

# Decisão jurídica e mudança social. Para uma sociologia da decisão jurídica<sup>1</sup>

Artur Stamford da Silva\*

## INTRODUÇÃO

Relacionar direito e mudança social pende ao realismo de o direito ser instrumento de ordem, protetor dos interesses da classe dominante, como em Oscar Correias<sup>1</sup> ao questionar porque o direito é assim e não de outro jeito. Ou pende para a utopia de o direito ser um instrumento de mudança social, quando então lhe cabe proteger os interesses da sociedade, inclusive em detrimento do poder estatal, à espécie das lições de Norberto Bobbio<sup>2</sup>.

Convencidos que produzimos violência, corrupção, bem como que a pobreza não para de aumentar, mesmo havendo tentativas de erradicar a pobreza como o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), arriscamos propor como alternativa ao paradoxo da ordem social justa (estabelecer normas sociais flexíveis, como explica Herbert Hart ao tratar das desvantagens em estabelecer normas para a vida em sociedade<sup>3</sup>) a circularidade, em lugar da causalidade. Não por isso estamos propondo o fim da epistemologia linear causal, apenas entendemos que essa epistemologia nos estagna teoricamente, ao não nos deixar alternativa se não o joguete da filiação: pertencer a esse ou àquele grupo de pesquisadores. Como se a escolha entre ser capitalista ou comunista, positivista ou jusnaturalista, indutivista ou dedutivista resolvesse o fosso entre a vida em sociedade e a explicação sociológica.

Nossa alternativa é resistir aos encantos da lógica causal, à busca pela origem, a pretensão de afirmar algo como verdadeiro porque revelação dos fáticos. Para isso, corremos da epistemologia causal e recorremos à epistemologia da circularidade. Assim, ao realizamos pesquisa, não promovemos filosofia, não nos ocupamos em

---

CONFLUÊNCIAS - REVISTA INTERDISCIPLINAR DE SOCIOLOGIA E DIREITO, VOL. 11, Nº 1, 2010 - PP. 121 A 150.

angariar seguidores para resolver o problema da pobreza, da violência. Simplesmente concordamos que a pergunta “o que é?” não tem mais lugar e a substituímos pela pergunta: “como é possível a sociedade se causar tantos problemas?”<sup>4</sup>. Está aí, pois, revelado o marco teórico, nosso ponto de partida. Evidente, quem não aceita o construtivismo, portanto a circularidade, como epistemologia, não tem como entender as informações aqui dadas-a-conhecer. É que desde este pressuposto epistemológico, entendemos que o direito funciona, ao mesmo tempo, como instrumento de controle e como promotor de mudança social.

Nossas pesquisas têm se ocupado em observar a relação direito e sociedade desde a tomada da decisão jurídica. Não para afirmar de que lado está o direito - do lado do poder, da manutenção do *status quo*, ou do lado dos revolucionários, da mudança social -, mas para observar a convivência entre direito e mudança social. Assim, estruturalismo, funcionalismo (vertentes da teoria dos sistemas), nem a teoria do conflito ou da mudança social explicam essa convivência. Porém, partir da ideia que sociedade é um sistema que estabelece sentido, que comunicação é a célula da sociedade, permite uma saída das explicações limitadas e insuficientes daquelas tentativas de explicação da vida em sociedade.

Para isso pesquisamos decisões de tribunais brasileiros que envolvem temáticas que consideramos próprias de mudança social, como a relativização da coisa julgada, a questão da terra (propriedade, MST), homoafetividade, igualdade, direito à saúde desde a concessão de medicamentos, pesquisa com célula tronco, crime de bagatela etc..

Não nos ocupamos em defender uma filosofia sobre a relação direito e mudança social, nem de advogar que o direito deve ser dessa e não daquela forma. Realizamos pesquisa, por isso entendemos que fazemos sociologia, para observar como se comunicam o direito da sociedade e as mudanças sociais.

Com isso, debater se o direito é instrumento de poder ou instrumento de mudança social ganha lugar, não como dicotomia paradoxal, mas como forma de dois lados, o lado do pertence e o do não pertence, o lado interno e o externo, a produção e a mutação. É que forma não é uma coisa em si, uma “configuração (Gestalten) mais ou menos bela”, forma é limite, “marcas de uma diferenciação que obriga a esclarecer o lado que se assinala de que lado está”. O outro lado do limite da forma vem dado simultaneamente. Cada lado da forma é, portanto, o outro lado do outro lado. Nenhum dos lados da forma é algo em si mesmo. Se atualiza só porque se assinala essa lado e não o outro. Neste sentido, forma é autorreferência aberta no tempo (desdobrada)<sup>5</sup>.

Como advertência, não sou linguista, portanto não faço análise de discurso, nem linguística textual, nem qualquer das formas de pesquisa linguística, como análise de argumentação, de retórica ou de conteúdo<sup>6</sup>. As pesquisas, tão pouco, têm por objetivo solucionar o paradoxo do normativista (a necessidade de se estabelecer normas mutantes para que se possa manter a esperança de haver decisão justa desde a aplicação de regras pré-estabelecidas). Tão pouco nos ocupamos em lançar novos refrões à vida em sociedade (*topois*, provérbios etc.), nem mesmo nos propomos a fazer um manifesto contra o direito que serve para manutenção do poder e não para a mudança da sociedade. Por mais que investigar a relação direito e sociedade desde a tomada de decisão jurídica termine envolvendo essas questões.

Como toda pesquisa, partimos de pontos. Um dos nossos é que

a função da metodologia não consiste unicamente em assegurar uma descrição correta (não errônea) da realidade. Mais sim, trata-se de formas refinadas de produção e tratamento das informações internas ao sistema. Quero dizer: os métodos permitem à investigação científica surpreender-se a si mesma. Para isso, ele se volta imprescindível ao contínuo imediato de realidade e conhecimento do qual provem a sociedade. Que na discussão sociológica domina a confrontação entre métodos quantitativos e qualitativos é algo que está mais para nos distrair dos verdadeiros problemas<sup>7</sup>.

Para não nos distrairmos no debate metodológico de método indutivo ou dedutivo, pesquisa quantitativa ou qualitativa, adotamos a metodologia circular.

Outro ponto de partida é que procuramos evitar transformar pesquisa, ciência, em religião. Não nos ocupamos em defender as ideias de um ou outro autor, todavia não deixamos de fazer uso de teorias, o que não implica nos tornarmos seguidores, adeptos ou defensores de teóricos, nem de teorias.

Com isso, esperamos não causar espanto ao usarmos Luhmann para tratar de mudança social. O fazemos simplesmente porque Luhmann é daqueles autores muito citado, mas muito raramente lido, estudado e pesquisado. Assim é porque, ao tomar como desafio oferecer uma alternativa à ontologia linear causal, Luhmann recorre metodologia circular, e consideramos que isso ajuda a entender as consequências dessa metodologia para a observação do direito da sociedade.

Uma forma de evitar as típicas críticas a Luhmann, optamos pela expressão Teoria dos Sistemas de Sentido, em lugar de teoria dos sistemas autopoieticos, ainda que damos às duas expressões a mesma significância.

Ainda metodologicamente, acatamos a proposta de não nos ocuparmos com a pergunta “o que é?”, mas sim como a pergunta “como é possível”. Assim é porque reconhecemos não há como responder “o que é justiça” se não filosoficamente, mas sociologicamente o que podemos responder é “como determinada forma de justiça é possível. Essa mudança de rumo metodológico nos possibilita observar como é possível o Brasil viver o direito que vive, ainda que não tenhamos uma resposta para “o que é direito”.

As pesquisas até então realizadas têm nos levado a observar que a decisão jurídica é uma operação do direito da sociedade (sistema de sentido jurídica da sociedade). Como sistema de sentido, ao mesmo tempo em que cada decisão fixa sentido, ela mesma promove mudança no sentido. Significa, direito é memória da sociedade ou mesmo tempo em que ele é mudança social. Numa frase de efeito: numa sociedade de corruptos, não há como cobrar ou esperar que o direito seja honesto.

Direito como sistema de sentido que é, reflete a sociedade que o produz.

## 1. METODOLOGIA CIRCULAR: CONSTRUTIVISMO, CIBERNÉTICA E COMUNICAÇÃO

Uma vez aceita a ideia do quanto “naturalmente” nos levamos diante aos paradoxos, não temos dificuldade reconhecer que quando debatemos sobre justiça chegamos ao paradoxo de a justiça ser substantiva (decisão justa é aquela que tem determinado conteúdo, como na racionalidade essencialista) ou procedimental (decisão justa é aquela que respeita os procedimentos, independente do resultado, como na racionalidade procedimentalista). No caso de a questão ser qual o nosso lugar na vida em sociedade, esbarramos no paradoxo de sermos vítima do sistema ou atores, responsáveis pelo sistema. Cientificamente, tendemos ao paradoxo de se ciência é teoria ou prática, se o método é indutivo ou dedutivo. Mantendo o “mote”, os juristas tendem a se lançar ao paradoxo do ser ou dever ser, ocupados em distinguir a norma jurídica da norma moral, da religiosa, da norma social.

O que estamos chamando atenção é que nos lançamos problemas sem solução, por isso paradoxos, assim como nos permitimos falar em liberdade vigiada, guerra pela paz, interpretação errada. No caso da decisão jurídica, insistimos em explicações causais como: o juiz não conhece a legislação; é um juiz inexperiente; é um absurdo um juiz ter uma interpretação tão errada da lei; o juiz é um corrupto etc..

Ainda que não temos como sair dessa “mania” de nos levar aos paradoxos, a metodologia circular se apresenta como alternativa, pois ao nos vermos perante

paradoxos, não nos resta escolher qual de seus lados nos agrada, a qual deles preferimos nos filiar, como se assim pudéssemos excluir o outro lado. Para a metodologia circular, os paradoxos dão aparência de haver lados opostos, como se a questão pudesse ser resolvida uma vez identificado o começo e o fim. A circularidade está justamente na dispensa de uma busca por identificar o gênese, a origem, a causa. Parte-se de que o círculo não tem começo nem fim. Essa metodologia é a que nos afasta da ideia que a mecânica de Isaac Newton (1642-1727) foi superada pela teoria da relatividade de Einstein (1879-1955) e esta última, pela física quântica {Werner Karl Heisenberg (1901-1976) e Erwin Schrödinger (1887-1961)}<sup>8</sup>. Como se houvesse evolução científica linear. Acontece que, o que a mecânica de Newton explicava, ela ainda explica. Apenas a relatividade consegue explicar fenômenos físicos que a mecânica de Newton não é suficiente para explicar. O que temos é a convivência entre esses aportes teóricos, não a exclusão de uma teoria por outra. Enfim, mudanças de visão científica não implicam necessária e unicamente superação dentre teorias<sup>9</sup>, mas sim mudança dos alcances explicativos.

Essas ideias não implicam apelar para o extremo oposto, para o “vale tudo!”. Não é porque não sabemos o que é a verdade que não podemos responder como é possível algo ser verdadeiro. Essa insistência em se apegar a respostas simplistas é ao que propomos afastamento. Admitir que não há verdade pré-fabricada, verdade imutável não implica necessariamente que não haja verdade. Não é porque não há um conceito preciso de justiça que estamos proibidos e impedidos de pesquisar sobre justiça. Transportar o debate da essência ao limite não nos leva necessariamente ao mundo sem saída dos “naturais” paradoxos. Assim é porque “princípio e fim são desprovidos de significação em sistemas dotados de circuitos de retroalimentação”<sup>10</sup>. Mais, assim é porque

pensar em função de tais sistemas (sistemas circulares) força-nos a se afastar da noção que, por exemplo, o evento *a* ocorre primeiro e o evento *b* é determinado pela ocorrência de *a*, visto que, pela mesma lógica defeituosa, poder-se-ia afirmar que o evento *b* precede *a*, dependendo de onde escolhêssemos, arbitrariamente, romper a continuidade do círculo”<sup>11</sup>.

A questão é justamente que não há interrupção, ruptura. Nem um caso de revolução é um lançamento ao vazio, a uma situação sem parâmetros, um vale tudo. Até o vale tudo tem regras.

Aplicando a metodologia circular, vejamos a seguinte sequência de informações:

conhecer é observar;  
observar é fazer distinção;  
distinguir é explicar;  
explicar é refutação da experiência, pois explicar é uma operação distinta da experiência que se quer explicar, ou seja, a explicação está na linguagem;  
linguagem é conhecer<sup>12</sup>.

Observe que começamos e terminamos com a palavra “conhecer”.

Dessa sequência localizamos uma das ideias-chave da *autopoiesis* comunicacional: observar é distinguir. A metodologia circular é a base do construtivismo, para o qual não há início nem fim, a origem, nem o término. Mais, comunicar não é transmitir informação.

É que a metodologia circular vê a comunicação não como um processo de transmissão de informações, mas sim como um processo de constante produção de informação. Com isso, não há emissor e receptor de mensagens, mas sim interlocutores, copartícipes em comunicação. Assim, ainda que mantida a terminologia emissor e receptor, este último é autor da comunicação tanto quanto o emissor. Para melhor explicar essa opção metodológica, vejamos os seguintes princípios da pragmática da comunicação e o relacionaremos aos da teoria dos sistemas de sentido:

- a) “é impossível não comunicar”<sup>13</sup>, “comunicação é a célula da sociedade”<sup>14</sup>;
- b) “não vemos o que não vemos”<sup>15</sup>, “tudo o que é dito, é dito por alguém”<sup>16</sup>, “observar significa simplesmente: distinguir e assinalar”<sup>17</sup>;
- c) “é impossível separar estabilidade de mudança, pois estas são diferentes ordens de retroalimentação”<sup>18</sup>, “os sistemas que operam no *médium* do sentido se reproduzem realizando permanentemente a distinção autoreferência/heterorreferência”<sup>19</sup>.

Na letra a), a proposta cibernética<sup>20</sup>, integrante da frase observar é distinguir, trata da retroalimentação (comunicação de retorno); termo central do construtivismo, pois retroalimentação é “um método para controlar um sistema reintroduzindo-lhe os resultados de seu desempenho no passado”. A retroalimentação envolve, ao mesmo tempo, estabilidade e mudança na comunicação, no sistema de sentido. Não há causalidade, como no culturalismo que considera que o passado justifica o futuro. O desempenho do passado contribui para compreensão do que se vai conhecer, porém essa contribuição não resulta controle do como se dará o futuro; do

como uma informação será entendida. Uma informação recebida pode gerar compreensão (retroalimentação positiva) ou não (retroalimentação negativa).

Gregory Bateson, um dos integrantes da *Macy Conference*, chama de retroalimentação negativa quando a informação gera estabilidade e não energia na comunicação, ou seja, é quando não há recepção novedosa; já na retroalimentação positiva a informação gera amplificação de energia dentro do sistema de comunicação, é quando a recepção promove mudança<sup>21</sup>.

Essa mesma diferenciação encontramos na pragmática da comunicação paradoxal, com Paul Watzlawick, um dos integrantes da Escola de Palo Alto junto com Gregory Bateson, pois “quando presentes na interação humana, não importa tanto que o conteúdo (informação) careça de significação quanto que a relação (ordem) não possa ser evitada nem claramente entendida”<sup>22</sup>.

Assim, quando vivenciamos situações insustentáveis, não ficamos estagnados a ela, não nos permitimos um vazio. Antes, saímos do paradoxo da insustentabilidade saltando para situações sustentáveis. Não fosse assim, a comunicação seria impossível e, não, improvável. Acontece que, ao mesmo tempo em que é impossível não comunicar, é improvável que a comunicação seja entendida. Com isso, localizamos no construtivismo alternativa ao paradoxos do hermetismo e do gnosticismo, vale dizer à “síndrome do segredo”<sup>23</sup>.

Com isso, chegamos nas frases da letra b). Sendo ciência a interpretação da vida em sociedade, não faz sentido o pesquisador se impor como limite a busca por revelar a verdade secreta, a origem, a fonte dos símbolos sociais. No caso dos juristas, normalmente limitados à ideia que texto é texto escrito, insiste-se na relação sujeito/objeto ou na interação sujeito/sujeito para, com isso, exigir do leitor que desvende os segredos dos textos. Acontece que texto não se reduz a um produto codificado por um emissor (autor) a ser decodificado pelo receptor (leitor), como se texto fosse uma entidade física portadora da verdade nele coisificada. Mais, sequer sentido é um dado, ou o pré (algo predeterminado, pressuposto, preestabelecido, que está lá pré-dado)<sup>24</sup>. Enquanto nos mantermos nessa visão de linguística, pouco se poderá fazer para uma explicação do direito, bem como da decisão jurídica.

O mesmo se diga dos sociólogos que ainda consideram teoria dos sistemas uma proposta de coisificação da sociedade, seja porque pensam sistema como fato social, como uma entidade física, um algo no mundo. Como se sistema fosse uma entidade física que está lá controlando e estabelecendo a verdade do social. Para estes

casos, lembramos que sistema é sistema de sentido, é “produto das operações que usam o médium sentido e não uma qualidade do mundo atribuída a uma criação, fundação ou origem”<sup>25</sup>. Acatada a ideia de que “o sistema sociedade não se caracteriza por uma ‘essência’ (*wesen*), muito menos por uma determinada moral [...], mas unicamente pela operação que produz e reproduz a sociedade”<sup>26</sup>, admite-se a teoria da sociedade como comunicação, portanto, dá-se lugar à *autopoiesis* comunicacional.

Do construtivismo como aporte epistemológico, Luhmann recorre à distinção operação/causalidade, sobre a qual escreve: “as operações controlam e variam apenas uma parte das causas que são necessárias para a reprodução do sistema [...], as designações causais sempre supõem a assistência específica de um observador”<sup>27</sup>.

Por fim, letra c), há o não dito na frase: observar é distinguir. Iniciemos com a frase: “comunicação é a menor unidade possível de um sistema social”<sup>28</sup>. Relacionando essa às ideias da cibernética e da pragmática da comunicação, sugerimos que, da frase “observar é distinguir”, podemos entender comunicação como distinção *médium*/forma, como “operação que produz nos sistemas sociais essa distinção”<sup>29</sup>, ou seja, justamente porque nos comunicamos temos que “sociedade é um sistema que estabelece sentido”<sup>30</sup>, do que resulta o sentido ser o meio que dá lugar à forma de sociedade às comunicações. Assim é porque “a comunicação que aceita ou rejeita a proposta de sentido de uma comunicação é outra comunicação, que pode realizar os esclarecimentos ou partir para outros assuntos. Justamente por isso se dá a *autopoiesis* comunicativa, pois uma comunicação não pode conter já em si mesma sua aceitação”<sup>31</sup>. Portanto, comunicar forma expectativas que fixam distinções (seleção) ao mesmo tempo em que gera um futuro indeterminado (variação). Trata-se do paradoxo do sentido, ou seja, “o que muda permanece”, o que não implica que a variação (o indeterminado) ocorra aleatória e arbitrariamente, mas, sim de maneira altamente seletiva<sup>32</sup>, do que concluímos que sentido não existe fora do sistema, nem fora da vida em sociedade, nem fora da comunicação.

Agora sim, podemos sugerir o abandono da ideia de sistema como se fosse uma organização social identificável fisicamente e, com isso, evitarmos pensar o direito como Legislativo ou Judiciário ou Estado ou Sociedade Civil Organizada. É que Luhmann distingue interação, sociedade e organização. Enquanto interação é a espécie de sistema social que se dá quando os presentes se percebem mutuamente, neste caso não se alcança complexidade quanto às possibilidades internas, nem nas

suas relações com o entorno; sociedade, por ser o sistema social formado por todas as comunicações possíveis, ele próprio estabelece os limites à comunicação possível e significava. “A sociedade é um sistema autopoietico, ou seja, é um sistema que cria os elementos que o constituem, neste caso, as comunicações”. Por fim, organização são sistemas sociais caracterizados pela capacidade de estabelecer critérios de pertinência, pertencer a uma organização é cumprir as condições estabelecidas pela organização<sup>33</sup>.

Sendo assim, tomar a comunicação como célula da sociedade envolve acatar a ideia de sociedade como sistema que opera no *médium* sentido estabelecendo forma ao que se comunica.

## 2. DA DISTINÇÃO SISTEMA/ENTORNO AO TERMO SENTIDO

A frase “sociedade como sistema que opera no *médium* sentido estabelecendo forma ao que se comunica” nos reporta ao uso que Luhmann faz dos conceitos *memory function*, *re-entry* e condensação seletiva.

Como observar é distinguir, a distinção não se dá automaticamente, nem está lá, preestabelecida. Quem distingue é um observador. Com isso estamos chamando atenção a que sistema não é uma entidade física, nem mesmo um construto social mental, nem uma simbologia linguisticamente estabelecida. Aceitar a informação que na vida em sociedade nós nos comunicamos (portanto, é impossível não comunicar), implica também aceitar que há comunicações que, num determinado período da vida em sociedade, vão ganhando maior importância, essa maior identidade comunicativa é que torna determinada comunicação complexa o suficiente ao ponto de ela ganhar forma de sistema de sentido.

Ao adquirir forma sistêmica, cada assunto adquire certa identidade e, portanto, distingue-se de outros. Sendo o sistema social um sistema de sentido, à medida em que seguimos nos comunicando vamos estabelecendo forma a tantos sistemas de sentido quantas estruturas são estabelecidas desde a vida em sociedade. Assim, direito, economia, política, arte, educação, ciência são sistemas de sentido, portanto, sistemas de comunicações sociais. Mas não toda comunicação dá forma a um sistema da sociedade, mas apenas aqueles que adquirem complexidade sistêmica.

Por exemplo, a forma do direito, como sistema de sentido, não depende de um algo externo ao direito, assim como não depende exclusivamente da produção normativa do poder Legislativo, nem exclusivamente da produção decisória do poder Judici-

ário, nem exclusivamente da sociedade, nem exclusivamente de um tirano, um ditador. O sistema da sociedade, ou seja, o sistema de sentido que é a sociedade é quem estabelece sentido a algo. No caso, o sistema jurídico, o direito da sociedade, produz autonomamente o sentido de direito de determinada sociedade. Essa autonomia não se confunde nem implica isolamento. Mais, quem estabelece se um debate, uma comunicação integra o sistema do direito da sociedade não é uma pessoa, nem uma entidade metafísica, nem uma organização social. É a comunicação que comunica que estamos tratando de um debate jurídico, do sistema do direito.

Com isso, nenhum tema é específico de um sistema social. O aborto não é exclusividade do direito, antes, conforme se dê-a-conhecer a informação sobre aborto, é que se dará forma política, religiosa, científica, econômica ou jurídica à comunicação que se está tendo sobre aborto. É por observação que distinguimos esses sistemas, não por eles serem uma entidade social.

Vejamos, então, o termo forma. Luhmann escreve que forma não se confunde com conteúdo, nem com o termo contexto:

uma forma pode residir em que algo é distinto de tudo o mais, como também que algo é distinto de seu contexto, mas também que um valor é distinto do seu contravalor – com exclusão de terceiras possibilidades. Cada vez que o conceito de forma assinala um dos lados de uma distinção sobre o pressuposto de que há outro lado simultaneamente definido, dá-se também uma superforma, ou seja, a forma que distingue a forma de qualquer outra coisa<sup>34</sup>.

É dessa ideia de forma que Luhmann explora a distinção sistema/entorno. Não nos esqueçamos que toda forma tem dois lados. Lembrar a ideia de retroalimentação.

Essa concepção, adicionada ao construtivismo nos leva a considerar que o incluído num determinado conceito não implica exclusão dos tantos outros algo que ficam momentaneamente afastados. Leia-se afastado não eliminado. Justamente porque afastado temporalmente, esses outros tantos algo integram o determinado conceito, pois esse afastamento é que dá forma ao conceito. Mais, o afastado reclama sua passagem à integração do algo (do conceito). Com isso, um determinado conceito vive o constante processo de aumento de sua complexidade, da sua capacidade de incluir mais respostas às vivências, às comunicações. Porém, ao mesmo em que um conceito aumenta sua complexidade, ele não pode deixar de promover distinção. Caso isso venha a ocorrer, este conceito se torna tão amplo que deixa de servir como conceito.

Como todo paradoxo, o paradoxo do sentido também só se resolve saltando a uma outra distinção, ou seja, desparadoxizando-o. Esse salto só é possível se se parte da teoria da diferença, pois esta é quem possibilita, da *distinção sistema/entorno*, o desenvolvimento de explicações desde a teoria dos sistemas<sup>35</sup>. É que:

formas são limites, como marcas de uma diferença que obriga a esclarecer o lado que se assinala quando se diz encontrar num determinado lado – desde o qual há que começar para proceder com novas operações. O outro lado do limite da forma vem dado simultaneamente. Cada lado da forma é portanto o outro lado do outro lado. Nenhum lado é algo em si mesmo. Se atualiza só pelo fato de que se assinala esse lado e não o outro. Neste sentido a forma é *autorreferência desdobrada* (aberta) ou, com maior precisão, é autorreferência aberta no tempo. Há que se partir sempre do lado assinalado e se se faz necessário tempo para uma operação posterior: tanto para permanecer no lado designado como para atravessar o limite que constitui a forma [...] a forma é mais precisamente a distinção mesma enquanto que premia ao assinalar (e portanto observar) um lado ou o outro e, por essa razão, não pode, ela mesma (muito distinto ao termo hegeliano conceito) realizar sua própria unidade. A unidade da forma é o terceiro excluído que não pode ser observado enquanto se observa com a ajuda da forma. Também no conceito de forma está pressuposto que ambas as partes se determinam remetendo-se uma à outra. No entanto, isto não deve ser tomado como postulado de reconciliação dos opostos, mas sim como postulado da distinguibilidade da distinção<sup>36</sup>.

Agora sim, podemos tratar da *distinção sistema/entorno*.

Ao mesmo tempo em que sistema se distingue de seu entorno, o entorno integra o sistema, pois como forma de dois lados, sistema tem lado interno e externo e, ambos, são integrantes do sistema, formam o sistema. Quem distingue o lado interno do lado externo é o observador observando seu observar. É o que temos com a teoria dos sistemas como uma teoria da *distinção sistema/entorno*<sup>37</sup>.

Entender essa ideia requer entender um outro paradoxo, o paradoxo do distinguir. “Como unidade operativa que distingue e assinala, o sentido é uma forma que contém a si mesma, ou seja, é a *distinção entre distinguir e assinalar*. Uma forma é uma distinção que volta a reaparecer em si mesma como o distinguido. De uma situação assim só se pode sair dando um salto, desparadoxizando, ocultando o paradoxo com outra distinção”<sup>38</sup>.

No início desse ponto 2, escrevemos que Luhmann faz dos conceitos *memory function*, *re-entry* e condensação seletiva. São esses os termos que permitem Luhmann escrever que sociedade é um sistema que opera no *médium* sentido estabelecendo forma ao que se comunica.

Viver em sociedade é viver em comunicação, portanto firmando e mudando sentido. Escolha qualquer palavra. Ela permanece sendo usada, o termo não mudou, mas mudou seu sentido.

É porque vivemos em sociedade, em comunicação, que estabelecemos sentido e, não por isso, o sentido de algo deixa de se modificar com o tempo. Ai está o desafio a que Luhmann se propõe enfrentar e o faz partindo a “figura teórica da *autopoiesis*”, pois “o sentido se produz na trama das operações que sempre pressupõe sentido [...] sentido é um produto das operações que o usam, não uma qualidade do mundo devida a uma criação, fundação ou origem. Não há então idealidade separada do viver e do comunicar”<sup>39</sup>, mais, a memória não nos leva ao verdadeiro, mas sim constrói estruturas de uso momentâneo, a qual conserva as condições mínimas para podermos selecionar o que constitui o sentido de algo e o que não constitui. Com isso, reduzimos as possibilidades de enlace entre os lados do sentido de algo. Para explicar isso, Luhmann trata da teoria dos sistemas que formam sentido, como no sistema social e no psíquico, mas não no biológico.

Luhmann distingue três tipos de sistema: sistemas vivos; sistemas psíquicos; e sistemas sociais. O primeiro contém limites materiais, de maneira que a relação entre as células e seu entorno se dá por espécies. Os limites dos outros dois sistemas são formas de dois lados. Eles realizam suas operações em forma de operação-de-observação, as quais só podem se dar no interior desses sistemas, pois só no interior é que dá a distinção autorreferência de heterorreferência<sup>40</sup>, ou seja, a distinção entre o que encontra referência sistêmica e, por isso, é valorado com interno ao sistema e, o que não encontra referência, portanto, valorado como ruído, como externo ao sistema.

Acontece que a relação do sistema com o seu entorno é operacionalmente incalculável, mas não por causa do entorno e, sim, do próprio sistema.

É que ao mesmo tempo em que o sistema contém uma memória (*memory function*) que o permite recorrer às operações passadas (decisões anteriormente já tomadas), ele se confronta com um futuro indeterminável para ele mesmo. Essa questão é abordada desde o conceito matemático de *re-entry*, extraída de George Spencer

Brown na obra *Law of form* para quem “a indicação e a distinção estão indissolúvelmente entrelaçadas: quando qualquer indicação é feita, qualquer marca, cria-se uma distinção automaticamente entre esses dois estados: o marcado e o que não é marcado”<sup>41</sup>. Nas palavras de Luhmann: “todas as formas de sentido têm um lado oposto que inclui o que, no momento de ser utilizada, se exclui”<sup>42</sup> e, por conceber que é assim que produzimos sentido, Luhmann escreve: “isso exige a condensação seletiva e, ao mesmo tempo, a generalização, a qual corrobora que aquilo que se distingue do outro pode ser designado como o mesmo”<sup>43</sup>.

Assim, sentido é “uma forma de operação histórica que, só com a sua utilização é que se enlaça o surgimento contingente e a indeterminação de aplicações futuras”<sup>44</sup>, principalmente porque “as identidades de sentido (objetos empíricos, símbolos, signos, números, frases ...) só podem ser produzidas recursivamente”<sup>45</sup>.

### 3. TEORIA DOS SISTEMAS DE SENTIDO: A *AUTOPOIESIS* COMUNICACIONAL

Antes de desenvolver a proposta de explicar a vida em sociedade desde a concepção de que a comunicação é a célula da sociedade e, portanto, que o sistema social opera por meio do sentido, tentaremos desmistificar o termo *autopoiesis*.

Quando alguém nos dirige a palavra, automaticamente processamos o dito recorrendo a nossa memória. Acionados os conceitos que temos, buscamos um sentido ao que ouvimos. Isso implica que para entendermos o sentido de algo, processamos o sentido que esse algo faz para nós. Essa capacidade de processar comunicação desde comunicação, de produzir sentido desde sentido, é o que Luhmann chama de *autopoiesis*, termo “frequentemente entendido superficialmente”, escreve o próprio autor.

*Autopoiesis* é a capacidade de um sistema produzir, desde si mesmo (fechamento operacional) competência para lidar com seu entorno. Desta assertiva resulta a ideia de que o direito se isola da sociedade, bem como da política e da economia, por isso o direito ignora as mudanças sociais e o Judiciário funciona como a organização criadora do direito totalmente independente do contexto social. Tudo isso é verdade para quem se satisfaz com o ouvir dizer, pois bastaria folhear as primeiras páginas do livro “A sociedade da sociedade” para identificar os limites desses pre-conceitos, que, como todo preconceito, é limitado.

Numa frase, *autopoiesis* é “a produção de indeterminação interna no sistema”<sup>46</sup>.

Antes que surjam as normais complicações da leitura dessa frase, sugerimos ao leitor que tente evitar concluir que sistema autopoietico implica ser o sistema suficiente a, em e para si mesmo.

Para entender *autopoiesis*, lembremos que comunicação é a célula da sociedade, bem como do construtivismo. Relacionando construtivismo, *autopoiesis* e comunicação, como já vimos que Luhmann adota a cibernética - teoria da comunicação em rede - para falar em sistema, chegamos à ideia que, para corrigir o conceito popular de comunicação, como afirma Luhmann, é preciso conceber comunicação como uma unidade composta por três elementos: informação (*Information*), dá-la-a-conhecer (*Mitteilung*) e entendê-la (*Verstehen*)<sup>47</sup>. O detalhe é que esses três elementos estão enlaçados de maneira circular (construtivista), inclusive porque só por comunicação é que se pode comunicar<sup>48</sup>, daí a comunicação ser autopoietica; ela gera, por si mesma, o entender que ela necessita para operar por comunicação.

A tendência é questionar: mas ... quando comunicamos não nos referimos a algo, a uma coisa, a um acontecimento? Não, “a comunicação só pode funcionar autorreferencialmente”<sup>49</sup>, acontece que “o conceito de sistema remete ao conceito de entorno e, justamente por isso, sistema não se isola nem lógica nem analiticamente”<sup>50</sup>. Antes, o que ocorre é que sendo sistema, sistema de sentido, ele opera no *médium* sentido para poder realizar a distinção autorreferência e heterorreferência, permitindo que a cada informação dada-a-conhecer o sistema atualize sua autorreferência<sup>51</sup>.

Assim é porque, repetimos: “o sentido é uma forma de operação histórica e, só a sua utilização enlaça o surgimento contingente e a indeterminação de aplicações futuras. Toda indeterminação tem que fazer uso do *médium* sentido e toda inscrição nele tem como único fundamento sua própria faticidade recursivamente assegurada”<sup>52</sup> e, portanto, “os sistemas da sociedade encontraram no *médium* do sentido a forma de fazer justiça às operações do sistema por ele estar aberto a novas determinações. Daí que estes sistemas só reconhecem como operações próprias aquelas comunicações que selecionam formas de sentido”<sup>53</sup>.

Para entender isso basta saber que “a unidade dos acontecimentos comunicativos não podem ser derivadas objetiva, subjetiva, nem socialmente. Justamente por isso, a comunicação cria para si o *médium* do sentido no qual incessantemente se estabelece se a comunicação seguinte busca seu problema na informação ou no ato de dá-la- a conhecer ou no entendê-la”<sup>54</sup>.

Voltamos à epistemologia circular. Não cabe coisificar (*onto* = ser) a comunicação, principalmente porque “a sociedade não tem uma essência”<sup>55</sup>. Talvez esse seja o maior desafio para entender Luhmann: quebrar a insistência em localizar um pré-dado, como se comunicar fosse transferência de sentido, como se a teoria da representatividade linguística ainda explicasse a linguagem, a comunicação, a vida em sociedade.

Agora sim, podemos avançar na exposição da teoria da *autopoiesis* comunicacional partindo para as consequências de tomar a comunicação como célula da sociedade. Para não se dizer que eu criei um Luhmann, mantereí minha exposição limitada à reprodução de mais de suas frases:

- a) “um sistema de comunicação só se mantém no momento em que está operando”<sup>56</sup> - trata-se da temporalidade da comunicação, portanto do paradoxo do sentido: “o que muda permanece”<sup>57</sup>, ou ainda, a “dupla exigência de continuidade e descontinuidade”<sup>58</sup>, pois é improvável a comunicação controlar o que ocorre no instante do ato de entendê-la, isso tem lugar porque o sistema acumula experiências, condensando mediante repetição, as impressões ocasionais, do que resulta uma memória operativa independente do entorno (sociedade como autoobservação policontextual)<sup>59</sup>. Tudo isso ocorre enlaçando a distinção fundamental de (autorreferência/heterorreferência) qualquer outra distinção apropriada;
- b) “o limite desse sistema se produz e reproduz em cada uma das comunicações na medida em que a comunicação se determina a si mesma como comunicação dentro do emaranhado das próprias operações do sistema e que, ao fazer dessa maneira, não incorpora nenhum componente físico, químico, neurológico”<sup>60</sup> – trata-se da recursividade, ou seja, de os sistemas comunicativos produzirem suas operações recorrendo e antecipando outras operações do próprio sistema, o que envolve a auto-observação contínua do sistema;
- c) “o limite do sistema não é outra coisa que a maneira e a concreção de suas operações – que individualizam o sistema. É a forma do sistema cujo outro lado, com isso, se torna entorno”, por isso que “ao utilizar o *médium* de sentido para a determinação de suas operações o sistema de sentido se torna capaz de se referir desde si mesmo seletivamente a outras operações dentro do horizonte que lhe apresentam ao mundo confluindo simultaneamente” – trata-se da dupla contingência.

Por fim, *autopoiesis* é a aceitação de que toda explicação deve partir das operações específicas reproduzidas no sistema ao ponto de constituir o sistema. É que *autopoiesis* não é produção da forma do sistema, mas resultado da diferenciação sistema/ambiente. Dessa diferenciação, há o paradoxo de que, ao se desacoplar do entorno, no sistema surgem espaços de liberdade internos, os quais permitem a produção de indeterminação interna no sistema.

#### 4. PESQUISAS REALIZADAS

A análise dos dados coletados foram realizadas desde a teoria dos sistemas de sentido de Niklas Luhmann, da qual reproduzimos as seguintes assertivas: sistema é comunicação; comunicação envolve três componentes (informação; dá-la-a-conhecer; entendê-la) voltados a produzir sentido aos problemas da sociedade; sentido é a operação que dá forma ao programa do sistema; programa são as regras de decisão<sup>61</sup>, as quais determinam que aspectos e em que ocasiões o sistema teria que processar conhecimento<sup>62</sup>; o sistema deve garantir uma consistência suficiente de suas operações<sup>63</sup>; a identidade do sistema jurídico significa que as estruturas que se reproduzem por operações do sistema mesmo<sup>64</sup>, o qual é fechado operacionalmente, porém cognitivamente aberto; o fechamento operacional do sistema jurídico na sociedade se realiza unicamente no nível de observação de segunda ordem e só através de um esquema que pode ser manejado exclusivamente neste nível<sup>65</sup>; a autonomia do sistema jurídico é sua unidade operativa<sup>66</sup>, aquela unidade de fechamento autopoietico<sup>67</sup>, ou seja, as histórias das próprias decisões jurídicas é o que promove a unidade do direito como totalidade de operações e estruturas<sup>68</sup>; a abertura cognitiva depende do fechamento normativo, o que só se processa internamente no sistema de forma a gerar expectativas normativas e cognitivas<sup>69</sup>; o sistema contém situações limites e casos normais<sup>70</sup>. Numa frase: “o sistema jurídico é a comunicação coordenada pelo código lícito/ilícito”<sup>71</sup>.

Passemos à apresentação das pesquisas até então realizadas.

Antes, volto a afirmar que nossas pesquisas não são análises de jurisprudência, nem mesmo análise de discurso jurídico, sequer nos ocupamos em identificar qual o conceito de videoconferência desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal quando julgava que a Lei Estadual nº 11.819, de São Paulo, não era inconstitucional e que conceito passou a ter para declarar sua inconstitucionalidade. Nosso objetivo é observar as mudanças de sentido do direito desde julgados de tribunais, o que nos

permite pesquisar a relação da decisão jurídica com mudanças sociais, por isso, observamos as decisões e suas datas, o que nos permite localizar as mudanças de visão, a constante mudança decisória, o processo de estabilização de expectativas das decisões judiciais, bem como a dupla contingência entre direito e sociedade nas tomadas de decisões judiciais.

Uma das pesquisas envolveu o uso do termo igualdade em textos jurídicos. Identificamos o termo igualdade doze (12) vezes no texto Constitucional<sup>72</sup> e o termo “igual”, 34 vezes, nesse mesmo texto. Já no Código Civil localizamos seis (6) vezes a palavra igualdade, além de outras passagens relacionadas à igualdade, ainda que não havendo exatamente o termo igualdade, como nos casos das frases como: “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”; “Art. 1.567. A direção da sociedade matrimonial será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”. Nos Códigos de Processo Civil e de Processo Penal a palavra igualdade está explicitada duas vezes. Por fim, no site do Supremo Tribunal Federal (STF), a busca por decisões que contenham o termo “igualdade” resultou na localização de 674 decisões. Quando limitamos a pesquisa ao período de 2007 a 2008, chegamos a uma amostra de 36 decisões. Essa identificação quantitativa foi realizada apenas para observar que a palavra igualdade está mais presente no texto constitucional que no código civil e penal.

Uma das temáticas decisórias envolvendo igualdade é a admissibilidade de se pagar menos de salário mínimo aos praças (jovens prestadores de serviço militar). Localizamos doze (12) decisões sobre a questão. No RE (Recurso Especial) nº 570.177, a decisão tomada aos 30 de abril de 2008, foi debatido se o que fazem os praças é um serviço militar ou um múnus público, bem como se os praças podem ser equiparados a um militar. Aqui a igualdade estava entre ser praça e ser militar, diferença que resulta decidir que um praça, por não ser um militar, não tem direito sequer a um salário mínimo constitucional. Os Ministros do STF concluíram que não é inconstitucional o pagamento de menos de um salário mínimo ao praça, pois se trata de múnus público e não de serviço militar. Observamos que o recurso à questão militar levou à decisão que cabe aos militares a decisão final quanto ao pagamento do salário mínimo ao praça, já que os militares têm regras específicas sobre o assunto. Curioso perceber que, uma vez o praça não sendo militar, não tem direito ao salário mínimo, todavia cabe aos militares decidir essa questão. Observamos também que o STF cria institutos jurídicos. No caso, foi criado o salário submínimo.

Voltamos a lembrar: nossas pesquisas não estão preocupadas em desenvolver valoração quanto à justiça da decisão, mas sim observar como o Judiciário tem se comunicado com a sociedade. Outra preocupação é deixar aos leitores observações distintas das que realizamos. Na questão da igualdade dos praças, verificamos que igualdade de tratamento salarial é alterável quando se trata de militar. Curioso é que a constituição não admite salário menor que o mínimo, e os praças podem receber menos que um salário mínimo. Fosse a questão de discursar se praça não é trabalho, mas serviço militar ..., mas admitir que é trabalho e ainda assim não reconhecer igualdade .. fica a observação da concepção de igualdade, a visão de sociedade do STF.

Outro caso foi a igualdade de sexo. A questão é se viúvo tem direito a receber pensão do INSS, devido ao falecimento da esposa. Os debates transcorreram sobre se homem é igual à mulher para efeito de pensão (INSS). Na decisão do Recurso Extraordinário nº 204.193, julgado aos 30 de maio de 2001, o STF criou, outra vez, um instituto jurídico: o “Princípio da Presunção de Dependência da Viúva”. Com esse princípio, baseado na ideia de que “o homem sempre foi, em regra, o provedor da família”, portanto, a viúva tem direito à pensão, já o viúvo não. Observamos a presença da expressão “me satisfaz”. Parece que a vida do viúvo (sua condição social) perde lugar nessa construção semântica, os Ministros se ocupam em tratar de terminologias de textos constitucionais, de fatores econômicos e formais do processo. A forma como o STF tem se comunicado com a sociedade aparece com maior clareza no final dessa decisão, com as frases:

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator) – o Supremo faz o que pode.

O Senhor Ministro Carlos Velloso - Ministro Marco Aurélio, se permite, acho que não estou exagerando, Deus somente se convenceu de que era Deus, quando fez o molde da primeira mulher.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente) - Aí fala o nosso poeta.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia - Mas nós achamos ótimo um mundo que tenha também os homens para nos agradecer. Sem eles não teria a menor graça.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente) - Um mundo plural é sempre melhor.

Essas passagens nos levam à observação que não é nenhum absurdo questionar a visão de sociedade do STF. Sendo o STF o tribunal máximo do Judiciário brasileiro, ele é responsável pela função social do Judiciário. Quando num caso concreto que um cidadão tem negada a pensão diante da morte de sua esposa e lê na decisão as

frases acima, a que considerações sobre o STF esse cidadão pode chegar? Interessante é quando lembramos que o STF reconhece que a sociedade mudou para considerar que “não temos mais meninas de 12 anos, mas moças” e, assim, autorizar o estupro presumido na sociedade brasileira, inclusive criando a “Teoria da Aparência”. Todavia, no caso de pensão, o STF não reconhece qualquer mudança social na estrutura familiar e parte do pressuposto que o homem alimenta a mulher, mas a mulher não alimenta o homem. Mais, até as mulheres do STF gozam do pleito considerando que é importante a diferença e a existência de homens para lhes agradar, mesmo assim, não são capazes de reconhecer a necessidade de sobrevivência de um idoso que está pleiteando, há anos, receber uma pensão mísera do INSS devido à morte de sua esposa. Não produziremos mais reflexões sobre o assunto para não tolher a criatividade do leitor.

Além das pesquisas que desenvolvemos, os demais pesquisadores que fazem o Moinho Jurídico (Mostruário de Observação Social do Direito) também observam a produção de sentido jurídico, bem como a comunicação entre o Judiciário e a sociedade.

No caso da pesquisa sobre homoafetividade, desenvolvida por Henrique Carvalho durante o curso de graduação em direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), o pesquisador, sob nossa orientação, utilizou como parâmetro para busca de decisões no site do STJ e no site do STF o termo “homos\$”. No site do STJ a busca resultou na amostra de setenta e quatro (74) decisões, das quais treze (13) tomadas pelo Pleno do Tribunal e sessenta e uma (61) decisões monocráticas (ou seja, tomada por apenas um Ministro do STJ); doze (12) decisões do STF, sendo duas (2) do Tribunal e dez (10) monocráticas (porque tomada por apenas um Ministro do STF). Como critério para seleção das decisões foi aplicado a temática: pedidos de reconhecimento da relação. A aplicação desse critério resultou na totalidade de três decisões do STF e 51 do STJ. Os debates versaram sobre o reconhecimento da relação homoafetiva como entidade familiar, esse reconhecimento é indispensável para o pleito ao direito de receber pensão do INSS (Instituto Nacional de Segurança Social), bem como no direito de sucessão, direito de ser dependente no plano de saúde. As observações se ocuparam de verificar o processo de reconhecimento e negação da relação homoafetiva como entidade capaz de gerar direitos. Foi observado que em 2002 há decisões do STJ reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar; em 2004 foram tomadas decisões que não reconheciam essa relação como entidade familiar, bem como. Neste mesmo ano, houve decisões reco-

nhecendo. Até hoje convivem decisões reconhecendo e decisões negando o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como união familiar.

Nossa pesquisa está voltada a demonstrar que o direito não está pré-estabelecido na legislação, como queriam os formalistas, nem na jurisprudência, como queriam os realistas. O convívio entre decisões opostas, bem como a presença dessa temática no judiciário é um exemplo que o direito não se aparta da sociedade, da política, da economia, antes o direito está plena e completamente imbricado com a sociedade. Nos anos de 2006 e 2007 as decisões foram favoráveis ao reconhecimento. Localizamos, numa busca recente, uma decisão de 2008 do STJ, Recurso Especial (RE nº 820.475), trata-se de Ação Declaratória de União Homoafetiva. A decisão tomada pelo STJ foi favorável ao reconhecimento da homoafetividade como entidade familiar, os argumentos utilizados foram que não há impedimento legal para tal reconhecimento uma vez que não há lacuna porque não há, no ordenamento jurídico brasileiro, proibição expressa à família constituída por pessoas do mesmo sexo. A Constituição Federal estabelece que família é a união entre homem e mulher, porém, segundo o STJ, esse texto não veda expressamente outras formas de família. Aqui foi criado o Princípio da Afetividade. Chama atenção a presença de discursos não legislativos nessa decisões judiciais, o que nos leva à leitura que a visão de mundo dos julgadores não se limita aos dados textuais da legislação, nem à jurisprudência. A comunicação entre Judiciário e sociedade é mais estreita que muitos críticos gostariam para suas teorias. O problema, quem sabe, está justamente na decepção ao reconhecer que essa ligação não é como se deseja, mas como se vivencia. Escrevo isso por observar que a teoria crítica, tal como tradicionalmente concebida, parece ter se perdido em seu sonho dogmático por seguir o mesmo caminho da visão jurídica dogmatística ortodoxa, aquela que deposita num “pré” (pré-estabelecido, predeterminado, previsto, pré-dado) o fundamento da decisão, do conhecimento.

O apego à causalidade resultou na insuficiência de sua explicação social. Quero dizer, acusar o Judiciário dos males da sociedade, acusar o Judiciário de não conseguir promover mudança social localizando sua atuação como extritamente dogmática não se justifica mediante os dados que temos coletado. O Judiciário não ignora a sociedade, antes ele a reflete. As dificuldades e limites para admitir que a homoafetividade é uma entidade familiar não é uma questão de querer, de bom senso, de razoabilidade. Alterar uma cultura, as bases de uma visão de mundo, requer mais que boa vontade, requer comunicação, requer alteração da produção

de sentido da sociedade quanto à temática. Além de tempo, depende de vários fatores não manipuláveis, nem meramente controláveis por um interlocutor, ou um grupo de interlocutores. A comunicação, nos moldes de nosso marco teórico, distinção entre informação, dá-la-a-conhecer e entendê-la, não é uma questão meramente temporal, nem de boa vontade, é um processo social que contém elementos e características indeterminadas, daí se falar em improbabilidade da comunicação, quando a garantia que uma informação irá gerar entendimento é quase nula. Mais, entendimento, na concepção luhmanniana não tem qualquer relação com acordo, com hegemonia, com consenso. Entendimento é o reconhecimento que algo foi comunicado. Concordar ou discordar com o que foi informado não é uma questão de controle do que se diz, da intenção do enunciador, mas uma relação interna do próprio sistema de sentido, da comunicação mesma.

No caso da pesquisa de mestrado realizada por Suênya Almeida sobre a produção de sentido jurídico de flexibilização da coisa julgada, também sob nossa orientação, desde o marco teórico de Gregory Bateson, a pesquisadora coletou vinte e quatro (24) decisões judiciais, sendo: sete (07) do STJ; seis (06) do Tribunal de Justiça do Distrito Federal; três (03) do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; dois (02) do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; dois (02) do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; quatro (04) do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Os casos tratavam de pensão alimentícia pagas por pais aos filhos. Acontece que, com o surgimento do exame de DNA, uma vez constatada a não paternidade, esses pais impetraram ação judicial requerendo revisão da decisão condenatória. A primeira decisão disponível no site do STJ data de 1993, trata-se do Recurso Especial (R.Esp.) nº 29.330-7. Neste caso, o STJ decidiu que se o homem se nega a se submeter ao exame de DNA, dá-se a presunção de verdade do alegado pela mãe quanto à paternidade, do que resulta decisão condenatória ao pagamento de alimentos ao filho. Em 1996, na decisão do R.Esp. nº 97.148, o STJ usou como discurso que: “a falibilidade humana não pode justificar o desprezo pela afirmação científica. A independência do juiz e a liberdade de apreciação da prova exigem que os motivos que apoiaram a decisão sejam compatíveis com a realidade dos autos processuais, sendo impossível desqualificar esta ou aquela prova sem o devido lastro para isso [...] Modernamente, a ciência tornou acessível meios próprios, com elevado grau de confiabilidade, para a busca da verdade real, com o que o art. 145 do CPC está violado quando tais meios são desprezados com sucedâneo em compreensão equivocada da prova científica”. Adiante, na argumentação sobre a importância da

cientificidade, os Ministros recorreram ao discurso sociológico da necessária adaptação do direito à sociedade e, no R. Esp. nº 194-866-RS, em 1999 o STJ julga procedente o pedido e revê decisão transitada em julgado, ou seja, flexibiliza a coisa julgada. Durante os anos de 2000 a 2002 houve decisões que flexibilizaram a coisa julgada e outras que não. Em 2003 passou a ser mais comum julgados aceitando a flexibilização, porém, em 2007 foram localizadas duas decisões que voltaram a negar a possibilidade de flexibilização da coisa julgada, os discursos se pautaram por argumentos de seguridade jurídica, verdade real e dignidade da pessoa humana. Os julgados que aceitam a flexibilização da coisa julgada se pautam por discursos que exploram termos como justiça, garantias da ciência com o exame do DNA, evolução social. Num julgado de 2009 (R.Esp. no. 932692) encontramos como debate a sócio-afetividade, neste caso, o julgamento considerou que se o reconhecimento da paternidade foi espontâneo, não cabe futuramente o pai alegar não sê-lo, mesmo havendo exame de DNA provando que o autor da ação realmente não é o pai biológico. Neste caso, se argumentou que isso seria o mesmo que adotar e depois não querer mais ser considerado pai do adotado. Estes casos demonstram que a relação direito e mudança social envolve tempo, mas principalmente um processo constante de aceitação e rejeição, ou seja, fixação de sentido e sua alteração.

## 5. OBSERVAÇÕES DE AINDA

As observações, ainda que parciais, a que chegamos nos leva a afirmar que a comunicação entre o direito e os demais sistemas da sociedade (economia, política, religião, ciência) envolve um mínimo de estatuto com um mínimo de ambivalência<sup>73</sup> e que todos os sistemas participam simultaneamente com um saber e um não-saber<sup>74</sup>, o que permite a seleção de expectativas, como o reconhecimento de oportunidades de informação.

O sistema jurídico, portanto, contém capacidade de auto-referência para oferecer respostas às mudanças sociais, pois opera as informações provenientes de seu ambiente (aquelas que lhe são dadas-a-conhecer desde outros sistemas da sociedade) autopoieticamente, ou seja, recorrendo aos programas próprios do sistema jurídico, sem por isso ignorar, ser isolado, das provocações (ruídos) do seu entorno.

Se é assim, na sociedade em que a produção de sentido do seu direito tem por forma o lobby seja na forma de compra-e-venda de sentença (economia), seja na forma da amizade ou familiar (politicagem), além de influências outras, apenas significa que

esta sociedade tem por expectativa jurídica (cálculo de *re-entry*) a influência desses fatores na produção de sentido do direito.

O problema está não em entender isso, mas sim em debater se isso implica na inexistência de direito em sociedade como a brasileira, o que significaria que pode haver sociedade que não vive comunicação jurídica. Isso nos parece impossível. Quem sabe o problema está na adaptação do sistema jurídico ao seu entorno. Nessa hipótese, o problema se volta ao limite que o sistema do direito da sociedade se estabelece. Se as expectativas que o direito vivencia desde suas comunicações (acoplamento estrutural) com a economia e a política chega ao ponto de prevalecer os códigos econômicos e políticos em detrimento do código jurídico, isso pode significar que o grau de dependência é maior que a capacidade de comunicação, o que não justifica se poder falar em corrupção sistêmica. Ora, se a expectativa do brasileiro é que o direito não reage às influências econômicas e/ou políticas, significa que o direito brasileiro comunica essa dependência, ou seja, o acoplamento estrutural do direito da sociedade brasileira com a política e a economia produz por expectativa que os interesses econômicos e políticos influenciam a decisão jurídica. Isso não elimina a leitura autopoiética do direito brasileiro, apenas registra que seus limites estão intimamente ligados aos interesses econômicos e políticos.

Numa frase: em que sociedade isso é diferente? Agora, se a questão é, porque no Brasil o direito é mais dependente da economia e da política que em outros países, uma resposta é porque a sociedade brasileira ainda não diferencia direito de economia e política. Agora, se o debate é desejar que os direitos fundamentais dos brasileiros, a exemplo da alimentação, moradia e educação sejam respeitados, isso não é uma questão exclusiva do sistema jurídico, antes é justamente uma questão do acoplamento estrutural direito, economia e política. Numa frase: numa sociedade de corruptos, não se pode esperar um direito honesto. A superação do jeitinho, das alternativas que o brasileiro costuma utilizar para sobreviver não se resolve exclusivamente pelo direito.

## NOTAS:

- \* Doutor em Direito pela UFPE. Professor adjunto do Centro de Ciências Jurídicas (graduação e pós-graduação) da UFPE. Coordenador do Moinho Jurídico (Mostruário de Observação social do Direito). Pesquisador pelo CNPq. [artur@stamford.pro.br](mailto:artur@stamford.pro.br).
1. O presente trabalho tem o apoio do CNPq, Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - Brasil. Aproveito para agradecer aos amigos Cláudio Souto e Darío Rodríguez Mansilla pelas palavras de apoio justo no momento de minha vida em que desejei jamais ter sido docente e

pesquisador. Agradeço a todos que fazem o Moinho Jurídico, sem os quais ele não existiria: André Barreto, Breno Valadares, Chiara Ramos, Denis Maciel, John Heinz, Rodolfo Lopes, Henrique Carvalho e Suênya Almeida.

2. CORREAS, Oscar. *Crítica da ideologia jurídica: ensaio sócio-semiológico*. Porto Alegre: SAFE, 1995.
3. BOBBIO, Norberto. *Teoría generale del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1993, p. 166-169; 176.
4. HART, Herbert. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1961, p. 141. "It is a feature of the human predicament (and so of legislative one) that we labour under two connected handicaps whenever we seek to regulate, unambiguously and in advance, some sphere of conduct by means of general standards to be used without further official direction on particular occasions".
5. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, Trad. Javier Torres Nafarrate e Darío Rodríguez Mansilla, México: Universidad Iberoamericana, 2007, p. 22. O título original é: "Die Gesellschaft der Gesellschaft", publicado em 1997, ano da morte de Luhmann.
6. Idem, p. 41.
7. Sobre o assunto, ver BAUER, Martin W. e GASKELL, George. *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som*. Petrópolis: Vozes, 2004. Para análise de conteúdo ver p. 189-217; para análise argumentativa, p. 218-243; para análise da conversação e da fala, p. 271-292; para análise retórica, p. 293-318.
8. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, Trad. Javier Torres Nafarrate e Darío Rodríguez Mansilla, México: Universidad Iberoamericana, 2007, p. 22. O título original é: "Die Gesellschaft der Gesellschaft", publicado em 1997, ano da morte de Luhmann.
9. Trata-se de um experimento mental proposto por este autor para explicar que um gato colocado numa caixa fechada, após ser lançado gás venenoso nessa caixa, está vivo e morto ao mesmo tempo, até que alguém abra a caixa. Esse experimento levou Schrödinger a cunhar o termo Verschränkung (entrelaçamento).
10. FREIRE JR., Olival. Popper, probabilidade e mecânica quântica. In: *Episteme*, Porto Alegre, GIFHCE, n. 18, p. 103-127, jan./jun. 2004.
11. A retroalimentação, tanto a positiva (quando não há demanda de energia para o sistema reconhecer e processar algo dentro de seus limites) quanto a negativa (quando no sistema há gastos de energia para reconhecer e processar algo que está fora dos padrões de funcionamento do sistema), está em que "parte do produto de um sistema é reintroduzida no sistema como informação sobre o produto resultante" (WATZLAWICK, Paul, BEAVIN, Janet H. y JACKSON, Don D.. *Pragmática da comunicação humana*. Um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação. São Paulo: Cultrix, 2008, p. 27).
12. WATZLAWICK, Paul, BEAVIN, Janet H. y JACKSON, Don D. *Pragmática da comunicação humana*. Um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação. São Paulo: Cultrix, 2008, p. 40-41. Ainda sobre circularidade, ver: WATZLAWICK, Paul y CEBERIO, Marcelo. *La construcción del universo*, Barcelona: Herder, 1998. WATZLAWICK, Paul et al.. *La realidad inventada. ¿Cómo sabemos lo que creemos saber?*, Barcelona: Gedisa, 1998
13. MATURANA, Humberto. *Cognição, Ciência e Vida Cotidiana*, Trad. Cristina Magro y Victor Paredes, Belo Horizonte: UFMG, 2001, p. 27-42.
14. WATZLAWICK, Paul, BEAVIN, Janet H. y JACKSON, Don D.. *Pragmática da comunicação humana*. Um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação. São Paulo: Cultrix, 2008, p. 67.

15. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, Trad. Javier Torres Nafarrate, México: Universidad Iberoamericana, 2007, p. 10.
16. MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento. As bases biológicas da compreensão humana* (trad. Humberto Mariotti e Lia Diskin). São Paulo: Palas Atena, 2001, p. 25.
17. Idem, p. 32.
18. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, Trad. Javier Torres Nafarrate, México: Universidad Iberoamericana, 2007, p. 48.
19. CEBERIO, Marcelo e WATZLAWICK, Paul. *La construcción del universo*, Barcelona: Herder, 1998, p. 51.
20. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, Trad. Javier Torres Nafarrate, México: Universidad Iberoamericana, 2007, p. 54.
21. Cibernética foi o termo que Wiener cunhou para se referir à metodologia circular para explicar sistemas biológicos e sociais (CEBERIO, Marcelo e WATZLAWICK, Paul. *La construcción del universo*, Barcelona: Herder, 1998, p. 47).
22. Idem, p. 51.
23. WATZLAWICK, Paul, BEAVIN, Janet H. y JACKSON, Don D.. *Pragmática da comunicação humana. Um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação*. São Paulo: Cultrix, 2008, p. 197.
24. ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 39-43. Também sobre o tema ver: MARCONDES FILHO, Ciro. *O escavador de silêncio*. Formas de construir e de desconstruir sentidos na comunicação. Nova teoria da comunicação II. São Paulo: Paulus, 2004, bem como, DASCAL, Marcelo. *Interpretação e compreensão*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.
25. DUCROT, O. *El decir y lo dicho*. Barcelona: Paidós, 1986; FAIRCLOUGH, Norman. *Discurso e mudança social*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001; FARACO, Carlos Alberto. *Linguagem e diálogo: as idéias lingüísticas do Círculo de Bakhtin*. Curitiba: Criar Edições, 2003, p. 60; KOCH, Ingdore G. Villaça. A construção dos sentidos no discurso: uma abordagem sociocognitiva. In: *Investigações*, Recife, EdUFPE, v. 18, n. 2, jul., p. 9-38, 2005; Sinhá, Chris. Culture, Language and the Emergence of Subjectivity. In: *Culture & Psychology*, London/ Thousand Oaks/ CA and New Delhi, SAGE, Vol. 6, no. 2, p. 197-207, 2000.
26. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, Trad. Javier Torres Nafarrate, México: Universidad Iberoamericana, 2007, p. 28.
27. Idem, p. 48.
28. Idem, p. 96.
29. Idem, p. 58.
30. Idem, p. 39.
31. Idem, p. 32.
32. Idem, p. 59.
33. Idem, p. 40.

34. RODRÍGUEZ, Darío. *Organizaciones para la modernización*. México: Universidad Iberoamericana, 2004, p. 11; RODRÍGUEZ, Darío & OPAZO, María Pilar. *Comunicaciones de la organización*. Santiago de Chile: PUC-Chile, 2007. Ver también: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, Trad. Javier Torres Nafarrate, México: Universidad Iberoamericana, 2007, p. 655-672.
35. Idem, p. 42.
36. Idem, p. 43.
37. Idem, p. 42.
38. Idem, p. 39.
39. Idem, p. 38.
40. Idem, p. 27.
41. Idem, p. 28.
42. No original: "the realization that indication and distinction are inextricably entwined: when any indication is made, any mark, it automatically creates a distinction between two states: that which is marked and that which is not". MARKS-TARLOW, Terry; Robertson, Robin & Combs, Allan. *Varela and the Uroboros: the psychological significance of reentry*. Disponível em: <http://74.125.47.132/search?q=cache:rpSqpcYXXwJ:www.sourceintegralis.org/VarelaUroboros.htm+reentry+%2B+recursivity&cd=20&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-a>. Acesso em: 26/06/2009.
43. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, Trad. Javier Torres Nafarrate, México: Universidad Iberoamericana, 2007, p. 25.
44. Idem, p. 29.
45. Idem, p. 30.
46. Idem, p. 30.
47. Idem, p. 46.
48. Idem, p. 49-51.
49. Idem, p. 68.
50. Idem, p. 47.
51. Idem, p. 47.
52. Idem, p. 33.
53. Idem, p. 30.
54. Idem, p. 46.
55. Idem, p. 50.
56. Idem, p. 64.
57. Idem, p. 49.
58. Idem, p. 40.
59. Idem, p. 51-52.

60. *Idem*, p. 62-63.
61. *Idem*, p. 53.
62. *Idem*, p. 145; 379.
63. *Idem*, p. 149.
64. *Idem*, p. 134.
65. *Idem*, p. 123.
66. *Idem*, p. 127.
67. *Idem*, p. 118.
68. *Idem*, p. 127.
69. *Idem*, p. 130.
70. *Idem*, p. 136; 141.
71. *Idem*, p. 138.
72. *Idem*, p. 138.
73. Ver texto da Constituição Brasileira: Preâmbulo; art. 3º, III; art. 4º, V; art. 5º, Caput; art. 7º, XXXIV; art. 37, XXI; art. 43, § 2º, art. 165, § 7º; art. 170, VII; art. 206; art. 227, , § 3º, IV.
74. Sobre a questão lemos em Kristeva que “o duplo caráter da linguagem: sintagmático (realizando-se na extensão, na presença e pela metonímia) e sistemático (realizando-se na associação, na ausência e pela metáfora) ... Assim, o dialogismo bakhtiniano designa a escritura simultaneamente como subjetividade e como comunicatividade, ou melhor, como intertextualidade; face a esse dialogismo, a noção de pessoa-sujeito da escritura começa a se esfumar para ceder lugar a uma outra, a da ambivalência da escritura” (KRISTEVA, Julia. *Introdução à semanálise*. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 75), bem como que “determinando o estatuto da palavra como *unidade minimal* do texto, Bakhtin apreende a escritura ao nível mais profundo, além da frase e das figuras retóricas. A noção de estatuto acrescenta à imagem do texto, como corpus de átomo, aquela de um texto feito de relações, no qual as palavras funcionam como *quanta*” (KRISTEVA, Julia. *Introdução à semanálise*. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 93-94). O mesmo consta em Luhmann quando escreve que “Salvo imprecisões mínimas (por exemplo quando se duvida si a conduta percebida se pensou expressamente como ato de dar-a-conhecer) os limites do sistema da sociedade estão traçados de maneira completamente clara e inequívoca pelo modo de operação do comunicar. As ambivalências seguem sendo possíveis e se cultivam (por exemplo, nas formas paradoxais da retórica, do humor ou da ironia), porém se consideram maneiras de expressão sujeitas a questionamentos” (LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, Trad. Javier Torres Nafarrate, México: Universidad Iberoamericana, 2007, p. 113).
75. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, Trad. Javier Torres Nafarrate, México: Universidad Iberoamericana, 2007, p. 49.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1993.

- CEBERIO, Marcelo e WATZLAWICK, Paul. *La construcción del universo*. Barcelona: Herder, 1998.
- CORREAS, Oscar. *Crítica da ideologia jurídica: ensaio sócio-semiológico*. Porto Alegre: SAFE, 1995.
- DASCAL, Marcelo. *Interpretação e compreensão*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.
- DUCROT, O. *El decir y lo dicho*. Barcelona: Paidós, 1986.
- ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- FAIRCLOUGH, Norman. *Discurso e mudança social*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- FARACO, Carlos Alberto. *Linguagem e diálogo: as idéias lingüísticas do Círculo de Bakhtin*. Curitiba: Criar Edições, 2003.
- FREIRE JR., Olival. Popper, probabilidade e mecânica quântica. In: *Episteme*, Porto Alegre, GIFHCE, n. 18, p. 103-127, jan./jun. 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa Tomo I, Racionalidad de la Acción y Racionalización Social*. (Trad. Manuel Jiménez Redondo). Madrid: Taurus, p. 26, 1988.
- HART, Herbert. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.
- KOCH, Ingdore G. Villaça. A construção dos sentidos no discurso: uma abordagem sociocognitiva. In: *Investigações*, Recife, EdUFPE, v. 18, n. 2, jul., p. 9-38, 2005.
- KRISTEVA, Julia. *Introdução à semiótica*. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, Trad. Javier Torres Nafarrate e Dario Rodriguez Mansilla. México: Universidad Iberoamericana, 2007.
- MARCONDES FILHO, Ciro. *O escavador de silêncio*. Formas de construir e de desconstruir sentidos na comunicação. Nova teoria da comunicação II. São Paulo: Paulus, 2004.
- MARKS-TARLOW, Terry; Robertson, Robin & Combs, Allan. *Varela and the Uroboros: the psychological significance of reentry*. Disponível em: <http://74.125.47.132/search?q=cache:rpSqpcYXXwJ:www.sourceintegralis.org/VarelaUroboros.htm+re-entry+%2B+recursivity&cd=20&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-a>. Acesso em: 26/06/2009.
- MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento*. As bases biológicas da compreensão humana (trad. Humberto Marioti e Lia Diskin). São Paulo: Palas Atena, 2001.
- MATURANA, Humberto. *Cognição, Ciência e Vida Cotidiana*, Trad. Cristina Magro y Victor Paredes. Belo Horizonte: UFMG, 2001, p. 27-42.

- PIZA, Toledo. *Mecânica quântica uma nova imagem do mundo*. Disponível em: [http://www.fisica.net/quantica/mecanica\\_quantica\\_uma\\_nova\\_imagem\\_do\\_mundo.pdf](http://www.fisica.net/quantica/mecanica_quantica_uma_nova_imagem_do_mundo.pdf). Acesso em: 10/06/09.
- RODRÍGUEZ, Darío & OPAZO, María Pilar. *Comunicaciones de la organización*. Santiago de Chile: PUC-Chile, 2007.
- RODRÍGUEZ, Darío. *Organizaciones para la modernización*. México: Universidad Iberoamericana, 2004.
- Sinhá, Chris. Culture, Language and the Emergence of Subjectivity. In: *Culture & Psychology*. London/ Thousand Oaks/ CA and New Delhi: SAGE, Vol. 6, no. 2, p. 197–207, 2000.
- WATZLAWICK, Paul et al. *La realidad inventada. ¿Cómo sabemos lo que creemos saber?*. Barcelona: Gedisa, 1998.
- WATZLAWICK, Paul y CEBERIO, Marcelo. *La construcción del universo*. Barcelona: Herder, 1998.
- WATZLAWICK, Paul, BEAVIN, Janet H. y JACKSON, Don D. *Pragmática da comunicação humana*. Um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação. São Paulo: Cultrix, 2008.

## RESUMO

A relação direito e mudança social vive mitos que vão desde a busca pela origem do direito na sociedade até a identificação da função social do direito. Pensar esses temas desde a causalidade nos leva ao paradoxo do controle, como a liberdade vigiada. Desligados dessas preocupações mitológicas, pesquisamos a relação direito e sociedade desde a tomada de decisão jurídica com o objetivo de observar a convivência direito e mudança social. Uma vez definido o corpus da pesquisa, os dados coletados são sistematizados e analisados desde a Pragmática da comunicação, com Paul Watzlawick, o dialogismo, com Mikhail Bakhtin, e a teoria dos sistemas de sentido, com Niklas Luhmann. Sendo nosso objeto a produção de sentido do direito desde a tomada de decisão de tribunais, objetivamos demonstrar que a produção e mudança de sentido dos institutos jurídicos não resultam do arbítrio nem da discricionariedade, pois direito, como forma de comunicação da sociedade, age e reage com autonomia funcional. Os dados são coletados em sites de Tribunais Brasileiros. As temáticas já investigadas foram: igualdade; videoconferência; flexibilização da coisa julgada; homoafetividade. O resultado, ainda que parcial das pesquisas nos permitem observar que o direito não é imune às mudanças sociais, pois a decisão judicial ao mesmo tempo em que estabelece sentido, promove mudanças no direito da sociedade.

**Palavras-chave:** decisão jurídica, sistema de sentido, sociologia do direito, Luhmann.

## ABSTRACT

Law and social change was myths, like a search for the origin the law in society, and the identification of the social function of the law. To think those themes from the causality, take us to paradoxes, like a paradox of the control, type watched freedom. Turned off of those mythological concerns, we researched the relationship right and society from the socket of juridical decision with the objective of observing the coexistence of the right with the social change. Once defined the corpus of the research, the collected data are systematized and analyzed from the Pragmatic of the communication, with Paul Watzlawick, the dialogismo, with Mikhail Bakhtin, and the theory of systems meaning, with Niklas Luhmann. Being our object the production of sense of the right from the socket of decision of tribunals, we aimed at to demonstrate that the production and change of sense of the legal institutes don't result of the will nor of the discretionality, because law, as form of communication of the society, it acts and it reacts with functional autonomy. The data are collected in sites of Brazilian Tribunals. The themes already investigated were: equality; videoconference; judicial estoppel in trial about paternal power; homossexual (homoaffective). The partially result of the researches allow to us observe that the right is not immune to the social changes, because the judicial decision at the same time in that it establishes sense, it promotes changes in the social law systems.

**Keyword:** legal decision, systems of meaning, sociology of law, Luhmann.