



IMPLICAÇÕES SISTÊMICAS DA SÚMULA VINCULANTE

Paulo Antonio de Menezes Albuquerque¹

Rafael Benevides Barbosa Gomes²

RESUMO

O artigo mostra de que forma o instituto jurídico da súmula vinculante é visualizado pela teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. A partir do momento em que o sistema detecta os pressupostos dogmáticos necessários à emissão de tal ato normativo, verificar-se-á que o seu uso acarreta implicações conflitantes. Por um lado, contribui para a diminuição de complexidade e para o fechamento operacional do sistema, interrompendo a reprodução excessiva de decisões judiciais heterogêneas. Por outro lado, seu efeito vinculante reduz a possibilidade de construção do sentido de normas de acordo com as particularidades de cada caso concreto, comprometendo ainda o processo de legitimação.

Palavras-chave

Teoria dos Sistemas. Súmula Vinculante. Sistema Jurídico. Autopieise. Legitimidade.

ABSTRACT

The article shows how Niklas Luhmann's social systems theory observes the Brazilian legal system's institute called "súmula vinculante". Once the system detects the dogmatic requirements which are necessary to the emission of such legal act, one will verify that its using comes with conflicting implications. It contributes to the decreasing of complexity and to the system's operational closure, ceasing the excessive reproduction of heterogeneous judicial decisions. On the other hand, its binding effect reduces the possibility to construct the meaning of norms in accordance to the particularities of each case, compromising, also, the process of legitimation through legal procedures.

Keywords

Systems Theory. "Súmula Vinculante". Legal System. Autopoiesis. Legitimacy.

¹ Doutor em Direito pela Westfälische Wilhelms-Universität Münster. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFC. Professor Titular da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), nos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito. Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará (UFC)

² Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), aluno do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza.

I.

Em sua análise da expansão da criatividade jurisprudencial nas sociedades modernas, Cappelletti³ detecta, a partir da adoção de seu já conhecido método fenomenológico, “a tendência evolutiva de convergência entre os sistemas *civil law* e *common law*”. Diferenças estruturais entre ambos os sistemas passam a ser relativizadas pela alteração do papel de juízes e cortes supremas. Não distante dessa experiência comum aos ordenamentos jurídicos ocidentais de países desenvolvidos, o sistema jurídico brasileiro segue a tendência de incorporação de institutos que remetem à tradição jurídica *common law*, sobretudo na visão do Direito como ato normativo judicial e nas regras pertinentes à metódica de controle normativo da doutrina do *stare decisis*.

Nesse sentido vale destacar a força normativa diferenciada que carrega o recente instituto da súmula vinculante (implementado pela Emenda Constitucional 45/2004), e as implicações sistêmicas geradas pelo seu uso. Mais do que uma solução institucional para um problema maior gerado pela obrigação de decidir do sistema jurídico (proibição do *non liquet*), a súmula vinculante aparece como verdadeiro pólo em torno do qual se estabelecem definições de um novo modelo de interpretação judiciária. Neste sentido, o presente trabalho pretende valer-se da teoria dos sistemas sociais de Luhmann⁴, notadamente em sua configuração pós-*autopoietic turn*⁵, para tratar de suas possíveis implicações no sistema jurídico brasileiro, de modo contrastante às abordagens tradicionais..

Contrariamente ao que diz o senso comum forense, a principal consequência da implantação da súmula vinculante não gira em torno da denominada *celeridade processual*. Na realidade, o uso cruzado de hierarquias administrativas, típicas de uma organização político-burocrática como o Judiciário, somada às variabilidades semânticas e retóricas presentes na metódica judiciária de aplicação do Direito, suscita uma série de questões acerca de como o uso da súmula vinculante pode vir a reforçar o funcionamento operacional do sistema jurídico. Pressuposto é a visualização do Direito como estrutura de função social definida, com pertinentes formas de comunicação recursiva, tendentes a possibilitar a (re)construção do próprio sistema.

³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 111.

⁴ Também chamada, por vezes, de cibernética social (sociocybernetics), devido ao recurso que a teoria faz a conceitos e visões propostas pela cibernética. O próprio Luhmann chega a citar William Ross Ashby como autor do conceito de sistemas fechados e abertos que veio a influenciar sua teoria. Vide LUHMANN, Niklas. The self reproduction of law and its limits. In: TEUBNER, Gunther (org.). **Dilemmas of law in the welfare state**. Berlin: De Gruyter, p.111-127, p. 1986, p. 113.

⁵ KNODT, Eva. M. Foreword: the post modern predicament. In: LUHMANN, Niklas. **Social systems**. John Bednarz, Jr. e Dirk Baecker (trans.). California: Stanford University Press, 2005, p. XXI.

II.

A discussão teórica acerca da *legal indeterminacy* no *common law* americano, desenvolvida entre H. L. A. Hart e Ronald Dworkin, estabeleceu-se no assentimento de que “*ambiguity is the enemy of law*”⁶. Hart⁷, influenciado pela filosofia analítica de Wittgenstein, formula então a idéia de que toda regra possui seu claro núcleo de significado, de um lado, e uma periferia ambígua, que abre espaço para *open textures*, de outro, gerando lacunas no âmbito textual de constituições, legislação ordinária, regras administrativas e decisões judiciais. Daí a necessidade de determinar cânones ou regras de atuação que possam monitorar esse processo de seu preenchimento, que, sobretudo o último autor, irá buscar em critérios de validade universal ligados à reflexão moral⁸.

O chamado “dualismo moderno” entre o plano de *normas positivas* e o de *normas morais*⁹, que surge com a característica da penetrabilidade adquirida pelo Direito, passa a representar ameaça real à chamada “indeterminabilidade” do sistema jurídico. Kelsen¹⁰ já detectara a existência de uma pluralidade de sistemas de moral que não poderiam ser condição para a validade de um ordenamento jurídico, mas tão somente um critério de justiça vigente. Tampouco para Luhmann o Direito se deixa determinar por critérios externos à positividade. Com a freqüente judicialização dos conflitos, o juiz se veria, portanto, cada vez mais desafiado a permanecer fiel à argumentação jurídica necessária à autonomia do Direito, evitando incorrer em decisões construídas por critérios não relacionados ao código operacional sistêmico.

Tal situação acaba por dilatar o problema das lacunas, tornando evidente a incapacidade do Direito em prever normativamente todas as situações de conflitos iminentes. Isto acaba gerando entre juízes e tribunais aquilo que Dworkin¹¹ chamaria de *theoretical disagreements about the law*, ou seja, discordâncias teóricas no plano da interpretação da norma e de suas raízes (*the grounds of law*). Essas discordâncias, quando originadas nas instâncias primárias do judiciário, nascem a partir da tomada de uma perspectiva compatível com a controvérsia em questão, nos moldes de um *hard-case*. Observa-se então, dentro do sistema jurídico o claro aumento de *complexidade interna*¹². As decisões judiciais primárias passam a

⁶ DORE, Michael C. Legal indeterminacy and institucional design. *New York University Law Review*, vol. 78, n. 3, jun, p. 875-981, 2003, p. 915.

⁷ HART, H.L.A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 140-142.

⁸ Para Canaris, o sistema apenas representa a forma exterior da unidade valorativa do Direito. Toda formação do sistema indicia algo, em geral, devido à existência de valores; *as lacunas de valores implicam por isso, como consequência, sempre lacunas no sistema*. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 239.

⁹ PRODI, Paolo. *Uma história da justiça: do pluralismo dos foros ao dualismo entre consciência e direito*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 4-11.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 75-76.

¹¹ DWORKIN, Ronald. *Laws’s empire*. Massachusetts: Harvard University Press, 2000. p.5.

¹² “Por complexidade se entende o conjunto de todos os eventos (*Ereignisse, Events*) possíveis.

abrigar programas normativos de consistência ainda não confirmada pelo núcleo sistêmico (a ser realizada pelos Tribunais), criando potenciais divergências entre si. Esta situação permite um descompasso entre o Direito e sua função sociológica de estrutura social estabilizadora de expectativas comportamentais¹³. Surge aí o paradoxo: a formulação das normas jurídicas concretas passa a ampliar as possibilidades da norma, ao invés de delimitá-las, aumentando, de outro lado, gradativamente, seu grau de abstração, surgindo um paradoxo: a diminuição da complexidade passa a implicar também seu aumento.¹⁴

III.

As seguintes hipóteses configuram os requisitos constitucionais para a edição da súmula vinculante: existência de controvérsia jurídica sobre matéria constitucional entre órgãos judiciários que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Sua edição permitiria, em tese, a diminuição da heterogeneidade de interpretações na aplicação da norma afetada. Na visão de Luhmann este tipo de recurso constitui um modo de os Tribunais exercerem sua função de “desparadoxização” da tautologia sistêmica gerada. Isto porque no sistema jurídico a “indeterminação”¹⁵ do Direito é característica de sua *auto-organização*¹⁶, i.e., da imposição dos limites frente ao ambiente – ponto que marca a mudança de paradigma dentro da teoria dos sistemas, na substituição da diferença entre *todo* e *parte* pela entre *sistema* e *ambiente*¹⁷. O sistema, então apto para a auto-referência, passa a *constituir seus elementos constituintes através de seus elementos constituintes*¹⁸, numa circularidade autônoma que substitui a atribuição das normas a fundamentos extralegais ou a princípios puramente fictícios, como a *Grundnorm* de Kelsen¹⁹.

Designa-se assim, portanto, o campo ilimitado dos “mundos possíveis”. Tomada desta forma, a complexidade alude, por um lado, a um mundo de possibilidades que não é um mundo real, visto que a igualdade radical de tais possibilidades, tanto quanto possível, não se rompe até que alguma forma de preferência permita a decantação de um desses mundos possíveis como mundo real. Com a complexidade reduzida, começa a existir a sociedade” Amado. A partir da redução da complexidade é que Luhmann observa as condições para o surgimento dos sistemas sociais. A complexidade interna deve então ser vista como aquela situada dentro dos limites do sistema. AMADO, Juan Antonio García. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p. 301-344, 2004, p. 301-302.

¹³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 109-110.

¹⁴ Como também ocorre na atribuição comum de controle de constitucionalidade difuso nas instâncias comuns do judiciário brasileiro.

¹⁵ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 4.

¹⁶ TEUBNER, Gunther. **Introduction to autopoietic law**. In: TEUBNER, Gunther (org.). **Autopoietic law: a new approach to law and society**, p.1-11. Berlin: De Gruyter, 1988. p. 87.

¹⁷ LUHMANN, Niklas **Social systems**. Tradução de John Bednardz Jr. e Dirk Baeker. California: Stanford University Press, 2005, p. 6.

¹⁸ TEUBNER, G. op. cit. (1988), p. 14.

¹⁹ TEUBNER, G. op. cit. (1988), p. 4.

Em texto publicado postumamente, Luhmann²⁰ discute os modos de operacionalização do paradoxo fundamental do Direito através do uso da metáfora do “décimo segundo camelo”²¹, simbolizando o problema da operacionalização do sistema em face de sua validade, ressaltando que a externalização do paradoxo constitui solução intrinsecamente insatisfatória:

Hans Kelsen identifica o décimo segundo camelo como norma fundamental sob a pressuposição de que a teoria do direito seria uma ciência. Esta tentativa encerra o problema mais de perto. Entretanto, a validade unicamente hipotética de tal norma ou sua fundamentação por [um argumento de] indispensabilidade construtiva gera essa ambivalência própria do camelo emprestado (*Leihkammell*), e, por isso, não necessita ulteriormente de grande ajuda. [A validade da norma fundamental] deve-se a uma instância exterior, que neste caso é a ciência, e que pode dessa forma permanecer [como] uma hipótese. Não obstante ela continuar a possuir uma função normativa diretriz de operação²².

Estratégias para gerir o paradoxo da auto-referência, propostas pelo *critical legal studies movement* e por autores como Hart, Ophuels e Fletcher, possuíam em comum a mesma constatação de que o problema residia nas construções peculiares do pensamento jurídico²³. Para Luhmann, contudo, a realidade possui, independentemente mesmo do conhecimento humano e da sua apreensão cognitiva, uma estrutura circular. A transferência do “paradoxo do mundo do pensamento sobre o direito para o mundo da realidade social do direito”²⁴ se apresenta como estratégia para lidar com a questão da auto-referência, fazendo da circularidade, antes considerada pensamento proibido, um modelo fecundo e heurísticamente válido.

Dentro da teoria, essa *assimetria* peculiar da auto-referência se apresenta em toda e qualquer operação do sistema jurídico, utilizando orientações normativas e cognitivas simultaneamente:

[...] there are also asymmetries in the legal system. No system can get by without them, for this would mean existing as pure tautology in total indeterminability. However, *all asymmetries must be introduced into the legal system via cognitive orientations*, and they thus articulate willingness to learn^{25,26}.

²⁰ LUHMANN, N. op. cit. (2004), p. 42.

²¹ Conhecido problema de matemática, relatado também por Malba Tahan, que envolve industriosa solução para a divisão de um número primo em partes com diferentes fatores de proporcionalidade – no caso, a divisão do número de camelos (11) entre os três herdeiros.

²² LUHMANN, N. op. cit. (2004), p. 42.

²³ TEUBNER, G. op. cit. (1989), p. 16.

²⁴ TEUBNER, G. op. cit. (1989), p. 19.

²⁵ LUHMANN, Niklas. The unity of the legal system. In: TEUBNER, Gunther (org.). *Autopoietic law: a new approach to law and society*, p.12-35. Berlin: De Gruyter, 1988, p.22

²⁶ Há também assimetrias no sistema jurídico. Nenhum sistema pode livrar-se delas, pois isso significaria existir como tautologia pura e em total “indeterminabilidade”. Contudo, todas as assimetrias precisam ser introduzidas dentro do sistema jurídico através de orientações cognitivas, articulando disposição para aprendizado. [Tradução Livre].

A auto-referência, portanto, nunca pode ser totalmente *auto-determinante* ou sequer *auto-observadora*²⁷. É nesse sentido que se afirma que “autorreferencia y heterorreferencia deben efectuarse conjuntamente em la forma de clausura normativa para que sea posible la apertura cognitiva, sobre la base indudable Del cierre normativo”²⁸.

Influenciado pela definição de sistemas cibernéticos de W. R. Ashby^{29,30}, Luhmann³¹ concebe o Direito como estrutura normativamente fechada e cognitivamente aberta. Isso implica o uso da autopoiese aliado às “irritações” do ambiente, tornando os programas do sistema facilmente adaptáveis a fatos sociais externos. A constância da auto-referência concomitante é que torna possível a auto-realização da unidade do sistema: “*It must then itself combine closure and openness, i.e., reproduce its unity itself and constantly expose this process to the difference that exists between itself and the social environment*”^{32,33}.

Essa forma de gerir a auto-referência recai sobre a periferia do sistema, onde o não-direito (pólo negativo de diferenciação do código binário do sistema jurídico) pode se transformar em direito. A periferia “funciona como um amortecedor para as questões a serem submetidas aos Tribunais, sendo tolerante diante das questões não rotineiras, podendo também renunciar à obrigação de decidir”³⁴. Pelo fato dos programas legislativos produzidos serem substituíveis, diferentemente dos códigos, o problema da tautologia do sistema jurídico não se esgota aí. Cabe então aos tribunais o fechamento sistêmico efetivo.

Para Albuquerque³⁵, o paradoxo da auto-fundação do Direito fica evidente com a aparição de casos concretos a serem julgados, através dos quais tem-se de lidar com a escassa determinabilidade acerca da validade e vinculatividade das normas jurídicas. E o lugar de tratamento desse paradoxo

²⁷ LUHMANN, N. op. cit. (1988). p. 21.

²⁸ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Texto eletrônico fornecido pela Prof. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães, com o auxílio de sua Bolsista Letícia Godinho e outros colegas, na disciplina Sociologia do Direito II, do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado em Filosofia do Direito, durante os 1º e 2º semestres de 2002, em arquivos de capítulos, 2002, p. 56

²⁹ Cf. ASHBY, William Ross. *Uma introdução à cibernética*. Tradução de Gita K. Ghinzberg. São Paulo: Perspectiva, 1970.

³⁰ “A cibernética [...] pode ser definida como o estudo de sistemas abertos à energia mas fechados à informação e ao controle – sistemas que são “impermeáveis à informação” (*information-tight*)” ASHBY (1970:4).

³¹ LUHMANN, N. op. cit. (1988). p. 113.

³² LUHMANN, N. op. cit. (1988), p. 26.

³³ É preciso combinar fechamento e abertura, i.e., reproduzir individualmente sua unidade e constantemente expor esse processo à diferença que existe entre os limites internos e o ambiente social. [Tradução Livre].

³⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 164.

³⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. *Funktionen und Struktur der Rechtsprechung im demokratischen Rechtsstaat in normen- und systemtheoretischer Perspektive*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, p. 76.

também fica cada vez mais determinado: os Tribunais. Reside, portanto, nos Tribunais o atributo de fechar operacionalmente o sistema jurídico em última instância, superando o paradoxo sistêmico³⁶. Nesse sentido, Parsons³⁷, ainda que munido de perspectiva sistêmica diferenciada, ressalta que só aos Tribunais cabe interpretar – em termos de produção sistêmica –, testar e confirmar ou não a consistência dos programas.

Em Luhmann, o Judiciário não é simples executor das leis, de modo que se admite a criação judicial do Direito. Neste sentido, o instituto da súmula vinculante se apresentaria como alternativa para a interpretação do código direito/não-direito, sendo não mais um referencial para decisões posteriores, mas elemento para a motivação necessária às sentenças em primeiro grau, uniformizando a jurisprudência e atuando como instância primária de diferenciação entre o Direito e seu ambiente. Contribuiria assim para a diminuição da complexidade gerada pelas discordâncias na aplicação da norma, reafirmando a função do Direito como elemento estabilizador das expectativas normativas³⁸.

Residiria, portanto, na súmula vinculante, o potencial de determinar aquilo que deve se situar no pólo positivo do código sistêmico, funcionando como meio para o exercício de uma maior atribuição dos Tribunais. Tal enunciado representa uma meta-decisão (decisão sobre a decisão), que é expressa no sistema social como forma de ato jurídico, estando, igualmente, aberta a interpretações. Nesse sentido, à medida que a súmula vinculante ocasiona uma diminuição do aumento gradativo de complexidade, por sua vez, também contribui para um certo aumento da complexidade ela mesma: segundo o artigo 103-A, §3º da Constituição Federal e no artigo 7º e §§, da lei nº 11.417/2006, dá-se a anulação da decisão judicial ou ato administrativo que contrariem enunciado da súmula vinculante, negarem-lhe vigência ou que os apliquem incorretamente. Nesta última hipótese, faz-se notar a típica variabilidade de sentido inerente a um enunciado normativo, seja por seu contexto ou pela perspectiva teórica usada pelo intérprete autêntico, que pode ocasionar um fato correspondente ao que prevê a norma - o que, de acordo com a perspectiva teórica, é inevitável. O que se mensura acerca da realidade na práxis interna ao sistema é a exatamente a auto-limitação produzida pelos aplicadores da súmula, no sentido de adotar interpretação autêntica ou a que se entenda como adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

³⁶ LUHMANN, Niklas A posição dos tribunais no sistema jurídico. Tradução de Peter Naumann. *Revista Ajuris*, n. 49, Porto alegre: Ajuris, jul. p. 149-168, 1990, p. 168. LUHMANN, N. op. cit. (2002) p. 228.

³⁷ PARSONS, Talcott. The law and social control. In: *Law and Sociology*, William Evan (ed.), New York: Glencoe Press, 1962, p. 91.

³⁸ MOELLER vê a função do direito como sendo exatamente a de eliminar a contingência das expectativas normativas MOELLER Hans-Georg. *Luhmann Explained: from souls to systems*. Illinois: Open Court, p. 29).

IV.

A aparente compatibilidade da súmula vinculante com a posição dos tribunais no sistema jurídico tem, porém, este contraponto à atuação judicial dos patamares hierárquicos inferiores no âmbito do judiciário:

[...] decisões individuais podem também influenciar as instâncias judiciárias superiores, de modo a provocar uma mudança no sentido da jurisprudência. Nesta manifestação de independência pessoal reside a possibilidade do juiz intervir como construtor de sentido, propiciando-lhe margem de manobra relativamente ampla (apesar da tendência de atomização e especialização das profissões jurídicas). Com isto os juízes – em que pese o controle burocrático exercido pelos tribunais – podem tomar decisões relativamente livres de pressões políticas e mesmo medidas impopulares, o que não é de modo algum uma situação rara no regime do Estado de Direito democrático³⁹.

Uma visão que identifica a diferenciação interna do Direito Constitucional como subsistema do sistema jurídico, em virtude de sua função de fechamento normativo, operacional e limite sistêmico para a capacidade de aprendizado (abertura cognitiva) do Direito positivo, não representa uma hierarquização absoluta. Segundo Neves:

[...] as leis ordinárias e as decisões dos tribunais competentes para questões constitucionais, que numa abordagem técnico-jurídica constituem Direito infraconstitucional, determinam o sentido e condicionam a vigência das normas constitucionais. A circularidade é mantida, pelo menos na “relação de mistura” entre criação e aplicação do Direito⁴⁰.

A jurisdição é então vista como “laboratório de regras, que são aplicadas ao caso particular, e que podem fundar novos princípios da ordem jurídica ou outras derivações organizacionais”⁴¹. Talvez resida aqui o claro conflito entre o novo formato requerido à decisão judicial, fundamental para o sistema jurídico criar novos balanceamentos de suas fronteiras, e a função dos Tribunais de confirmar a consistência dos programas, de modo a conter o problema da *legal indeterminacy*.

Surge então o confronto entre o fechamento operacional do sistema jurídico, propiciado em última instância pelos Tribunais, na função sociológica definida por Luhmann, e o atendimento a novas demandas originadas do Legislativo e do Executivo. Para Louis L. Jaffe:

³⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. Realidade constitucional e interpretação judiciária: um novo modelo? *Nomos*, vol. 22, número 1/2, mês jan/dez, p. 237-246, 2004, p. 240.

⁴⁰ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 67-68.

⁴¹ ALBUQUERQUE, P. op. cit. (2004) p. 241-242.

[...] o papel criativo dos juízes, em determinado momento histórico, constitui função de muitas variáveis. O executivo pode estar submerso em grandes problemas de estado ou extenso número de negócios correntes; o legislativo pode não ser dotado do pessoal necessário para prestar-lhe aconselhamento e redigir as diversas propostas legislativas [...] o ritmo das transformações pode ser afanoso, trazendo consigo novas condições sociais e econômicas e a exigência de reconhecer novas demandas⁴².

O uso de efetivas técnicas de argumentação jurídica pode vir a contornar o problema da *legal indeterminacy* e aliviar o controle hierárquico no centro do sistema. Um novo modelo de interpretação judiciária pode ser construído através da relativização da hierarquia decisória.

V.

A súmula vinculante ocupa posição duvidosa quanto ao seu enquadramento como norma jurídica ou decisão judicial (*legal act* ou *legal norm*). Possui características gerais que remetem à doutrina na Kelsen e Cossio, como *bilateralidade*, *disjunção* e sanção. Por outro lado emana como decisão colegiada, versando sobre interpretação de matéria constitucional. Comporta o ato certa ambigüidade, mas difere de uma mera sentença que regula um caso concreto. Pode-se reputá-la como norma, uma vez possuidora das características essenciais a tal condição. Nesse sentido, afirma Arnaldo Vasconcelos:

A sentença, sem dúvida, não é norma jurídica em sentido próprio, porque com ela não se faz Direito, sendo antes, a declaração do reconhecimento ou não de um Direito a ela preexistente. Só a norma jurisprudencial, resultado de um conjunto de sentenças uniformes, possui as características essenciais da norma jurídica, valendo como modelo ou previsão de Direito⁴³.

Em Kelsen, a súmula vinculante apareceria como norma jurídica geral, devido aos seus requisitos constitucionais de edição:

Uma decisão judicial pode ter um caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral⁴⁴.

Para Luhmann, igualdade de tratamento entre normas e decisões

⁴² JAFFE, Louis L. *English and american judges as lawmakers*. Oxford: Clarendon Press, 1969, p. 16.

⁴³ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 149-150.

⁴⁴ KELSEN, H. op. cit. p. 278.

jurídicas (*legal acts e legal norms*) é fundamental para a circularidade necessária aos processos autopoieticos do sistema⁴⁵. **Para tanto afirma:**

Autopoietic processes are recursive, i.e., necessarily symmetrically structured – and this is an aspect of this theoretical approach which has significant and wide-ranging implications for legal theory. The norm quality of each element is owed to the norm quality of other elements, to which the same rule applies. There can therefore be no norm hierarchies. In terms of normativity a strict symmetry exists even between the law and the judge's decision⁴⁶⁴⁷.

Tomando por base a visão que reputa a súmula vinculante como norma, seu papel no ordenamento jurídico caminha em – somente aparente – descompasso com o processo circular de operação do sistema. Sendo ela uma norma, sua relação recíproca com a decisão entra em assimetria. As normas tornam-se, porém, válidas exatamente porque são interpretadas e adequadas ao caso concreto através da decisão judicial, que, por sua vez, é considerada válida porque se sustenta, em termos de argumentação jurídica, no conteúdo normativo:

Laws are only regarded as norms because they are intended to be used in decisions, just as these decisions can only function as norms because this is provided for in laws. In terms of normativity, the relationship between the rule and its application is circular⁴⁸⁴⁹.

No mesmo sentido:

A decisão não seria decisão, caso ela não reagisse à expectativa da norma. O cumprimento da norma é uma decisão, porque [este comportamento (de observar a norma)] é escolhido contra [a possibilidade de] um desvio em relação à própria norma, e isto só pode ser assim, pelo fato de existir uma norma geral (*überhaupt*). Inversamente, a norma não seria norma, caso a decisão não fosse produzida. A textualização [(*Vertextung*)] gera a ilusão da norma ser-em-si-e-por-si (*An-und-für-sich-sein*), mas oculta em sua origem a constituição circular [desse processo]. As normas tornam as decisões possíveis porque as decisões tornam as normas possíveis⁵⁰.

⁴⁵ TEUBNER, G. op. cit. (1988), p. 4

⁴⁶ Processos autopoieticos são recursivos, i.e., estruturados simetricamente – e este é um aspecto dessa abordagem teórica que tem implicações significantes para a teoria jurídica. A qualidade normativa de cada elemento é adquirida através da qualidade normativa de outros elementos, aos quais a mesma regra se aplica. Não pode, portanto, haver qualquer hierarquia normativa. Em termos de normatividade, uma simetria rígida existe inclusive entre a lei e a decisão judicial. [Tradução Livre]

⁴⁷ LUHMANN, N. op. cit. (1988), p. 21.

⁴⁸ LUHMANN, N. op. cit. (1988), p. 21.

⁴⁹ Leis apenas são consideradas como normas porque se destinam a ser usadas em decisões, assim como tais decisões somente podem funcionar como normas porque se sustentam nas leis. Em termos de normatividade, a relação entre a regra e sua aplicação é circular. [Tradução Livre]

⁵⁰ LUHMANN, N. op. cit. (2004), p. 37

Portanto, carece de certa validade a norma que não se adapta ao caso concreto. Adaptação que ocorre através de um processo judicial que permite, ainda, a aceitação da decisão pelas partes através de uma legitimação da decisão a ser proferida⁵¹ impedida de acontecer devido à incidência direta da súmula vinculante.⁵² A respeito, Luhmann lembra que a teoria de Hart, fazendo uma análise superficial, também constitui essa relação auto-compensatória do Direito por meio de regras *primárias* e *secundárias*:

A layer of primary rules, because of their immanent weakness (uncertainty, static character, inefficiency), has to be complemented by a layer of secondary rules. But in legal operations the interrelationship of these two spheres can only be recognized and only be practiced if the same norm quality is involved in both spheres. Otherwise compensation for the inadequacies of law would lie outside the law (which is of course possible)^{53,54}.

As normas são decididas num plano superior. Seu sentido é mais geral e por isso é de um nível mais elevado que o da decisão individual, necessitando de correta adequação empírica. O sistema auto-referencial, portanto, “não pode ser visto como uma norma (por si mesmo) nem uma decisão (sobre si mesmo)”⁵⁵. A súmula vinculante, quando objeto de motivação das decisões judiciais, parece, portanto, não obedecer ao círculo auto-referencial de Luhmann. É como um elemento sistêmico que emerge para diminuir a complexidade intra-sistêmica, mas que, ao mesmo tempo, compromete a dinâmica adaptativa do sistema em relação ao seu ambiente, que se encontra em constante mudança. Sua observância rigorosa impede a circularidade simétrica que possibilita a adaptação da decisão individual ao caso em questão, em que pese ser fruto da preocupação de fechamento operativo do sistema pelos Tribunais, estabelecendo-se daí por diante o paradoxo de fundamentação de sua auto-referência.

⁵¹ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980 p. 34.

⁵² O processo tem a capacidade de se diferenciar por meio de uma história própria, fazendo com que as colaborações dos endereçados da decisão – comunicações voluntárias e involuntárias claramente pré-determinadas por energia psíquica (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 2003., 2004:167) e fatores comunicativos do sistema social – delimitem as alternativas pertinentes ao caso concreto, reduzindo a complexidade e permitindo, de forma democrática, a fixação de uma realidade própria que abona qualquer dúvida sobre os fatos que levaram à formulação do conteúdo decisório (LUHMANN N. op. cit. p.: 101).

⁵³ LUHMANN, N. op. cit. (1988), p. 22

⁵⁴ Um grupo de regras primárias, devido a sua fraqueza (incerteza, papel estático, ineficiência), tem que ser complementado por um grupo de regras secundárias. Mas nas operações jurídicas, a relação entre essas duas esferas apenas pode ser reconhecida e praticada se a mesma qualidade normativa está presente em ambas as esferas. Caso contrário, a compensação da inadequação do Direito residiria fora do Direito (o que é possível, claro). [Tradução Livre]

⁵⁵ LUHMANN, N. op. cit. (2004), p. 37.

6. CONCLUSÕES

Há uma controvérsia jurídica quanto à análise do papel exercido pelas texturas normativas abertas, pelas quais o sentido de determinada norma gera uma pluralidade de atos normativos conflitantes em um mesmo ordenamento. A consequência sistêmica necessária é o aumento da complexidade interna do direito. A auto-produção de novos elementos (decisões) faz elevar o nível de complexidade, a ser enfrentada pela racionalidade imanente ao sistema jurídico, que tem em seu núcleo (tribunais) a atribuição de fechamento operacional do sistema e manutenção do paradoxo da auto-fundamentação do direito: a complexidade é controlada e, portanto, diminuída no âmbito intrasistêmico. Com o uso da súmula vinculante, essa tarefa encontraria seu catalizador, vez que o efeito dado a tal instrumento se utiliza das hierarquias encontradas no núcleo para afirmar o sentido normativo que deverá ser escolhido pelas instâncias inferiores.

Dessa forma seria eliminada a contingência das expectativas normativas, e, por consequência, a sua eficácia na a regulação dos conflitos⁵⁶. Contudo, como se objetivou demonstrar, tal reação dos tribunais à heterogeneidade nas decisões possui uma implicação política correlacionada aos procedimentos judiciais, onde se dá a limitação da liberdade de decidir, limitando a capacidade de construção de sentido das normas jurídicas em instâncias inferiores, onde a seletividade e a participação dos endereçados da decisão é maior. Com isto acarreta-se um comprometimento ao processo de legitimação pelo procedimento judicial, que exige a adequação da decisão concreta do conflito aos padrões de diminuição da complexidade (possibilidades possíveis de comportamento) em seu âmbito.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. Realidade constitucional e interpretação judiciária: um novo modelo? **Nomos**, vol. 22, número1/2, mês jan/dez, p. 237-246, 2004.

_____. **Funktionen und Struktur der Rechtsprechung im demokratischen Rechtsstaat in normen- und systemtheoretischer Perspektive**, Berlin, Duncker & Humblot, 2001.

AMADO, Juan Antonio García. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p. 301-344, 2004.

ASHBY, William Ross. **Uma introdução à cibernética**. Tradução de Gita K. Ghinzberg. São Paulo: Perspectiva, 1970.

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

⁵⁶ MOELLER, H-G. op. cit. p. 29.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

DORF, Michael C. Legal indeterminacy and institutional design. **New York University Law Review**, vol. 78, n. 3, jun, p. 875-981, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Laws's empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 2000.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

JAFFE, Louis L. **English and american judges as lawmakers**. Oxford: Clarendon Press, 1969.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KNODT, Eva. M. Foreword: the post modern predicament. In: LUHMANN, Niklas. **Social systems**. John Bednarz, Jr. e Dirk Baecker (trads.). California: Stanford University Press, 2005.

LUHMANN, Niklas.. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

_____. **Social systems**. Tradução de John Bednarz Jr. e Dirk Baeker. California: Stanford University Press, 2005.

_____. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p. 33-107, 2004.

_____. **El Derecho de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Texto eletrônico fornecido pela Prof. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães, com o auxílio de sua Bolsista Letícia Godinho e outros colegas, na disciplina Sociologia do Direito II, do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado em Filosofia do Direito, durante os 1º e 2º semestres de 2002, em arquivos de capítulos, 2002.

_____. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Tradução de Peter Naumann. **Revista Ajuris**, n. 49, Porto alegre: Ajuris, jul. p. 149-168, 1990.

_____. Law as a social system. Translated by Shierry Weber NicholSEN. **North-west University Law Review**, vol. 83, n.1 & 2, p. 136-150, 1989.

_. The unity of the legal system. In: TEUBNER, Gunther (org.). **Autopoietic law: a new approach to law and society**, p.12-35. Berlim: De Gruyter, 1988.

_____. The self reproduction of law and its limits. In: TEUBNER, Gunther (org.). **Dilemmas of law in the welfare state**. Berlim: De Gruyter, p.111-127, 1986.

_____. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.

MOELLER, Hans-Georg. **Luhmann Explained: from souls to systems**. Illinois: Open Court, 2006.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PEDRON, Flavio. Quinaud. A função dos tribunais constitucionais para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **CEJ Brasília**, n. 29, abr./jun., p.101-110, 2005.

PARSONS, Talcott. The law and social control. In: **Law and Sociology**, William Evan (ed.), New York: Glencoe Press, 1962.

PRODI, Paolo. **Uma história da justiça: do pluralismo dos foros ao dualismo entre consciência e direito**. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

_____. Introduction to autopoietic law. In: TEUBNER, Gunther (org.). **Autopoietic law: a new approach to law and society**, p.1-11. Berlim: De Gruyter, 1988.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2002.