurídico se utiliza de precedentes (neste caso ao estilo português) desde o Brasil Colônia. Os primeiros foram os chamados *assentos* que eram decisões consolidadas na Casa de Suplicação (a mais alta corte de Portugal). No decorrer de todo o desenvolvimento histórico judicial brasileiro houve a criação de vários institutos com natureza de precedentes como o recurso extraordinário (em 1891, inspirado no Direito norte-americano), os *prejulgados* (1936, extinto atualmente), as *súmulas*⁴⁰, *súmula vinculante* (2004), dentre outros. Resumidamente, o autor considera que:

No ordenamento brasileiro, os precedentes compõem um microsistema formado pelo novo Código de Processo Civil, principalmente os arts. 489, §1º, incisos V e VI, 926, 927 e 928, pela Lei 9.868/1999 (Lei da ADI e da ADC), pela Lei 9.882/1999 (Lei da ADPF), pela Lei 11.417/2006 (Lei da Súmula Vinculante) e pela Constituição Federal. Esses diplomas legais devem ser articulados e interpretados para o uso dos precedentes, suprimindo reciprocamente eventuais lacunas e constituindo um microsistema dentro do nosso ordenamento jurídico. (CRAMER, 2016, p. 210).

O referido autor faz um estudo minucioso de cada um desses institutos em sua obra e, com base nisso, cria argumentos na defesa da existência de um sistema de precedentes brasileiro⁴¹, da mesma forma traça o conceito de precedente judicial no âmbito do ordenamento doméstico. Para ele, o precedente deve ser *“todo julgado de tribunal que, por força de sua condição ou de reconhecimento posterior, cria a norma jurídica a ser seguida, obrigatoriamente ou não, em casos idênticos.”* (CRAMER, 2016, p. 210).

Além do mais o autor descreve na mesma obra algumas funções que os precedentes brasileiros devem ter, quais sejam, a de uniformizar a compreensão da norma jurídica, de uniformizar a jurisprudência, de gerar previsibilidade da resposta

⁴⁰ Convém ressaltar que o autor não considera *súmula* atuando como precedente, mas sim como “mera síntese da norma jurídica criada pelo precedente que a originou.”, desse modo ela deve ser integrada ao sistema de precedentes como “mero instrumento de emprego do precedente originário.” (CRAMER, 2016, p. 210).

⁴¹Dentre os principais doutrinadores que compartilham o mesmo posicionamento, o qual Streck denomina de “posições *commonlistas* ou *precedentalistas*”, estão Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Arenhart. Enquanto que na posição contrária à existência de um “sistema de precedentes” no nosso ordenamento, além de Streck, Dirlei Nunes, Marcelo Cattoni, Georges Abboud, Nelson Nery Jr., dentre outros (STRECK, 2018, p. 13-17).

judicial, de criar agendas sobre temas relevantes para a sociedade e colaborar para a formatação da identidade nacional. Fala também, da possibilidade de existir um “superprecedente” como um precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) que cria um direito fundamental podendo ser superado apenas por uma nova ordem jurídica advinda do poder constituinte originário.

Agora falemos brevemente sobre alguns argumentos que, segundo seus defensores, rebatem a “criação de um ‘sistema brasileiro de precedentes’, ou ‘sistema de criação de teses judiciais’, chegando a se falar até de *stare decisis* como coroamento de um *Common Law* à brasileira” (STRECK, 2018, p. 9). Um dos objetivos do debate é “evitar que a afirmação *o-ncpc*^{42]}-criou-um-sistema-de-precedentes [...] encubra sérios problemas judiciais contemporâneos.” (STRECK, 2016, p. 1).

Para iniciar o debate, Streck (2016) nos mostra que o art. 927 do CPC⁴³, não inaugura um sistema ou microssistema de precedentes. O que ele faz é criar institutos jurídicos vinculantes que possam reduzir a complexidade judicial resultante da “litigiosidade repetitiva”, por exemplo, a função da súmula (vinculante ou não) é a de transmitir de maneira sintética uma norma jurídica resultante de uma jurisprudência consolidada (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 487). Desta feita, Streck (2016, p. 3), assegura que os “provimentos colocados no artigo 927 devem ser lidos como provimentos judiciais legalmente vinculantes, ou seja, textos normativos redutores de complexidade para o enfrentamento das nossas lides repetitivas. Só isso. Nada de *common law* aí”.

Rejeitando totalmente a possibilidade de criação de um sistema fechado de teses e precedentes vinculantes ditados por “Cortes de Precedentes” (STF e STJ), Streck (2018, p. 24) nos mostra que o processualista italiano Michele Taruffo afirma o seguinte:

[...] “o precedente não tem uma eficácia formalmente vinculante nem se quer na Inglaterra e muito menos nos Estados Unidos. Com maior razão – e

⁴²Novo Código de Processo Civil (ncpc).

⁴³ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

independentemente da eventualidade que se considere a jurisprudência como fonte do Direito – *deve excluir-se que o precedente tenha eficácia vinculante nos sistemas de civil law*”. E complementa Taruffo: “qualquer intenção de atribuir tal eficácia ao precedente está então destituída de fundamento: se poderá falar só de força do precedente entendendo que esta possa ser maior ou menor segundo os casos, de modo que se terá um precedente forte quando possua a capacidade de determinar efetivamente a decisão de casos sucessivos, e um precedente débil quando os juízes sucessivos tendam a não lhe reconhecer um grau relevante de influência sobre suas decisões”.

Conforme citado acima, pode-se dizer que não faz parte da tradição de *common law* impor legislativamente eficácia vinculante ao precedente, a própria evolução histórica deste modelo nos mostra isso, ou seja, desde o século XI essa tradição se faz presente na Inglaterra, no entanto só foi em meados do século XVIII e início do século XIX (quase 800 anos depois) que se começou a adotar precedentes vinculantes (*stare decisis*) naquela tradição; e mais, a criação deste modelo se deu “por força da mesma inspiração filosófica preponderante à época [o Iluminismo] e que deu origem à codificação do sistema romano-germânico: a busca pela racionalidade e pela ‘segurança jurídica’” (STRECK, 2018, p. 43). Nesta quadra da história, conforme assevera o autor na mesma obra, também houve positivistas clássicos ingleses na defesa de uma reforma da tradição do *common law* no sentido de ser substituída por uma legislação codificada.

Neste clima de se atribuir eficácia vinculante ao precedente, Streck (2018, p. 34) aponta que estamos diante apenas de “Rearranjos institucionais – bem como ponderações sobre o que funciona melhor ou traz melhores resultados – são coisas de teoria política” e não de teoria do Direito, ao se adotar um “sistema de precedentes à brasileira”. Dito isto, o próprio autor toma nota de que o centro do problema dos precedentes no Brasil é a “busca de efetividades quantitativas”, na tentativa de controlar o caos jurisprudencial gerado pela quantidade excessiva de processos que chegam às cortes superiores. A solução seria construir “urgentemente, um modo de evitar que tantos processos cheguem aos tribunais...e os que chegarem, transformemo-los em ‘precedentes’, como respostas prontas e acabadas [...] vinculantes para o andar de baixo” (STRECK, 2018, p. 39).

É preciso, porém, ir além. Ao invés de se falar em precedente vinculante falemos, conforme a orientação de Taruffo, só de força do precedente. Mas, para se ter um precedente forte o suficiente, com campo gravitacional que segure em sua

orbita os casos análogos, deve-se adotar a orientação de Dworkin, no que tange a conceber um precedente como um “romance em cadeia” sendo construído sucessivamente por cada julgador que o admitir como precedente e fizer uso devido dos métodos argumentativos de superação ou de distinção do precedente. O filósofo descreve sua proposta da seguinte forma:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. (DWORKIN, 1999, p. 276).

Adotando de forma análoga ao raciocínio de Neves (2012, p. 88), na explicação da “diferenciação entre direito e poder político”, concluímos que o processo proposto na citação acima por ser altamente complexo, também é gerador de complexidade. Ao nosso ver, de uma complexidade estruturada, pois ao se reduzir a complexidade judicial desestruturada do ambiente externo (através da filtragem seletiva da interpretação sobre a interpretação⁴⁴) se produz uma complexidade judicial estruturada dentro do próprio sistema (precedente). É como realmente deve ser um precedente. Deve possuir um elemento histórico de bifurcações⁴⁵ que indiquem seu passado evolutivo. Neste contexto, teremos “aumento de complexidade mediante redução de complexidade” (NEVES, 2012, p. 92). Esse é o “tônus muscular” de uma estrutura dissipativa. Seguindo essa linha de pensamento, Streck (2016), adverte que um sistema genuíno de precedentes é gerador de complexidade, ao passo que os provimentos judiciais vinculantes elencados no CPC têm a função de reduzir a complexidade judicial no enfrentamento à “litigiosidade repetida”. Propomos a junção da geração de complexidade com a redução de complexidade, a criação de complexidade estruturada através de um precedente como estrutura dissipativa, no modelo proposto acima. Já adiantando os próximos passos do presente trabalho, eis aqui nossa proposta primitiva de precedentes judiciais funcionando como estrutura dissipativa e um dos pontos de contato entre as duas dimensões (doutrina de precedentes e TED).

⁴⁴ Aqui está presente a “reflexividade” um dos momentos da autopoiese do direito, conforme descrito por Luhmann e que será explicado mais adiante.

⁴⁵ Observem o diagrama de bifurcações descrito na página 37.

Fica evidente, diante desse quadro, que o tema merece pesquisa mais aprofundada. Porém consideramos que aqui foram elencados os pontos mais sensíveis que traduzem a importância que a doutrina de precedentes exerce em qualquer realidade jurídica. Seja numa tradição onde predomina o *civil law* (brasileira) ou o *common law*. Devemos sim, buscar uma visão panorâmica do debate, sempre sob um olhar sistêmico, pois como mencionado no início deste trabalho, o direito enquanto Ciência, principalmente sua vertente processual, deve assumir essa função de "metabolismo de conflitos" para lidar com o fenômeno da hipercomplexidade humana na "sociedade supercomplexa da modernidade" (NEVES, 2012, p. XVII). Mas para isto se tornar uma realidade, já adiantando nossa opinião, devemos ter em mente que a atividade interpretativa do juiz desempenha função fundamental nessa conjuntura que até aqui construímos. Por fim, é importante registrar aqui que o cumprimento à risca do CPC e da Constituição Federal (que, diga-se de passagem, é rígida) garantirá que a "efetividade *qualitativa* exsurgirá do mesmo modo que os precedentes no *common law* foram surgindo [...]. Não somos contra 'precedentes'. Somos contra o modo como querem efficientizá-los. Todos participamos do sistema" (STRECK, 2018, p. 41).

4. PRECEDENTES JUDICIAIS PODEM FUNCIONAR COMO ESTRUTURAS DISSIPATIVAS?

4.1. PONTOS COMUNS ENTRE A DOUTRINA DE PRECEDENTES JUDICIAIS E A TED

Conforme explicado acima, dentre as funções dos precedentes judiciais estão as de harmonizar, uniformizar e estabilizar as decisões judiciais. A ausência de um sistema que atue dessa forma, transformará qualquer ordenamento jurídico numa fonte de insegurança jurídica para seus jurisdicionados devido a absoluta instabilidade das decisões judiciais. Taruffo (2014), por exemplo, explica que o estado inflacionário de produção de sentenças provocado pelo aumento da atividade do Poder Judiciário, por ter de enfrentar diversos temas envolvendo questões políticas, morais, econômicas e até mesmo religiosas (situação que exploraremos sob o prisma “sistêmico-teorético”⁴⁶ de Luhmann), é fenômeno que promove o acúmulo de decisões que versam sobre a mesma temática ou sobre a mesma norma. Sem um sistema que garanta a coerência dessas decisões, conforme afirma o doutrinador italiano, fatalmente haverá contradições e repentinas mudanças de direção no âmbito jurisprudencial.

Denunciando o caos jurisprudencial do sistema jurisdicional italiano, provocado pelo número anormal de decisões pronunciadas pela Corte de Cassação⁴⁷, Taruffo (2014, p. 6) explica que:

[...] o número descontrolado de decisões [que versam sobre a mesma questão] promove uma ulterior degeneração, isto é, frequentemente, verificam-se incoerências, muitas vezes evidentes contradições e repentinas mudanças de direção, no âmbito da mesma jurisprudência da Cassação. [Fenômeno que leva] a fazer com que o uso da jurisprudência seja, muitas vezes, uma tarefa complicada, difícil e arriscada.

Para a solução deste problema o eminente doutrinador propõe a “nomofilaquia” (função que os tribunais superiores têm de zelar pela uniformização da interpretação e aplicação do Direito) através do precedente, assim haverá a garantia da aplicação

⁴⁶ Termo utilizado por Neves (2012) para se referir a modelos teóricos baseados na visão sistêmica.

⁴⁷ Supremo Tribunal de Cassação (*Corte di Cassazione*) é um tribunal italiano competente para apreciar os recursos contra as decisões de qualquer outro tribunal, tanto em matéria cível quanto penal, ou contra qualquer ato que atente contra as liberdades individuais. (<https://e-justice.europa.eu/content_ordinary_courts-18-it-pt.do?member=1>. Acesso em 23 out. 2018).

uniforme da lei através de “decisões generalizáveis” e projetadas para o futuro. O autor deixa claro que, nesse contexto de “caos jurisprudencial”, surge a importância fundamental da aplicação de uma doutrina de precedentes consistente e capaz de estabilizar esse cenário.

Enfatizando a importância fulcral dos precedentes para a construção de uma jurisprudência mais coerente e representativa do verdadeiro “direito vivo”, Taruffo (2014, p. 15, grifo do autor) nos remete à reflexão de que:

Os precedentes poderiam funcionar como as *estruturas dissipativas* das quais se fala nas teorias da complexidade, ou seja, como momentos de formação de áreas de ordem no interior do desordenado fluir do caos da jurisprudência. Eles poderiam, de fato, constituir importantes fatores de racionalização, de uniformidade de tipo flexível, de previsibilidade e de igualdade de tratamento, na incontável quantidade e variedade dos casos que vêm sendo decididos pelas cortes. Para que isso ocorra, porém, é necessário que eles não sejam mais um elemento de desordem e de variação casual ligada às especificidades dos casos concretos: é necessário que se trate de precedentes em sentido próprio, isto é, que apresentem as características distintivas de “raridade”, autoridade e universalidade em função das quais possam emergir do caos indistinto da praxe judiciária.

Esta reflexão do autor constituiu a gênese do nosso trabalho e o primeiro ponto comum entre a TED e a doutrina dos precedentes judiciais. Ela veio para nos forçar a traçar esse paralelo entre a Ciência do Direito e demais Ciências que tratam de teorias da complexidade. Destarte, abre-nos uma janela de comunicação do Direito Processual com a TED, propiciando a troca de informações que tanto enriquecem o tema elevando-o a um nível mais complexo-sistêmico numa caminhada para a fusão de horizontes.

Outro ponto comum entre a TED e os precedentes judiciais que trataremos aqui, este mais específico para que complemente e dê autoridade ao primeiro, é o fato de que a TED e os precedentes se encaixam perfeitamente no modelo sistêmico autopoietico luhmanniano. Expliquemos. Luhmann se inspirou na teoria autopoietica do biólogo chileno Humberto Maturana, como destacado anteriormente, para desenvolver seu modelo teórico de um sistema social autopoietico. Este sistema social autopoietico é composto por subsistemas também autopoieticos – sempre um funcionando como mundo circundante do outro, por meio de “acoplamentos estruturais” (outro termo emprestado da teoria autopoietica biológica que será

explicado mais adiante) – de modo que o sistema do direito⁴⁸ faz parte desses subsistemas. Como explicado anteriormente, Luhmann (2016, p. 437) considera “a sociedade como [um] sistema que abarca todas as operações sociais[...], um sistema aberto, adaptativo, com regulações internas (por exemplo cibernéticas)”, sendo que, conforme o autor, o direito se mostra como um mecanismo regulador atuante na adaptação da sociedade ao seu entorno.

Dentro do subsistema social autopoietico do direito encontramos outros subsistemas ou “sistemas parciais” que, dentre eles, em nossa opinião, estão os precedentes judiciais, atuando como

[...] instrumentos procedimentais de solução de conflitos [destinados] a averiguar a adequação das condutas ao modelo estrutural de expectativas evidentes e inquestionáveis [funcionando como] estruturas inovadoras [...] incorporadas como parte de uma unidade de reprodução auto-referencial de comunicações⁴⁹ [tendo que] se “adaptar passivamente” ao modelo estrutural já existente [...]. (NEVES, 2012, p. 7-9).

A sobrecarga da crescente complexidade social funcionando como “motor evolutivo” da mesma, exerce uma pressão no sistema, que “exige especificações de funções em sistemas parciais diferenciados e operacionalmente autônomos” (NEVES, 2012, p. 16). Dentre esses sistemas parciais estão os precedentes funcionando como redutores da complexidade desordenada do seu meio circundante e criadores de complexidade estruturada no interior do sistema, porém de forma adaptada ao “modelo estrutural já existente”.

Ousamos afirmar isso porque também encontramos na formação do precedente, pelo menos um dos três momentos da autopoiese luhmanniana (auto-referência elementar ou de base, reflexão⁵⁰ e reflexividade), qual seja, a reflexividade

⁴⁸ “Diferentemente da abordagem tradicional da sociologia do direito, que demonstra sua relação com a sociologia sobretudo pelo uso de métodos empíricos e, assim, passa a aplicar teorias sociológicas ao direito, temos como ponto de partida que **o sistema jurídico é um subsistema do sistema social**” (LUHMANN, 2016, p. 28, grifo nosso).

⁴⁹ O cerne da teoria luhmanniana está “em identificar os processos sociais da rede autopoietica como processos de comunicação: Os sistemas sociais usam a comunicação como seu modo particular de reprodução autopoietica. Seus elementos são comunicações que são ... produzidas e reproduzidas por uma rede de comunicações e que não podem existir fora dessa rede.” (LUHMANN apud CAPRA, 1996, p. 158).

⁵⁰ “Um sistema pode ser designado como auto-referencial, se ele mesmo constitui, como unidades funcionais, os elementos de que é composto [...]’. Nessa perspectiva, formula-se ‘que um sistema autopoietico constitui os elementos de que é composto, e, dessa maneira, demarca fronteiras que não existem na complexidade infra-estrutural do ambiente do sistema’”. Já a reflexão “pressupõe auto-referência elementar e reflexividade, é ao próprio sistema como um todo que se atribui a operação auto-referencial, não apenas aos elementos ou processos sistêmicos” (LUHMANN apud NEVES, 2012, p. 63- 65).

que “diz respeito à referência de um processo a si mesmo, ou melhor, a processos sistêmicos da mesma espécie” (NEVES, 2012, p.64). Como exemplo, Neves (2012) nos traz a decisão sobre a tomada de decisão, o estudo do aprendizado, dentre outros. Um genuíno precedente será construído através de decisões sobre a tomada de decisões, da interpretação do direito sobre a interpretação. Este processo coaduna-se com a definição de reflexividade apresentada na teoria luhmanniana. Ademais, Jean Clam citado por Abboud, Carnio e Oliveira (2015, p.152) – apontando uma nova dogmática jurídica⁵¹ saindo de um sistema fechado dedutivamente e inserida na matriz pragmático-sistêmica (a qual explicamos nos capítulos iniciais) – entende que:

A autopoiese do Direito não é um dado bruto [...] pressupõe uma certa medida de auto-observação, um relato em si, que não vive no imediatismo do relato de primeira observação, mas se constrói como uma operação de segundo grau pela qual a primeira operação (no caso específico, um ato jurídico) é observada.

Concedendo autoridade à citação acima, Luhmann (2016, p. 40, grifo nosso) explica que

[...] sistemas autopoieticos são sempre sistemas históricos, que partem do estado imediatamente anterior que eles próprios criaram. Fazem tudo o que fazem pela primeira e pela última vez [...]. E são históricos também no sentido de que devem suas estruturas à sequência de suas operações, razão pela qual evoluem no sentido da **bifurcação** e da diversificação.

E onde entra a TED nesse contexto? A noção de autopoiese, foi concebida “a partir da análise da organização celular, entendida como uma estrutura organizada dissipativa. Os sistemas vivos são vistos como redemoinhos químicos sofisticados; como uma ilha de ordem na desordem” (ALVES; FERES, 2003, p.29). Na elaboração da teoria autopoietica biológica, seus criadores, se concentraram em explicar os processos e as relações entre esses processos realizadas por meio dos componentes de um determinado sistema vivo. Com foco no padrão de organização desse sistema, deixam claro que o interesse deles era com a organização e não com a estrutura, desse modo Capra (1996, p. 78) explica que Maturana e Varela definem autopoiese como:

⁵¹ A dogmática jurídica como conhecemos hoje é resultado “da aglutinação de três elementos centrais: a) a jurisprudência dos romanos [não da forma que entendemos o termo atualmente]; b) a dogmaticidade dos glosadores medievais; e c) o racionalismo sistemático-iluminista dos séculos XVII e XVIII.” (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 152).

[...] uma rede de processos de produção, nos quais a função de cada componente consiste em participar da produção ou da transformação de outros componentes da rede. Desse modo, toda a rede, continuamente, "produz a si mesma". Ela é produzida pelos seus componentes e, por sua vez, produz esses componentes. "Num sistema vivo", explicam os autores, "o produto de sua operação é a sua própria organização".

Contemporânea da TED, a teoria autopoietica dos sistemas vivos sofreu as mesmas influências dos movimentos intelectuais da época. Isso faz com que elas se complementem, mesmo sem a aparente intenção de seus criadores. Capra (1996, p. 79) faz a ligação entre as teorias, da seguinte forma:

De acordo com Maturana e Varela, a concepção de autopoiese é necessária e suficiente para caracterizar a organização dos sistemas vivos. No entanto, essa caracterização não inclui nenhuma informação a respeito da constituição física dos componentes do sistema. Para entender as propriedades dos componentes e suas interações físicas, deve-se acrescentar à descrição abstrata de sua organização uma descrição da estrutura do sistema na linguagem da física e da química. A clara distinção entre essas duas descrições — uma em termos de estrutura e a outra em termos de organização — torna possível integrar modelos de auto-organização orientados para a estrutura (tais como os de Prigogine e de Haken) e modelos orientados para a organização (como os de Eigen e de Maturana-Varela) numa teoria coerente dos sistemas vivos.

Somente assim é possível afirmar que os sistemas vivos (foco central da teoria autopoietica biológica) são vistos como redemoinhos químicos sofisticados; como uma ilha de ordem na desordem⁵².

Com base em estudos do sistema nervoso humano e no amplo conhecimento obtido pela criação da teoria autopoietica, Maturana e Varela citados por Capra (1996, p. 130), chegam a conclusão de que os "Sistemas vivos são sistemas cognitivos, e a vida como um processo é um processo de cognição. Essa afirmação vale para todos os organismos, com ou sem um sistema nervoso". Sob essa afirmação, Capra (1996, p. 130) nos explica que "o processo da vida — a incorporação contínua de um padrão de organização autopoietico numa estrutura dissipativa — é identificado com a

⁵² Nesse ponto é interessante lembrar que "estruturas dissipativas formadas por redemoinhos de água ou por furacões só poderão manter sua estabilidade enquanto houver um fluxo estacionário de matéria, vindo do meio ambiente, através da estrutura. De maneira semelhante, uma estrutura dissipativa viva, como, por exemplo, um organismo, necessita de um fluxo contínuo de ar, de água e de alimento vindo do meio ambiente através do sistema para permanecer vivo e manter sua ordem. A vasta rede de processos metabólicos mantém o sistema num estado afastado do equilíbrio e, através de seus laços de realimentação inerentes, dá origem a bifurcações e, desse modo, ao desenvolvimento e à evolução." (CAPRA, 1996, p. 129).

cognição, o processo do conhecer”, e conclui que “a mente não é uma coisa mas sim um processo — o próprio processo da vida”. O autor ainda explica que alguns estudiosos da área chegaram a afirmar que ecossistemas e sistemas sociais também manifestam processos cognitivos, ou seja, também aprendem.

Seguindo a ideia de que sistemas sociais também manifestam um processo de cognição, Luhmann admitiu que:

“Um sistema autopoietico produz as operações necessárias para produzir mais operações, servindo-se da rede de suas próprias operações. No inglês tão particular de Maturana faz-se menção a componentes (componentes); entretanto, este conceito não ajuda a obter clareza sobre se os componentes são operações ou estruturas [...]. A *autopoieses* constitui, portanto, um princípio teórico, que, muito particularmente, responde à pergunta do que é a vida, o que é a consciência, o que é o social”. (LUHMANN apud ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 157).

Notemos que a citação acima se encaixa claramente à explicação de Capra (1996), na qual propõe entender, no contexto dos sistemas vivos, a autopoiese como o padrão da vida, a estrutura dissipativa como a estrutura dos sistemas vivos e a cognição como o processo da vida. Convém ainda ressaltar que a proposta teórica de Luhmann não é apenas uma cópia de conceitos das teorias da complexidade ou da biologia, é algo que vai muito mais além, chega até a ser denominada de “prototeoria” ou “super-teoria” por abarcar todas as construções sociais dentro de um “sistema geral” (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 157).

Dessa maneira, chegamos a conclusão de que a TED está intrinsecamente ligada à teoria dos sistemas sociais autopoietico de Luhmann e conseqüentemente aos precedentes judiciais concebidos como subsistema (ou sistema parcial) autopoietico do direito. Como citado acima, trata-se de uma “super-teoria” e na criação dela, seu criador, não se ateu apenas ao âmbito da teoria da autopoiese biológica. Acreditamos, com base nos esclarecimentos anteriores, ter ele se valido de um amplo espectro de conhecimento adquirido no estudo de várias teorias da complexidade, dentre elas, a TED. Agora, para ligar as duas dimensões explicaremos em que momento um precedente pode ser caracterizado como uma estrutura dissipativa de padrão organizacional autopoietico, no modelo sistêmico-teorético luhmanniano.

4.2. LIGANDO AS DUAS DIMENSÕES: PRECEDENTES JUDICIAIS FUNCIONAM COMO ESTRUTURAS DISSIPATIVAS?

Já demonstramos acima que precedentes podem funcionar como estruturas dissipativas, no contexto do modelo sistêmico-teorético de Luhmann, sob a forma de um sistema parcial autopoiético tendo como mundo circundante o sistema autopoiético do direito, que por sua vez está imerso no sistema autopoiético social.

Agora sim! Podemos dizer que atribuímos sentido à comparação de Taruffo (2014, p. 15) citada anteriormente. Relembremos: “precedentes poderiam funcionar como as *estruturas dissipativas* [...] como momentos de formação de áreas de ordem [redemoinhos, mas preferimos estrutura dissipativa de padrão organizacional autopoiético] no interior do desordenado fluir do caos [complexidade não estruturada] da jurisprudência”. Ou seja, teríamos precedentes funcionando como estruturas dissipativas, gerando complexidade estruturada (ordem por fenômenos dissipativos) a partir do caos informacional desordenado oriundo das lides que chegam ao judiciário, todo esse processo inserido no sistema autopoiético do direito.

Mas, ainda nos resta esclarecer um conceito, o de “acoplamento estrutural”, pois esse conceito, adaptado por Luhmann ao seu modelo sistêmico, é uma das características centrais da teoria autopoiética de Maturana e Varela e é de fundamental importância para situarmos os precedentes dentro da autopoiese sistêmica do direito. Primeiramente vejamos o conceito no contexto da teoria autopoiética biológica. De acordo com Capra (1996, p. 163):

[...] um sistema vivo interage com seu meio ambiente por intermédio de “acoplamento estrutural”, isto é, por meio de interações recorrentes, cada uma das quais desencadeia mudanças estruturais no sistema. Por exemplo, uma membrana celular incorpora continuamente substâncias extraídas do seu meio ambiente e introduzidas nos processos metabólicos da célula[...]. O meio ambiente apenas desencadeia as mudanças estruturais; ele não as especifica nem as dirige. [...] Assim como um organismo vivo responde a influências ambientais com mudanças estruturais, essas mudanças, por sua vez, alterarão seu comportamento futuro. Em outras palavras, um sistema estruturalmente acoplado é um sistema de aprendizagem. Enquanto permanecer vivo, um organismo se acoplará estruturalmente com seu meio ambiente.

Enquanto nos sistemas vivos esse acoplamento ocorre principalmente por meio de processos físicos e químicos, o acoplamento estrutural no sistema social

autopiético ocorrerá por meio da comunicação⁵³ e do fluxo informacional advindo dela. Sobre o conceito de acoplamento estrutural no modelo sistêmico-teorético de Luhmann, faz-se importante a seguinte transcrição:

O conceito de acoplamento [...], mostra dois lados: a) o acoplamento não está ajustado à totalidade do meio, mas somente a uma parte escolhida de maneira altamente seletiva; conseqüentemente, b) apenas um recorte efetuado no meio está acoplado estruturalmente ao sistema, e muito fica de fora, fluindo de forma destrutiva no sistema. No plano dos acoplamentos estruturais, há possibilidades armazenadas (ruídos) no meio, que podem ser transformadas pelo sistema; portanto, mediante o *acoplamento estrutural*, o sistema desenvolve, por um lado, um campo de *indiferença* e, por outro, faz com que haja uma canalização de causalidade que produz efeitos que são aproveitados pelo sistema. (LUHMANN apud ABOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 158).

Aboud, Carnio e Oliveira (2015) nos explica que um dos pressupostos da teoria de Luhmann é conceber que a sociedade não é composta pelos seres humanos (sistemas biológicos psíquicos), mas sim das comunicações que há entre os sistemas psíquicos deles (conforme já explicado anteriormente), essas comunicações irão circular de várias formas pelos variados subsistemas, quais sejam, o Direito, a Política, a Ciência, a Religião, dentre outros. Cabe anotar que, a comunicação é apenas uma das condições necessárias ao acoplamento estrutural, que precisa ser viabilizado por alguns meios, um exemplo de meio de acoplamento, como nos mostra Aboud, Carnio e Oliveira (2015, p. 158), são as Constituições acoplando o sistema de política ao sistema de direito, “o que nos remete para o entendimento de que o judiciário é a organização que ocupa o centro do sistema jurídico”, e as cortes constitucionais no “centro do centro” desse sistema com a função de determinar em última instância, o que é ou não é direito. Vejamos:

É no “centro do centro”, então, que se daria o acoplamento estrutural do sistema jurídico com os outros sistemas. Todos os demais sistemas, não só o político, mas também a economia, a arte, a religião etc. penetram no direito e por ele são penetrados, principalmente por via de interpretações do que se acha disposta na constituição. Interpretações essas que são feitas por juristas, juízes e demais operadores jurídicos, e mesmo, por jornalistas, padres, cientistas, enfim todos os cidadãos, e essas interpretações todas influenciam os membros das Cortes Constitucionais[...]. (ABOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p.158).

⁵³ “A operação de base, pela qual o sistema social se delimita em relação ao seu ambiente, pode ser designada como comunicação.” (LUHMANN, 2016, p. 44).

Neves (2012, p. 96-100), nos explica que a Constituição (concebida como resultado da “aquisição evolutiva’ de uma sociedade moderna”), “impede que critérios externos de natureza valorativa, moral e política tenham validade imediata no interior do sistema jurídico, delimitando-lhe, dessa maneira, as fronteiras” através da “normatividade constitucional” fixando “os limites da capacidade de aprendizado do direito. Estabelece como e até que ponto o sistema jurídico pode reciclar-se sem perder sua identidade/autonomia”.

Tal qual como deve ser uma membrana de uma célula viva⁵⁴, pois todo sistema autopoietico, para que seja caracterizado como tal, deve ter uma “fronteira” delimitando o meio interno do meio externo e essa fronteira deve realizar a filtragem seletiva de maneira que controle o que entra e o que sai, no que é chamado de “fechamento operativo” (explicado mais adiante) do sistema (Neves, 2012). Por equivalência, não podemos deixar de observar que esse fenômeno da Constituição como acoplamento estrutural entre os demais sistemas sociais também ocorre num nível mais baixo de emergência, entre as demais normas que compõem o ordenamento, quais sejam, sendo mais específico, o “microsistema de precedentes” brasileiro regulado por normas constitucionais e infraconstitucionais.

Nos apoderando dessa linha de raciocínio (acoplamento estrutural do sistema jurídico com os outros sistemas), podemos dizer que os precedentes também atuam no “centro do centro” desse acoplamento estrutural com os demais sistemas, servindo como estrutura dissipativa de padrão organizacional autopoietico ao “metabolizar” os ruídos ou as “possibilidades armazenadas” do mundo circundante (caos informacional das comunicações) por meio das interpretações (filtro seletivo) canalizando a “causalidade que produz efeitos úteis” (complexidade estruturada) ao sistema.

Reforçando o argumento acima em um nível mais elementar do sistema. Para Luhmann (2016, p. 45) todo ser humano é um sistema biológico-psíquico (“realidades mentais e corpóreas”) “acoplado” ao sistema jurídico, podemos dizer que os conflitos

⁵⁴ Um dos mais simples sistemas vivos, de forma que “[...] Maturana e Varela têm utilizado extensamente a biologia da célula para explorar os detalhes das redes autopoieticas [...]. O invólucro da membrana celular é especialmente interessante. Trata-se de uma fronteira da célula, formada por alguns dos componentes da célula, que encerra a rede de processos metabólicos e, desse modo, limita a sua extensão. Ao mesmo tempo, a membrana participa da rede ao selecionar, por meio de filtros especiais, a matéria-prima para os processos de produção (o alimento da célula), e ao dispersar os resíduos no ambiente exterior.”. (CAPRA, 1996, p. 122-126).

sociais que geram lides para o judiciário são ruídos causados pelo choque entre as comunicações de dois ou mais sistemas biológico-psíquicos, esse ruído deve ser assimilado pelo sistema jurídico por via da interpretação que se utilizará de “instrumentos procedimentais de solução de conflitos”, dentre eles estarão os precedentes. Além do mais, um sistema autopoiético, para que seja dado como tal, também deve ser cognitivo, isto é, deve aprender para se adaptar às mudanças ambientais, deve “aprender” com seu entorno. Assim esperamos agir, nesse modelo sistêmico-teorético, a doutrina de precedentes da maneira que propomos.

4.3. PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL E A TED. SE APROFUNDANDO NO MODELO SISTÊMICO-TEORÉTICO.

Primeiramente vamos deixar claro que a intenção aqui não é instigar ou disseminar qualquer despreço pelo nosso ordenamento jurídico enquanto legislação positivada construída nos moldes constitucionais, mas sim tentar propor uma nova forma de pensar o direito e um sistema político-jurídico na construção da nossa própria cultura jurídica.

Para o início do debate se faz necessário aqui uma reflexão. Capra (1996), nos alerta que estamos passando por uma “crise de percepção”, principalmente por tentar enfrentar os problemas de nossa era (degradação do meio-ambiente, colapso de comunidades locais, escassez de recursos, violência étnica e tribal, corrupção sistêmica, dentre outros) de maneira isolada:

Em última análise, esses problemas precisam ser vistos, exatamente, como diferentes facetas de uma única crise, que é, em grande medida, uma crise de percepção. Ela deriva do fato de que a maioria de nós, e em especial nossas **grandes instituições sociais**, concordam com os conceitos de uma visão de mundo obsoleta, uma percepção da realidade inadequada para lidarmos com nosso mundo superpovoado e globalmente interligado. (CAPRA, 1996, p. 14, grifo nosso).

O que acima é chamado de “crise de percepção”, Morin (2015, p. 13), chama de “visão mutiladora e unidimensional”, para ele:

[...] a mutilação corta na carne, verte o sangue, expande o sofrimento. A incapacidade de conceber a complexidade da realidade antropossocial, em sua microdimensão (o ser individual) e em sua macrodimensão (o conjunto da humanidade planetária), conduz a infinitas tragédias e nos conduz à tragédia suprema.

Deslocando essa problemática explanada acima para o mundo jurídico, percebemos que ela vem bem a calhar, posto que presenciamos um sistema legiferante, inflando o ordenamento com legislações paliativas, que já nascem doentes, contaminadas e obsoletas. Do mesmo modo temos um judiciário que chegou ao “patamar de irracionalidade aplicativa” (Streck, 2018, p. 18). Esses problemas, e outros mais que não cabe elencarmos aqui, denunciam a adoção de uma “visão mutiladora e unidimensional” da realidade, refletindo claramente uma “crise de percepção”. E essa “crise de percepção” é um problema que se alastra por todo o nosso sistema social, demonstrando claramente uma “corrosão”⁵⁵ dos acoplamentos estruturais entre o direito e os demais sistemas sociais que a ele estão ligados.

Em virtude do acelerado fluxo informacional a sociedade como um todo está envelhecendo muito mais rápido. Prigogine (2002, p. 70) traça um paralelo entre a sociedade da era neolítica e a atual. Para ele, houve uma drástica mudança no ser humano, não porque se tornaram mais ou menos inteligentes, mas porque “os meios de comunicação se ampliaram e, portanto, a dinâmica das correlações sociais sofreu uma enorme aceleração”, dessa forma, continua o autor, “a nossa sociedade envelhece, mas mais rapidamente que a sociedade neolítica”. Uma das conclusões que tomamos disso é a de que a sociedade atual se torna supercomplexa por estar longe do equilíbrio (como descrito na TED), e devido a esse alto grau de complexidade a produção de “entropia” (grau de desordem) aumenta e com isso são mais frequentes as instabilidades e maiores os períodos de crises e flutuações.

Dito isto, o nosso sistema jurídico, no centro dos acoplamentos estruturais recebendo todos os “escoamentos” dos outros sistemas sociais (política, religião, economia, cultura, educação...), deve adotar uma postura complexo-sistêmica, estável (que nos transmite uma ideia de movimento), uma postura de estrutura dissipativa no que tange a transformar desorganização (entropia) em reorganização (neguentropia), pois “a ordem auto-organizada só pode se complexificar a partir da desordem” (MORIN, 2015, p.31), para o filósofo, já estamos numa “ordem informacional, a partir do ‘ruído’”. Por outro lado, o que vemos são reiteradas tentativas

⁵⁵ Por extensão, achamos cabível a utilização dessa expressão no contexto, pois Neves (2012, p. 101, grifo nosso), nos mostra que “o conceito de Constituição como instrumento da política não exclui a situação de destruição direta ou **corrosão do acoplamento estrutural** entre política e direito, que implicam a quebra da própria autonomia do sistema jurídico”.

das grandes instituições sociais se manterem sempre perto do equilíbrio, transmitindo uma falsa sensação de segurança e estabilidade, na contramão da sociedade supercomplexa longe do equilíbrio, o que na realidade reflete uma profunda “crise de percepção”.

Ousamos afirmar isto, pois presenciamos cada vez mais retrocessos na forma de engessamento do sistema jurídico doméstico. Como bem aponta Streck (2018, p. 19), há a tentativa de implantar o “juiz (e desembargadores) boca-dos-precedentes (ou teses) [...], o boca da lei só troca de nome e função”. Notoriamente, isso cria uma espécie de “julgamento pétreo”, conforme nos alerta Diniz (2017) sobre o uso da súmula vinculante. Para a doutrinadora, atribuir à súmula efeito a todos (*erga omnes*) seria elevá-la ao patamar das leis o que acarretaria uma espécie de “usurpação do poder legislativo” e da liberdade de interpretação dos juízes, os magistrados perderiam sua liberdade de decisão. O mesmo vale para a doutrina de precedentes vinculantes pregada no Brasil. É esse engessamento, essa rigidez que Streck trouxe para o debate no âmbito dos precedentes judiciais. Em sua mais recente obra (sem mencionar vários artigos publicados no mesmo sentido), carregada de críticas ao “sistema de precedentes à brasileira” (STRECK, 2018), como visto anteriormente, tem como ilustração de sua capa a imagem de uma rocha. Ora, coincidência ou não, não existe estrutura mais estática na natureza que a de uma rocha, cristalizada, em equilíbrio térmico e químico, sem potencial evolutivo algum, sem movimento algum, “as trocas de matéria/energia com o exterior, são nulas” (MORIN, 2015, p. 21).

Um dos pontos sensíveis desse debate, diz respeito à interpretação em cadeia que os genuínos precedentes exigem, afinal será a “interpretação da interpretação” que formará um precedente forte e conseqüentemente uma jurisprudência estável, íntegra e coerente. A interpretação lida com comunicação (operação de base do sistema social autopoietico) e a comunicação é carregada de informações, que em última análise, podem se apresentar “ora como memória, ora como saber, ora como mensagem, ora como programa, ora como matriz organizacional” (MORIN, 2015, p. 26), ou seja é um “ruído” em potencial que precisa passar pela filtragem seletiva da interpretação para ser aproveitado pelo sistema do direito, pois, “é preciso que seja construído um filtro por meio do qual as mudanças de opinião [ruído] sejam tomadas como circunstância de aprendizagem, ou seja, como circunstância cognitiva, e não, por exemplo, como imposição direta de novas normas” (LUHMANN, 2016, p. 76).

Sobre a interpretação, Bittar (2014, p. 83), nos alerta que “não há um ordenamento pronto, mas uma permanente hermenêutica das normas”, dessa forma inserimos no debate a Hermenêutica Filosófica como mais um “programa” dentro do sistema autopoietico jurídico. Em vista disso, Abboud, Carnio e Oliveira (2015, p. 440), nos explica que:

O passado é selo histórico imprimido em nosso ser: *Faticidade*; o futuro é o ter-que-ser que caracteriza o modo-de-ser do ente que somos (*Ser-ai*): *Existência*. Portanto, a hermenêutica é utilizada para compreender o ser (*faticidade*) do *Ser-ai* e permitir a abertura do horizonte para o qual ele se encaminha (*existência*).

A Hermenêutica Filosófica, pós-giro ontológico⁵⁶, é o que mais se aproxima da possibilidade de uma interpretação da “complexidade da realidade antropossocial, em sua microdimensão (o ser individual) e em sua macrodimensão (o conjunto da humanidade planetária)” (MORIN, 2015, p. 13) sem que seja necessária a “mutilação” da realidade para produzir a norma.

Já expomos os principais pontos da crítica de Streck ao “sistema de precedentes à brasileira” no capítulo anterior. Mas, lembrando. O ponto de conclusão a que chegamos é que houve a simples importação de institutos alienígenas (precedentes judiciais do *common law* e o regime do *stare decisis*) por meio de imposição legislativa ou de interpretações distorcidas das normas. Com isso é certo que estaremos caminhando no sentido de promover corrosões nos acoplamentos estruturais do nosso sistema jurídico. Porém se aderirmos à proposta de Streck (2018, p. 41), qual seja a de “Obedecer à risca [o CPC e a CF], como pontos de estofa do ordenamento. A efetividade *quantitativa* exsurgirá do mesmo modo como que os precedentes no *common law* foram surgindo [...]”. Independentemente da existência ou não de um sistema de precedentes, estaremos no caminho de promover nossa própria tradição jurídica nos moldes dos paradigmas emergentes da nossa atualidade.

Mesmo com todo esse sentimento de “commonlização” do nosso sistema jurídico, ressaltamos aqui a importância do nosso direito legislado. Situemo-lo no

⁵⁶ Esse “giro” insere no ser um elemento histórico. Resumidamente, “[...]para explicar o giro ontológico de Heidegger, afirmamos que o filósofo dá ao homem o nome de *Ser-ai* e que o modo de ser deste ente é a *existência*. Todavia, dissemos também que este ente — que somos nós — chamado *Ser-ai* é o que ele já foi, ou seja: o seu passado” (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 439).

debate. A auto-obrigação (precedente vinculante ou obrigatório) de seguir um precedente pode ter um lado positivo no contexto sistêmico-teorético luhmanniano. Para Luhmann (2016, p. 75) essa “auto-obrigação” faz parte de um conjunto de “premissas decisivas do sistema do direito” que funcionam como “programas” (assim como as leis), que são as regras que decidem como os valores são distribuídos no código binário (lícito/ilícito) de conectividade do sistema. Se o “programa” classifica uma comunicação no código como lícito o sistema abre, se for ilícito o sistema fecha (aqui enfatizamos a importância da hermenêutica filosófica). Esse processo que faz parte da autopoiese do direito é denominado de “fechamento operativo do sistema” que “encontra-se certificado por codificação”, daí “o sistema do direito opera de maneira *normativamente fechada* e ao mesmo tempo *cognitivamente aberta*” (LUHMANN, 2016, p. 63). Neves (2012, p. 82), explica que a criação das normas não é determinada de modo imediato por “interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por proposições científicas, pois depende de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico” e dá sentido ao fechamento operativo do sistema jurídico quando explica que:

A capacidade de aprendizagem (dimensão cognitivamente aberta) do direito positivo possibilita que ele se altere para adaptar-se ao ambiente complexo e “veloz”. O fechamento normativo [fronteira] impede a confusão entre sistema jurídico e seu ambiente, exige a “digitalização” [produção de ordem por fenômenos dissipativos] interna de informações provenientes do ambiente”. (NEVES, 2012, p. 82).

Acrescentamos que uma das estruturas ou “programas”, como chama Luhmann, que faz essa “digitalização” interna de informações advindas do meio externo é o precedente judicial, como demonstrado anteriormente. Em analogia bem interessante, podemos dizer que é como se fosse uma organela dentro de uma célula viva. Portanto, deixemos claro que, para que não ocorra a corrosão do acoplamento, as leis e os precedentes vinculantes (normas em geral) devem ser criados sob a legitimidade do crivo constitucional e sem deixar de vista o precedente como estrutura dissipativa de padrão organizacional autopoietico luhmanniano (essa organela) ou como um romance em cadeia que demonstramos também ter as mesmas características de uma estrutura dissipativa através do histórico de bifurcações ocasionados pelas interpretações sobre interpretações.

Sempre na busca da visão complexo-sistêmica do todo em que nosso trabalho está inserido, falemos agora dos paradigmas emergentes da atualidade nos quais muitos teóricos tentam estruturar o discurso jurídico⁵⁷. A transição da modernidade para a pós-modernidade, de acordo com Alves e Feres (2003, p. 21), foi (ou está sendo) representada por muitas teorias científicas que romperam com o paradigma científico que até então prevaleceu, representado pelo pensamento de “filósofos e cientistas como Galileu, Descartes, Bacon e Newton”; a ruptura veio com o pensamento complexo-sistêmico, muitas vezes, velado sob as teorias elaboradas por “Cientistas como Poincaré, Einstein, Heisenberg, Gödel, Bohr, Bertalanffy, Mandelbrot, Maturana, Prigogine, dentre muitos outros, numa lista que cresce a cada dia, bem como historiadores e filósofos, como Koyré, Bachelard, Kuhn e Feyerabend [...]”.

Citando o filósofo Boaventura de Sousa Santos, Alves e Feres (2003, p.37), na tentativa de descrever a transição paradigmática do direito moderno para o pós-moderno nos relata que:

“A época em que entramos é uma época de grande turbulência, de equilíbrios particularmente instáveis e regulações particularmente precárias; uma época de bifurcações prigoginianas em que pequenas alterações de estado podem dar origem a convulsões incontroláveis. Em suma, uma época fractal com mudanças de escala imprevisíveis e irregularidades difíceis de conceber dentro dos nossos parâmetros ainda euclidianos”.

Na emergência de um paradigma pós-moderno para as ciências, Boaventura insere o direito nesse contexto e traz a ideia de “despensar o direito” trazendo uma proposta pós-moderna. Para ele, o direito moderno é um instrumento de dominação técnico-jurídica, busca “a previsibilidade e o controle dos comportamentos sociais” (ALVES; FERES, 2003, p.39). O que vai de encontro às teorias da complexidade expostas aqui (TED, teorias autopoieticas, teoria do caos, mecânica quântica, etc.).

Enfatizamos que os dois campos de conhecimento (Ciências Naturais e Ciências Humanas) dos quais a Ciência Jurídica faz parte (consideramos demonstrado isso no capítulo inicial), estão sob a influência do tão famigerado “caos”, que “se tornou uma abreviatura para um movimento que cresce rapidamente e está

⁵⁷ Dentre os que conhecemos no âmbito nacional estão Marcelo Neves (Entre Têmis e Leviatã) e Goffredo Telles Junior (Direito Quântico), sem falar dos vários trabalhos acadêmicos que tratam dessa temática, como este.

reformulando a estrutura do sistema científico” (ALVES; FERES, 2003, p. 25). Os autores, asseguram que “O caos suscita problemas que desafiam os modos de trabalho aceitos na ciência e reúne, assim, pensadores de campos antes bem separados, rompendo as fronteiras das disciplinas científicas.”, dessa forma a hegemonia da previsibilidade determinista cai por terra.

A nova emergência do “caos” veio para destronar esse direito moderno, como símbolo da busca pelo ideal e da perfeita objetividade, baseado em “parâmetros ainda euclidianos”. O que se deve ter em vista é o poder criativo das flutuações e instabilidades, características inerentes ao ser humano biopsicossocial hipercomplexo, frente à sociedade “líquida” e “supercomplexa” da pós-modernidade.

Subsistemas dentro de sistemas, dentro de metassistemas, que compõem suprassistemas... numa grande rede. Imaginemo-nos observando um ponto, e nos afastando gradativamente dele, cada vez mais, na medida que nos distanciamos começamos a ver uma teia se formando em várias camadas emergentes e ficando cada vez mais densa e maior numa miríade de interconexões. Este ponto é o precedente como estrutura dissipativa de padrão organizacional autopoietico luhmanniano, na grande teia, do sistema social global. Mas, ainda estamos condicionados à velha racionalidade (análise, síntese e pensamento linear), ainda temos que mutilar a realidade para aprender mais dela numa tentativa de se aproximar da mesma, como um recorte desse ponto do qual falamos no início do parágrafo. A parte por si só não representa o todo, mas ainda assim é parte do todo (MORIN, 2015).

Para que seja possível um precedente como estrutura dissipativa de padrão organizacional autopoietico luhmanniano, da maneira que o apresentamos e da maneira que Taruffo propõe em sua metáfora, devemos abandonar o modo tradicional dedutivista da hermenêutica clássica e reconhecer que “a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será aplicada, isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser)” (GRAU apud ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 451). Dessa forma, percebemos a importância da aplicação de uma interpretação indutivista, partindo da microdimensão (ser individual biopsicossocial) à macrodimensão (humanidade planetária interconectada à biosfera). Assim, esperamos não ficar apenas no campo da utopia jurídica.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento da presente pesquisa nos permitiu compreender a dimensão problemática na qual está inserida os precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. Também nos permitiu a análise de como se dá o processo de produção de conhecimento no âmbito interdisciplinar da Ciência Jurídica. Dessa forma, entendemos estar demonstrada a grande importância que o papel da interdisciplinaridade desempenha no direito. A interdisciplinaridade (ou transdisciplinaridade) “amplia a capacidade de formação e melhora a qualidade de reflexão jurídica, estimulando o nascimento de normas jurídicas mais justas, operadores do direito com uma visão de mundo mais ampla, estudiosos capazes de uma reflexão crítica sobre o direito[...]” (BITTAR, 2014, p.43).

De um ponto de vista geral, ficou demonstrado que a TED está intrinsecamente ligada à teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Luhmann. Neste contexto, também demonstramos que o precedente judicial pode ser conceituado como um sistema parcial (ou subsistema) autopoietico do direito e que este, por sua vez, é um sistema cognitivamente aberto e normativamente fechado. Dessa maneira foi possível caracterizar o precedente no campo sistêmico-teorético de Luhmann, sob a forma de um sistema parcial autopoietico tendo como mundo circundante o sistema autopoietico do direito, que por sua vez está imerso no sistema autopoietico social. Dessa maneira atribuímos sentido à metáfora do processualista italiano Michele Taruffo (2014) quando propomos um modelo teórico de “precedente judicial como estrutura dissipativa de padrão organizacional autopoietico luhmanniano”.

Explicamos que atualmente vivemos numa transição paradigmática representada por muitas teorias científicas que romperam com o paradigma científico dominante. Por isso devemos pensar o direito sob novas perspectivas de modo a deixar a hegemonia da previsibilidade determinista de lado e aceitar que existe poder criativo nas flutuações e instabilidades (extrair ordem da desordem) que são características inerentes ao ser humano biopsicossocial hipercomplexo numa sociedade “líquida” e “supercomplexa” da pós-modernidade, afinal a complexidade é o motor evolutivo da sociedade. Por essa abordagem teremos mais chances de desenvolver estruturas jurídicas capazes de realizarem saltos organizacionais frente ao fenômeno da complexidade jurídica.

No decorrer deste trabalho nos deparamos com temas de ampla complexidade e muito densos de conteúdo. A pesquisa que realizamos apenas arranhou a superfície de modo que retiramos pequenos “pedaços” suficientemente necessários à construção de uma resposta para tamanha provocação intelectual a que nos deparamos. Seria um contrassenso falarmos em “pedaços” num trabalho que estimula a utilização do pensamento sistêmico, mas essa ainda é nossa forma de produzir conteúdo. Pois, ainda estamos condicionados e presos ao pensamento linear imposto pela visão fragmentária moldada pelo mecanicismo-reducionista, que nos força ter que “mutilar” a realidade para estudar seus pequenos fragmentos, só então para depois decifrá-los e juntar tudo numa tentativa de descobrir o que há ali. Dito isto, continuemos a tentar estruturar a complexidade do fenômeno jurídico.

A humanidade precisa descer do pedestal da racionalidade e perceber que o ser humano é apenas mais um ser vivo compartilhando a biosfera. Por quê o ser humano se acharia mais importante que um crocodilo que já está no planeta há muito mais tempo que nós? Segundo Barreto (2012), a filósofa e etóloga (estudiosa do comportamento animal) Mary Beatrice Midgley defende que o homem não é um animal “superior” aos demais (em oposição ao tão venerado antropocentrismo), em seu comportamento sempre haverá a variável “animal primitivo”, mesmo numa sociedade “civilizada”, daí notarmos que a cultura, a política, a filosofia, a ciência em geral, todo conhecimento é produzido por esse homem “animal”. Precisamos aprender mais com os fenômenos da natureza. Enfim, acreditamos ter alcançado o objetivo de reavivar na comunidade acadêmica a importância do debate interdisciplinar entre a Ciência Jurídica e demais áreas do saber.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, George; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ADEODATO, João Mauricio. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.
- ALMEIDA, Maria da Conceição de. A CIÊNCIA COMO BIFURCAÇÃO: UMA HOMENAGEM A ILYA PRIGOGINE. **FAMECOS**, Porto Alegre, n. 23, p. 77-84, abr. 2004. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/3251/2511>>. Acesso em: 16 abr. 2018.
- ALVES, Marco Antônio Sousa; FERES, Marcos Vinício Chein. Para uma ciência e um direito pós-modernos. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, v. 10, p. 17 - 55, 2003. Disponível em: http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/894090/Para_uma_ciencia_e_um_direito_pos-modernos. Acesso em: 03 mar 2018.
- ANDREASSA JUNIOR, Gilberto; BARBOSA, Claudia Maria. Teoria dos precedentes e sua incompatibilidade com o sistema deliberativo dos tribunais superiores. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 12, n. 3, p. 861-888, dez. 2017. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/26773>>. Acesso em: 11 jan. 2018. doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369426773>.
- BARRETO, André Assi. Mary Midgley e Richard Dawkins: semelhanças e dessemelhanças. **Idéias**, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 307-331, dez. 2012. ISSN 2179-5525. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ideias/article/view/8649374>>. Acesso em: 30 abr. 2018. doi: <https://doi.org/10.20396/ideias.v3i1.8649374>.
- BATALHAO, T. B et al. **A seta do tempo em sistemas quânticos**. Disponível em: <http://www.sbfisica.org.br/v1/index.php?option=com_content&view=article&id=715>. Acesso em: 18 abr. 2018.
- BATISTA, João. **Reencantar o mundo**: O desenho da avicennia para as economias nacionais. Disponível em: <<http://aavic.blogspot.com.br/2008/11/3-teoria-das-estruturas-dissipativas.html>>. Acesso em: 07 jan. 2017.
- BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria Geral dos Sistemas**: Fundamentos, desenvolvimento e aplicações. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.
- BIASE, Francisco Di et al. Sistemas Auto-organizadores Físicos, Biológicos, Sociais e Empresariais. **IJKEM**, Santa Catarina, v. 2, n. 2, p. 123-146, maio. 2013. Disponível em: <<http://incubadora.periodicos.ufsc.br/index.php/IJKEM/article/view/2142>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAMARA, Fernando Portela. Dinâmica não-linear e psiquiatria: a natureza dinâmica das doenças mentais. Rev. latinoam. psicopatol. fundam., São Paulo, v. 11, n. 1, p. 105-118, Mar. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-47142008000100011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 28 set. 2018.

CANARIS, Claus - Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. 1. ed. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 1996.

_____; LUISI, Pier Luigi. **A visão sistêmica da vida: Uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas**. 1. ed. São Paulo: Cultrix, 2014.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: Teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 8. ed. São Paulo: Ática, 1997.

ÇENGEL, Yunus A.; BOLES, Michael A. **Termodinâmica**. 7. ed. Porto Alegre: AMGH, 2013.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Juspodvm, 2015. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito: Introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Fontes do direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/157/edicao-1/fontes-do-direito>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. **Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common Law e de Civil Law**. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/revista-eletronica/24-volume-2-numero-2-%20trimestre-01-04-2011-a-30-06-2011/124-formacao-historica-aspectos-do-desenvolvimento-eperspectivas-de-convergencia-das-tradicoes-de-common-law-e-de-civil-law>>. Acesso em: 06 out. 2018.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/19344881/dworkin-ronald-o-imperio-do-direito-completo>>. Acesso em: 16 out. 2018.

GREENE, Robert. **Maestria**. Rio de Janeiro: Sextante, 2013.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. APROXIMAÇÃO CRÍTICA ENTRE AS JURISDIÇÕES DE CIVIL LAW E DE COMMON LAW E A NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRECEDENTES NO BRASIL. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 49, p. 11-48, dez. 2009. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

MELO JUNIOR, Luiz Cláudio Moreira. A teoria dos sistemas sociais em Niklas Luhmann. **Soc. estado.**, Brasília, v. 28, n. 3, p. 715-719, Dez. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922013000300013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 17 abr. 2018.

MONTARROYOS, Heraldo Elias de Moura. As Melhores Teses de Direito Premiadas pela Fundação Capes: Lições Epistemológicas de Como se faz uma Pesquisa Jurídica de Excelência no Brasil. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 11, n. 3, fev. 2017. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/66432/40480>>. Acesso em: 28 nov. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.22456/2317-8558.66432>.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.

NASCIMENTO JUNIOR, Antônio Fernandes. Fragmentos do pensamento dialético na história da construção das ciências da natureza. **Ciênc. educ.** (Bauru), Bauru, v. 6, n. 2, p. 119-139, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-73132000000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 01 set. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Juspodvm, 2016. v. único.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

PEREIRA, José Tomaz Vieira. **Apostila de Termodinâmica I: A Segunda Lei da Termodinâmica**. Disponível em: <<http://www.fem.unicamp.br/~em313/paginas/textos/apostila5.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

PRIGOGINE, Ilya. **As Leis do Caos**. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2002.

_____; KONDEPUDI, Dilip. **Termodinâmica: Dos Motores Térmicos às Estruturas Dissipativas**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. v. 13.

_____; STENGERS, Isabelle. **A nova aliança: a metamorfose da ciência**. 1. ed. Brasília: Editora UNB, 1984.

ROSA, Carlos Augusto de Proença. **História da ciência**: da antiguidade ao renascimento científico. 2ed. Brasília: FUNAG, 2012. v. 1.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. **Estud. av.**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 46-71, Aug. 1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141988000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 mar. 2018.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Juspodvm, 2018.

_____. **O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 04 abr. 2018.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 08 nov 2017.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento Sistêmico**: O novo paradigma da ciência. 7. ed. Campinas: Papyrus, 2002.