

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

EDUARDO DE FIGUEIREDO ANDRADE PAZ

**O “MICROSSISTEMA DE FORMAÇÃO CONCENTRADA DE PRECEDENTES
OBRIGATÓRIOS” E A (IN)DECIDIBILIDADE DO DIREITO**

**TERESINA
DEZEMBRO 2020**

EDUARDO DE FIGUEIREDO ANDRADE PAZ

**O “MICROSSISTEMA DE FORMAÇÃO CONCENTRADA DE PRECEDENTES
OBRIGATÓRIOS” E A (IN)DECIDIBILIDADE DO DIREITO**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Constituição e Sociedade, linha Direitos e Garantias Fundamentais.

Orientador: João Paulo Bachur.

**TERESINA
DEZEMBRO 2020**

Eduardo de Figueiredo Andrade Paz

O “microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios” e a (in)decidibilidade do direito

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Constituição e Sociedade, linha Direitos e Garantias Fundamentais.

Teresina-PI, 17 de dezembro de 2020.

Prof. Dr. João Paulo Bachur
Professor Orientador

Prof. Dr. Ulisses Schwarz Viana
Membro da Banca Examinadora

Pro. Dr. Atalá Correia
Membro da Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Na esteira daquilo que escreveu Brás Cubas em suas memórias póstumas, dedico esse trabalho como saudosa lembrança ao verme que primeiro roer as frias carnes de meu cadáver.

AGRADECIMENTO

Pela obstinação de comigo trilharem as íngremes sendas de minha jornada, agradeço a todos os demônios que sob minha pele habitam, eles que também fazem parte de minha ventura.

Eu sou vários! Há multidões em mim. Na mesa de minha alma sentam-se muitos, e eu sou todos eles. Há um velho, uma criança, um sábio, um tolo. Você nunca saberá com quem está sentado ou quanto tempo permanecerá com cada um de mim. Mas prometo que, se nos sentarmos à mesa, nesse ritual sagrado eu lhe entregarei ao menos um dos tantos que sou, e correrei os riscos de estarmos juntos no mesmo plano. Desde logo, evite ilusões: também tenho um lado mau, ruim, que tento manter preso e que quando se solta me envergonha. Não sou santo, nem exemplo, infelizmente. Entre tantos, um dia me descobro, um dia serei eu mesmo, definitivamente. Como já foi dito: ouse conquistar a ti mesmo.

Friedrich Nietzsche

RESUMO

O presente trabalho se presta a, com o auxílio das ferramentas concebidas pela teoria de sistemas de Niklas Luhmann, discutir as implicações sociológicas e jurídicas da criação de teses obrigatórias, gerais e abstratas, com pretensão regulatória prospectiva, pelos tribunais judiciários, sobretudo no que se refere à estruturação e à manutenção de complexidade adequada no interior do sistema do direito, bem como no que alude aos seus efeitos concernentes à defesa e à promoção dos direitos fundamentais. Procura-se, com isso, analisar se os mecanismos judiciais de uniformização de jurisprudência estatuídos pelo direito brasileiro, especialmente aqueles previstos no artigo 927 do Código de Processo Civil, são capazes de promover a redução da complexidade desestruturada do sistema jurídico em prol do estabelecimento de um maior grau de certeza e previsibilidade ou se, ao contrário, sua utilização pode trazer consigo o risco do esmaecimento da ordem universalizante de regras e princípios própria do sistema jurídico, contribuindo para o desaparecimento de pontos de ancoragem norteadores das relações jurídicas travadas em sociedade.

Palavras-chave: Direito judiciário. Precedentes vinculantes. Stare decisis. Obiter dicta. Teoria dos sistemas. Complexidade. Direitos Fundamentais. Segurança jurídica.

ABSTRACT

With the help of the systems theory of Niklas Luhmann, this paper addresses the sociological and legal implications of the creation of binding precedents with prospective regulatory intent by the Brazilian judicial courts, especially in regard to the structuring and maintenance of adequate complexity within the system of law, as well as in regard to its effects on the safeguard of the human rights. What is intended is to analyze whether the aforementioned mechanism, especially with regard to the legal institutes provided by the Article 927 of the Civil Code of Procedures, is capable of promoting the decrease of the unstructured complexity in the interior of the legal system in favor of the creation of a greater degree of certainty and predictability, or if its usage may bring the serious potential for the fading of the universalizing order of rules and principles of the legal system, contributing to the disappearance of some landmarks that guide the relationships of the people who lives in society.

Keywords: Judicial law. Binding precedents. Stare decisis. Obiter dicta. Systems theory. Complexity. Human rights. Legal predictability.

LISTA DE SIGLAS

CPC – Código de Processo Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

EC – Emenda à Constituição

IAC – Incidente de Assunção de Competência

IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

RE – Recurso Extraordinário

RESP – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 12 |
| 2 O PRECEDENTE E SUA RECEPÇÃO NO BRASIL | 25 |
| 2.1 Breve histórico | 25 |
| 2.1.1 Notas sobre o direito anglo-saxão..... | 26 |
| 2.1.2 No Brasil..... | 28 |
| 2.2 Precedente: conceito(s) e institutos correlatos | 32 |
| 2.2.1 Conceito(s)..... | 32 |
| 2.2.2 <i>Ratio decidendi, obiter dicta</i> e a doutrina do <i>stare decisis</i> | 35 |
| 2.2.3 Técnicas de distinção e superação do precedente..... | 40 |
| 2.3 Breve apanhado do estado da arte do direito judicial no sistema jurídico brasileiro | 45 |
| 3 O DIREITO NA TEORIA DOS SISTEMAS | 51 |
| 3.1 Notas preliminares: uma teoria adequada ao grau de complexidade da sociedade moderna | 51 |
| 3.2 Teoria dos sistemas sociais autorreferenciais: delimitação semântica | 54 |
| 3.2.1 Autopoiese e alopoiese..... | 55 |
| 3.2.2 Autorreferência..... | 57 |
| 3.2.3 Fechamento operativo e autorregulação (codificação e programação)..... | 58 |
| 3.2.4 Abertura cognitiva: a reentrada da forma na forma..... | 58 |
| 3.2.5 Sentido e código binário..... | 60 |
| 3.2.6 Contingência e expectativa..... | 61 |
| 3.3 O direito como subsistema social funcionalmente diferenciado | 64 |
| 3.3.1 Evolução e diferenciação do direito..... | 64 |
| 3.3.2 Positividade e decidibilidade do direito..... | 68 |
| 3.3.3 A inversão luhmanniana ou a centralidade dos tribunais..... | 70 |
| 3.3.4 Acoplamentos estruturais e operativos..... | 72 |
| 3.3.5 A relação entre os sistemas jurídico e político..... | 75 |

| | |
|--|------------|
| 4 A VINCULATIVIDADE DOS “PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS” E A INDECIDIBILIDADE DO DIREITO..... | 79 |
| 4.1 Do texto à norma: a lei ainda importa?..... | 79 |
| 4.2 O “sistema de precedentes” e a obstrução autorreprodutiva do direito..... | 92 |
| 4.2.1 Consequências jurídicas do processo de alopoiese..... | 92 |
| 4.2.2 O déficit de seletividade provocado pelo “sistema de precedentes” | 96 |
| 4.3 “Precedentes vinculantes”, decidibilidade e direitos fundamentais..... | 101 |
| | |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 111 |
| | |
| REFERÊNCIAS..... | 118 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata, a partir da teoria social de Niklas Luhmann, das implicações sociojurídicas da adoção, pelas cortes superiores, de “precedentes vinculantes prospectivos” com força de lei, buscando, sob a ótica da certeza e previsibilidade do direito, dimensionar seu impacto na efetivação de direitos fundamentais. A teoria de Luhmann é aqui utilizada como fio argumentativo e referencial teórico básico, com o fito de descortinar alguns “fenômenos” que o sistema do direito, através da observação de si mesmo, não é capaz de detectar, de forma a torná-los passíveis de tematização.

Com efeito, a teoria social de Niklas Luhmann, dado seu grande nível de abstração, apresenta um enorme potencial heurístico, ultrapassando as restrições que um estudo fundado exclusivamente na dogmática jurídica e na teoria do direito poderia representar.

As teorias jurídicas tradicionalmente utilizadas para a analítica do fenômeno aqui estudado apresentam, cada uma a seu modo, os mais variados pontos cegos – e zonas de penumbra –, incorrendo, muitas vezes, em simplificações incompatíveis com a complexidade do tema posto em discussão.

A tradição jurídica, nesse contexto, representa verdadeiro obstáculo epistemológico para a ampliação da compreensão do fenômeno jurídico, sobretudo devido ao reduzido grau de complexidade teórica das correntes positivistas e às representações fundadas na primazia da norma.

É que a teoria do direito e a dogmática jurídica propriamente ditas não se encontram devidamente equipadas para promover a crítica da validade abstrata do próprio ordenamento jurídico a que estão, de certa maneira, vinculadas. Exercem elas, precipuamente, a função de prover aos tribunais critérios de decisão, inter-relacionando os programas decisórios do sistema, traduzindo, contudo, problemas sociais sempre em termos jurídicos.

Dessarte, tanto a dogmática jurídica, quanto a teoria do direito, encontram-se em nível de observação de primeira ordem, é dizer, de auto-observação, servindo de ponto de ancoragem para

o sistema jurídico, todavia são ambas incapazes de colocar a si próprias em perspectiva analítica de maneira apropriada.

O intuito do presente trabalho é, dessa maneira, realizar uma observação de segunda ordem do sistema jurídico – uma observação de sua auto-observação, portanto. O objetivo deste alerta é, antes de mais nada, expor a razão da adesão à perspectiva da qual se parte neste estudo: a da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

Buscando criar um estatuto teórico com pretensões universalizantes, que refletisse a complexidade da sociedade moderna que busca descrever, Luhmann propôs uma releitura funcional-estruturalista do campo de investigação do sistema social. Sua teoria dos sistemas recorre à interdisciplinaridade, combinando diversas áreas do conhecimento em um esforço de observação e descrição da complexidade social.

Luhmann, ao tratar prioritariamente de sistemas sociais funcionalmente diferenciados, rechaça a ideia moderna de subjetividade. Com efeito, para o autor, a sociedade não é composta de pessoas – tampouco de relações entre pessoas –, mas de comunicação. Essa postura rendeu a Luhmann a pecha de anti-humanista.

Para Luhmann, a vantagem da teoria dos sistemas estaria implicada justamente na superação do paradigma do iluminismo sociológico individualista. O acolhimento da referida teoria significa, em primeiro lugar, “[n]a separação de sociedade (sistema social, cuja autopoiese se opera com base na comunicação) e homem (sistema psíquico, cuja autopoiese tem por elemento a consciência) que, nesse sentido, tornar-se-iam ambiente (*Umwelt*) um para o outro” (GONÇALVES; FILHO, 2013, n. p.).

Denota-se, nessa linha de raciocínio, que Luhmann, visto que considera o homem – sistema psíquico – algo exterior ao sistema jurídico – embora intrinsecamente relacionado –, liberta o direito das amarras de psicologismos e subjetivismos particularistas calcados em paradigmas antiquados, inapropriados ao grau de desenvolvimento e complexidade da sociedade contemporânea. Nessa senda, em Luhmann, o sujeito deixa de ser o senhor do direito. Em sua semântica construtivista, apenas o direito é capaz de produzir o direito.

O recurso à teoria dos sistemas se traduz em ganho efetivo para a analítica e compreensão da *práxis neopandectista* brasileira. Vale dizer, desloca a tônica do debate acerca de fenômenos como interpretação e aplicação de textos jurídicos, positivação do direito e fundamentação das decisões judiciais da pessoa do intérprete para a própria observação da autorreprodução da comunicação jurídica.

Nos termos do que defende Luhmann em seu programa teórico, o sistema jurídico, radicado na reflexividade do operar normatizador, deve sempre buscar a preservação de sua própria unidade autorreprodutiva, de modo que possa, em sua totalidade, operar na base da segurança em termos de expectativa.

Em um sentido vulgar, pode-se dizer que uma expectativa de comportamento equivale à esperança da adoção de certos padrões de comportamento pré-estabelecidos. A expectativa desses padrões é o que permite a preparação para lidar com situações contingentes, de maneira que aquele que porventura tenha frustradas suas expectativas tenha a seu favor o peso de uma autoevidência presumida.

A função do direito tem como uma de suas consequências nucleares a possibilidade de se saber, com certo grau de segurança, o que justificadamente se pode esperar dos outros, bem assim o que os outros podem esperar legitimamente de si.

Essa segurança, buscada através da estabilização do direito, torna suportável para o indivíduo o enfrentamento dos desenganos da vida cotidiana ou, ao menos, permite-lhe estar seguro de que sua expectativa, embora frustrada, não cairá em descrédito.

Luhmann observa que é natural que haja exigências maiores de segurança quando os fatos são regulados com o estabelecimento de consequências jurídicas. Com efeito, “[é] típico que demandas mais altas por segurança sejam feitas quando questões de responsabilidade jurídica, culpa e reparação dos danos dependem delas” (LUHMANN, 2005, p. 148, tradução nossa).

Desse modo, a concretização do direito deve fiar-se em uma articulação coerente de todos os seus elementos, como princípios, regras e procedimentos, a fim de que a fundamentação das

decisões jurídicas se ajuste coerentemente ao direito considerado em seu conjunto, e as decisões propriamente ditas mantenham, em uma dimensão temporalizada, consistência entre si.

A ideia nuclear que preside esse raciocínio é a de que a uniformização aplicativa do direito cria complexidade adequada e milita em favor da isonomia e da justiça enquanto fórmula de contingência do sistema jurídico. Isso não significa dizer que se busque uma correspondência entre a decisão e os interesses externos dos envolvidos, mas a consistência das operações internas que reconhecem e qualificam esses interesses como de acordo ou contrários ao direito. Ao sistema jurídico incumbe dar às circunstâncias que exsurtem da dimensão do mundo prático respostas consistentes, cujos fundamentos sejam construídos de maneira remetida ao próprio sistema jurídico (CAMPILONGO, 2011, n.p.).

Lenio Streck, com bastante precisão, divisa que “[...] a integridade [do direito] refere-se a um freio ao estabelecimento de dois pesos e duas medidas nas decisões judiciais, constituindo-se em uma garantia contra arbitrariedades interpretativas, vale dizer, coloca efetivos freios às atitudes solipsistas-voluntaristas, pois aponta um caminho” (STRECK, 2017, p. 34).

Enquanto forma de mediação do texto com a realidade fenomênica, uma concepção uniforme de direito é um postulado que subjaz à própria ideia de ordem democraticamente constituída, em que o direito, entendido como prática social compartilhada, é encarado como empreendimento público, tanto em um sentido jurídico propriamente dito, quanto em um sentido integracional (STRECK, 2017).

Assim, a concreção da norma jurídica precisa desviar-se de posturas psicologistas, axiologismos, práticas irrefletidas, doutrinas pragmatistas, argumentos exógenos e casuísmos, assimilando ao processo de construção do direito elementos da ordem social não reproduzidos no texto da norma, porém integrantes de sua dimensão hermenêutica (em sentido pós-clássico).

Com isso, o sistema jurídico produz direito a partir do direito, logrando gerar uma redução autonômica de sua complexidade e da de seu ambiente, produzindo operações seletivas profundamente especializadas em face de uma pluralidade quase infindável de possibilidades, desenvolvendo uma elevada indiferença para com seu entorno. Esse processo pressupõe a

elaboração reflexiva de enlaces altamente seletivos entre seus elementos, imunizando o sistema vis-à-vis de ruídos produzidos interna e externamente.

Cabe aqui destacar que, conforme João Paulo Bachur:

Reduzir complexidade significa então tomar como pressuposto a impossibilidade de que todo o possível seja atualizado; significa identificar as condições sociais que fazem com que a ação e a experiência humana tenham sentido tomando como ponto de partida o fato de que nem todas as possibilidades abertas poderão ser simultaneamente atualizadas sem bloquear ou dificultar a atualização de outras (BACHUR, 2010, p. 32).

Para a estruturação da complexidade interna do sistema do direito e redução da complexidade desestruturada própria e da de seu entorno – que produz incerteza e desconfiança nas instituições –, as decisões jurídicas somente podem legitimar-se pela referência seletiva a componentes outros do próprio sistema, produzidos de forma originária ou filtrados dos demais subsistemas sociais. Esta construção rende ao direito a racionalidade necessária para que se firme como um sistema cerrado operativamente.

Isso resulta de que o sistema, para que se estabeleça, precisa fixar limites diante de seu entorno. Essa aquisição evolutiva é decorrente da construção de estruturas internas aptas a promover o contato entre seleções, conduzindo-as através de caminhos não arbitrários. Assim, estabelecem-se conexões capazes de rechaçar excessos combinatórios e seleções desorientadas, contribuindo para a construção de complexidade adequada.

Importa dizer, a heterogeneidade não justificável da aplicação dos programas decisórios do sistema sobre idênticas circunstâncias onticamente apreensíveis obstrui a aptidão do direito para promover seleções operativas dotadas de sentidos não arbitrários, ocasionando ruídos comunicacionais indesejáveis e esmaecendo as próprias fronteiras do sistema.

Ocasionam-se atualizações disfuncionais das possibilidades do sistema, em que são perseguidas múltiplas interconexões simultaneamente, às vezes inconciliáveis, obstruindo sua autopoiese e dificultando a delimitação de seus horizontes. O sistema adquire mais complexidade desestruturada.

Segundo Gonçalves e Filho, uma forma de superar o problema do elevado grau de incerteza do sistema social foi identificar mecanismos normativos de orientação do agir. Asseveram os autores que, “[as] normas desempenharam este papel na teoria parsoniana. É por este motivo que Parsons atribuiu ao direito a função integrativa: reduz complexidade e possibilita a ordem social à medida que estabelece parâmetros para a coordenação da ação” (GONÇALVES; FILHO, 2013, n. p.).

A história do paleojuspositivismo, sobretudo da jurisprudência analítica inglesa dos Novecentos, demonstra que a criação de um subsistema especializado na produção de decisões vinculativas no interior do sistema jurídico contribui como fator negativo para a estabilização do esperar normativo. Esse fenômeno conduziu, em certa medida, a um desgaste da própria função do direito, colaborando para a erosão das próprias bases reflexivas do sistema. O isolamento solipsista dos centros decisores, demonstra a tradição, acaba funcionando como obstáculo à estabilização e generalização das expectativas de comportamento juridicamente reguladas.

O desprezo injustificado pelos sentidos intersubjetivamente compartilhados, pela consistência das decisões adotadas pelos tribunais, pela teoria do direito, pela hermenêutica e pela própria dimensão do mundo prático se torna fonte de desapontamento de expectativas legitimamente estabelecidas, limitando a capacidade da sociedade de projetar, no presente, comportamentos futuros.

Nem a tirania da vontade, nem os *privilégios cognitivos* dos usuários qualificados das estruturas comunicativas do sistema jurídico devem negar estatura ao direito enquanto prática social compartilhada. Não podem servir de justificativa moral – sentido lato – para a extorsão de sentidos, assujeitando o *corpus* jurídico a outros domínios sociais, transformando-o em puro instrumento da vontade de poder (*wille zur macht*).

O subjetivismo psicologista próprio do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, caudatário da metafísica ontoteológica da modernidade, ainda vigente em grande parte no senso comum teórico dos operadores jurídicos nacionais, fundamenta uma prática jurídica absolutamente incompatível com o caráter intersubjetivo de um direito compreendido democraticamente como empreendimento público.

Ao delimitar os horizontes da compreensão do objeto segundo um *cogito* personalista, o operador jurídico escancara as fronteiras do sistema para múltiplas racionalidades baseadas em elementos extrajurídicos não mediatizados. O sistema jurídico se torna refém da consciência de si próprio do pensamento do intérprete-aplicador.

A subjetivação solipsista da práxis jurídica aprofunda a irracionalidade do direito ao forçar conexões operativas com elementos exógenos heteroproduzidos. É dizer, ao fundamentar a decisão jurídica em terceiros valores não testados pelos programas condicionais do sistema jurídico, o centro decisor esmaece suas fronteiras, dificultando a estabilização e a generalização das expectativas normativas. O direito perde em segurança e previsibilidade: torna-se mais complexo e contingente.

Não se ignora que o jurista, enquanto sujeito pensante, seja cativo de seu próprio psiquismo. Contudo, “aquele que é conscientemente orientado para o direito deve saber do que está tratando. Deve referir-se a um sistema social de direito já constituído ou aos sedimentos textuais desse sistema” (LUHMANN, 2005, p. 103, tradução nossa).

Não sem razão, várias vertentes pós-positivistas defendem a necessidade de se atribuir ao direito coerência, no sentido de interconexão logicamente estabelecida entre os seus elementos, integridade, como ideia de pertencimento ao sistema considerado em sua globalidade e consistência, como correlação abrangente entre as decisões por ele proferidas.

Alexy (2015, p. 129), bem a propósito, expõe que “[u]ma fundamentação jurídica que [não] diz respeito a um sistema é uma fundamentação *ad hoc*. Ela não satisfaz os postulados da universalidade e da generalidade e, com isso, às exigências elementares de justiça”. Prossegue o autor afirmando que a satisfação de *ideais de justiça* exige um engate da fundamentação jurídica com um sistema tão coerente quanto possível.

Há de se conferir clausura operativa e propiciar coação seletiva ao sistema. Apenas desse modo é possível confiar nas instâncias decisórias do direito, desenvolvendo um direito formal e materialmente capaz de estruturar os problemas inerentes à vida cotidiana, tornando-o funcionalmente diferenciado e verdadeiramente autônomo em relação a outros domínios da realidade.

Como se discutirá posteriormente, um dos grandes fatores de geração e de incremento de complexidade pelo “sistema de precedentes”, no Brasil, é justamente o fato de os tribunais adotarem corriqueiramente, quando da elaboração de seus enunciados normativos – que, em sentido sistêmico, não deixam de ser decisões jurídicas – , um verdadeiro sincretismo teórico no que se refere à interpretação dos textos jurídico-normativos, ora repristinando uma espécie de neopositivismo-lógico de cariz puramente semântico, ora lançando mão de um realismo jurídico retrô puramente pragmaticista, quando assim convém.

Esse *eclétismo teórico* fomenta o ingresso não mediatizado de elementos extrassistêmicos no interior do sistema do direito, embaraçando sua autopoiese, negando sua autonomia e prejudicando enormemente o desempenho de sua função específica, bem assim a entrega de sua prestação aos demais subsistemas sociais.

Esse problema se agrava sobremaneira em face da força coletivamente vinculante da norma jurídica geral positivada pelas cortes superiores nos termos do “microsistema de precedentes obrigatórios”. As decisões por elas adotadas segundo essa sistemática obrigam os órgãos jurisdicionais “inferiores” a perfilharem as mesmas teses jurídicas em suas próprias decisões, reproduzindo nos diversos níveis do sistema os inconvenientes acima enumerados.

Um dos objetivos precípuos dessa metódica é a formação concentrada de enunciados uniformizadores, de natureza obrigatória. O *ethos* dessa sistemática é a adoção necessária, pelos juízos e tribunais vinculados, do “precedente vinculante” em suas decisões, reduzindo a complexidade judicial para o enfrentamento da litigiosidade repetitiva.

Para garantir a eficácia desses enunciados, possibilita-se, inclusive, o manejo de um instrumento processual denominado reclamação, cuja finalidade, no contexto ora discutido, é a preservação da autoridade do “precedente”. É considerada omissa a decisão que deixa de manifestar-se sobre as teses firmadas de acordo com o “sistema de precedentes”.

Nessa senda, Luiz Guilherme Marinoni (2014) defende que uma das consequências deletérias de se perfilhar aquilo que chamou de *teoria da interpretação* é o acarretamento da indeterminabilidade dos resultados revelados a partir do texto da lei.

Disso decorre, segundo professa o autor, que, em um modelo de direito em que juízes e tribunais detenham o poder de interpretar os textos jurídicos, caberia às cortes de vértice, como guardiões da integridade do ordenamento jurídico, desvelar e fixar o verdadeiro sentido e alcance das normas jurídicas.

A partir da positivação da tese pela corte de vértice, nenhum juiz ou tribunal pode decidir os casos trazidos a sua apreciação sem considerar o sentido afirmado no “precedente”, cuidando de operar na dimensão de um esquema de subsunção lógico-dedutivista. Isso bastaria para elidir a insegurança aplicativa do direito, estabelecendo uma ordem de previsibilidade de comportamentos previamente convencionados.

Por essa linha argumentativa, a unidade do direito derivaria da própria autoridade do “precedente”, o que se refletiria em ganho de coerência para a ordem jurídica, possibilitando o tratamento uniforme de casos semelhantes. O “precedente” é, assim, alçado à categoria de coisa-em-si, dotado de valor próprio, atribuindo sentido inequívoco ao texto da lei.

Dentre os valores promovidos pela obediência ao “precedente” estariam a clareza e objetividade do direito, a promoção da isonomia, o fortalecimento das instituições, a limitação da arbitrariedade do Poder Judiciário, a previsibilidade, a racionalidade e a economicidade (MITIDIERO, 2013).

Marinoni (2014, n. p.), tratando do que denomina “sistema concentrado de precedentes”, sustenta que a “falta de clareza, compreendida como indeterminabilidade ou equivocidade dos textos legais, é eliminada pelos “precedentes”, que, ao conferirem unidade ao direito, eliminam a possibilidade de as condutas serem qualificadas de forma variada e imprevisível”.

Portanto, uma vivência pautada pelo direito dependeria de sua uniformidade, de modo que aos tribunais superiores incumbiria desempenhar o papel de “cortes de precedentes”, evitando que a textura aberta e a dupla indeterminação do direito ameacem sua autoridade, despindo-o de sua força para a regulação social. É nesse sentido que o “precedente obrigatório” reduziria a complexidade inerente ao direito, viabilizando sua maior cognoscibilidade.

Outros, a exemplo de Lenio Streck e Igor Raatz (2016), mostram-se bastante céticos em relação à adequação do “sistema concentrado de precedentes” à promoção dos fins propagandeados pela doutrina de Marinoni e Mitidiero. Obtemperam que o “precedente”, em sua formatação brasileira, peca por extrair sua legitimidade da autoridade de que emanou, e não de suas boas razões – *auctoritas non veritas facit legem*. Em termos sistêmicos, é possível afirmar que ao extraírem sua legitimação da autoridade da corte, e não do material jurídico produzido pelo sistema, os “precedentes” podem acabar funcionando como verdadeira porta de entrada para elementos estranhos ao direito, podendo, inclusive, ignorar filtros sistêmicos importantes, como a própria constituição.

Lenio Streck (2016) professa que os métodos de uniformização de jurisprudência criados pela legislação brasileira, ao tratarem todos os provimentos listados no artigo 927 do CPC indistintamente como se fossem “precedentes”, incorrem, ainda, em um confuso sincretismo teórico. Decisões prolatadas em IRDR e IAC, bem assim em RESP e RE repetitivos são equiparadas a decisões de controle abstrato de constitucionalidade que, a seu turno, são tratadas como equivalentes às súmulas simples e vinculantes.

Em doutrina, costuma-se dizer com bastante frequência que esses “precedentes”, integrantes de um sistema no estilo *common law*, atuam como um parâmetro normativo redutor de complexidade apropriado para o combate da litigiosidade de massa. Todavia, como se verá adiante, o autêntico sistema de precedentes judiciais do *common law* é fator de incremento de complexidade – e não de sua redução –, especialmente porque há de se investigar em cada *decisum* o que nele se pode considerar *ratio decidendi* para a orientação de futuras decisões, e os métodos para promover tal investigação estão longe de gerar consenso na doutrina comunalista (STRECK, 2019, p. 93-95).

Nesse prisma, essa espécie de *positivismo neopandectista*, em que se abrem esconsos para o surgimento de pronunciamentos vinculantes motivados por razões extrajurídicas, sem possibilidade de haver um controle efetivo das razões invocadas nos “precedentes”, pode ter por efeito o monopólio do sentido dos textos jurídico-normativos pelas cortes de vértice, passando, os pronunciamentos obrigatórios, em razão de sua vinculação coletiva, a ocupar um *locus* privilegiado no sistema jurídico, disputando protagonismo com o próprio direito legislado.

A importação de razões extrajurídicas pelas “cortes de precedentes”, o que costuma se dar pelo apelo a *valores* ou pela construção de álibis retóricos – voz das ruas, sentimento de impunidade da população, credibilidade do Poder Judiciário etc. –, nega seletividade às conexões operativas do direito, o que dificulta o estabelecimento de relações significativas entre operações jurídicas, aumentando desestruturada e heterogeneamente a complexidade do sistema. A garantia de uma autorreprodução reflexiva resta prejudicada.

Num sistema jurídico em que impera a complexidade inadequada, seus centros autônomos de decisão deixam de compartilhar uma linguagem comum e integrada sobre o fenômeno do direito (e sobre a própria interpretação da realidade prática). A ordem coletiva sucumbe a um estado de anomia, com ausência de uma ordem universalizante de regras e princípios. Deixa de existir um ponto de ancoragem em relação ao qual a sociedade possa se nortear com um grau tolerável de previsibilidade.

Feitas essas colocações, o presente trabalho busca pôr em perspectiva, sob o prisma da construção e manutenção de uma adequada complexidade no interior do sistema do direito, as implicações sociojurídicas do estabelecimento de teses obrigatórias, gerais e abstratas, com pretensão regulatória prospectiva pelos tribunais superiores, sobretudo no que tange ao respeito aos direitos fundamentais.

Adota-se como marco teórico a teoria sistêmica de Niklas Luhmann. Quer-se, com isso, indagar se os mecanismos judiciais de uniformização de jurisprudência concebidos pelo direito brasileiro são, de fato, como professado pela literatura processual especializada, capazes de promover a redução da complexidade do sistema jurídico em prol do estabelecimento de um maior grau de certeza e previsibilidade do direito.

O presente trabalho é estruturado em cinco capítulos, de modo a avançar gradativamente na discussão das questões aqui suscitadas, assim como na exploração de paradigmas teóricos que buscam colocá-las em perspectiva e trazer novos horizontes de reflexão ao estudo do tema.

Como é de se esperar, uma abordagem geral e introdutória da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann se faz necessária para embasar o presente estudo. Logo, far-se-á uma breve exposição das principais categorias da semântica luhmanniana, sem descurar do fato de que uma exposição

conceitual aprofundada fugiria completamente ao escopo do presente trabalho. São abordadas, portanto, apenas algumas ideias-chave da teoria de sistemas, na extensão e profundidade que a compreensão do tema requer.

Nessa rápida digressão, o direito moderno é tematizado como caracterizado na obra de Luhmann, vale dizer, como um subsistema do sistema social, dotado de diferenciação funcional, autorreferência, clausura normativa e abertura cognitiva, dando-se especial enfoque ao processo de diferenciação funcional do sistema jurídico, conduzido evolutivamente pela especialização de seus elementos em face do seu entorno intra e extrassocial.

No primeiro capítulo, como visto, foram introduzidas e expostas as principais controvérsias que circundam o tema em estudo. Foram apresentados os objetivos gerais e específicos, o problema, a justificativa, bem como o referencial teórico da pesquisa.

No segundo capítulo, é traçada uma breve contextualização das origens e do funcionamento do direito pretoriano nos países de tradição anglo-saxônica com o relativamente recente processo de sua assimilação pelo direito brasileiro, legicêntrico por excelência. Ainda nesse tópico, são expostas panoramicamente as características gerais, a estrutura e as bases normativas do direito jurisprudencial. É nesse ponto que se examina institutos como a súmula vinculante, as decisões em controle abstrato de constitucionalidade e os demais enunciados obrigatórios por força de lei arrolados no artigo 927, do CPC de 2015.

No terceiro capítulo, a pesquisa se debruça sobre o conceito de sistema, bem como sobre sua construção reflexiva, versando sobre autorreferência, fechamento operativo e abertura cognitiva, endereçadas à compreensão da autopoiese do sistema jurídico e ao seu significado para a evolução do direito positivo. Ademais, é empreendida uma investigação da adequação do direito jurisprudencial ao direito brasileiro, com destaque para o relevante papel que desempenham os tribunais na autopoiese do sistema jurídico. Nesse momento, a exposição recebe aportes filosóficos da hermenêutica jurídica, o que ocorre através da problematização da discricionariedade e da subjetividade interpretativa judicial, bem como da problematização do elevado grau de liberdade interpretativa conferido aos juízes no processo de cocriação do direito.

Sob a perspectiva da metódica estruturante e da hermenêutica jurídica, são tratados os impactos do sincretismo teórico dos critérios metodológicos utilizados para a criação dos enunciados vinculantes pelas cortes de cima, assim como, nesse contexto, o fenômeno da autoridade conferida ao “precedente” pela legislação brasileira.

De posse das premissas estudadas nas sessões antecedentes, o quarto capítulo dedica-se a entender a relação da prática jurisprudencialista brasileira com a complexificação e desorganização entrópica do sistema jurídico, o que, teoriza-se, ocorre pela ausência de coação seletiva entre operações jurídicas não adequadamente atualizadas, resultantes de um processo alopoiético do sistema do direito.

No capítulo quinto, que encerra as considerações finais deste estudo, é levado a efeito um apanhado panorâmico dos principais achados da pesquisa empreendida, apresentando-se as conclusões e os principais resultados a que se chegou ao fim do processo de sua elaboração.

Eis, portanto, o esboço da presente pesquisa.

2 O PRECEDENTE E SUA RECEPÇÃO NO BRASIL

2.1 Breve Histórico

Fruto da pós-modernidade, o positivismo jurídico, como afirma Streck (2017), constitui-se num fenômeno complexo. Tendo por inspiração, ora o realismo filosófico da metafísica clássica, ora o paradigma epistemológico da filosofia da consciência, em que a razão humana atribui sentido às coisas, diversas foram as configurações assumidas por ele ao longo dos últimos séculos.

O positivismo jurídico clássico, categoria que remonta ao Século XIX, deita suas raízes no positivismo científico de Auguste Comte e John Stuart Mill, para o qual só interessa a tematização de fatos. Vale dizer, em contraposição ao jusnaturalismo racionalista, o direito é visto como produto de alguma autoridade humana previamente legitimada. O direito, nessa acepção, é um fato social fruto da razão humana.

Três foram as principais manifestações do juspositivismo clássico em sua gênese: na França, o positivismo exegético de inspiração iluminista, em que o material jurídico é posto pelo legislador racional; na Alemanha, a jurisprudência dos conceitos, em que o direito provém de fonte dogmática, ou seja, encontra sua gênese nas categorias e conceitos formulados pelos doutos e professores e; na Inglaterra, a jurisprudência analítica, em que o direito deriva dos precedentes firmados pela autoridade política competente.

O precedente, instituto estreitamente ligado a uma realidade em que decisões pretéritas são utilizadas como diretriz para a solução de casos futuros, tem sua origem na jurisprudência analítica, é dizer, no positivismo jurídico clássico anglo-saxão. Sem descurar de sua recente aproximação com o direito estatutário, em linhas gerais, no sistema anglo-saxão, o material jurídico, tradicionalmente, é posto por meio daquilo que dizem os juízes e os tribunais.

Por sua relação direta com o tema proposto, faz-se necessário desenvolver um breve esboço sobre alguns dos relevantes aspectos desse sistema. Os termos “*case law*”, “*common law*”,

“sistema anglo-saxão”, “direito inglês” e “sistema anglo-americano” serão aqui utilizados de forma intercambiável para denominar esse sistema. Já termos como “direito judiciário”, “direito jurisprudencial” e “direito pretoriano” serão reservados para manifestações mais gerais do direito em que a jurisprudência goza de protagonismo na ordem jurídica.

2.1.1 Notas sobre o direito anglo-saxão

A teoria clássica do *common law* se desenvolveu em um contexto histórico de forte oposição ao absolutismo teocrático do *Ancien Régime*. Contrapondo-se à doutrina política do direito divino, a única fonte jurídica que passa aqui a ser aceita é o direito comum que, por sua vez, remonta aos costumes imemoriais do povo, à tradição e à experiência, formando um verdadeiro amálgama de máximas não-escritas (MORBACH, 2020).

Inicialmente, na linha do que professava Sir Edward Coke e William Blackstone, sustentava-se que, no *common law*, o papel do juiz seria o de interpretar o conhecimento empírico-jurídico sedimentado ao longo dos séculos, sempre buscando a realização da justiça do caso concreto. A função jurisdicional teria, portanto, caráter declarativo do direito pré-existente (TEIXEIRA, 2007).

Em um segundo momento, contudo, seguindo os estudos de Jeremy Bentham e John Austin, passou-se à compreensão de que o arcabouço jurídico do *common law* seria “estabelecido por juízes que possuíam *law-making authority*, sendo o direito, então, produto da vontade dos magistrados: não algo meramente descoberto, porém, criado” (MARINONI, 2016, n. p.).

De qualquer sorte, independentemente da corrente que se perfilhe – declarativa ou constitutiva da jurisdição –, o *common law* sempre tendeu a ser um sistema centrado em casos, permitindo um grande espaço de manobra para o exercício da discricionariedade judicial, para o raciocínio *ad hoc*, e para a adoção de soluções pragmáticas orientadas às particularidades dos casos levados às cortes judiciais (SLAPPER; KELLY, 2001).

Em sistemas como o inglês, no que se refere à jurisprudência como fonte do direito, a formação do precedente se dá quando um juiz ou tribunal, na resolução de um caso novo, averigua se uma situação similar já foi enfrentada previamente pelo órgão ou poder competente para sua apreciação. Em caso afirmativo, tem-se um precedente que, se tiver sido firmado por uma corte de igual ou de superior estatura, servirá de paradigma para a decisão da nova demanda, cuja solução seguirá a regra estabelecida no caso anterior.

É dizer, no direito anglo-saxão, a identificação do precedente é feita *a posteriori*, mediante interpretação retrospectiva levada a efeito pelo juiz ou tribunal responsável pela sua aplicação. O status de “precedente” que se atribui a uma decisão apenas é alcançado posteriormente, quando as cortes lidam com casos novos, buscando nos repertórios especializados decisões relevantes que sirvam de paradigma para a aplicação do direito. A isso, dá-se o nome de *precedential significance*.

São fatores determinantes para o surgimento de um precedente, além da simples autoridade, a qualidade, a coerência, a consistência e a integridade de suas razões. Se uma decisão “pioneira” for considerada “correta”, passa ela a funcionar como padrão decisório para as demais instâncias judiciais. Portanto, o precedente nunca nasce precedente, mas torna-se.

O certo é que a vinculação ao precedente nem sempre foi uma característica presente no modelo inglês. Versando sobre a gênese da obrigatoriedade do precedente, Daniel Mitidiero ensina que:

É a partir desse caldo cultural que as condições para o surgimento da força vinculante do precedente aparecem. Organizadas as cortes de forma hierárquica, reportadas as razões de suas decisões e existente uma acentuada mobilização social por segurança jurídica, o caráter meramente persuasivo do precedente acabou sendo abertamente questionado ao longo de todo os Oitocentos, na medida em que a possibilidade de afastamento do precedente pela discordância das suas razões por qualquer juiz tornavam as razões invocadas nas decisões judiciais simples exemplos despidos de valor normativo. Em outras palavras: em simples conselhos oriundos da experiência judicial incapazes de prover efetivamente -segurança jurídica (MITIDIERO, 2018, n. p.).

A partir, então, dos debates travados pela *House of Lords*, no Século XIX, em casos como *Velley v. Burder* (1837), *Bright v. Hutton* (1852), *Attorney General v. Dean and Canons of Windsor* (1860) e *Beamish v. Beamish* (1861), é que se solidifica na Inglaterra o *stare decisis*, doutrina pela

qual as razões jurídicas utilizadas para decidir um determinado caso devem ser adotadas pelo tribunal quando deparar-se posteriormente com um caso semelhante (MARINONI, 2016, n. p.). Daí exsurge o chamado *binding effect*: efeito que dimana do precedente obrigatório e que importa na vinculação da corte àquilo que foi decidido, não podendo ela se desviar do entendimento sedimentado, salvo exceções pontuais.

Algumas vantagens da adoção da doutrina do *stare decisis* apontadas por Slapper e Kelly (2001) são: (i) a consistência – os casos são decididos independentemente das crenças e preferências de um juiz individual; (ii) a certeza – as partes são capazes de prever o possível resultado de um caso individual através da referência a uma ou a várias decisões judiciais pretéritas; (iii) a eficiência – economia de tempo e de recursos para o Judiciário e para os demais atores processuais e; (iv) a flexibilidade – possibilidade de o Judiciário desenvolver regulamentação própria para determinadas áreas sem a necessidade de aguardar pela atuação do Parlamento.

2.1.2 No Brasil

A existência de um direito judiciário no Brasil não é fenômeno recente. Ao contrário, remonta à figura das *fazañas* e aos juízos de alvedrios, julgados sobre querelas individuais que, em circunstâncias especiais, assentavam jurisprudência, devendo ser observadas na resolução de casos futuros.

As *fazañas* e os alvedrios foram posteriormente substituídos pelos Assentos da Casa de Suplicação, “[...] atos do Poder Judiciário, [que] não resolviam litígios *hic et nunc*, isto é, [...] determinações sobre a inteligência das leis, quando na execução delas ocorriam dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes [...]” (ALMEIDA JÚNIOR, 1960, p. 444). Eram, assim, enunciados gerais e abstratos produzidos pelo Judiciário, que gozavam de força vinculante e traduziam a “verdadeira” interpretação da lei em casos considerados controvertidos.

Anos mais tarde, na década de 1960 do Século XX, o Ministro Victor Nunes Leal, do STF, juntamente com sua equipe de juristas, idealizou a figura da súmula de jurisprudência predominante, divisando-a inicialmente apenas como metodologia interna de trabalho da própria Corte Suprema. A esse respeito, Marcelo Souza (2006, p. 253) preleciona:

A origem da súmula no Brasil remonta à década de 1960. Sufocado pelo acúmulo de processos pendentes de julgamento, a imensa maioria versando sobre questões idênticas, o Supremo Tribunal Federal, após alteração em seu regimento (sessão de 30.08.1963) e enorme trabalho de Comissão de Jurisprudência, composta pelos ministros Gonçalves de Oliveira, Pedro Chaves e Victor Nunes Leal, este último seu relator, em sessão de 13.12.1963, decidiu publicar oficialmente, pela primeira vez, a Súmula da sua Jurisprudência, para vigorar a partir de 01.03.1964. A edição da Súmula – e dos seus enunciados individualmente – é resultante de um processo específico de elaboração, previsto regimentalmente, que passa pela escolha dos temas, discussão técnico-jurídica, aprovação e, ao final, publicação para conhecimento de todos e vigência.

Esses enunciados, embora desprovidos de obrigatoriedade, foram pensados, à semelhança dos já citados Assentos do direito ibero-americano, de modo a refletir autêntica atividade interpretativa da lei em matérias que suscitavam dúvidas manifestadas em julgamentos divergentes, não referindo-se a decisões de casos particulares.

Os enunciados de súmula foram sendo então paulatinamente incorporados pela legislação ordinária, passando a irradiar diversos efeitos no sistema jurídico como um todo, a exemplo do que se fez constar no artigo 557 do CPC de 1973, que dispunha que o relator poderia, monocraticamente, negar seguimento a recurso que estivesse em confronto com a súmula de seu tribunal, do STF, ou de outro tribunal superior.

De início, partindo-se da clássica premissa de que a imutabilidade das decisões judiciais se opera apenas entre as partes – limites subjetivos da coisa julgada –, os enunciados de súmula foram esboçados de modo a gozar de eficácia meramente persuasiva, ou seja, foram concebidos para servir de referência para a orientação de juízes e tribunais em relação a temas controvertidos exaustivamente enfrentados pela corte responsável por sua edição.

Tempos mais tarde, o legislador ordinário editou as Leis n° 9.868/1999 e n° 9.882/1999, que versam, respectivamente, sobre o processo e o julgamento da ação direta de

inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o STF.

Ambos os textos legais preveem que a decisão, seja cautelar, seja de mérito, nas ações de inconstitucionalidade, goza de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, que se estendem aos órgãos do Poder Judiciário e à toda a Administração Pública.

Conforme esboçado em doutrina, a eficácia *erga omnes* é oponível a todas as pessoas, sejam públicas ou privadas, ao passo que o efeito vinculante atinge diretamente apenas pessoas, órgãos e agentes estatais. De todo modo, a indiscutibilidade da coisa julgada nessas ações transcende as partes formais do processo, produzindo efeitos generalizantes em todo o sistema.

Posteriormente, em dezembro de 2004, com a aprovação da EC n° 45 à Constituição da República de 1988, facultou-se inovadoramente ao STF a edição de enunciados de súmula com efeito vinculante, de observância obrigatória pelos órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública de todos os entes federados.

O artigo 103-A, incluído pela citada emenda, passou a prever que incumbe ao STF, após múltiplas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula de efeitos vinculantes de observância compulsória pelos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

O método de trabalho proposto pelo constituinte derivado prevê que tais enunciados devem versar sobre validade, interpretação e eficácia de normas determinadas, desde que haja controvérsia entre órgãos judiciários ou entre órgãos judiciários e a Administração Pública, acarretando insegurança e multiplicação de processos de idêntica natureza.

Em seguida, foi aprovada a Lei n° 13.105/2015, que instituiu o CPC de 2015. Seu artigo 927 proclama que juízes e tribunais devem observar em seus pronunciamentos (i) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, (ii) os enunciados de súmula vinculante, (iii) os acórdãos em IAC ou IRDR e em julgamento de RE e RESP repetitivos, (iv) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional e (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O mencionado dispositivo utiliza peremptoriamente o vocábulo “observarão”, no imperativo, não deixando dúvidas quanto à obrigatoriedade da obediência por parte do julgador ao chamado “microssistema de formação de precedentes vinculantes” estatuído pela lei processual. Nessas situações, a norma jurídica geral – a tese jurídica fixada – tem como propriedade vincular as decisões posteriormente adotadas, obrigando os órgãos jurisdicionais vinculados a perfilharem as mesmas teses jurídicas na fundamentação de suas próprias decisões.

A esse respeito, ressaltando as supostas virtudes desse modelo, Patrícia Mello (2016, p. 267) frisa que:

O avanço dos precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro pode ser compreendido à luz da necessidade de realização de três valores fundamentais: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência. A observância dos entendimentos firmados pelos tribunais promove, em primeiro lugar, uma maior previsibilidade, estabilidade e continuidade do direito, tendo em vista que a solução aplicada a um caso norteará a solução dos demais casos análogos, reduzindo-se a discricionariedade dos juízes. O respeito aos precedentes assegura, em segundo lugar, que casos idênticos receberão o mesmo tratamento e, portanto, que os diferentes jurisdicionados serão tratados com isonomia. Torna, por fim, mais racional o trabalho do Judiciário e o uso de seus recursos, voltando a energia dos magistrados para as questões que ainda não foram assentadas, reduzindo o número de reformas de decisões pelos tribunais e desestimulando demandas e recursos aventureiros. Esses são os mesmos valores que, de modo geral, justificaram a adoção de precedentes vinculantes no common law.

Fazendo um importante contraponto à “doutrina precedentalista” nacional, Lenio Streck (2019, p. 76) ressalta que, diferentemente do *common law*, em que um precedente jamais nasce precedente, no Brasil:

[...] a doutrina precedentalista sustenta teses abstratas, prospectivas e generalizáveis, com força de lei, como se precedentes fossem; no *common law*, não apenas há diversas abordagens sobre o significado do precedente, é o tribunal subsequente que será responsável por determinar a norma jurídica em questão.

Como sinalizado, não houve no Brasil a incorporação do modelo de precedentes do *common law*. A par das inúmeras tentativas de aproximação com o sistema anglo-saxão, parecem existir mais diferenças que similitudes entre o direito brasileiro, estatutário por excelência, e o *common law*, de inspiração notadamente jurisprudencialista.

Essa construção, como será visto mais adiante, pode contribuir de forma determinante para que haja um ganho de complexidade estrutural no sistema jurídico, desencadeando uma série de

consequências que podem derruir muitas das vantagens do multicitado “sistema de precedentes” advogadas pelos juristas especializados, esmaecendo importantes marcos divisórios em tese existentes entre as atividades legislativa e judicante.

2.2 Precedente: conceito(s) e institutos correlatos

2.2.1 Conceito(s)

A compreensão teórica do precedente no *common law*, berço do instituto, até hoje é alvo de acesos debates, despertando fortes controvérsias e, até mesmo, algumas inconsistências argumentativas. Pode-se dizer que existem amplas divergências doutrinárias sobre como deve ser levada a cabo a identificação do precedente, problema que gera reflexos no própria compreensão prática deste instituto.

Ronald Dworkin (2014) indica, a título ilustrativo, que os juristas americanos e ingleses costumam falar em doutrina do precedente no sentido de que casos anteriores semelhantes a casos novos devem ser “repetidos” nesses últimos, estabelecendo, todavia, uma distinção entre aquilo que se poderia chamar de doutrina estrita e doutrina atenuada do precedente.

Pela doutrina estrita, os juízes são obrigados a seguir as decisões anteriores de outros tribunais, em geral, do mesmo ou de superior nível hierárquico, ainda que as considerem incorretas; no que se refere à doutrina atenuada, exige ela que o juiz do caso posterior atribua algum peso às decisões anteriores referentes ao mesmo problema, devendo segui-las, a não ser que as considere erradas o suficiente para justificar seu afastamento.

O embate teórico sinteticamente exposto acaba trazendo à baila ao menos três correntes acerca de como se deve interpretar o fenômeno do precedente: (i) precedente como regra imposta (*rule-stating model*); (ii) precedente como aplicação de princípios subjacentes (*principle-*

exemplifying model) e; (iii) precedente como decisão a partir do balanço de razões existentes na decisão do caso individual, ou de analogia particular (*model of particular analogy*) (STRECK; RAATZ; MORBACH, 2019).

Encarar o precedente como regra imposta (*rule-stating model*) significa, em apertada síntese, defender que um tribunal, ao decidir um caso particular, cria uma regra que deve então ser aplicada prospectivamente. Essa posição ignora o papel das cortes subsequentes na identificação da *ratio decidendi* – no *common law*, a elaboração de regras abstratas e obrigatórias, com pretensões prospectivas, não encontra amparo na jurisprudência, sobretudo porque se considera que isso importaria em uma ilegítima usurpação de função legislativa pelos tribunais, o que seria de duvidosa constitucionalidade.

O segundo modelo (*principle-exemplifying model*) propõe a aplicação dos princípios subjacentes à decisão do tribunal de que emana o precedente. Consoante o magistério de Ronald Dworkin (2002), uma decisão dotada de fundamentação deficiente é carente de força obrigatória. São os princípios que atribuem “força gravitacional” ao precedente, de modo que uma decisão fundamentada meramente em argumentos de política não teria o condão de gerar força vinculante.

Essa corrente apenas desloca o problema para um momento posterior: como saber com algum grau de precisão quais princípios subjazem às decisões prolatadas pelos juízes do passado? Muitas são as teorias que buscam solucionar este questionamento, todas com seus vícios e virtudes, nenhuma com soluções imunes a críticas.

Já a doutrina do precedente como decisão a partir do balanço das razões existentes no caso individual, ou da analogia particular (*model of particular analogy*), defende a construção da *ratio decidendi* a partir do balanço das razões que deram origem ao precedente, aplicadas ao caso em questão, devendo aquela decisão ser seguida pelas cortes subsequentes como correta.

A principal diferença do modelo da analogia particular para a doutrina do precedente como regra imposta é que, enquanto nesta as cortes subsequentes estão vinculadas à *ratio* do precedente, no modelo da analogia particular essa vinculação se dá em relação ao próprio caso que deu origem ao precedente.

Critica-se contundentemente o *model of particular analogy*. A principal reprimenda feita a essa doutrina consiste em questionar em que grau de detalhamento deve ser levada a efeito a comparação entre caso precedente e subsequente para que se autorize a promoção do balanceamento das razões.

Como visto, a questão é complexa e convida o estudioso à reflexão, não havendo unanimidade sequer entre os autores do *common law* a respeito de o que é o precedente, nem de que maneira – ou com que intensidade – deve operar-se a vinculação das cortes aos casos anteriores.

No Brasil, essa importante discussão parece não ter encontrado eco nos debates da comunidade jurídica. A simplificação da questão na literatura nacional é a regra. Nesse sentido:

No Brasil, por outro lado, a questão parece ser simplificada. Em artigo publicado por Luís Roberto Barroso e Patrícia Mello (2016), referidos autores consideram a *ratio decidendi* como “uma descrição do entendimento jurídico que serviu de base à decisão”. Em linha muito similar, Daniel Mitidiero (2016) dispõe que “a *ratio decidendi* de uma questão constitui o resultado de uma generalização das razões invocadas pela corte que julgou o caso devidamente apreendido pelo juiz ou pela corte que deve julgar o novo caso”. Disso se segue que, para os precedentalistas, “[...] da solução de um caso concreto (particular) extrai-se uma regra de direito que pode ser generalizada” (DIDIER JÚNIOR, 2013). É o que Marinoni, Mitidiero e Arenhart (2015, pp. 605, 611) chegam a chamar de “mandamentos normativos”, oriundos das Cortes que seriam responsáveis por “dar a última palavra”, que são “sempre obrigatórios” (STRECK; RAATZ; MORBACH, 2019, p. 320-321).

Isso denota que a metódica da aderência ao “precedente vinculante”, conforme importada pela doutrina brasileira e posteriormente incorporada pelo sistema jurídico, inaugura um mecanismo um tanto confuso de vinculação dos julgadores à “jurisprudência obrigatória” dos tribunais.

A ausência de uma tradição jurisprudencialista consolidada, um ordenamento cujo enfoque central é o direito estatutário, a baixa densidade teórica e o reduzido grau de amadurecimento das discussões travadas pelos juristas são apenas alguns dos fatores que contribuem para a instauração de uma série de situações de difícil contemporização com o texto constitucional.

Para compreender melhor a barafunda instaurada, faz-se necessário primeiramente discorrer sobre alguns institutos jurídicos que são peças-chave para entender o funcionamento do direito judicial, são eles (i) a *ratio decidendi*, (ii) os *obiter dicta* e (iii) a doutrina do *stare decisis*.

2.2.2 *Ratio decidendi*, *obiter dicta* e a doutrina do *stare decisis*

O precedente, como exposto em epígrafe, forma-se quando um julgamento anterior é utilizado como fundamento para um julgamento que venha a ser posteriormente proferido, em vista da similitude havida entre os casos contrastados. O instituto deita raízes, naturalmente, nos sistemas jurídicos da tradição do *common law*, em que o material jurídico é posto por aquilo que dizem os juízes e os tribunais.

Dado que a adoção do precedente deve militar em favor da isonomia e da uniformização do direito, compete ao tribunal estar atento à similitude entre o caso julgado e o precedente que fundamenta sua decisão. Diz-se que, embora não haja a necessidade de uma integral identidade entre os casos em apreço, é necessário que exista uma proximidade entre eles capaz de justificar uma mesma solução jurídica.

Questão espinhosa é saber o que faz com que dois casos sejam considerados “similares” a ponto de autorizar que o julgamento de um deles sirva de paradigma para o outro. Discute-se ainda que elementos da decisão anterior detém força para afetar o julgamento da causa posterior.

Pressupondo que uma decisão judicial possa ser considerada um precedente, sempre gozará ela de força vinculante em relação às demais? Pensar todos esses problemas adequadamente é esforço que perpassa obrigatoriamente pela compreensão de dois conceitos fundantes: *obiter dicta* e *ratio decidendi*.

Obiter dicta – do latim, “dito para morrer” – são coisas ditas de passagem, argumentos jurídicos utilizados na decisão, mas que são prescindíveis para o deslinde da controvérsia. Mesmo que fossem colocados em sentido contrário, em nada afetariam o resultado do julgamento. Podem implicar, por exemplo, em raciocínios paralelos ou em juízos hipotéticos ilustrativos, mas não integram as razões de decidir.

Ao contrário do que possa parecer inicialmente, o discurso cristalizado nos *obiter dicta* não é algo meramente assertórico-demonstrativo: quando bem desenvolvido, seu conteúdo hermenêutico pode constituir ferramenta precioso para a correta interpretação do julgado, dispondo, ainda, de forte eficácia persuasiva, ainda mais em se tratando de casos controvertidos em que o sentido da lei é objeto de acirrada divergência.

Sobre a importância do caráter persuasivo e norteador dos *obiter dicta* no direito jurisprudencial inglês, Slapper e Kelly (2001, p. 75, tradução livre) registram:

Qualquer argumento jurídico que não é parte essencial da *ratio decidendi* é, estritamente falando, supérfluo; um argumento assim encetado é chamado *obiter dictum* (*obiter dicta* no plural), isto é, coisas ditas de passagem. Embora os *obiter dicta* não façam parte do precedente vinculante, eles possuem autoridade persuasiva e podem ser tomados em conta em casos posteriores, se os juízes assim considerarem apropriado.

A *ratio decidendi*, a seu turno, não é a própria decisão, mas o raciocínio jurídico desenvolvido pelo julgador como razão suficiente para solucionar o caso concreto. Também chamada de *holding* no direito americano, a *ratio decidendi*, cuja delimitação depende da abstração dos fatos causa, é o que forma o núcleo do precedente, são os motivos determinantes da decisão.

Infelizmente, a divisão do raciocínio jurídico empregado na resolução de um caso em duas partes bem distintas, é dizer, em *ratio decidendi* e *obiter dicta*, não é um procedimento comumente adotado pelos juízes em seus pronunciamentos, cabendo àquele que posteriormente busca interpretar o julgado discernir o que é razão de decidir do que é *obiter dictum*.

Esse procedimento nem sempre é de simples concretização, o que se agrava em casos em que o intérprete se depara com decisões colegiadas de cortes e tribunais, compostas por uma pluralidade de votos, cada um contendo uma fundamentação distinta, todas elas dando suporte ao resultado do julgamento.

Identificar a *ratio* de um julgado, longe de ser uma tarefa simples, é desafio que há muito ocupa os teóricos do *common law*. Como bem apontam Lenio Streck, Igor Raatz e Gilberto Morbach (2019, p. 321), os doutrinadores do *common law* reconhecem “que a identificação da *ratio* configura a maior dificuldade de se obter um entendimento claro acerca da doutrina do precedente; dificuldade que ‘confunde’ os pensadores jurídicos”. E mais, “[n]ão apenas a *ratio* é,

por vezes, de difícil separação do que é *dictum*, às vezes sequer é possível localizá-la” (STRECK; RAATZ; MORBACH, 2019, p. 321).

Para se ter ideia da complexidade que o tema desperta, é possível apontar, na linha do que professa Melvin Eisenberg (2010), ao menos três abordagens acerca da identificação da *ratio decidendi*: (i) minimalista, (ii) focada no resultado e, (iii) declaratória.

Para a primeira corrente, a *ratio decidendi* consiste na regra estabelecida pela corte no julgado antecedente, que configura o mínimo essencial para a prolação da decisão tida como precedente. Assim sendo, a regra do precedente – a *ratio* – fica circunscrita ao mínimo necessário do julgado antecedente.

A segunda corrente estatui que a regra contida no precedente coincide com o enunciado que, partindo dos fatos da causa, leva ao mesmo resultado a que se chegou no julgado antecedente. Essa corrente põe a tônica da replicabilidade do precedente na similitude da questão de fato principal trazida a julgamento nos casos apreciados.

Para a terceira, a *ratio decidendi* é a regra contida no precedente, dotada de relevância para a solução das questões controvertidas levadas à apreciação da corte. Nos termos do que defende essa doutrina, não apenas a circunstância fática principal, mas todas as questões controvertidas têm igual peso na formação e invocação do precedente.

Arthur Goodhart, professor de teoria do direito na Universidade de Oxford entre os anos de 1931 e 1951, propunha que a *ratio decidendi* deveria ser encontrada a partir da investigação dos fatos da causa considerados fundamentais pelo juiz. Ruppert Cross, a seu turno, contrariamente a essa visão – que ele considera demasiado simplista – assevera que ela deixa de considerar elementos outros que podem ter influenciado a decisão do magistrado que não a questão principal enfrentada no processo. É importante ressaltar, contudo, que, a despeito de ter sido formulada há muitos anos, a teoria de Goodhart permanece sendo bastante empregada por juízes e tribunais americanos em suas decisões sobre casos concretos (STRECK; RAATZ; MORBACH, 2019).

Para Slapper e Kelly (2001), a *ratio* deve ser enxergada como uma abstração legal dos fatos da causa, cabendo ao juiz subsequente a determinação de sua autoridade. A identificação da *ratio*

de um caso precedente seria um processo de racionalização indutiva em que o juiz do caso presente derivaria princípios gerais a partir dos fatos particulares da causa anterior.

Criticando a ausência de um procedimento claro para a identificação da *ratio decidendi*, a forte incerteza daí resultante, bem assim a inescapável oportunidade para o exercício de uma desregrada discricionariedade judicial, os citados autores afirmam que:

[...] o recurso ao raciocínio indutivo não é capaz de garantir a certeza inerente ao uso do método dedutivo. A introdução desse crescente elemento de incerteza é inescapável e inconsciente, mas é, da mesma maneira, apropriado para denotar que a formação do precedente pelas cortes posteriores dá aos juízes dos casos seguintes a oportunidade de conscientemente manipular o precedente. Isso se torna possível na medida em que os juízes dos casos posteriores formulam a *ratio* de um caso prévio à luz de suas opiniões acerca do que deveria ter ocorrido, ao invés de o que de fato ocorreu. Em outras palavras, a eles é garantida a oportunidade de substituir a *ratio* pela sua própria versão, ainda que isso contradiga o que originariamente pretenderam os juízes que decidiram o caso precedente (SLAPPER; KELLY, 2001, p. 165, tradução livre).

Como demonstram Slapper e Kelly (2001), a controversa pretensão de objetividade do precedente é, no mais das vezes, baseada no uso discricionário do raciocínio indutivo e da analogia, sem descartar a possibilidade de as preferências pessoais e os preconceitos do juiz exercerem papel determinante na decisão dos casos enfrentados.

Alguns críticos mais céticos desse arranjo institucional chegam a negar completamente a existência de um método racional para o descobrimento da *ratio*, defendendo que as decisões que aplicam o precedente costumam fazer referência a ele apenas como dispositivo retórico para justificar decisões políticas proferidas à margem da lei (SLAPPER; KELLY, 2001).

Consoante o magistério de Streck, Raatz e Morbach (2019, p. 323), ao contrário do que defendia Arthur Goodhart, que chegou mesmo a desenvolver uma “[...] teoria de forma a contrapor os realistas jurídicos norte-americanos”, para os últimos, a identificação da *ratio* e, portanto, toda a lógica do precedente seria mera ilusão.

Mesmo diante de toda a controvérsia existente em torno da identificação da *ratio decidendi*, por razões de segurança jurídica, de promoção da isonomia e de necessidade de uniformização do direito, a doutrina anglo-saxônica viu como indispensável a atribuição de força obrigatória a este elemento do precedente.

Por certo, o caráter meramente persuasivo do precedente se mostrou insuficiente na *práxis* jurídica do *case law*, “na medida em que a possibilidade de afastamento do precedente pela discordância das suas razões [a *ratio*] por qualquer juiz tornavam as razões invocadas nas decisões judiciais simples exemplos despidos de valor normativo” (MITIDIERO, 2018, n. p.).

Passou-se a adotar, então, no direito inglês, a doutrina do *stare decisis*. A partir desse marco, a *ratio decidendi* do precedente passou a ser encarada como de observância obrigatória quando do julgamento de casos similares. A obrigatoriedade que emana da *ratio* do precedente se torna, então, fonte de vinculação da corte àquilo que foi decidido, não podendo esta ignorá-la.

Herman Oliphant (1928) aponta que a doutrina do *stare decisis* pode significar duas realidades distintas, embora inegavelmente complementares. Inicialmente, exprime que a decisão anterior deve ser seguida, e não desconsiderada; mas também expressa que essa decisão deve ser seguida em detrimento de qualquer outra.

Importa mencionar, ainda, na linha do que ensina Osmar Côrtes (2008) que, no direito inglês, os precedentes nem sempre são vinculativos, a exemplo das decisões das cortes superiores, como as da *House of Lords*, que vinculam as das inferiores, mas as destas nem sempre são levadas em conta por aquelas.

Então, como visto acima, o *stare decisis*, no *common law*, está intrinsecamente ligado à autoridade do tribunal de que emana a decisão. Contudo, os julgamentos de uma corte superior apenas adquirem o *status* de precedente mediante o alcance das partes neles envolvidos, bem assim de sua aceitação pelas instâncias inferiores, o que ocorre através de sua incorporação em seus julgados e de sua referência como precedente.

Isso se dá em razão do papel da corte subsequente na identificação da *ratio* e na aplicação do precedente. Denota-se, assim, nesse particular, uma grande margem de discricionariedade na manipulação do precedente pelo tribunal subsequente, que dispõe de boa margem de independência para interpretar os fatos da causa e o direito aplicável.

Face à grande flexibilidade que comporta a doutrina do *stare decisis* na prática judicial do direito anglo-americano, “no *common law*, uma decisão judicial não nasce já com o selo de

precedente; é o futuro que dirá a respeito de sua força vinculante; da sua *precedential significance*” (STRECK; RAATZ; MORBACH, 2019, p. 326).

2.2.3 Técnicas de distinção e superação do precedente

Até aqui, restou assente que, no arranjo institucional em comento, o órgão julgador deve atentar para a obrigatoriedade dos precedentes e que, nas hipóteses em que isso ocorre, deve verificar a similitude entre o caso em julgamento e o precedente em tese aplicável.

Em face de um caso concreto, o magistrado deve contrastar os “elementos da demanda” com os “elementos caracterizadores de demandas anteriores”. Em havendo uma “aproximação” entre estes conteúdos, deve discernir se é o caso de aplicar a *ratio decidendi* firmada nas demandas anteriores. Esse, em apertada síntese, é o *iter* procedimental que deve ser seguido pelo julgador (MARINONI, 2016).

Todavia, pode haver diferenças entre os casos. Nessa hipótese, sem descartar sua força obrigatória, o juiz simplesmente reconhece a não incidência do precedente. Diz-se que estão ausentes seus pressupostos de incidência, isto é, o ajustamento do caso *sub judice* ao “âmbito do precedente”, tendo em vista “a diferença do significado jurídico dos fatos subjacentes ao precedente”. Todo e qualquer juiz pode reconhecer a não incidência de um precedente (MITIDIERO, 2018).

Nos termos do artigo 489, § 1º, inciso VI, do CPC de 2015, o dever de fundamentação das decisões judiciais impõe ao magistrado que decline nas razões de seu pronunciamento a existência de distinção entre o caso julgado e o precedente para que possa deixar de aplicar enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sob pena de sua decisão ser considerada não fundamentada e, portanto, nula.

Fala-se, nessa hipótese, em *distinguishing* (distinção, confronto), ou seja, no procedimento em que se evidencia que, entre o caso posto para julgamento e o precedente em tese aplicável não

há “coincidência entre os elementos materiais”, seja por dessemelhança entre os “fundamentos do caso concreto” e a *ratio* do paradigma, seja por conta de alguma particularidade da causa singular, afastando-se a aplicação do precedente. É dizer, o julgador averigua se o caso posto e o julgado paradigma são “suficientemente análogos” para que este possa determinar a solução jurídica dada àquele.

Uma questão que merece ser frisada, e que é explicitada pela própria doutrina, é que entre um caso concreto posto para julgamento e o caso que deu origem ao precedente judicial jamais haverá uma “identidade absoluta” entre os elementos da demanda. Ainda assim, admite-se que, a par das diferenças, seja possível aplicar a *ratio* extraída do precedente, desde que “a mesma tese jurídica possa ser aplicada” (MARINONI, 2016).

Discorrendo sobre a existência de um verdadeiro espaço não demarcado de discricionariedade para a aplicação do precedente aos casos postos em julgamento, Didier, Braga e Oliveira (2015a, p. 492-493) asseveram que:

Percebe-se, com isso, certa maleabilidade na aplicação dos precedentes judiciais, cuja *ratio decidendi* (tese jurídica) poderá, ou não, ser aplicada a um caso posterior, a depender de traços peculiares que o aproximem ou afastem dos casos anteriores. Isso é um dado muito relevante, sobretudo para desmistificar a ideia segundo a qual, diante de um determinado precedente, o juiz se torna um autômato, sem o qual qualquer outra opção senão a de aplicar ao caso concreto a solução dada por outro órgão jurisdicional.

Esse mecanismo de não incidência abre a possibilidade de que um órgão julgador não se considere sujeito à autoridade de um precedente. Juízes e tribunais costumam, não raro, empregar o *distinguishing* quando, por alguma razão, relutam em seguir um entendimento particular firmado na *ratio* de um precedente a que, não fosse a “distinção”, estariam vinculados (SLAPPER, KELLY, 2001).

Há situações em que, existindo “relevantes razões”, o próprio tribunal que firmou o precedente pode, de forma expressa ou tácita, abandoná-lo em favor de uma nova orientação. O precedente perde sua força obrigatória, oportunidade em que é substituído por outro. Trata-se de uma técnica denominada *overruling* (superação).

O *overruling*, conforme especulado em doutrina, é uma necessidade ínsita ao próprio mecanismo de formação e aplicação do precedente judicial. A possibilidade de alteração de entendimento seria uma contingência justificada na necessidade de desenvolvimento do direito. Quanto a isso, há três questões que merecem ser aqui endereçadas: (i) em que hipóteses permite-se a alteração de um precedente, (ii) de que modo pode ocorrer essa alteração, (iii) quem pode provocá-la.

Daniel Mitidiero (2018) leciona que a superação de um precedente pode ser total ou parcial. Nos moldes do que defende o autor, a superação total do precedente se resguarda como resposta ao desgaste de sua “congruência social”, de sua “consistência sistêmica” ou, ainda, em face de um “evidente equívoco” na sua solução. Nessas hipóteses, os “princípios básicos que dão sustentação ao *stare decisis – basic overruling principles*” deixam de autorizar a replicabilidade do precedente (*replicability*).

Na mesma linha, Guilherme Marinoni (2014) afirma a necessidade da superação (*overruling*) do precedente quando implicar na preservação da “congruência social” e da “coerência sistêmica” do direito, salvaguardando os princípios da proteção da confiança e da igualdade de todos perante a ordem jurídica.

A superação parcial (*overturning*) é admitida nas modalidades da reescrita e transformação. Faz-se premente em situações nas quais, para a promoção da “unidade prospectiva do direito”, não se mostra “conveniente ou oportuno” recorrer à técnica do *overruling* (superação total).

Há transformação quando a corte, sem afastar a “unidade formal” do precedente, isto é, sem admitir o seu “desgaste ou equívoco”, promove nele uma “reconfiguração”, levando em conta “elementos fático-jurídicos” não considerados da decisão anterior (MITIDIERO, 2018).

A seu turno, a reescrita é o procedimento em que a corte “redefine o âmbito do precedente”. Em outros termos, o precedente é “reescrito” para restringir seu “âmbito de aplicação”, de modo que algo que não tenha sido levado em conta na decisão anterior seja “sopesado”, “comprimindo seu o alcance” (MITIDIERO, 2018).

Seja como for, a corte que firmou o precedente é a única legitimada para promover sua superação. Diz-se que “[a] autoridade do precedente, ao contrário do acerto da experiência, é o que efetivamente conta para justificar o dever de seguir o precedente” (MITIDIERO, 2018, n. p.).

Mitidiero (2018) propõe que, embora os demais juízes e tribunais não possam deixar de seguir os precedentes firmados pelas cortes mais graduadas (promover o *overruling* ou o *overturning*), podem adotar uma prática conhecida no direito anglo-saxão como *dissent opinion* nas razões de suas decisões.

Seguindo a sistemática acima mencionada, embora não possam afastar-se da *ratio* do precedente, aos órgãos jurisdicionais menos graduados é conferido aportar por escrito, nas razões de decidir, as divergências manifestadas em relação ao entendimento vinculante, desde que a *opinion* assim externalizada não seja utilizada para influir no julgamento (MITIDIERO, 2018).

Importa ressaltar, todavia, que a linha distintiva entre o acatamento e a rejeição – superação – de um precedente, inclusive por juízes e tribunais de menor graduação, nem sempre é facilmente divisível. Versando sobre essa problemática, Oliveira Ascensão (2010, p. 367) alerta que:

O juiz [...] reconhecendo embora que sobre caso análogo uma decisão foi anteriormente proferida, pode todavia afastá-la considerando que as circunstâncias coevas impõem outra decisão. Neste sentido um precedente muito antigo perde valor, pois está mais sujeito a contestação por alteração das circunstâncias. É mais um reforço do caráter valorativo e não mecânico da aplicação do “common law”. Mas é simultaneamente claro que por este lado também a linha distintiva entre acatamento e “overruling” de um precedente se pode tornar extremamente imprecisa.

Prossegue o autor expondo que um precedente pode, inclusive, ser diretamente rejeitado (*overruled*) em casos especiais e que nem mesmo o precedente vinculativo estaria imune a esta contingência. É o caso, apenas para exemplificar, do precedente pronunciado *per incuriam*, conceito equívoco que aponta para uma decisão proferida “na ignorância ou no esquecimento de preceito de lei ou de precedente vinculativo, perante os quais a decisão é claramente errada” (ASCENÇÃO, 2010, p. 368).

Dada a dupla indeterminação do direito, questão tormentosa é saber, com algum grau de precisão, em que casos ou hipóteses uma decisão se considera proferida com ignorância ou esquecimento de preceito de lei ou, ainda, sem a aplicação de precedente vinculativo.

Os conceitos lançados para definir um precedente *per incuriam* são demasiado vagos, ou, na melhor das hipóteses, indeterminados. Em tal caso, a interpretação das circunstâncias fáticas autorizativas, bem como dos pressupostos jurídicos para tal categorização se dão no caso a caso, por obra da corte subsequente, que passa a contar com um amplo espaço de discricionariedade para preencher os espaços vazios deixados por tais conceitos.

E mais: admite-se sem controvérsias no direito anglo-americano a flexibilização do *stare decisis* diante de teses jurídicas “manifestamente superiores”, bem como em casos em que haja “relevante modificação em outro sistema da sociedade”, como o político ou o econômico. É o que aduz Rodrigo Jansen (2005, p. 237):

A experiência do Direito norte-americano mostra como a regra do *stare decisis* não é tão rígida quanto possa parecer e que, na verdade, permite avanços na jurisprudência quando houver modificações políticas, econômicas ou sociais relevantes, ou então quando houver lei nova disciplinando a matéria, ou, ainda, quando despontem teses jurídicas manifestamente superiores às anteriores.

O autor reporta, ainda, que o *case law* admite que uma corte inferior altere seu posicionamento quando estiver bastante evidente que a corte superior caminha para a superação do precedente ou quando considera que o precedente deveria ser derogado se o caso fosse submetido à corte de apelação competente (JANSEN, 2005).

Portanto, a desvinculação ao precedente é uma realidade pacificamente albergada pelo direito anglo-americano. Várias são as hipóteses em que os juízes menos graduados são autorizados a corrigir ou reformar um precedente vinculante, adaptando-o a novas circunstâncias que emergem dos avanços da sociedade ou quando não mais conduzem a resultados por eles considerados justos.

2.3 Breve apanhado do estado da arte do direito judicial no sistema jurídico brasileiro

A recepção de um direito jurisprudencial fundado no protagonismo do “precedente de natureza obrigatória” deu-se, no sistema jurídico brasileiro, em princípio, com a aprovação da EC nº 45/2004, que instituiu a súmula de efeito vinculante, aperfeiçoando-se, depois, com a entrada em vigor do CPC de 2015, que instituiu aquilo que em doutrina se passou a denominar “microsistema de formação de precedentes obrigatórios”.

Gize-se que, anteriormente, na ordem jurídica nacional, já existiam institutos jurídicos semelhantes àquilo que modernamente se vem denominando de “precedente obrigatório”. Essas categorias – que até hoje persistem no sistema jurídico brasileiro – são, de uma forma geral, dotadas de várias notas distintivas em relação ao “precedente vinculativo”. Ilustrativamente, alguns exemplos podem ser citados: (i) súmulas ditas “comuns”, (ii) decisões em controle concentrado de constitucionalidade, (iii) jurisprudência consolidada dos tribunais, (iv) precedentes dotados de eficácia persuasiva etc.

No que concerne à súmula de efeito vinculante, como ressalta Rodrigo Jansen (2005), consiste ela em enunciado sintético, geral e abstrato, com pretensão regulatória prospectiva, extraído da sedimentação da *ratio decidendi* de reiteradas decisões proferidas pelo STF em matéria constitucional. Deve ser obedecida pelos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Já se percebe aqui uma importante diferença entre a súmula de efeito vinculante e o precedente de tradição anglo-saxônica. Enquanto no *common law*, como visto, basta uma decisão judicial para que daí exsurja o efeito vinculante, a súmula vinculante pressupõe a existência de várias decisões sobre uma mesma matéria de natureza constitucional, não sendo, ela mesma, uma decisão, mas um enunciado sintético redigido em forma legal cujo desígnio é a regulação de casos futuros.

Perceba a distinção. Enquanto no direito anglo-americano o tribunal subsequente se reporta a um caso julgado, dele lançando mão enquanto precedente (*precedential significance*) para

fundamentar seu próprio *decisum*, o enunciado de súmula vinculante, editado no seio de um procedimento objetivo – sem partes litigantes –, no âmbito do STF, importa em tese jurídica geral e abstrata com pretensão vinciativa *pro futuro*, redigida sinteticamente, nos moldes de um texto legislativo *lato sensu*.

Daí dizer que a obediência devida aos enunciados de súmula vinculante é similar à obediência devida às leis emanadas do Parlamento. Afirma-se em doutrina que a súmula vinculante, a exemplo da lei, da sentença e do contrato, também é norma jurídica, prescrevendo uma conduta humana, sob pena da incidência de uma sanção (JANSEN, 2005).

A ressalva feita é a de que, diferentemente do contrato e da sentença, a súmula vinculante encerra em si norma jurídica geral, aplicável a todos sem distinção, e abstrata, dirigida a quaisquer hipóteses presentes e futuras (JANSEN, 2005).

De acordo com o quadro teórico esboçado por Mitidiero (2018), sobressai, no CPC de 2015, o dever de as cortes superiores outorgarem unidade ao sistema jurídico, a fim de promover a igualdade de todos perante o direito, sendo o instrumento dessa tarefa o precedente.

Na linha do que professa o autor, a proeminência do precedente na outorga de unidade ao direito, conforme previsto no Código de 2015, decorre da percepção de que a interpretação do direito não é a mera declaração da norma preexistente, tampouco a simples extração de seu conteúdo jurídico.

Nessa perspectiva, em razão da dupla indeterminação do direito, partindo-se de uma perspectiva adscritivista, a legislação, abstratamente considerada, não se mostra suficiente para condensar e estabilizar as expectativas sociais. Há de buscar-se um complemento interpretativo por parte da jurisdição, a fim de que o significado do direito seja densificado e devidamente comunicado a seus destinatários (MITIDIERO, 2018).

Daí o artigo 927 do CPC proclamar que “os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em IAC ou IRDR e em julgamento de RE e RESP repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria

constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (...)” (BRASIL, 2015).

A norma posta abarca situações que não guardam entre si qualquer homogeneidade. Decisões do STF em controle de constitucionalidade, enunciados de súmula, acórdãos proferidos em procedimentos de resolução de demandas ou de questões repetitivas e orientação de plenário ou de órgão especial de tribunal são combinadas de forma sincrética e assistemática. Nada se diz propriamente sobre precedentes.

Conquanto inexista expressa menção ao termo precedente no artigo 927 do CPC de 2015, Guilherme Marinoni (2014) é da opinião de que a observância dos precedentes oriundos das cortes superiores por parte de juízes e tribunais é corolário das normas constitucionais que atribuem ao STF e ao STJ as função de unificação do direito constitucional e da legislação federal, respectivamente. A esse respeito:

[...] o art. 927 do CPC/2015, além de desnecessário, tem caráter meramente exemplificativo. À parte das súmulas – que obviamente não são precedentes e só existem por terem que ser respeitadas –, decisões lembradas nos seus incs. I e III estão situadas entre os precedentes das Cortes Supremas. Precedente é gênero, que obviamente encarta os precedentes firmados em controle concentrado (art. 927, I, do CPC/2015) e os precedentes estabelecidos em “julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos” (art. 927, III, do CPC/2015). Já as decisões proferidas nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas – deixando-se de lado, por enquanto, a questão da ilegitimidade constitucional das decisões que prejudicam os que não participaram –, deveriam ser observadas em razão de sua natureza erga omnes. Significa que a norma do art. 927 consiste apenas na lembrança de alguns precedentes, além de súmulas e controversas decisões tomadas em incidentes de natureza erga omnes, que deverão ser observados pelos juízes e tribunais (MARINONI, 2014, n. p.).

Hermes Zaneti afirma, inclusive, que a força normativa do precedente não deriva de qualquer vinculação formal ou de expressa menção na legislação. O autor, contudo, não despreza o fato de que a previsão expressa no ordenamento jurídico possui a virtude de formalizar e consolidar essa força normativa (ZANETI JR., 2016).

Para a doutrina “precedentalista”, com o advento da nova lei processual, pode-se divisar a separação das cortes judiciais em duas espécies bastante distintas: as cortes de justiça – também chamadas de cortes de apelação – e as cortes de precedente – ou cortes superiores. Àquelas compete a resolução de disputas e a revisão da “justiça” das sentenças de primeiro grau; a estas, a resolução

de impasses sobre a interpretação do direito, garantindo a formação de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente que contribua para a uniformidade do direito.

A esse respeito, importa trazer à baila novamente os ensinamentos de Guilherme Marinoni, especialmente o trecho que segue:

Lembre-se de que ao Judiciário podem ser reconhecidas duas funções básicas, a resolução de conflitos (*resolution of disputes*) e o desenvolvimento do direito ou enriquecimento das normas jurídicas (*enrichment of the supply of legal rules*). Cabe aos juízes e tribunais de apelação a primeira tarefa, e às Cortes Supremas, a segunda. Isso significa que, enquanto perante os tribunais de apelação importa especialmente o desejo do litigante de ver bem solucionado o caso, diante das Cortes Supremas espera-se a aderência das soluções jurídicas à realidade e à cultura sociais, ou seja, a emissão de decisões capazes de atribuir ao direito um sentido conforme às necessidades da vida das pessoas. Não é por outro motivo que as decisões, quando resolvem litígios, interessam às partes (*res judicata*) e, quando atribuem sentido ao direito, interessam à sociedade (*ratio decidendi*) (MARINONI, 2014, n. p.).

No mesmo sentido é o magistério de Mitidiero (2018), para quem há de distinguir-se as funções exercidas pelas cortes de justiça daquelas desempenhadas pelas cortes de precedente. Para o autor, cabe ao STF e ao STJ o dever de conferir unidade ao direito, formando, para tanto, precedentes obrigatórios. A partir disso, aos Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais incumbe o controle da uniforme aplicação desses precedentes. Nesse viés, apenas o STF e o STJ formam precedentes.

Conforme proposto, considerando a distinção acima divisada, e partindo da premissa de que o STJ e o STF são cortes de interpretação e de criação de precedentes, quando fixada determinada interpretação, “constitui grave infidelidade ao direito deixá-la de lado no julgamento dos casos concretos que recaem em seus âmbitos de aplicação” (MITIDIERO, 2018, n. p.).

A força normativa da regra jurídica geral positivada pelas cortes de precedentes, consoante o “microsistema de formação de precedentes vinculantes”, obriga a que os demais órgãos do Poder Judiciário perfilhem as mesmas teses jurídicas das cortes de cima, reproduzindo-as do mesmo modo em seus julgados, nos diversos níveis do sistema jurídico.

Essa retórica sustenta que a teleologia desse arranjo institucional é a formação concentrada de enunciados uniformizadores, cuja adoção necessária por juízos e tribunais tem como uma de

suas virtudes centrais a drástica redução da complexidade judicial para o enfrentamento da litigiosidade de massa.

Luiz Guilherme Marinoni (2014) chega a defender que a livre interpretação dos textos jurídico-normativos por juízos e tribunais se traduz em geração de intolerável ruído para a ordem jurídica, além de acarretar a indeterminabilidade dos resultados revelados a partir do texto da lei. Consoante professa o autor, em um sistema em que juízes e tribunais detêm o poder de atribuir sentido aos textos jurídicos, incumbe às cortes superiores a função institucional de fixar o verdadeiro significado e alcance das normas jurídicas.

A partir do estabelecimento do sentido das normas pelas cortes de vértice, o que ocorreria pela criação do “precedente”, a nenhum juiz ou tribunal seria lícito decidir casos concretos sem sua aplicação. Incumbe-lhes, ao revés, operar o direito na dimensão de esquemas subsuntivos lógico-dedutivos. Com isso, estaria afastada a insegurança aplicativa do direito e instituída uma ordem de previsibilidade de comportamentos.

No que se refere aos ditos méritos do “microssistema de formação de precedentes obrigatórios”, Larissa Pochmann Silva (2017) traz alguns exemplos: maior qualidade da prestação jurisdicional em função da possibilidade de abreviação do rito processual na hipótese de julgamento contrário à tese fixada, seja por via do julgamento liminar de improcedência do artigo 332 do CPC, seja através do julgamento monocrático do relator, *ex vi* dos artigos 932 e 955, parágrafo único, ambos da lei processual; dispensa da remessa necessária (artigo 496, § 4º); possibilidade de concessão de tutelas de evidência (artigo 311, inciso III); maior previsibilidade dos julgamentos; promoção da segurança jurídica e da isonomia; a proteção das expectativas sociais de comportamento etc.

A par de todo o exposto, consoante defendem Lenio Streck e Igor Raatz (2016), a interpretação das causas da falta de coerência jurisprudencial feita pelos autores que defendem a “teoria dos precedentes obrigatórios” apenas toca a superfície do problema. Esse autores se limitam a pensar que o problema aplicativo dos textos jurídico-normativos advém tão somente do caráter indeterminado assumido pelo direito.

Como se verá adiante com mais vagar, a força normativa do precedente, quando fundada em sua autoridade, e não em suas boas razões (sua adequação à lei e, sobretudo à constituição), confere ao tribunal que o elabora um acentuado grau de subjetivismo e discricionariedade. O precedente vincula simplesmente porque assim decidiu o tribunal dotado de autoridade.

Essa realidade torna possível a criação, na ordem jurídica, de pontos de fuga que permitem que o tribunal busque, no estabelecimento da tese cristalizada no precedente, fundamentos extrajurídicos, isto é, políticos, morais, econômicos, religiosos etc., já que não é mandatório que o precedente seja dotado de uma fundamentação adstrita à lei e à constituição.

O problema se agrava quando essas teses passam a disputar espaços semânticos com os textos jurídicos produzidos pelo Parlamento de acordo com sua competência constitucionalmente estabelecida. Nesse cenário, a remissão à norma jurídica positivada, levada a cabo pela decisão judicial, passa por um processo de bifurcação, congestionando a atualização de sentido do sistema jurídico, produzindo ruídos ocasionadores da produção de resultados díspares em que circunstâncias semelhantes são tratadas de modo distinto ou, ainda, em que pode ser dada a uma causa solução não albergada pelo sistema do direito.

A teoria sistêmica de Luhmann, com sua capacidade heurística e seu olhar externo, fornece ferramentas valiosas para a análise da problemática do “precedente com eficácia vinculante” do direito brasileiro. O programa teórico do mestre de Luneburgo tem a vantagem de deslocar o foco do debate sobre a interpretação e a aplicação de textos jurídicos-normativos e de sua positivação da pessoa do juiz para a própria observação da autorreprodução da comunicação jurídica.

Nessa linha de raciocínio, o presente estudo lança mão do rico conjunto de instrumentos analíticos da teoria de sistemas para avaliar de maneira crítica e neutral o problema da complexificação do sistema jurídico levada a efeito pela incorporação do “sistema de precedentes”, bem como dos impactos desse fenômeno no respeito aos direitos fundamentais do cidadão. Para tanto, é preciso percorrer uma rápida exposição sobre os principais pontos da teoria sistêmica de Luhmann, o que será feito no capítulo seguinte.

3 O DIREITO NA TEORIA DOS SISTEMAS

3.1 Notas preliminares: uma teoria adequada ao grau de complexidade da sociedade moderna

Luhmann defende a necessidade da realização de uma reflexão crítica sobre o direito da sociedade moderna. Visto que, na atualidade, multiplicam-se rapidamente as fontes de insegurança social, essa proposta se mostra válida para que se erijam as bases de uma teoria sociológica que esteja apta a contribuir para o tratamento do fenômeno jurídico.

O autor traz à baila que a teoria sociológica tradicional se encontra em crise, vez que permanece aferrada a paradigmas clássicos ultrapassados e inconciliáveis com o grau de complexidade que caracteriza a realidade social da atualidade.

Os marcos teóricos que caracterizam as diversas correntes sociológicas clássicas se propuseram a instituir programas de investigação apropriados ao estudo dos processos que caracterizavam as sociedades de suas respectivas épocas.

Com efeito, a sociologia de então se encontrava apegada às teorias clássicas desenvolvidas por autores como Marx, Weber, Durkheim, Simmel, Pareto, entre outros, de maneira que:

Visando se desvencilhar desses referenciais teóricos ultrapassados e incompatíveis com a complexidade da realidade social a ser analisada, a sociologia deveria, segundo ele [Luhmann], sofrer uma mudança de paradigma a fim de poder dar conta de um contexto social que já não seria apreensível por abordagens criadas a partir de outras realidades sociais (GONÇALVES; FILHO, 2013, n. p.).

Nesse contexto, o conhecimento tradicional passa a representar verdadeiro obstáculo para a analítica sociológica do fenômeno jurídico, sobretudo devido ao reduzido grau de complexidade teórica das correntes sociológicas positivistas e de representações sociais outras fundadas na primazia da razão.

Ao oscilarem entre modelos racionais e análises puramente empiristas, os clássicos *standards* sociológicos fecham os olhos para importantes distinções existentes no seio do sistema social e, por conseguinte, do sistema do direito, operando com base em pré-juízos que produzem descrições insatisfatórias e distorcidas de seu objeto de estudo.

Dessa forma, em seu programa teórico, Luhmann chama atenção para o fato de que a tradicional teoria sociológica, dada a incompatibilidade com o acelerado grau da evolução da sociedade, pouco traria em termos de capacidade efetiva para contribuir com algo digno de nota para a compreensão do direito da sociedade na atual quadra da história.

Enfrentando a dificuldade de explicar a sociedade moderna, caracterizada pelo crescente grau de complexidade e especialização, e ante a carência de marcos teóricos satisfatórios, Luhmann se propôs a desenvolver um enfoque interdisciplinar que fosse suficientemente abstrato para poder dar conta do todo social.

Criou, portanto, uma teoria de sistemas com pretensões universalistas, uma proposta de investigação unitária que, sendo “mais rica em conteúdo do que a anterior, [...] atinge uma complexidade mais elevada; e, exatamente por esses motivos, [...] se torna mais apropriada para o tratamento de fenômenos sociais” (LUHMANN, 2016a, p. 21).

A contribuição da teoria dos sistemas para a analítica das questões relacionadas ao direito exsurge exatamente na medida em que supera o modelo arquetípico humanista radicado no paradigma epistemológico da filosofia da consciência, caudatária de uma metafísica ontoteológica moderna de derivação iluminista. Aparta-se, enfim, o homem da sociedade.

Tecendo críticas contundentes à retórica do iluminismo sociológico, Luhmann assevera que:

Conceitos de sociedade humanistas e regionalistas (nacionais), já não são teoricamente satisfatórios; sobrevivem unicamente como forma de retórica. Desta maneira, a teoria sociológica atual deixa uma impressão ambígua, uma espécie de cabeça de Jano: utiliza conceitos que embora não rompam com o nexos da tradição, permitem, ao mesmo tempo, formular perguntas que poderiam embarçar precisamente essa referência (LUHMANN, 2006, p. 17-18, tradução nossa).

Em Luhmann, a sociedade passa a ser teorizada como um sistema social “omniabarcador” cuja autorreprodução opera com base na comunicação, sua operação fundamental; o homem, por sua vez, é visto como um sistema psíquico ligado à consciência, que produz pensamento. Não integra ele o sistema social, pois apenas comunicação é capaz de compor um sistema comunicacional.

De fato, as investigações empreendidas por Luhmann buscam a criação de um conceito de sociedade construtivista e radicalmente anti-subjetivista. Não se quer, com isso, negar a materialidade da existência do sujeito, mas renunciar a ele como centro gravitacional do estabelecimento de critérios definidores do conceito de sociedade

Frise-se que o termo “sistema” empregado por essa concepção não deve ser lido como um todo formado de partes. Embora no domínio do conhecimento sociológico considerasse habitualmente que a sociedade seria constituída por um conjunto de seres humanos individuais, a teoria dos sistemas substituiu essa tradicional diferença pela distinção sistema/ambiente, aplicada pela perspectiva de um observador.

Nesse prisma, o sistema jurídico se constitui em um subsistema autorreferencial do sistema social, formado pelo entrelaçamento de operações comunicativas altamente especializadas. Esse sistema se caracteriza pela capacidade de descrever-se a si mesmo, exurgindo daí a teoria do direito e a dogmática jurídica como forma dessa auto-observação – síntese entre autodistinção e autodescrição.

É nesse aspecto que cresce em importância a teoria dos sistemas para a análise da aptidão da jurisprudência vinculante dos tribunais superiores para a generalização e estabilização das expectativas normativas da sociedade. Ao contrário das teorias gestadas no interior do próprio sistema do direito, que focalizam o problema da decisão em termos puramente jurídicos, a teoria dos sistemas desloca essa investigação para a dimensão de uma observação de segunda ordem das operações, procedimentos e estruturas do sistema do direito.

Com isso, permite-se abandonar referenciais teóricos que fomentam a criação de modelos psicologistas de direito, partindo em direção a uma abordagem funcionalista, que leva em conta a

figura dos tribunais enquanto subsistemas organizacionais que concentram e organizam o fluxo comunicativo no interior do sistema jurídico.

3.2 Teoria dos sistemas sociais autorreferenciais: delimitação semântica

Como ressaltado linhas acima, a teoria dos sistemas sociais propiciou uma quebra de paradigmas no campo da teoria sociológica ao descrever a sociedade a partir de referenciais funcional-estruturalistas, refutando a tomada do homem e de suas relações como ponto de partida de suas especulações investigativas. Percorrendo um funcionalismo de viés construtivista, Luhmann teoriza a sociedade moderna como complexa e contingente, apenas podendo ser adequadamente compreendida em termos sistêmicos, vale dizer, a sociedade é pensada como um sistema “omniabarcador” composto de uma pluralidade de subsistemas organizados a partir de critérios funcionais, cada um exercendo um papel específico – uma função.

Para o autor, a sociedade não é composta de indivíduos, mas de comunicação, ganhando acentuado protagonismo os acoplamentos estruturais entre os subsistemas sociais funcionalmente diferenciados e os sistemas psíquicos, ligados à consciência. Por esse prisma, os indivíduos, enquanto sistemas psíquicos, localizam-se no entorno do sistema social (VIANA, 2013).

Nesse programa teórico, o sistema da sociedade se constitui pela totalidade das comunicações que se desenvolvem em seu interior. Tudo aquilo que não se traduz em comunicação é tido como ambiente do sistema social. Os sistemas psíquicos, por conseguinte, situam-se fora da sociedade, qualificando-se como “usuários das estruturas comunicativas dos sistemas sociais” (VIANA, 2013, p. 50).

Cabe aqui frisar que a operação elementar que constitui o sistema social – a comunicação –, consiste na síntese de três operações seletivas: emissão/elocução ou ato de comunicar, informação e compreensão/entendimento – que inclui também o não-entendimento. Os sistemas

sociais são sistemas comunicativos que se reproduzem por estarem constantemente ligando comunicação a comunicação.

3.2.1 Autopoiese e alopoiese

Os sistemas sociais são autopoieticos e resultam da diferença sistema/ambiente, que é produzida pelo próprio sistema e posteriormente replicada em seu interior. É tomando em conta essa distinção que o sistema leva a efeito, a partir de seus próprios elementos, todas as suas operações. Sintetizando o raciocínio acima esboçado, Luhmann professa que:

Em outros termos, os sistemas podem distinguir-se a si mesmo de seu entorno, embora isto ocorra como operação do próprio sistema [...]. A teoria de sistemas utiliza a distinção sistema/entorno como forma de suas observações e descrições; contudo, para poder fazê-lo, deve saber distinguir esta distinção de outras distinções (LUHMANN, 2006, p. 43, tradução nossa).

Com o aumento exponencial da complexidade da sociedade contemporânea, para não se dissolverem no ruído de fundo, os sistemas sociais se viram premidos a reduzir a complexidade desestruturada do ambiente, produzindo autopoieticamente complexidade ordenada em seu interior: extrair ordem a partir do ruído. Trata-se aqui de um princípio de auto-organização dividido por Heinz von Foerster, significando seletividade para a redução de possibilidades. Extrair ordem a partir do ruído proporciona ao sistema engendrar processos de auto-organização interna, conduzindo a um maior nível de estabilização.

Nesse diapasão, autopoiese – do grego, *auto* “próprio”, e *poiesis* “criação” – é um termo cunhado pelos biólogos chilenos Francisco Varela e Humberto Maturana para descrever a capacidade dos seres vivos de produzirem e se reproduzirem a si mesmos. Nessa esteira, sistema autopoietico é aquele capaz de autoproduzir seus próprios elementos e estruturas a partir de si mesmo (LUHMANN, 2016a).

Em outros termos, o sistema autopoietico produz e se reproduz a si mesmo a partir de suas próprias estruturas e operações, sem qualquer interferência externa do ambiente. Esse processo conduz à diferenciação do sistema em relação ao seu entorno.

A esse respeito, ressaltando como o processo da autopoiese exclui a possibilidade de comunicação entre ambiente e sistema, Luhmann sublinha que:

[...] o processo de reprodução própria do sistema é aplicável somente em seu interior. Não se pode usar esse processo para a ligação entre sistema e ambiente, ou seja, não se pode, por assim dizer, apanhar uma outra vida, uma outra consciência e transferi-la para o interior do próprio sistema [...]. Não há nenhuma comunicação fora do sistema de comunicação da sociedade. Somente esse sistema usa esse tipo de operação e, nessa medida, é, de fato, necessariamente fechado (LUHMANN, 2016a, p. 54).

Por outro lado, a insuficiência de desempenho seletivo de um sistema implica em negação de sua autopoiese, com assimetria operativa e submissão a outros sistemas. Esse processo de hierarquização na reprodução operativa elementar do sistema é denominado alopoiese – do grego, *alo* “outro”, e *poiesis* “criação” –, termo que descreve a situação em que um sistema se reproduz segundo determinações e critérios de outro.

No caso do sistema jurídico, por exemplo, a alopoiese é especialmente problemática, visto que, em sua presença, o direito deixa de guiar-se prioritariamente pela semântica dos textos jurídico-normativos – constituições, leis, decisões judiciais etc. – para buscar referência em outros modelos sociais de conduta. Seu código sistêmico lícito/ilícito é corrompido, passando a obedecer a distintas lógicas, como “lícito porque amigo”, “lícito porque rico” etc.

O que diferencia, portanto, um sistema autopoietico de um alopoietico é o fato de o primeiro autoproduzir-se circularmente – hiperciclo –, extraído do fluxo comunicacional de sua infraestrutura material informacional novas unidades que serão posteriormente articuladas seletivamente com os elementos de sua própria estrutura (TEUBNER, 1989, p. 46).

Nesses termos, a autopoiese conduz o sistema a desenvolver – com base em um instrumento seletivo autoproduzido (o sentido) – aquilo que Luhmann denomina de autorreferência, isto é, a capacidade do sistema de travar relações consigo mesmo, diferenciando-as daquelas estabelecidas

com seu entorno – “heterorreferência” ou “alorreferência” –, permitindo, assim, seu fechamento operacional (VIANA, 2013).

3.2.2 Autorreferência

A noção de autorreferência comporta três “momentos” distintos: (i) autorreferência basal, (ii) reflexividade e (iii) reflexão. O primeiro “momento” (autorreferência de base) se situa no nível da autorreprodução do sistema a partir de seus próprios elementos, vale dizer, como os elementos do sistema somente existem uns em relação aos outros, eles formam entre si redes recursivamente cerradas que, diferenciando-se de acordo com as possibilidades existentes, diminuem as alternativas disponíveis no mundo. O segundo “momento” (reflexividade) implica na capacidade de um processo de relacionar-se consigo mesmo – ou com outro processo de idêntica natureza. O terceiro e último “momento” (reflexão) consiste na capacidade de elaborar internamente um modelo de si próprio e do ambiente, bem como uma identidade própria. Por meio da reflexão, o sistema, numa operação de auto-observação – síntese entre autodistinção e autodescrição – constrói uma autoimagem de si mesmo e se distingue de seu ambiente.

Nessa ordem de ideias, não há qualquer comunicação entre os sistemas operativamente clausurados e seu ambiente. Em razão disso, nenhum sistema situado em seu entorno pode intervir diretamente em seus processos autopoieticos, e vice-versa. O ambiente apenas funciona “irritando” o sistema, estimulando-o a autorreproduzir-se.

A irritação provocada pelo ambiente serve, assim, de estímulo à autopoiese do sistema. Vale ressaltar, contudo, que toda irritação trata-se, em verdade, de uma autoirritação, que é gerada pelo próprio sistema. Face a isso, Luhmann pontua que “irritações se dão sempre e inicialmente a partir de diferenciações e comparações com estruturas (expectativas) internas aos sistemas, sendo, portanto, – do mesmo modo que a informação – necessariamente produto do sistema” (LUHMANN, 1997, p. 68).

3.2.3 Fechamento operativo e autorregulação (codificação e programação)

O abandono da ideia de comunicação entre sistema e ambiente traz consigo a necessidade da produção de estruturas de autorregulação para a ordenação da totalidade dos processos do sistema. Se a comunicação apenas se produz autopoieticamente, através de operações recursivamente fechadas, não há interferência do ambiente. Logo, a regulação dos processos precisa dar-se internamente (LUHMANN, 2006, p. 76).

Para desempenhar esse papel seletivo e regulador, o sistema operativamente fechado institui um código binário, que estabelece um esquematismo de valores do tipo positivo/negativo, orientando todos os processos comunicativos e garantindo a adjudicação das operações do sistema. Esse código binário orienta a seleção dos temas que serão objeto de comunicação pelo sistema. A título de exemplo, o código binário do sistema jurídico pode ser exprimido como “direito/não-direito”; o do sistema político, como “governo/oposição”; o do sistema da ciência, como “verdadeiro/falso”; o do sistema da economia, como “ter/não ter” etc.

Para contrabalancear a rigidez e a invariância do código binário, o sistema cria programas, cuja finalidade é o estabelecimento de critérios para a correta adjudicação de seus valores. Nas palavras do próprio Luhmann (2016a, p. 360), “[u]m programa é um complexo de condições de correção (e isso significa: da demonstrabilidade social) do comportamento”. Em outros termos, o programa é a forma pela qual o sistema decide por um ou pelo outro lado do código.

3.2.4 Abertura cognitiva: a reentrada da forma na forma

A autorreferência e o fechamento operacional não implicam, de modo algum, em um solipsismo autológico tautologizante da autopoiese do sistema: os sistemas sociais são

cognitivamente abertos, capazes de selecionar as irritações do ambiente, que emergem como confrontação entre ordem interna e eventos externos, reproduzi-las em seu interior, a partir de seus próprios elementos e operações, estabilizando-se ao final deste processo de “aprendizagem” (GAMBA, 2012, p. 5).

É dizer, conquanto permitam conferir autonomia ao direito, a autorreferência e o fechamento operacional geram um verdadeiro quadro de circularidade informacional – redundância – que precisa ser rompido, sob pena de causar a estagnação evolutória do sistema. Para evitar o bloqueio de seu processo evolutório, o sistema se vê obrigado a desenvolver uma forma de abertura à heterorreferência.

Tendo em conta essa problemática, Luhmann propõe, com base nos estudos de George Spencer-Brown, que o sistema logra romper esse paradoxo empregando um tipo próprio de mecanismo denominado reentrada. O sistema cria a distinção sistema/ambiente – uma forma de dois lados – e, em um momento subsequente, insere essa distinção em seu próprio interior, abrindo-se para o ambiente.

Pode-se dizer, então, que a distinção entre sistema e ambiente é observada em dois momentos: inicialmente, como distinção criada pelo sistema; em seguida, como distinção observada no interior do sistema.

Explicando melhor essa construção, George Spencer-Brown afirma que:

We may also note that the sides of each distinction experimentally drawn have two kinds of reference. The first, or explicit, reference is to the value of a side, according to how it is marked. The second, or implicit, reference is to an outside observer. That is to say, the outside is the side from which a distinction is supposed to be seen (SPENCER-BROWN, 1979, p. 69).

Por conseguinte, toda distinção, para que possa ser efetivada, necessita de uma distinção prévia, um critério preliminar. Reentrada, nessa lógica, é o reingresso de uma distinção naquilo que foi distinguido (reentrada da forma na forma), permitindo uma abertura aos dois lados da distinção.

Nessa ordem de ideias, para se desenvolver e evoluir, dando conta da crescente complexidade do ambiente da sociedade, emerge para o sistema a necessidade de destautologizar-

se. Para esse fim, a diferença sistema/ambiente é reinserida dentro do próprio sistema (reentrada), permitindo uma nova combinação entre abertura e fechamento, rompendo a circularidade autopoietica através da referência ao ambiente – cuida-se aqui da denominada heterorreferência (NEVES, 2018). Em termos mais precisos:

Portanto, de acordo com Luhmann, o ambiente não atua perante o sistema meramente como “condição infraestrutural da possibilidade de constituição dos elementos”, nem apenas como perturbação, ruído, “bruit”: ele é algo mais, “o fundamento do sistema”. Sobre o sistema atuam diversas determinações do ambiente, mas a inserção dessas determinações no sistema só ocorre quando este, conforme suas próprias diferenças, atribui-lhes sua forma. (NEVES, 2018, p. 44).

Tratando da interdependência entre fechamento e abertura, Marcelo Neves (2018, p. 45) pontua que:

Toda abertura baseia-se no fechamento. A combinação de abertura e fechamento pode ser considerada sob duas perspectivas: 1) embora um sistema constituinte de sentido exerça o controle das próprias possibilidades de negação por ocasião da produção dos próprios elementos (fechamento), esse controle depende das condições de escolha entre “sim” e “não” (abertura); 2) o controle das possibilidades de negação (fechamento) proporciona uma relação seletiva contínua e estável (ou, no mínimo, menos instável) do sistema com o seu ambiente (abertura adequada).

Em outros termos, é papel do próprio sistema – e não de seu ambiente – lançar mão de seu código binário simbólico para selecionar, de acordo com o sentido por ele mesmo estabelecido, operações do ambiente e reproduzi-las em seu interior, a partir de seus próprios critérios, estruturas e elementos. Por isso, as informações são sempre construtos internos do sistema.

3.2.5 Sentido e código binário

Os sistemas sociais, no decorrer de seu incessante processo evolutivo, estão sempre abertos às ocorrências do acaso. Confrontados pela enorme complexidade do ambiente, estes sistemas detêm, em seu horizonte de possibilidades, um número infindável de operações em relação às quais precisam fazer escolhas. Todavia, o número de opções oferecidas pelo ambiente é sempre superior

àquele que o sistema é capaz de abarcar. Desse modo, as opções que não são escolhidas permanecem no ambiente para futuras seleções.

É a existência de uma função específica e de um código binário que permitem ao sistema delimitar os horizontes daquilo que para ele faz sentido (*sinn*) como operação própria, deixando de fora uma porção do mundo que permanece em um espaço não demarcado como possibilidade para futuras seleções.

O sentido se constitui na forma pela qual o mundo contrapõe sistema e ambiente. O que não faz sentido para o sistema é descartado, remanescendo na complexidade desestruturada do ambiente como potencialidade para o futuro. Pode ocorrer de um elemento não ter sentido hoje para o sistema, mas vir a ter futuramente. É que o sentido é a unidade de uma diferença entre atualidade e possibilidade.

Toda comunicação é codificada como uma proposta positiva ou negativamente impregnada de significado (sentido), que pode ser entendida ou não entendida, aceita ou rejeitada. A racionalidade sistêmica demarca tudo aquilo que, no ambiente desestruturado, pode vir a fazer sentido (atualidade e possibilidade).

Dentro desse horizonte de sentido, o sistema é capaz de observar o que, naquele momento, tem para ele algum significado (sentido), adjudicando a essas propostas comunicativas o valor positivo do código binário (sim) ou o negativo (não). A partir disso, pode selecionar, autorreferencialmente, comunicações que integram o sistema (lado positivo do código binário).

3.2.6 Contingência e expectativa

Como, por definição, toda escolha implica numa abdicação, o sistema se vê levado a conviver com a eterna dúvida a respeito daquilo que poderia ter sido caso tivesse escolhido uma opção diversa da que foi selecionada. Este processo se repete a cada nova escolha realizada. Assim, o sistema vive sempre em meio a um mar de possibilidades – um mar de contingência.

Forte nessa ideia, Luhmann pontifica que “[contingente] é algo que não é necessário, nem impossível; portanto, algo que pode ser assim como é (ou era, ou será), embora seja possível de outro modo”. E prossegue afirmando que o “conceito designa, assim, o dado (o experimentado, o pensado, o fantasiado) em relação a um possível ser-de-outra-maneira; ele designa objetos no horizonte de possíveis variações” (LUHMANN, 2016a, p. 129-130).

A contingência se torna ainda mais evidente quando se considera o duplo grau de incerteza quanto à compreensão de uma informação. *Alter* jamais terá como se certificar se a informação emitida por ele foi devidamente compreendida por *Ego*, e vice-versa.

Para descrever esse processo, Luhmann lança mão do conceito de dupla continência. Significa dizer, a própria incerteza manifestada por um agente comunicacional é endereçada na forma de informação ao receptor que, ao abrir-se para o processo de comunicação, remete ao primeiro uma nova informação. A comunicação, nessa ordem de ideias, torna-se circular.

É dizer, supõe-se “que a constituição do mundo social se apresenta a partir de um horizonte de dupla perspectiva, o que torna imperioso que a ordem social se apoie em mecanismos de coordenação das seleções reciprocamente imprevisíveis e contingentes de *Alter* e *Ego*” (GONÇALVES; FILHO, 2013, n. p.).

Para dar conta da enorme incerteza representada pela contingência, reduzindo a níveis toleráveis o ruído de fundo produzido pelo ambiente, o sistema precisa tornar-se, ele mesmo, mais complexo, desenvolvendo estruturas de seleção e estabilização de expectativas. Estas estruturas permitem eliminar, ou, ao menos, reduzir a níveis suportáveis a contingência, contribuindo para a auto-organização e autoestruturação do sistema.

Nessa senda, o termo expectativa pode ser definido como a projeção, na dimensão temporal do sentido, de um comportamento futuro esperado, de sorte que a “absorção da insegurança transcorre mediante estabilização [dessas] expectativas” (LUHMANN, 2016a, p. 134).

Luhmann pontua que, a depender da maneira que o sistema encontra para lidar com a defraudação das expectativas, podem ser elas distinguidas em expectativas cognitivas e normativas. Apenas em relação a estas últimas se dirige a função do direito.

Em um nível de complexidade sempre crescente, é natural que os sistemas se relacionem construindo expectativas a respeito do comportamento uns dos outros. Significa dizer que o sujeito sempre tenta, de alguma forma, antecipar o futuro. *Alter* e *Ego* se relacionam sempre pautados por expectativas.

Estas expectativas podem, contudo, ser defraudadas: elas podem não concretizar-se como realidade. A respeito desse problema, Luhmann preleciona que “pode-se afirmar que toda e qualquer expectativa consiste numa antecipação do futuro que, enquanto tal, é suscetível de frustração” (LUHMANN, 2016a, p. 134).

Diante da defraudação de uma expectativa, surgem duas possibilidades de comportamento para o sistema: abandoná-la e adaptar-se, aprendendo com a realidade que defraudou-a, ou mantê-la, ainda que contrariamente a esta realidade. No primeiro caso, tem-se uma expectativa cognitiva, no segundo, uma expectativa normativa.

Tratando, de forma objetiva, da relação entre expectativas normativas e função do direito, Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Villas Bôas Filho prelecionam que:

Conforme observa Luhmann, essas duas formas de lidar com a frustração de expectativas se colocam na dimensão temporal de sentido, na qual o direito busca obter a estabilização das frustrações por meio da normatização.

A norma seria, desse modo, uma forma de estruturação temporal das expectativas que consistiria em fixar uma dada expectativa como normativa e, por meio de mecanismos de absorção das frustrações, neutralizá-la contra as condutas que dela se desviam (GONÇALVES; FILHO, 2013, n. p.).

Nesse diapasão, o direito atua na absorção de incertezas, fixando normativamente expectativas de comportamento anteriormente filtradas e estabilizadas, neutralizando as frustrações decorrentes de seu desapontamento.

Observe-se, contudo, que a defraudação de uma expectativa normativa estabilizada pelo direito não importa em seu abandono, mas, ao contrário, em sua reafirmação e imposição, ainda que contrariamente à realidade defraudadora.

3.3 O direito como subsistema social funcionalmente diferenciado

O direito moderno é caracterizado por Luhmann como um subsistema autopoietico, autorreferencial, operativamente fechado, cognitivamente aberto e funcionalmente diferenciado do sistema social.

O processo de diferenciação funcional do sistema jurídico foi conduzido evolutivamente pela especialização de seus elementos em face dos demais subsistemas da sociedade. Nesse giro, sua rede recursiva de operações comunicativas adquiriu clausura operativa, permitindo a delimitação de seus horizontes em meio ao fluxo comunicativo geral da sociedade (LUHMANN, 2005).

3.3.1 Evolução e diferenciação do direito

Para lograr diferenciar-se como sistema operativamente clausurado, foi necessário ao sistema jurídico dois desenvolvimentos: (i) a especificação de uma função – a orientação à resolução de um problema social específico – e; (ii) o desenvolvimento de um código binário simbólico – uma estrutura seletiva altamente especializada e diferenciada, capaz de promover o enlace entre comunicações jurídicas subsequentes (LUHMANN, 2005).

Em síntese, é a existência de uma função específica e de um código simbólico próprio que permitem ao sistema jurídico a delimitação dos horizontes daquilo que para ele faz sentido (*sinn*) como possibilidade seletiva atual, deixando de fora uma porção do mundo que permanece em um espaço não demarcado de possibilidade para futuras seleções.

Para Luhmann, a função do direito pode ser descrita como a estabilização contrafática de expectativas normativas através da generalização congruente de tais expectativas, nas dimensões temporal, social e material do sentido.

Nas palavras do próprio autor:

O direito torna possível saber quais expectativas encontrarão aprovação social e quais não. Havendo essa certeza de expectativas, podem-se encarar as decepções da vida cotidiana com maior serenidade, ou ao menos se tem a segurança de não cair em descrédito em relação a suas expectativas (LUHMANN, 2016b, p. 175).

De fato, o sistema jurídico filtra e seleciona um conjunto de expectativas sociais e promove sua consolidação, atribuindo-lhe proteção e segurança em face de desapontamentos. Por esse viés, o direito busca tornar determinadas condutas expectáveis, ainda que contrariamente ao seu cumprimento fático. Os comportamentos rendidos no meio social devem, nesse prisma, orientar-se pelas expectativas normativamente estabilizadas pelo direito.

Porém, de pouco serviria a estabilização de determinadas expectativas de comportamento se elas não lograssem atingir certo grau de consenso, ainda que ficto, no meio social. É preciso promover a adaptação expressiva dos expectantes às expectativas.

Por esse ângulo, a função do direito engloba também a generalização congruente das expectativas normativas contrafaticamente estabilizadas. Essa generalização precisa ocorrer, simultaneamente, nas dimensões temporal, social e material do sentido. Essa iniciativa é levada a cabo através de três mecanismos: normatização, institucionalização e identificação generalizada de sentido (NEVES, 2018).

Na dimensão temporal, a generalização se opera por meio da normatização. Nessa ordem de ideias, Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Villas Bôas Filho conceituam norma como “uma forma de estruturação temporal das expectativas que consistiria em fixar uma dada expectativa como normativa e, por meio de mecanismos de absorção das frustrações, neutralizá-la contra as condutas que dela se desviam” (GONÇALVES; FILHO, 2013, n. p.).

Para Marcelo Neves:

[...] podem-se definir normas como “expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos”. O caráter contrafático significa que o cumprimento fático das normas é, em princípio, irrelevante para sua validade. O expectante orientado por normas não irá contestar sua validade no caso de um não cumprimento, mas sim confirmá-las, na medida em que ele persiste em suas expectativas e se queixa do comportamento infringente das normas (NEVES, 2018, p. 25).

A norma busca, com base nesse rendimento, equilibrar a temporalidade da sociedade, instituindo um maior grau de segurança em termos de vinculação entre estados alcançáveis e estados que se cumprem.

Na dimensão social, a generalização atua mediante institucionalização de expectativas normativas, pelo estabelecimento de consensos supostos. Isso não significa dizer, todavia, que a institucionalização de expectativas gere consenso social, mas, ao contrário, para evitar ter que construí-lo, antecipa ficticiamente uma espécie de consenso virtual, de sorte que “aquele cujas expectativas sejam contrárias à instituição terá contra si o peso de uma ‘autoevidência presumida’” (GONÇALVES; FILHO, 2013, n. p.).

Por fim, na dimensão material, a generalização de expectativas ocorre pela identificação de sentido, isto é, pela fixação de um conteúdo abstrato com base no qual as expectativas possam ser concretizadas.

No caso do direito, esta abstração se opera principalmente – mas não somente – a partir da elaboração de programas decisórios, isto é, de “regras de decisão [...] cuja aplicação é assegurada por meio da institucionalização” (LUHMANN, 1983, p. 87-88). Os programas decisórios do sistema jurídico se apresentam através de esquemas condicionais do tipo se/então.

Nesse diapasão, o direito desempenha sua função pela vinculação de futuros expectáveis, na dimensão temporal; pela criação de consensos supostos, na dimensão social, imunizando expectativas contra condutas dissidentes e; pela elaboração de programas condicionais para, na dimensão material, obter decisões a partir de esquemas do tipo se/então (GONÇALVES; FILHO, 2013, n. p.).

Como assinalado linhas acima, a função não basta, por si só, para proporcionar uma descrição precisa do sistema jurídico. O código binário direito/não-direito também desempenha um papel fundamental na especificação desse sistema.

Conforme Luhmann, o código do sistema jurídico se trata de um “[...] esquematismo binário lógico legal e ilegal [que] ocupa um lugar preeminente, pois fundamenta a identificabilidade do sistema jurídico” (LUHMANN, 2016a, p. 221).

O direito assimila, de acordo com critérios próprios, guiado por seu código binário, elementos de seu entorno, atribuindo-lhes forma juridicamente relevante. É dizer, o código binário identifica e seleciona, no ambiente extrajurídico, fatores que condizem com o sentido (*sinn*) gerado no espaço intrassistêmico do direito, conduzindo, com a orientação de programas decisórios, o enlace entre eles, permitindo a formação de uma rede recursivamente fechada de operações comunicativas.

Expondo de maneira clara e objetiva o papel desempenhado pelo código binário na construção do fechamento operativo do direito, Luhmann preleciona que “[...] para fechar o sistema, faz-se necessária tão somente a regra adicional, segundo a qual tudo o que não é legal é ilegal ou vice-versa” (LUHMANN, 2016a, p. 231). E complementa pontuando que “[entendemos] por código que o direito se valha de um esquema bivalente para estruturar suas próprias operações e distingui-las de outros fatos” (LUHMANN, 2016a, p. 235).

O código binário, então, leva a efeito a divisão do mundo em duas metades: direito e não-direito. Tudo aquilo que acontece ou é conforme o direito, ou não é. Assim, o código especifica, de um lado, aquilo que se pode considerar parte do sistema jurídico e, de outro, um verdadeiro espaço não demarcado.

De nada adiantaria, contudo, para o sistema do direito, desenvolver sua clausura operativa se não pudesse de alguma forma abrir-se para o seu ambiente, destautologizando seu processo de autopoiese. É dizer, o mecanismo de fechamento operativo, se considerado isoladamente, refrearia o processo de aprendizagem do sistema jurídico, obstando seu processo de coevolução. O direito não acompanharia o desenvolvimento dos demais subsistemas da sociedade e o desempenho de sua função restaria obstruído.

Isto posto, a funcionalidade do sistema jurídico é dependente de sua contemporânea clausura operativa e abertura cognitiva. Celso Campilongo (2011, n.p.), nessa senda, divisa que “[o] sistema jurídico voltado ao futuro pressupõe sua ampla abertura ao ambiente e uma suposta

coerência nas relações intersistêmicas”. Sem abrir-se para as irritações proveniente de seu entorno, o direito corre o risco de, paradoxalmente, desfigurar-se como sistema, isto é, de não reconhecer seus limites e os pressupostos de autorreferência dos demais subsistemas, passando a deles demandar recursos cognitivos inalcançáveis – hiperlegalização da sociedade e hipersocialização do direito (CAMPILONGO, 2011).

Em síntese, é a combinação entre fechamento operativo e abertura cognitiva que permite o relacionamento entre o sistema jurídico e os demais subsistemas sociais. Esse quadro permite ao direito observar seu entorno com base em seus próprio elementos internos, apreendendo a sociedade juridicamente para poder oferecer-lhe suas prestações em termos igualmente jurídicos.

3.3.2 Positividade e decidibilidade do direito

É possível extrair da obra de Luhmann que o fenômeno da positividade, verdadeira aquisição evolutiva do sistema jurídico, significa para o direito o seu estabelecimento e validação por meio de decisões jurídicas, o que acarreta sua alterabilidade e decidibilidade.

A produção do direito através de decisões jurídicas – e não de decisões de outra natureza – implica na autonomia do sistema jurídico, de modo que sua alteração ou manutenção não resulta das determinações do ambiente: seu operar é recursivamente fechado. O direito positivo, autorreferente e operativamente fechado, constitui os elementos de que é composto através dos elementos de que é composto.

Nesse contexto, a positividade do direito significa sua autonomia, sua construção a partir de si mesmo. A utilização do código binário direito/não-direito conduz ao fechamento operacional, e a escolha entre o que está de acordo com o direito, e o que não está, não pode ser deixada a cargo de fatores externos ao sistema.

A relevância para o direito de quaisquer elementos externos, advindos da economia, da política, da moral, da religião ou de outros subsistemas, é algo que deve ser estabelecido pelo direito, de acordo com aquilo que o direito diz ser o direito.

Em uma sociedade moderna altamente complexa e funcionalmente diferenciada, faz-se necessária a criação de uma instância imunológica mitigadora dos riscos sociais, que crie segurança em termos de expectativas, de modo a tornar previsíveis as consequências desencadeadas a partir da defraudação das expectativas normativas congruentemente generalizadas. Isso apenas é possível com o desenvolvimento de um direito que atue segundo suas próprias premissas, sem ser determinado externamente por quaisquer outros sistemas sociais – um direito autônomo.

A negação da autonomia do direito – de sua positividade –, com a corrupção de seu código simbólico – intrusão de outros códigos, combinação de códigos etc. –, acarreta sua desdiferenciação e, conseqüentemente, sua subordinação a outros sistemas sociais – assimetria externa no campo da produção normativa. O direito, nesse esquadro, passa a funcionar casuisticamente, de acordo com os ditames e interesses da economia, da política, da moral, da religião etc., elevando a complexidade desestruturada do sistema social e a contingência a níveis insuportáveis.

Acerca da segurança em termos de expectativas promovida pela autonomização do direito, Luhmann assevera que:

O indivíduo pode se permitir maior grau de confiança, chegando a correr riscos, ou também de desconfiança, quando se pode confiar no direito. E isso significa que é possível viver em uma sociedade mais complexa, na qual não bastam os mecanismos personalizados ou de interação para obter a segurança da confiança (LUHMANN, 2016a, p. 175).

Isto posto, não é nenhum exagero afirmar que um cenário marcado pela desdiferenciação do sistema jurídico, definido pela corrupção do código simbólico direito/não-direito, torna altamente improvável a estabilização de quaisquer expectativas, escalando a níveis insuportáveis a complexidade social e reduzindo a confiança generalizada na segurança em termos de expectativa.

3.3.3 A inversão luhmanniana ou a centralidade dos tribunais

Calha, a partir de agora, traçar algumas linhas sobre a posição dos tribunais no sistema jurídico. Trata-se daquilo que ficou conhecido como “inversão luhmanniana”: os tribunais passam a figurar no centro do sistema jurídico, ao passo que a legislação *lato sensu* migra para sua periferia, estabelecendo contatos com outros sistemas da sociedade.

Na visão tradicional, há uma subordinação quase que hierárquica da função jurisdicional para com a legislativa. Em Luhmann, a legislação tem como função acomodar ou filtrar irritações provenientes de outros sistemas.

Pois bem. A partir do Século XVIII, com a derrocada do *Ancien Regime* e o advento do estado de direito, os filósofos liberais teorizaram a separação de poderes como forma de controle do poder pelo poder e de organização esquemática das funções estatais.

A partir de então, a produção do direito deixou de ser concebida como prerrogativa do soberano para ser encarada como atribuição do Poder Legislativo, único ramo do governo legitimado a inovar originariamente na ordem jurídica.

O que se observa nesse período é um acentuado protagonismo dos parlamentos na condução dos negócios estatais, relegando a um segundo plano as funções desempenhadas pelos demais poderes, cuja atuação legítima apenas poderia dar-se nos estritos limites impostos pela lei.

Nesse cenário, ao Poder Judiciário, quando da resolução dos conflitos submetidos a sua apreciação, apenas incumbiria fazer cumprir a lei, obedecendo às instruções do legislador – positivismo clássico ou exegetico. Ao juiz caberia tão somente o papel de aplicar, de forma lógico-subsumtiva, o texto da lei. A relação entre legislação e jurisdição era concebida assimetricamente: os tribunais eram tidos como meros órgãos executores da norma legal fruto da vontade privilegiada do legislador racional.

Mesmo nas teorias jurídicas que se consolidaram a partir do início do Século XX, o direito permaneceu, em grande medida, sendo encarado em termos hierárquicos, com o Poder Judiciário

subordinado ao primado da lei e, no vértice do edifício jurídico, a constituição a lhe servir de fundamento último de validade.

A teoria dos sistemas, entretanto, sob outro enfoque, percebe os tribunais como sistemas parciais do direito. É dizer, os tribunais são descritos como sistemas organizacionais que se posicionam no centro do sistema jurídico, concentrando e coordenando seu fluxo comunicacional, ao passo que a legislação se encontra em sua periferia, servindo de zona de contato com os demais subsistemas funcionalmente diferenciados da sociedade, acomodando e filtrando irritações intersistêmicas.

Luhmann defende que as decisões dos tribunais não são mera aplicação da lei, mas verdadeiros processos de criação do direito. O tribunal, ao proferir uma decisão, não se restringe às disposições expressas da lei. Diversamente, ao decidir, o tribunal cria direito, tencionando vincular o futuro para torná-lo expectável.

A teoria dos sistemas atribui a força criativa da jurisprudência à compulsão decisória do Poder Judiciário, isto é, à proibição da denegação de justiça – impossibilidade de o juiz pronunciar o *non liquet*.

O sistema social exerce forte pressão sobre os tribunais, deles exigindo resposta a todas as questões que lhes são submetidas. Todavia, as lacunas e a textura porosa do direito não permitem a simples aplicação lógico-dedutiva da lei aos casos concretos, de modo que a criatividade da jurisdição se apresenta como consequência inevitável.

Quanto a isso, Luhmann propõe que:

O mundo não oferece nenhuma garantia para uma ordenação lógica e sua dedução. A proibição da denegação de justiça tampouco resulta do fato de a força vinculativa da lei não deixar outra opção. Ora, assim como de pronto aparecem problemas insolúveis na busca das leis e de sua interpretação, o poder discricionário do juiz estaria em constatar “as lacunas do direito” e rechaçar a necessidade de uma decisão (LUHMANN, 2016a, p. 417-418).

É importante frisar, contudo, que o papel criativo da jurisprudência não importa em afirmar que o direito possa ser produzido pelos tribunais segundo premissas estranhas ao sistema jurídico.

Todo ato de interpretação/aplicação do direito é também um ato de concretização e, portanto, de criação. Entretanto, o Judiciário, de uma forma geral, ao decidir, precisa “enlaçar” suas decisões a decisões jurídicas precedentes.

Nessa ordem de ideias, os tribunais, na qualidade de sistemas parciais do direito, posicionados no centro do sistema jurídico, orientados pelo código direito/não-direito e guiados pelos programas condicionais do tipo se/então, funcionam enlaçando comunicação jurídica a comunicação jurídica, produzindo autopoieticamente direito a partir do direito.

3.3.4 Acoplamentos estruturais e operativos

Luhmann indica a existência de um tipo especial de estrutura cuja função precípua é aumentar as áreas de contato entre os sistemas funcionais, possibilitando o duplo efeito de inclusão/exclusão, além de selecionar e potencializar as irritações do ambiente que surgem em confrontação com o sistema. A essa estrutura, Luhmann dá o nome de acoplamento estrutural. Nas palavras do autor:

Também aqui, acoplamento estrutural quer dizer: transformação de relações analógicas (simultâneas, contínuas) em digitais, que podem se tratar de acordo com o esquema ‘ou isto/ou aquilo’, além da intensificação de determinadas vias de irritação recíproca com uma alta indiferença frente ao resto do entorno. Sem estas formas de acoplamento estrutural, ter-se-ia estagnado a diferenciação dos sistemas funcionais desde seu início (LUHMANN, 2006, p. 617, tradução nossa).

Através dessas estruturas, o sistema adquire novos conhecimentos que são interiorizados de maneira autorreferencial. O sistema, ao receber e processar estímulos do ambiente, transforma-os em cognição, desencadeando o processo evolutório de seus programas decisórios, com a criação, adaptação ou extinção de programas.

Como destacado, o acoplamento estrutural não nega a autopoiese do sistema. Muito ao contrário, autopoiese e acoplamento estrutural desenvolvem entre si uma relação de tipo ortogonal, em que presspõem-se, mas não são capazes de se determinarem mutuamente.

Nas palavras de Ulisses Schwarz Viana, “[o] acoplamento estrutural se dá, então, quando dois ou mais sistemas executam operações autopoieticas que tenham por base os mesmos valores – valores comuns – ou valores complementares, os quais [...] operam de modo unificado” (VIANA, 2011, p. 145).

Os acoplamentos estruturais permitem que os sistemas autorreferenciais se interrelacionem e convivam entre si, sem que nessa interação se agridam mutuamente. Além disso, filtram irritações e desparadoxam o processo da autopoiese.

À guisa de exemplo, são acoplamentos estruturais: (i) entre sistema jurídico e político, a constituição; (ii) entre sistema jurídico e econômico, o contrato; (iii) entre sistema político e econômico, o tributo; (iv) entre sistema econômico e educacional, o diploma.

No que concerne à constituição, desempenha ela o papel de acoplamento estrutural entre direito e política. É nesse sentido que Luhmann afirma que a constituição cumpre a dupla função de inclusão e exclusão de irritações entre os sistemas jurídico e político. Ao passo em que distingue esses sistemas, a constituição permite que se relacionem sem que interfiram diretamente na autopoiese um do outro, assegurando, numa relação ortogonal, o efeito simultâneo de fechamento e abertura.

Como se pode denotar, para a teoria dos sistemas sociais funcionalmente diferenciados, a constituição deixa de ocupar um nível hierarquicamente superior na ordem jurídica da sociedade, deslocando-se para a periferia do sistema, para então, nessa perspectiva, servir de mecanismo de acoplamento entre sistema político e jurídico, tornando relativamente mais estável essa complexa relação.

Outra categoria digna de comentário para uma melhor compreensão desse estudo é a dos acoplamentos operativos. Trata-se de espécies efêmeras e instáveis de acoplamento entre operações de sistemas sociais distintos, importando em indiferenciação momentânea e negação temporária do fechamento operativo. Pressupõem a existência de acoplamentos estruturais e não negam a autopoiese dos sistemas, haja vista ser, a operação objeto do acoplamento, observada e interpretada por cada sistema à luz de sua peculiar lógica interna.

Com efeito,

Com base no conceito de acoplamento operativo, Luhmann explica ser possível que eventos sejam observados de maneira simultânea entre o sistema e o ambiente e tais situações somente permanecem enquanto durar determinado evento. Aduz ainda o autor que tais acontecimentos são caracterizados de uma certa ambiguidade, devendo ser observada sempre dentro de uma rede recursiva. (RECK; VANIN, 2020, p. 473).

João Paulo Bachur cuida desse fenômeno como “coincidências intersistêmicas”, professando que “os acoplamentos operativos aumentam complexidade ao permitir que uma operação social sirva ao mesmo tempo a mais de um sistema” (BACHUR, 2010, p. 167).

Lançando uma luz sobre essa categoria ainda pouco desenvolvido na teoria sociológica, e traçando alguns exemplos concretos, João Paulo Bachur aduz que:

[...] as cortes constitucionais, o estado de sítio, as medidas normativas excepcionais, tais como decretos-lei ou medidas provisórias, pressupõem o acoplamento estrutural entre política e direito, mas são realizadas socialmente e ao mesmo tempo tanto pelo direito como pela política: no primeiro caso, trata-se de um julgamento jurídico que não decide um caso concreto, mas produz decisões coletivamente vinculantes; no segundo caso, trata-se de uma supressão constitucional da própria constituição; no terceiro, trata-se de uma lei que ingressa no ordenamento jurídico como decisão política individual, mas coletivamente vinculante (BACHUR, 2010, p. 168).

Há, assim, inumeráveis acoplamentos operativos eventuais entre sistemas parciais da sociedade, que suscitam a constante produção e dissolução de arranjos organizacionais do sistema. Dessa maneira, os sistemas parciais se acoplam e desacoplam momentaneamente para, ato contínuo, voltarem a desenvolver interconexões operativas esteadas e determinadas apenas por si mesmos.

Os acoplamentos operativos não prescindem dos acoplamentos estruturais, ao contrário, pressupõem-nos. Em Luhmann (2006, p. 625, tradução nossa), os acoplamentos operativos, “se condensam e atualizam operações recíprocas e, desta maneira, permitem uma aquisição mais rápida e melhor coordenada das informações nos sistemas participantes”.

Nessa perspectiva, a positivação de enunciados normativos abstratos e vinculantes pelos tribunais superiores – os “precedentes” – se dá no contexto do surgimento de acoplamentos operativos entre o sistema da política e o do direito.

Cada um dos citados sistemas interpreta este “momento operativo” de uma maneira distinta, partindo, cada qual, de sua própria rede recursiva autorreferencial, lançando mão de seus próprios mecanismos de observação.

Para o sistema jurídico, trata-se de estabelecimento e validação do direito por meio de decisões jurídicas, ao passo que, para a política, cuida-se da produção e institucionalização de decisões coletivamente vinculantes através de um procedimento.

3.3.5 A relação entre os sistemas jurídico e político

Luhmann propõe a renúncia à questionável missão de definir a essência da “coisa política” que, há muito, vem sendo levada a efeito pela ciência política, para, em seu lugar, colocar o problema da busca pela clarificação da função específica do sistema político (LUHMANN, 2014).

Para o autor, a função da política não se relaciona com toda a complexidade social, mas apenas com aqueles problemas que não podem mais ser absorvidos por si mesmos pelos mecanismos latentes da sociedade, tampouco pelo esforço individual.

O sistema político, assim, é confrontado pelos problemas ainda não solucionados pelo seu entorno, e os resolve mediante a produção de decisões coletivamente vinculantes. É assim que o sistema político reduz a complexidade de seu ambiente – do sistema social como um todo –, criando e institucionalizando soluções para os conflitos não resolvidos dos demais subsistemas funcionalmente diferenciados da sociedade (LUHMANN, 2014).

Tem-se, deste modo, que:

A política não deve apenas filtrar e excluir outras possibilidades, deve resolver problemas. E isto só pode acontecer pela centralização da competência de decidir em determinados papéis, os quais, apesar de seu isolamento, podem elevar e impor a pretensão de decidir de modo vinculante para o conjunto da sociedade (LUHMANN, 2014, p. 41).

O sistema político opera a redução da complexidade social utilizando processos altamente seletivos de informação cujos resultados devem ser sempre aceitos pelo seu entorno social. Isso ocorre, sobretudo, por conta da existência de um consenso social suposto acerca dos papéis bem definidos que são exercidos em seu interior, o que lhe confere a legitimidade necessária para a tomada de decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância.

A codificação simbólica democrática do sistema político é expressa pela distinção governo/oposição, de modo que seus programas finalísticos devem apresentar-se de maneira politicamente aceitável, mostrando-se aptos a garantir a formação de maiorias.

Em Luhmann, a legislação é o lugar de transformação da política em direito, assim como de delimitação jurídica da política, compensando e estabilizando a temporalidade da sociedade em seu conjunto.

Que fique bem claro: o sistema político absorve os problemas e questões que os demais sistemas parciais não foram capazes de solucionar – é o sistema residual por excelência. Seu papel fundamental é, então, solucionar tais problemas, empregando seu código simbólico próprio (governo/oposição), por meio de discussões que, ao fim e ao cabo, promovem decisões capazes de vincular os demais subsistemas sociais funcionalmente diferenciados, o que independe do conteúdo decisório fixado. Esse efeito vinculativo é derivado da legitimação a que se autoatribui o sistema político pela delimitação precisa de papéis bem definidos que, segundo um consenso fictício criado por meio de institucionalização, reduz e converte complexidade desestruturada em compromissos simbolicamente estabilizados.

A legislação é fruto desse processo seletivo altamente especializado, produzido no sistema da política, processo esse responsável por selecionar, sempre de acordo com estruturas intrassistêmicas e operações recursivamente fechadas, expectativas sociais merecedoras de atenção pelo sistema, condensando-as sob a forma de decisões coletivamente vinculantes.

Vale ressaltar, todavia, que uma vez encerrado o processo político com o ato simbólico de promulgação, a lei projeta seus efeitos, na forma de variabilidade, por sobre os demais sistemas parciais da sociedade, sendo absorvida com maior ênfase pelo sistema jurídico, que seleciona essa

variabilidade informativa e promove seu processamento em conformidade com a redundância já existente em seus horizontes de sentido.

O fato de o sistema jurídico condensar decisões políticas coletivamente vinculantes em termos de legiferação não implica, no entanto, em fusão ou interpenetração entre direito e política. Com efeito:

Politicamente, o assunto chega a seu termo no ato simbólico da legislação, com a possibilidade de que seja citado nos informes como êxito do partido ou do governo. Não obstante, tudo isso independe completamente dos efeitos jurídicos transmitidos efetivamente por meio do direito (LUHMANN, 2016a, p. 583).

Consoante epigrafado, a constituição subsiste como principal acoplamento estrutural entre direito e política, funcionando como zona intensificadora de atrito entre estes sistemas, promovendo a troca de informações através de irritações reciprocamente dirigidas, estabilizando-os e garantindo processos controlados de abertura cognitiva e fechamento operativo, evitando corrupção de códigos e agressões intersistêmicas.

A constituição, por força do exposto, assume o importante papel de adjudicar ao sistema jurídico critérios para a aplicação do código direito/não-direito ao processo legislativo, que ocorre, recorde-se, no interior do sistema político. Isto é, as irritações produzidas pelo sistema político são recepcionadas pelo sistema jurídico, passando pelo crivo do código constitucional/inconstitucional.

A presença de uma constituição diferenciada acoplando estruturalmente o sistema jurídico ao político importa, então, no impedimento da intromissão do sistema político na autorreferência basal do sistema jurídico, permitindo sua autopoiese e seu fechamento operacional. Isso não significa, entretanto, o isolamento do sistema jurídico face à realidade social da política.

Desenvolvendo mais a fundo este tema, Glauco Salomão Leite assevera que:

[...] não se trata de evitar ou se defender de pressões vindas do sistema político, mas sim de canalizá-las, no interior do direito, sob o influxo do código lícito-ilícito. Por isso que a "politização" da jurisdição constitucional não corresponde a uma invasão indevida da política no direito, mas sim às respostas que o direito oferece, a partir de sua própria recursividade, às demandas do sistema político (LEITE, 2019, p. 27).

A teoria da constituição, forte na ideia de autonomia do direito, estabelece importantes premissas que, ao fim e ao cabo, refletem o fechamento operacional do sistema jurídico. São exemplos: a separação dos poderes, o princípio da legalidade, a igualdade perante a lei etc.

Tratando dessa realidade, Celso Campilongo propugna que:

No Estado de Direito, o sistema jurídico fornece respostas legais aos problemas da política. Isso não representa ignorância ou insensibilidade para a política. Ocorre que os problemas da política são traduzidos, deslocados e selecionados pelo sistema jurídico com critérios particulares e internos a esse sistema (CAMPILONGO, 2011, p. 24).

Portanto, o direito não é insensível aos problemas da política. Não se trata de um sistema autológico e solipsista. É importante, contudo, ter em mente que o sistema jurídico, ao apreciar as questões políticas, deve traduzi-las em termos de direito e tratá-las conforme o direito.

Aqui se tem por encerrado esse rápido interlúdio sobre teoria dos sistemas e sua ressignificação do fenômeno jurídico. Munido de alguns conceitos fundantes da gramática luhmanniana e da semântica sistêmica de um modo geral, o leitor agora pode considerar-se habilitado a aventurar-se mais proficuamente nas questões suscitadas e debatidas nos capítulos que seguem. Sem mais delongas, avante.

4 A VINCULATIVIDADE DOS “PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS” E A INDECIDIBILIDADE DO DIREITO

4.1 Do texto à norma: a lei ainda importa?

Costumeiramente, quando os operadores jurídico falam em “lei”, referem-se a seu teor literal, sua dimensão estrutural lógico-semântica. Em outras palavras, ao texto escrito. Friedrich Müller (1999), com sua teoria estruturante da norma, rebelando-se contra essa difundida acepção, contribuiu em grande medida para o aperfeiçoamento da hoje difundida tese da não-identidade entre texto e norma.

Argumentando que o texto não subsiste sem o seu sentido – a norma –, e que a norma apenas é em seu texto, para o autor, a prescrição juspositiva é mera baliza da estruturação da norma, que apenas exsurge diante de um complexo processo de concretização. Veja-se, não se está a defender com isso que o texto esteja à disposição do intérprete. Ele deve ser compreendido sempre como um limite para a concretização.

Para Müller, a norma apenas existe diante de um caso concreto, enquanto resultado de um processo em que os elementos linguísticos do texto jurídico adquirem sentido quando confrontados com elementos da dimensão prática da realidade.

A teoria estruturante do direito compreende o texto como sendo apenas “a ponta do iceberg”, por assim dizer. Trata-se de elemento constitutivo do programa normativo, ao lado do qual existe o âmbito da norma, formado por dados concretos da realidade. O âmbito da norma, por ser o integrante material da prescrição jurídica, deve ser encontrado empiricamente (STRECK, 2017). A normatividade, nesse contexto, decorre da conjugação com os elementos legados pela tradição. Resulta do aporte de dados extralinguísticos não reproduzidos no texto (MÜLLER, 1999).

Versando sobre a insuficiência das prescrições juspositivas para a concretização das normas jurídicas, Müller pontua que:

[...] ela [a normatividade] resulta dos dados extralinguísticos de tipo estatal-social: de um funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto, de dados que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua pertinência. Também o "conteúdo" de uma prescrição jurídica, *i.e.*, os impulsos de ordenamento, regulamentação e critérios de aferição que dela partem (porque publicados, veiculados, transmitidos, aceitos e observados), não estão substancialmente "presentes" no seu teor literal (MÜLLER, 1999, p. 45).

Portanto, texto e norma são realidades distintas e inconfundíveis, embora inegavelmente interligadas e interdependentes. A norma jurídica é mais que seu teor literal. O operador jurídico há de levar em conta sempre o âmbito normado, o recorte da realidade que o programa normativo elegeu para si como tema de regulamentação.

Ainda, o programa normativo apenas logra ser desvelado com o auxílio das demais determinantes de concretização da lei, dispostas como mecanismos de "tratamento" do texto, a exemplo das técnicas de interpretação gramatical, lógica, história, sistemática etc., dos mecanismos particulares de cada área específica do direito, dentre outros.

A normatividade manifestada no teor das decisões práticas extrapola a orientação linguística do texto da norma concretizada. O programa ganha materialidade com o auxílio de manuais jurídicos, comentários, estudos monográficos, ou seja, com suporte em diversos textos que desbordam do teor literal (MÜLLER, 1999).

Para a teoria estruturante da norma, o "teor literal expressa 'o programa da norma', a 'ordem jurídica' tradicionalmente assim compreendida". Adicionalmente, pertence à norma, num mesmo grau hierárquico, o âmbito da norma, isto é, "o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma 'escolheu pra si' como seu âmbito de regulamentação" (MÜLLER, 1999, p. 48).

Resultado disso é que não há norma antes do caso. O que se extrai das leis e dos códigos são textos. As normas, ou seja, o direito propriamente dito, não resulta exclusivamente da produção das legislaturas, sendo o texto apenas o ponto de partida de um complexo processo de concretização cujo resultado final é a norma jurídica, servindo aquele, de mais a mais, de limite para a atividade

concretizadora, tendo em vista a necessidade da observância do princípio democrático (STRECK, 2017).

A concretização da norma não pode apegar-se ao dogma da “clareza da lei” – *in claris cessat interpretatio* –, tampouco recair em posturas puramente voluntaristas – paradigma epistemológico da filosofia da consciência. Deve, isto sim, considerar os elementos caracterizadores da pré-compreensão da ciência jurídica, bem como da concretização referida ao caso – a normatividade apenas exsurge em face de um caso concreto, seja ele real ou fictício. Ressalte-se que pré-compreensão, no contexto da metódica estruturante, apenas pode significar pré-compreensão jurídica, isto é, aquela radicada na dogmática, na teoria e na metódica do direito (MÜLLER, 1999).

Ora, como a concretização normativa apenas se dá referida ao caso, não é equivocado dizer que o direito não prescinde do conjunto fático do qual emerge. Não há falar, portanto, em cisão entre questão de fato e questão de direito. Como visto, toda norma depende, além de seu elemento textual, de um conjunto empírico de dados extraídos da realidade prática – de um âmbito normativo. A norma jurídica e, portanto, o próprio direito, são resultado de um entrelaçamento incidível entre o texto jurídico e a realidade.

A esse respeito, esclarecedora é a lição de Castanheira Neves, para quem:

[...] o direito não é elemento, mas síntese; não é premissa de validade, mas validade cumprida; não é *prius*, mas *posterius*; não é dado, mas solução; não é ponto de partida, mas resultado; não está no princípio, mas no fim. Pelo que o sem-sentido metodológico do esquema normativista-subsuntivo é agora uma evidência. Não é ‘o direito’ que se distingue de ‘o fato’, pois o direito é a síntese normativo-material em que o ‘facto’ é também elemento, aquela síntese que justamente a distinção problemática criticamente prepara e fundamenta. E se quisermos referir o direito às suas já conseguidas objectivações (as normas, as instituições, os precedentes), então há que ter em conta que só o podemos pensar juridicamente se restabelecemos aí, no seio dessas objectivações do direito constituído, aquela mesma problemática (e aquela mesma distinção) constituinte (NEVES, 1967, p. 587).

O excerto acima colacionado apenas ratifica a tese da não identidade, vez que nega que o direito esteja circunscrito aos textos jurídicos legados pelas legislaturas. Ao contrário, a crítica metodológica de Castanheira apenas reafirma que o direito deve ser encarado como uma síntese normativo-material entre o texto jurídico e o âmbito de sua regulamentação.

Como sabido, o sistema político tem por função a tomada de decisões coletivamente vinculantes. O fluxo da comunicação do sistema político está sempre à mercê da contínua variação, seleção e estabilização dessas decisões, num processo de constante circularidade de possibilidades e alternativas decisórias. Só assim o sistema político consegue manter – e paradoxalmente reduzir – sua complexidade, o que faz com base em suas próprias estruturas internas, de forma autônoma e operativamente cerrada.

Nesse contexto, a democracia, enquanto regime de escolha dos titulares do poder, comporta-se como pressuposto da manutenção da adequada complexidade do sistema político, visto que promove sua abertura para uma variabilidade advinda da contínua criação e negação de possibilidades de escolha, o que garante a reversibilidade de decisões e renovação de temas (CAMPILONGO, 2011).

Quanto mais democrático o sistema político, maior o número de possibilidades de seleção. Quanto maior o número de opções, maior também o número de possibilidades de negação. Dessarte, “governabilidade democrática importa em capacidade de tomada de decisões coletivamente vinculantes, num contexto de múltiplas alternativas” (CAMPILONGO, 2011, n. p.).

Note-se, o sistema político é o sistema residual por excelência. Absorve as questões que os outros sistemas parciais não conseguiram processar. Sua função básica é lançar mão de seu código ambivalente governo/oposição para, absorvendo e neutralizando complexidade persistente e irresolvida, estabilizar as relações travadas pelos e nos outros sistemas parciais da sociedade.

As decisões coletivamente vinculantes gestadas no interior desse sistema – as leis em um sentido lato –, legitimam-se porque fundadas em consensos fictícios criados através de um sofisticado processo de institucionalização. Elas reduzem a complexidade desestruturada do sistema social, convertendo-a e traduzindo-a na forma de compromissos simbolicamente estáveis.

O sistema político, devidamente orientado pelo princípio democrático, após o processamento e filtragem das questões residuais não solucionadas pelos demais sistemas, proporciona ao direito as premissas necessárias para a elaboração de decisões jurídicas (para a criação de programas normativos). É o sistema político que fornece ao direito as leis – isto é, os textos jurídicos. É ele quem acomoda e soluciona as questões políticas – *political questions* – e,

tomando por base seu código ambivalente, promove sua filtragem e cristalização em termos de legiferação.

Discorrendo sobre esse particular momento do sistema político, Luhmann pontifica:

El sistema político se mueve en un terreno totalmente diverso: trata de condensar la formación de las opiniones de tal manera que se puedan tomar decisiones que vinculen colectivamente. Estas decisiones buscan su forma en el medio de lo políticamente posible, esto es, de acuerdo con criterios políticos con los que la política resuelve los problemas: deshaciéndose de ellos (LUHMANN, 2005, p. 303).

Em apertada síntese, é no interior do sistema político, autônomo e funcionalmente diferenciado, que, através de um procedimento democraticamente orientado, é gestada a lei, *locus* privilegiado de transformação da política em direito. Em outros termos, ao final do processo legislativo, a proclamação simbólica da lei projeta seus efeitos por sobre os demais sistemas parciais da sociedade, mais especialmente sobre o sistema jurídico, que absorve esse conteúdo informacional de forma autorreferente sob a forma de irritação, isto é, sob as lentes de seu código simbólico e de acordo com suas estruturas e operações internas.

A lei é, assim, o resultado de um processo seletivo altamente especializado, democraticamente conduzido dentro do sistema político, sempre de acordo com as estruturas e operações recursivamente fechadas desse sistema, que seleciona as expectativas marcantes da sociedade e as converte na forma de decisões coletivamente vinculantes.

O sistema jurídico, a seu turno, recepciona as premissas decisórias produzidas no âmbito sistema político – as leis –, que fundamentam e legitimam sua atuação, ao passo em que seleciona, executa e implementa judicialmente, sob a forma de programas normativos, as decisões fixadas pelo sistema político.

Como ressalta Celso Campilongo (2011, n. p.), “o sistema jurídico lê o sistema político a partir de seu código particular – direito/não direito – e não pode oferecer nenhuma comunicação a não ser com esse código. As seleções do sistema jurídico são dependentes, incertas e arriscadas”.

O tribunal, portanto, enquanto subsistema organizacional diretor do fluxo comunicacional do sistema jurídico, cria o direito no ato da aplicação, o que faz apenas diante do caso concreto.

Nessa senda, Luhmann, versando sobre o encobrimento da relação travada entre jurisprudência e legislação, dispõe que:

Con ayuda de la relación asimétrica entre legislación y jurisprudencia y con la ayuda de medios conceptuales derivados (por ejemplo, la doctrina de las fuentes del derecho) se intenta evitar la circularidad que resultaría al admitir que el tribunal "crea" el derecho mismo que "aplica". La estilización de la decisión del tribunal sirve, sobre todo, como "conocimiento" del derecho - y aun la doctrina de las fuentes jurídicas piensa que éstas son principios de conocimiento -: asimetrización, pues, de una relación que, de otro modo, debería presentarse como circular (LUHMANN, 2005, p. 218-219).

Visto que partem sempre de uma realidade simultânea e incontrolável, os sistemas só podem existir durante seu momento operativo. O presente se insere como distinção, isto é, como a unidade de uma diferença entre passado e futuro. A decisão, enquanto terceiro excluído de uma pluralidade de alternativas, apenas pode ser levada a efeito de maneira temporalizada: desde que se condense passado e futuro, introduzindo no mundo o presente sob a forma de uma alternativa. Apenas quando fixados os horizontes temporais da decisão – passado/futuro – é possível agir de maneira seletiva, já que esses horizontes nunca serão atuais. Esse comportamento seletivo permite apreender a situação atual como uma situação de decisão (LUHMANN, 2005).

Essa constatação traz para o sistema uma importante característica: a decisão não se determina pelo passado – pelas leis, precedentes, fatos ocorridos –, mas funciona dentro de uma estrutura própria, o que só é possível no presente. Todavia, ela exerce influência no futuro, vale dizer, cria ou extingue possibilidades que sem ela jamais existiriam.

A decisão pressupõe a invariabilidade do passado e a mutabilidade do futuro e, paradoxalmente, não se deixa determinar pelo passado, embora se proponha a vincular o futuro, ainda que este seja altamente contingente. Se a decisão se determinasse por um passado certo e unívoco, não haveria alternativa a ser escolhida, logo não haveria uma decisão. Nas palavras do próprio Luhmann (2005, p. 219), se assim fosse “a decisão já estaria decidida, e seria o caso apenas de ‘reconhecê-la’”.

Os tribunais não se permitem obrigar apenas pelos textos jurídicos vigentes. Eles criam o direito sob a forma de programas, o que só é verificado através do contato com o caso. De fato, apenas nos limites do necessário os tribunais se reportam aos textos jurídicos herdados do sistema

político, confrontando-os com outros dados apreendidos do ambiente pelo sistema jurídico, de acordo com suas operações internas, conduzindo-os sob a forma de programas decisórios, isto é, de normas jurídicas propriamente.

Em razão da proibição de denegação da jurisdição – *non liquet* –, os tribunais necessitam decidir o indecível, ainda que precisem passar ao largo dos padrões usuais de racionalidade, lançando mão do instrumento da argumentação. Se não podem decidir, é certo que devem esforçar-se para tanto. Daí a constatação de que os tribunais devem criar o direito.

É certo que essas decisões dependem sempre de decisões anteriores. Os tribunais se orientam pelas regras de decisão – pelos programas –, que especificam os pontos de vista de seleção do sistema. Esse processo seletivo deve sempre orientar-se pela pré-estruturação da decisão que será tomada, para a qual importa unicamente o código e os programas do próprio sistema do direito.

Isso não quer dizer que o direito seja criado pelo tribunal segundo estruturas e operações estranhas ao sistema jurídico. O tribunal, ao criar o direito, precisa remeter sua decisão a outras decisões jurídicas precedentes, fazendo valer o código e os programas do sistema. É dizer, as cortes produzem autorreferencialmente direito a partir do direito.

Embora o direito apenas seja produzido em sua aplicação – *applicatio* –, não há falar em discricionariedade judicial no momento de concretizar normatizador. O tribunal não dispõe de prerrogativas institucionais para manipular os programas normativos, tampouco para produzir normas dissonantes do direito enquanto sistema operativamente fechado.

A aplicação tem relação direta com a pré-compreensão – pré-estruturação da decisão. O texto da lei não encerra o em si mesmo o sentido da norma, mas não pode ser considerado um nada. Embora seja a partir da aplicação pelo tribunal – da concretização diante de um caso – que a lei ganha normatividade, o texto jurídico não pode ser ignorado. E mais, não cabe dar-lhe sentidos arbitrários. Estão vedados os sequestros interpretativos e os álibis retóricos.

Há de operar-se uma censura significativa sobre a interpretação dos textos jurídicos. O direito é prática compartilhada e, como tal, está sujeito a uma linguagem pública construída

socialmente. Veda-se ao tribunal o assujeitamento do texto, as manifestações arbitrárias da subjetividade particularista.

Ora, ao produzir a decisão, a corte há de referir-se aos significados consolidados no interior do próprio sistema jurídico. Não pode descurar dos processos seletivos que lançam suas conexões operativas em direção às pré-compreensões advindas dos conteúdos cristalizados no processo de auto-observação do sistema – ciência do direito e dogmática jurídica. Mas não só, há de tomar em conta a tradição jurídica, a história efetual, bem como o papel da doutrina e da crítica. Só assim é possível garantir respostas adequadas à constituição, à defesa e promoção dos direitos fundamentais.

Sob o enfoque da teoria do direito, há a necessidade de estabelecer bases compartilhadas de sentido, de modo a superar os individualismos particularistas dos centros decisores do sistema do direito. Os juízes e tribunais, durante o operar normativo da *práxis* jurídica, sofrem constrangimentos de diversas ordens, sobretudo de uma linguagem pública socialmente constituída: a linguagem jurídica. Por isso, não podem atribuir ao direito sentidos arbitrários.

Nessa linha de raciocínio, cresce em importância o constrangimento epistemológico das decisões jurídicas, isto é, da elaboração de censuras significativas de sentido, de modo que se formulem críticas fundamentadas em busca de distinguir decisões constitucionalmente adequadas das inadequadas (STRECK, 2017).

O constrangimento epistêmico funciona como instrumento de controle das manifestações arbitrárias advindas do individualismo “assujeitador” que faz refém o texto jurídico, fechando-se a qualquer forma de exterioridade. Decisões solipsistas devem ser constrangidas, impedindo que os centros decisores se comportem de maneira não-cognitivista, assumindo discursos alheios ao objeto da concretização normativa.

Defender o contrário é denegar ao sistema jurídico seu fechamento operativo, lançando por terra sua autonomia e o desempenho de sua função estabilizadora de expectativas normativas. O direito não é aquilo que o julgador quer que ele seja, isto é, não é aquilo que o tribunal, de maneira arbitrária, diz que ele é. Discorrendo sobre o tema, Lenio Streck pontua que:

A *applicatio* [aplicação do direito] tem direta relação com a pré-compreensão (*Vorverständnis*). Há sempre um sentido antecipado. Não há grau zero de sentido. Assim, pode-se dizer que nem o texto é tudo e nem o texto é um nada. Por exemplo: nem a lei escrita é tudo; mas não se pode dizer que este texto (lei escrita) não tem valor ou importância para o intérprete. E, importante, textos, aqui, devem ser entendidos como eventos (STRECK, 2017, p. 21).

Segundo Marcelo Neves, a aplicação do direito “pode ser conceituada como a fixação concreta do significado de um texto normativo positivo em relação a um caso determinado, o que inclui a produção das respectivas ‘norma jurídica’ e ‘norma de decisão’” (NEVES, 2018, p. 117). Para ele, a diferenciação entre aplicação e concretização do direito em dois momentos distintos gera discrepâncias que intensificam o processo de assimetria do direito (NEVES, 2018).

Chamar atenção para imprescindibilidade do respeito ao texto normativo não é o mesmo que advogar o cumprimento da “letra fria da lei”. Não se defende um retorno cego ao positivismo exegético dos Oitocentos, que cindia os fatos e normas, como se fossem realidades distintas, e lidava com a lei sob o enfoque de um essencialismo ingenuamente objetivista. Conforme asseverado linhas acima, o texto jurídico apenas ganha vida – positividade – a partir de sua aplicação a um caso concreto: positivizar o direito é, assim, tarefa dos tribunais. É a aplicação que confere normatividade ao texto. É no exercício ativo da jurisdição que se constrói a ponte que liga o texto à norma.

Contudo, é de se ressaltar que, uma vez aprovados os textos jurídicos sob o manto da constitucionalidade pelas legislaturas democraticamente constituídas, e após ingressarem no sistema jurídico sob a forma de programas condicionais do tipo se/então, devem eles ser tomados em conta pelos tribunais no momento da criação do direito. Cuida-se aqui de um grande avanço no sentido da concretização do estado democrático de direito.

O texto legal, porque produzido procedural e democraticamente, no âmago do sistema político – *locus* privilegiado da redução da complexidade social persistente não absorvida pelos demais sistemas parciais da sociedade –, deve ser percebido pelo sistema jurídico como variabilidade a ser selecionada e incorporada como elemento vinculante orientador das operações desempenhadas em seu interior.

Repise-se, a tarefa dos tribunais consiste em concretizar a lei no caso a caso. A corte não é um mero reproduzidor do texto, mas não lhe cabe a escolha arbitrária do sentido da norma. Quando os tribunais se deparam com o texto da lei, já há um sentido que se antecipa. Apenas alcançando essa compreensão é possível entender o direito como uma linguagem pública compartilhada que vincula igualmente todos os membros da comunidade jurídica.

O senso comum teórico da “doutrina brasileira do precedente” parece ter captado esse fenômeno apenas em uma dimensão superficial. Com relação à distinção texto/norma e à criação do direito pelos tribunais, Freddie Didier Jr. (2015a, p. 487) ensina que:

No Brasil, o sistema de precedentes tem um aspecto curioso. À luz das circunstâncias específicas envolvidas na causa, interpretam-se os textos legais (*lato sensu*), identificando a norma geral do caso concreto, isto é, a *ratio decidendi*, que constitui o elemento nuclear do precedente. Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência do tribunal.

Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente. [...] O enunciado da súmula deve reproduzir a *ratio decidendi* que está sendo reiteradamente aplicada. Dá-se forma escrita e sintética a uma norma jurídica construída jurisdicionalmente.

Vê-se, então, que o enunciado de súmula é, por assim dizer, o texto que cristaliza a norma geral extraída, à luz dos casos concretos, de outro texto (o texto legal), em sentido amplo.

Ao defender a possibilidade de interpretar os textos legais, a fim de extrair-lhes a norma geral do caso, o autor, no excerto acima colacionado, recai inadvertidamente em uma postura dogmática que remonta a um paradigma epistemológico cognitivista radicado na metafísica ontoteológica clássica. É como se houvesse uma essência no texto em si, cabendo ao intérprete o esforço de revelar seu sentido. É aquilo que se denomina verdade correspondencial ou, nas palavras de Tomás de Aquino, “*veritas est adaequatio intellectum et rei*” (LEITE, 2007).

Desde a virada ontológico-linguística do início do Século XX, principalmente a partir das contribuições da filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein, que rompeu com a possibilidade da existência de saberes reprodutivos, percebeu-se que o sentido de todo e qualquer enunciado linguístico não está contido nele mesmo, tampouco é fruto da consciência privilegiada de um sujeito-intérprete cognitivista.

Para interpretar, é preciso compreender e, para compreender, é necessária uma pré-compreensão, que, por sua vez, depende da existência de estruturas prévias de sentido. A tarefa interpretativa é, assim, uma tarefa criativa de atribuição de sentido. Os sentidos se dão na linguagem, a partir de um *a priori* compartilhado. Portanto, interpretar é concretizar, e concretizar é aplicar, tudo em um momento incindível em que interagem as três dimensões da linguagem: sintática, semântica e pragmática (STRECK, 2017).

Em seguida, o autor afirma que a súmula é o enunciado normativo da *ratio decidendi*, como se fosse possível congelá-la sob a forma de um enunciado sintético, geral e abstrato para uso futuro. Ora, como demonstrado à exaustão no capítulo segundo, a *ratio decidendi* corresponde ao raciocínio jurídico desenvolvido pela corte antecedente como razão suficiente para solucionar o caso concreto, constituindo papel das cortes subsequentes sua identificação – a elaboração de enunciados contendo regras gerais e abstratas, com pretensão vinculante *pro futuro*, não é o mesmo que identificar a *ratio* de um precedente.

Por último, a passagem acima reproduzida propugna que o enunciado de súmula cristaliza a norma geral extraída de outro texto – o texto legal em sentido amplo. Todavia, súmula não é norma, súmula é texto e, como texto que é, precisa ser interpretada – concretizada –, posta em contato com a dimensão prática da realidade para que dê origem a uma norma. Um enunciado linguístico, qualquer que seja, não contém uma norma pronta em si, em estado de ser “garimpada” e utilizada para a resolução de casos diversos. Não há norma de decisão que exista sobre si mesma. A norma apenas pode ser produzida em um processo individual, diante de um caso concreto.

Como defendido aqui, a positivação do direito não prescinde do caso concreto, mas é bom que se ressalve que o texto jurídico, por encerrar o programa normativo, encontra-se em um mesmo patamar hierárquico que o âmbito normativo no que se refere ao seu grau de importância. Parece óbvio, mas é bom que se diga: o texto jurídico deve ser observado.

Assumir a necessidade de se tomar em conta o texto legal não importa dizer, contudo, que o sistema político determina as estruturas e operações do sistema jurídico. Significa, isto sim, reconhecer que o sistema jurídico possui uma função particular que pressupõe uma “forma específica” para lidar com as mudanças que ocorrem em seu entorno e conectá-las sob a forma de

variabilidade informacional às suas operações internas. Essa “forma específica” é aquilo que Luhmann denominou acoplamento estrutural.

Em razão de seu acoplamento estrutural, o sistema jurídico se deixa voluntariamente irritar pelo sistema político, interpretando essa irritação a partir de seus elementos internos: a informação decorrente da irritação é sempre um constructo interno do próprio sistema jurídico. É nesse contexto que se dá o processo de aprendizagem do sistema do direito.

Em razão de sua autonomia, o sistema jurídico, partindo de uma perspectiva externa, mantém-se indiferente ao seu ambiente. Alterações promovidas no sistema político apenas são captadas pelo sistema jurídico a partir de seu acoplamento estrutural. É dizer, o sistema percebe e reage a essas alterações nos moldes do que determinam seus programas e seu código. O sistema do direito é fechado operativamente (LUHMANN, 2005).

Como já foi mencionado anteriormente, o acoplamento estrutural entre direito e política é a constituição. Por meio dela, os paradoxos inerentes aos sistemas político e jurídico podem ser dissolvidos através de referências recíprocas. Por exemplo, a limitação do poder político pode ser atribuída ao sistema jurídico pela referência ao direito positivo, ao passo em que a positivação do direito pode ser justificada na vontade do povo – opinião pública –, captada e processada pelo sistema político (CAMPILONGO, 2011).

É da constituição o duplo papel de inclusão e exclusão de irritações intersistêmicas entre direito e política. Ambos os sistemas apenas podem coexistir – e coevoluir – de maneira autônoma em razão de seu acoplamento estrutural. É ele que permite a reprodução autopoiética de ambos os sistemas, sem que haja entre eles nenhuma sobreposição confusa.

Luhmann pontua que o Estado é o portador do acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, de modo que esse acoplamento – a constituição – é o que permite ao direito positivo tornar-se um meio de conformação do sistema político, assim como ao direito constitucional converter-se em meio de disciplinarização da política (LUHMANN, 2005).

Sobre essa função atribuída à constituição, Luhmann anota que:

Las constituciones existen como logros reales -en oposición al mero texto- cuando se logra limitar la influencia recíproca entre derecho y política mediante los canales previstos en la Constitución del Estado y cuando se logra elevar las posibilidades en el marco de estos acoplamientos. Puede observarse, entonces, en esta forma del acoplamiento estructural, que otras posibilidades son efectivamente excluidas. «Otras posibilidades» significa concretamente, por ejemplo: utilización de posiciones jurídicas en la economía (riqueza, control jurídico sobre oportunidades de importancia política) para la obtención de poder político; el terror político; la corrupción política (LUHMANN, 2005, p. 338-339).

Como se percebe da leitura do excerto acima destacado, é por conta da existência da constituição que se frustra a possibilidade de exploração do sistema político pelo jurídico, e reciprocamente. Luhmann teoriza que a constituição, através da limitação das zonas de contato, promove um incremento de irritações recíprocas, é dizer, proporciona a maior possibilidade de o sistema jurídico registrar decisões políticas como jurídicas, assim como a maior chance de a política valer-se do direito para implementar seus programas finalísticos (LUHMANN, 2005).

Segundo o autor (LUHMANN, 2005, p. 341), “la Constitución expresa que es en el sistema jurídico mismo donde debe darse la responsabilidad de todo derecho”. Isto é, por explicitar que o direito apenas se funda em si mesmo, a constituição descarta que intervenções diretas dos outros sistemas – econômico, político, religioso, moral etc. – possam ocorrer para influir na positivação das normas jurídicas sem que passem pelo filtro de sua expressa autorização.

É essa construção que proporciona ao direito a aquisição de sua estabilidade dinâmica, mesmo perante condições de crescente irritabilidade. Luhmann enfatiza, citando a obra de Friedrich Schlegel, que a constituição democrática nada mais significa que inquietude fixada, revolução detida, o Estado absolutamente vinculado (LUHMANN, 2005).

Do exposto, extrai-se que texto e norma não se confundem. Um advém do sistema político, ao passo que o outro é gestado no âmago do sistema jurídico. De igual maneira, ficou claro que a norma jurídica, criada pelos tribunais no exercício concreto da judicatura, deve referir-se seletivamente a um programa jurídico. Não cabe ao tribunal positivizar o direito de modo arbitrário e voluntarista, lançando mão de códigos sistêmicos outros que não o do próprio direito, sob pena de, assim procedendo, aniquilar a autonomia do direito e prejudicar o desempenho de sua função de estabilização e generalização de expectativas.

A importância fundamental do texto para a positivação do direito advém de que sua integração ao sistema jurídico passa pela filtragem da constituição, acoplamento estrutural que, dentre outras funções, permite traduzir, num mecanismo altamente especializado de inclusão/exclusão de irritações, a vontade do povo, democraticamente constituída, em programas normativos orientadores das operações do sistema do direito, impedindo, ademais, que outros sistemas influenciem diretamente na produção e na reprodução do direito.

4.2 O “*sistema de precedentes*” e a obstrução autorreprodutiva do direito

De tudo o que até aqui se expôs, é preciso chamar atenção para um problema a que o sistema do direito se expõe em razão da configuração que foi dada pela comunidade jurídica nacional ao assim chamado “microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios”. Cuida-se do problema da *alopoiese* e de seu risco de provocação de assimetização externa no campo da produção normativa, circunstância em que a autorreprodução do direito resta bloqueada pelas injunções não mediatizadas dos outros sistemas.

4.2.1 Consequências jurídicas do processo de alopoiese

Resgatando de maneira concisa a ideia de autopoiese na teoria de Luhmann, viu-se que os sistemas, de um modo geral, são definidos pela diferença sistema/ambiente, distinção essa que é reproduzida no interior do próprio sistema e que depende do desenvolvimento de mecanismos de seleção altamente especializados pelos quais o sistema seleciona elementos do seu ambiente, reproduzindo-os em seu interior, de acordo com sua lógica operativa própria.

De maneira geral, autopoiese é a produção e reprodução hipercíclica do sistema pelo sistema, no sistema e de acordo com elementos, estruturas e operações do sistema. É uma aquisição

evolutiva indispensável para o alcance de seu fechamento operativo e, por conseguinte, de sua autonomia, uma vez que garante a ele que não tenha sua reprodução e seu funcionamento determinados pelos demais sistemas parciais da sociedade.

Referindo-se à autopoiese do sistema jurídico, Gunther Teubner (1989, p. 66) ilustra:

Transposto para o caso do direito, isto significa que a clausura autopoietica apenas poderá ocorrer quando um sistema jurídico constituir seus próprios elementos – actos jurídicos –, os quais operam como agentes de mudança, colocando em movimento o ciclo autopoietico “acto jurídico – mudança jurídica – acto jurídico”: forçando um pouco a nota, diríamos que apenas com a invenção do acto jurídico ganha o sistema jurídico sua autonomia.

Todavia, isto não é ainda suficiente para obter a plena compreensão da natureza auto-reprodutiva do sistema jurídico. De facto, não apenas os actos jurídicos, mas verdadeiramente todos os componentes do sistema jurídico – estruturas, processos, limites, meio envolvente – devem simultaneamente ser auto-constitutivos e articular-se entre si de forma auto-reprodutiva (hiperciclo).

A insuficiência do desempenho seletivo das conexões de um sistema é, em grande parte, responsável pela negação de sua própria autopoiese. A assimetria externa daí resultante implica em submissão do sistema ao código e aos programas de outro. Esse processo de hierarquização é denominado alopoiese – ou heteropoiese –, e alude à situação em que um sistema se reproduz de acordo com as injunções não mediatizadas de outro sistema.

Grosso modo, o que distingue um sistema autopoietico de um alopoietico é que aquele é capaz de autoproduzir-se circularmente, extraindo do fluxo comunicacional geral de seu ambiente novas unidades informacionais que, devidamente seleccionadas, serão articuladas com os elementos de sua própria estrutura.

Lado outro, o sistema alopoietico tende a ceder e a deixar-se conduzir por fatores estranhos a sua composição interna. Seu código é sobreposto e suas seleções cessam de ser autoconduzidas, circunstâncias que resvalam em um processo de heterogeneização estrutural, é dizer, de confusão operacional e geração de complexidade desestruturada, com congestionamento da atualização do sentido – *smn* – e desvirtuamento do desempenho de sua função. Fala-se em corrupção sistêmica: a lógica do sistema passa a ser manipulada indiferenciadamente por outro.

No que se refere especificamente ao direito, o sistema jurídico, como é sabido, “é, ao mesmo tempo, normativamente simétrico e cognitivamente assimétrico. Só quando há uma assimetria externa no plano da orientação normativa é que surge o problema da alopoiese como negação da autonomia operacional” (NEVES, 2011, p. 142).

O direito, quando determinado por injunções não mediatizadas advindas do exterior, perde a própria noção de diferenciação entre sistema e ambiente, além de que o bloqueio alopoiético conduz à perda da capacidade de reciclagem do direito – sua abertura cognitiva –, rompendo a autorreferência e a interconexão entre os elementos do próprio sistema – atos jurídicos, normas, processos etc. (NEVES, 2011).

Nesse diapasão, a corrupção sistêmica importa em “disfuncionalidade das decisões jurídicas quando confrontadas e submetidas a uma óptica de justiça de fora do sistema jurídico” (VIANA, 2019, p. 147). Marcelo Neves comenta algumas disfuncionalidades que exsurtem dessa situação:

O problema reside na relação inadequada de dependência/independência entre sistema jurídico e sistemas sociais de seu ambiente em uma sociedade caracterizada por enorme diferença entre estratos sociais (relações de sobreintegrados e subintegrados com os sistemas sociais modernos) e heterogeneidade estrutural (sobreposições, desacoplamento, intrincamento de códigos e critérios sistêmicos tanto entre os subsistemas sociais como em seu interior. Além da prestação insuficiente do sistema jurídico [resolução de conflitos e condução de comportamentos], trata-se aqui da insatisfatória contraprestação de outros sistemas sociais perante o direito (NEVES, 2018, p. 246).

Essa realidade ocasiona a abertura do sistema jurídico para a aplicação de códigos binários de outros sistemas – da economia, da moral, da religião, da política etc. –, gerando disfuncionalidades nas operações internas do sistema do direito, circunstância que assume tons de dramaticidade no âmbito das cortes superiores, que deveriam ser, em tese, as estruturas mais estáveis e indiferentes a irritações – uma espécie de ponto de ancoragem do sistema.

Nessa ordem de ideias, com a corrupção de códigos, as operações do sistema do direito deixam de guiar-se pela constituição e pelas leis para orientar-se preponderantemente por programas e códigos heteroproduzidos. “O paradoxo ‘lícito porque lícito’ é desparadoxizado pelas fórmulas ‘lícito porque rico’, ‘lícito porque amigo’ etc.” (ARNAUD; LOPES JR., 2004, 148).

Não sem razão, autores como Glauco Salomão Leite afirmam que a corrupção de códigos é responsável pelo bloqueio da criação e estabelecimento da identidade do sistema jurídico, o que resvala na carência de autodeterminação das conexões operativas desse sistema. A adoção de decisões coletivamente programantes pelo sistema jurídico, que sucede no contexto da corrupção de códigos, provoca a transposição dos déficits do sistema político para o do direito, desvirtua o desempenho de sua função e promove uma quase identificação entre direito e política, num processo de parcial desdiferenciação que bloqueia a autonomia do sistema do direito (LEITE, 2019).

A justaposição dos códigos moral, religioso, econômico, político etc. por sobre o código do direito obsta o desenvolvimento da autonomia do sistema jurídico, que passa a funcionar como instrumento à disposição desses sistemas subordinantes (*v.g. lawfare, SLAPP etc.*).

De tecnologia de limitação da atuação do Estado, o direito se torna arma de guerra utilizada para o sequestro das estruturas de poder do sistema da sociedade, “principalmente durante períodos autoritários, ou através do jogo de interesses particularistas bloqueadores do processo de concretização normativa” (NEVES, 1993, p. 17). Segundo Thaís de Souza Lima Oliveira:

A instrumentalização sistêmica do direito pelos outros códigos de poder operar-se tanto no nível do processo legislativo quanto no processo de concretização dos textos normativos. A criação e a aplicação do direito torna-se palco onde os interesses particularistas procuram se impor à margem dos procedimentos constitucionais, verificando-se uma tendência de privatização do Estado. [...] Ademais, a alopoiese não está relacionada somente ao processo de produção legislativa de enunciados jurídicos, já que se configura, por exemplo, na atividade de aplicação do direito, quando determinada decisão é proferida em razão de vínculo de amizade, de forças políticas, econômicas etc. (OLIVEIRA, 2014, p. 12-13).

A alopoiese, assim, importa no sequestro do direito por interesses particularistas de outros ramos da sociedade. Impede que o direito funcione como instância de resolução de conflitos e condução de comportamentos para buscar a efetivação de agendas econômicas, políticas, religiosas, morais ou popularescas (voz das ruas, clamor social, sentimento de impunidade etc.) de setores particulares da sociedade, instaurando um ambiente de acentuada insegurança jurídica – não há como garantir que casos iguais sejam julgados de igual maneira –, o que impede a estabilização e a generalização congruente das expectativas normativas, limitando drasticamente a capacidade da sociedade de planejar-se para o futuro.

4.2.2 O déficit de seletividade provocado pelo “sistema de precedentes”

Basta uma rápida leitura dos principais textos publicados pela doutrina que advoga, no direito brasileiro, a “teoria do precedente obrigatório” para perceber que estão presentes entre eles as mesmas preocupações, isto é, a ausência de coerência da jurisprudência, a insegurança jurídica, a promoção da igualdade de todos perante a jurisdição etc.

Essa corrente de pensamento professa que, como é possível extrair mais de uma norma do mesmo texto, e se é papel da jurisprudência colaborar com as legislaturas para o desenvolvimento de um direito socialmente adequado, os tribunais, sobretudo os superiores, ao definirem o sentido do direito, devem almejar a promoção da igualdade de todos perante a jurisdição, e não meramente estabelecer parâmetros para o controle da legalidade e da constitucionalidade das decisões judiciais (MARINONI, 2016).

Luiz Guilherme Marinoni (2016, n. p.) afirma que “a eficácia obrigatória [dos precedentes] não é uma exigência abstrata, desejada por uma determinada forma de compreender o direito, mas uma decorrência da igualdade”. Sustenta que “[o] mesmo fundamento que levou à formulação da frase de que ‘todos são iguais perante a lei’ está implícito na necessidade de se ter as decisões das Cortes Supremas como precedentes obrigatórios”.

Diz o autor que as “decisões interpretativas” das cortes superiores são autônomas em face da lei, representando a participação do Judiciário na formulação do direito. Nesse esquadro, nos termos propostos, as decisões proferidas por esses tribunais seriam “precedentes obrigatórios” que exprimiriam o verdadeiro sentido da lei e, dessa forma, ingressariam na ordem jurídica vinculante (MARINONI, 2016).

Na mesma linha argumentativa, Daniel Mitidiero entende que, por ser da natureza do direito a admissão de uma pluralidade de significados advindos do processo de interpretação, é imprescindível a existência de um meio institucional responsável por condensar o sentido final do

texto em um dado contexto, vindo a calhar a existência do “precedente obrigatório”, que tem por função a redução do grau de equivocidade do direito, garantindo sua maior cognoscibilidade. Eis aí o papel desempenhado pelas cortes de vértice: o de conferir unidade ao direito a partir da interpretação uniforme dos casos apresentados (MITIDIERO, 2013).

Diz o processualista que os tribunais da base devem seguir o “precedente”, ainda que o considerem incorreto. Afirma o autor que “[a] autoridade do precedente, ao contrário do acerto da experiência, é o que efetivamente conta para justificar o dever de seguir os precedentes” (MITIDIERO, 2018, n. p.). Aduz, no mesmo sentido, que quando se parte da premissa de que o STF e o STJ são “cortes de interpretação e de precedentes”, constitui grave infidelidade dos demais juízes e tribunais deixar de aplicar seus “precedentes” na resolução dos casos concretos que recaem em seus âmbitos de aplicação (MITIDIERO, 2018).

Na mesma toada, Carlos Eduardo Xavier, em sua obra sobre precedentes judiciais e reclamação constitucional, aponta que, dada a diferenciação entre texto legislativo e norma jurídica, “a função de interesse público das Cortes Supremas ganha relevo, e a necessidade de reconhecimento de eficácia vinculante aos seus precedentes assume papel fundamental, a fim de que se agregue coerência à ordem jurídica e de que se garanta isonomia diante da decisão judicial” (XAVIER, 2016, n. p.).

Embora legítimas as preocupações externadas pela “doutrina do precedente”, sobretudo no que se refere à segurança jurídica, à coerência e integridade das decisões judiciais e à estabilidade da jurisprudência, não é possível concordar com a abordagem simplista levada a efeito pela “teoria do precedente obrigatório” que, por não conseguir diagnosticar apropriadamente as bases das questões que aborda, parte de premissas equivocadas e propõe soluções que, ao fim e ao cabo, terminam por contribuir para o aprofundamento do abismo que ela mesma busca transpor.

Sem atentar, a “doutrina do precedente obrigatório” reprimatiza o vetusto paleojuspositivismo hobbesiano do Século XVII, para quem a única fonte do direito não é a sabedoria, tampouco a razão, mas a autoridade do soberano, pura e simplesmente. Em Hobbes, o direito é definido em termos de comandos da autoridade soberana, de forma que sua validade independe de seu conteúdo. O direito é posto pela autoridade, é fruto daquilo que impõe o Leviatã – *auctoritas non veritas facit*

legem (MORBACH, 2020). Versando sobre a natureza da interpretação da lei em face da autoridade do soberano, Hobbes obtempera:

Porque a natureza da lei não consiste na letra, mas na intenção ou significado, isto é, na autêntica interpretação da lei (ou seja, do que o legislador quis dizer), portanto a interpretação de todas as leis depende da autoridade soberana, e os intérpretes só podem ser aqueles que o soberano (única pessoa a quem o súdito deve obediência) venha a designar (MALMESBURY, 2020, p. 318).

Para Hobbes, as leis escritas, ainda que breves e simples, por conta da polissemia dos vocábulos empregados, são facilmente mal interpretadas; se longas e obscuras, tanto pior, de modo que nenhuma lei escrita pode ser bem compreendida e interpretada, senão por aquele que detém a autoridade para “desatar-lhes os nós” (MALMESBURY, 2020).

Quanto ao papel da judicatura de base, Hobbes entende que seu dever é apenas o de concretizar a vontade superior da instância soberana. Com efeito, “[o] juiz subordinado deve levar em conta a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que sua sentença seja conforme a esta, e nesse caso a sentença é uma sentença do soberano, caso contrário é dele mesmo, e é injusta” (MALMESBURY, 2020, p. 314).

Lenio Streck, ao tratar do caráter vinculativo da interpretação das cortes de vértice, refere que “[...] a questão é saber em que medida elas [as decisões] enriquecem e vinculam, se quem faz isso faz porque quer, se a interpretação inventa o texto, se essas decisões judiciais poderiam ser projetadas diretamente para o futuro como se lei fossem [...]”. E prossegue o autor indagando-se se “[t]udo o que nos resta é aceitar ‘razões independentes do conteúdo’, simplesmente em razão ‘de sua fonte’ com competência especial estabelecida sabe lá onde (não é na Constituição!)?” (STRECK, 2019, p. 89-90).

Quanto a isso, Streck pontua que, dadas as competências constitucionalmente estabelecidas, fixar normas gerais e abstratas com caráter prospectivo ainda é papel do Poder Legislativo, razão pela qual o modelo de “precedentes obrigatórios” pode gerar uma espécie de efeito indesejado, criando um sistema sumular tão complexo e desenvolvido que pode tornar-se uma réplica do próprio ordenamento positivo (STRECK, 2019).

Para Dworkin, é dever do julgador decidir de acordo com os princípios jurídicos que integram o direito considerado em seu conjunto, princípios esses que devem orientar o agir daquilo que denomina comunidade política – que nada mais é que a sociedade considerada em seu conjunto. Ao juiz, não cabe agir preocupando-se com as vantagens e os benefícios que de suas decisões possam resultar (consequencialismo); cabe a ele decidir por princípio, e não por política. A aplicação das normas jurídicas deve ser enxergada como um romance em cadeia, com a vinculação do julgador aos casos passados e comprometimento com a coerência e a integridade do direito (DWORKIN, 2007).

Tudo isso implica dizer que, nas sociedades funcionalmente diferenciadas, o esquema de subordinação estratificada do julgador ao legislador é superado e substituído pela lógica da clausura operativa e da especialização do desempenho das funções de cada sistema parcial. No interior do sistema jurídico predomina a proibição da denegação de justiça: os tribunais são obrigados a decidir, inclusive o indecível.

A proibição de denegação de justiça é, assim, responsável por fechar o sistema jurídico sobre si mesmo, obrigando-o a interconectar seus elementos e operações pela lógica de seu próprio código-diferença, interpretando, testando e validando, em termos sistêmicos, a consistência de seus programas (CAMPILONGO, 2011).

O “sistema de precedentes”, da forma como implementado no direito brasileiro, fundado na autoridade dos julgados, e não em suas boas razões, erige-se sobre a premissa de que as cortes de vértices são a única instância competente para a fixação do verdadeiro significado dos textos jurídico-normativos, independentemente de os sentidos atribuídos passarem ou não pelo filtro de inclusão/exclusão representado pelo acoplamento estrutural entre política e direito, ou seja, pelo crivo da constituição.

Parte-se de uma posição fundamentalmente subjetivista e voluntarista, baseada em um relativismo filosófico que atribui à vontade a força de dizer o direito. Está autorizada toda forma de pragmaticismos no direito – vide os diversos realismos e desconstrutivismos jurídicos. Essa atitude, em pleno estado democrático de direito, aniquila qualquer possibilidade de autonomia para o sistema jurídico. As “cortes de precedentes” acabam servindo como válvula para o ingresso de

toda espécie de injunção não mediatizada no sistema do direito. Deixa de haver seletividade nas interconexões operativas e, portanto, autopoiese. A complexidade do sistema se desestrutura e se dissolve no ruído de fundo global do sistema social, em prejuízo dos direitos fundamentais das pessoas, que passam a ser simplesmente ignorados ou utilizados de forma estratégica.

Além disso, os “precedentes”, que sequer funcionam como autênticos precedentes, senão como teses abstratas projetadas para o futuro, devem ser aplicados de forma mecanicista pelos juízos de piso. Gozam de validade em decorrência de sua autoridade, não de sua adequação à constituição e às leis. Provoca-se a cisão entre o ato de interpretar e o de aplicar, reproduzindo em todas as camadas do sistema a heterogeneidade estrutural absorvida por meio das cortes superiores.

O que se observa é a intrusão e a combinação de códigos exógenos no sistema jurídico e o relaxamento da pressão seletiva das operações do sistema do direito (alorreferência). O sistema passa a produzir e reproduzir decisões não jurídicas, fazendo remissão a operações, programas e elementos de outros subsistemas funcionalmente diferenciados do sistema social.

Repise-se, o enfraquecimento da autorreferência faz com que o direito aja de acordo com os ditames e interesses da política, da moral, da religião, da economia, impossibilitando que haja segurança em termos de expectativas, isto é, a segurança de que o sistema responderá de maneira uniforme diante da defraudação de uma expectativa normativa.

Face a isso, os demais subsistemas sociais logram atuar de maneira subordinante, numa relação verticalizada de assimetria externa. Para Luhmann:

O indivíduo pode se permitir maior grau de confiança, chegando a correr riscos, ou também de desconfiança, quando se pode confiar no direito. E isso significa que é possível viver em uma sociedade mais complexa, na qual não bastam os mecanismos personalizados ou de interação para obter a segurança da confiança (LUHMANN, 2016a, p. 175).

Isto posto, em um cenário onde predomina a heterogeneidade estrutural, definida pela corrupção do código-diferença do sistema, torna-se altamente improvável a estabilização de quaisquer modalidades de expectativa, escalando a níveis insuportáveis a complexidade social e reduzindo a confiança generalizada na segurança das expectativas.

4.3 “Precedentes vinculantes”, decidibilidade e direitos fundamentais

Nas sociedades ditas complexas, a função do direito é manter a estabilidade dinâmica do convívio das diversas expectativas de comportamento consolidadas contrafaticamente, num contexto de elevada complexidade social, neutralizando conflitos e conduzindo comportamentos, conferindo às decisões judiciais consistência em relação às expectativas estabilizadas.

O sistema do direito e os tribunais se encontram acoplados ao sistema político por meio da constituição. Se os tribunais abandonarem o código direito/não-direito e passarem a operar com o código da política, perderão seus referenciais internos, conduzindo à neutralização da decidibilidade do próprio sistema jurídico. É em razão disso que a dogmática jurídica e a teoria do direito – formas de auto-observação do sistema jurídico – preveem que os tribunais, enquanto centros decisores concentradores do fluxo comunicacional do sistema, devem desempenhar suas funções de modo consistente em face das operações internas do sistema (LUHMANN, 2014).

O sistema político tem no conflito a fagulha que põe em movimento seu intrincado mecanismo – é seu *motus*, por assim dizer. Numa sociedade complexa, o número de possibilidades é sempre maior do que aquele que o sistema é capaz de atualizar. Por isso, existe uma tendência ao rechaço de possibilidades e ao surgimento de conflitos que, uma vez neutralizados pela construção de consensos, deixam ainda latentes possibilidades de variação.

O direito é o subsistema em que uma das prestações essenciais é a neutralização dos conflitos sociais. Dentro dessa lógica, cabe a ele prevê-los e evitá-los ou resolvê-los. Há, contudo, de se ressaltar que o manuseio de circunstâncias inéditas e não rotinizadas conduz o sistema do direito a tornar-se, ele mesmo, fator de incremento de possibilidades de conflito (CAMPILONGO, 2011).

Luhmann afirma, então, que os dois principais papéis da política são filtrar e excluir outras possibilidades e resolver conflitos. Dada a existência de papéis sociais bem definidos em seu

interior, e em face a centralização das competências decisórias, pode esse sistema elevar e impor a pretensão de decidir de modo vinculante para toda a sociedade (LUHMANN, 2014).

A necessidade de tratar os conflitos e as tensões sociais que se apresentam em estado natural fez com que o sistema político surgisse e se diferenciasse no âmbito do sistema social. O sistema político, em razão de seu aparato especializado e de seu modo particular de operar, processa autonomamente a contingência do ambiente social na forma de uma circularidade virtuosa entre variação, seleção e estabilização de possibilidades de escolha, reduzindo e mantendo complexidade em seu interior.

O aparato formal da democracia – garantias da minoria, autolimitação do poder, alternância entre governo e oposição, periodicidade das eleições, reversibilidade das decisões etc. – é indispensável para o tratamento da complexidade do sistema social pelo sistema político. Além de atuar reduzindo as possibilidades de escolha, promove a reversibilidade das decisões, abrindo o sistema para a constante renovação de temas – evolução. Cabe à política, com base nisso, governar a complexidade, ou seja, selecionar e escolher entre alternativas. Quanto mais democratizado o sistema, maior a capacidade de tomar decisões coletivamente vinculantes, em um contexto de múltiplas alternativas (CAMPILONGO, 2011, n. p.).

Assim, o sistema político é a última trincheira de tratamento de conflitos sociais não neutralizados pelos outros sistemas da sociedade. Dada sua estruturação interna, ele é capaz de escolher e selecionar entre alternativas, produzindo decisões coletivamente vinculantes através da geração de consensos virtuais, no seio de um procedimento. Para tanto, precisa adquirir e manter em seu interior, complexidade estruturada, o que é levado a efeito lançando mão do aparato formal da democracia, que permite a constante atualização do sistema para enfrentar e reduzir a complexidade advinda de seu entorno.

Em apertada síntese, eleitas as alternativas dignas de escolha e reduzida a complexidade social pela formação institucionalizada de consensos supostos, o sistema político produz decisões coletivamente vinculantes – programas finalísticos – e as submete aos demais sistemas sociais sob a forma de textos legais. O funcionamento adequado desse processo impescinde da aderência aos mecanismos democráticos de escolha, que potencializam o desenvolvimento e permitem a não

estagnação do sistema, abrindo-o para um processo de estruturação coevolutiva. O incremento das possibilidades de escolha e o comprometimento com a resolução de conflitos e tensões sociais faz com que a democracia atribua à política a capacidade de estruturar sua complexidade interna, tornando-a apta para o processamento de complexidade desestruturada, tanto endógena quanto exógena.

Os programas finalísticos democraticamente gestados no interior do sistema político assumem a forma de decisões políticas coletivamente vinculantes, proporcionando ao direito – que as percebe como irritações intersistêmicas – premissas para a elaboração de programas normativos – esquemas condicionais do tipo se/então –, que são implementados como complexos de condições de correção para a atribuição de um ou de outro lado de seu código-diferença direito/não-direito. Em termos mais claros, o sistema político fornece ao direito os textos jurídico-normativos de que este faz uso para a tomada de decisões jurídicas. É aquele quem soluciona os conflitos e desacordos persistentes da sociedade, promovendo a cristalização dos consensos virtuais alcançados, condensando-os em termos de legislação. O sistema jurídico, nessa complexa relação horizontal com sistema político, recebe uma parcela da complexidade social já pré-processada e minimamente estruturada. Para Campilongo:

[...] o sistema político controla a introdução de leis no sistema jurídico. Ainda nesse plano, o sistema jurídico recebe essas premissas (leis), que são fundamentais para a legitimação de seu agir e, por outro lado, implementa judicialmente os programas fixados pelo sistema político. Noutra nível, isto é, no plano das decisões judiciais propriamente ditas, o sistema jurídico toma decisões que vinculam também o sistema político e que por este podem ser implementadas em termos de uso da força física (CAMPILONGO, 2011, n. p.).

É justamente através da constituição que o sistema jurídico percebe o contexto das mudanças que se sucedem no sistema político e promove sua conexão com suas operações internas. Através da constituição, o sistema jurídico se abre às irritações advindas do sistema político – como ocorre com a recepção dos textos legais –, embora o faça sob a ótica particular de suas próprias estruturas seletivas. Assim ocorre o processo de filogênese no sistema jurídico, isto é, a aprendizagem e memorização de informações adquiridas pelo sistema no seio de um processo concreto, levando à evolução desse mesmo sistema.

Uma vantagem da sistemática de utilização de acoplamentos estruturais, como a constituição, é que o sistema jurídico se mantém completamente indiferente àquilo que se passa em seu ambiente, a não ser que alguma modificação seja captada por esse mecanismo de acoplamento, o que contribui de maneira determinante para seu fechamento operativo, para o desenvolvimento de um código simbólico e de uma função específica – diferenciação funcional.

Acerca da problemática da adoção direta de decisões programantes pelo direito, sem que as irritações intersistêmicas sejam testadas por seu código-diferença e sem que as informações exógenas promotoras de conexões interoperativas passem pelo o filtro constitucional, importa trazer novamente à colação o magistério de Celso Campilongo, para quem:

Outra tendência do processo de diferenciação funcional do direito, que se processa simultaneamente às mudanças no quadro legislativo, político e econômico, é a crescente orientação da dogmática jurídica e da atividade judicial para as consequências das decisões. A teoria do direito trata desse tema como a passagem de uma análise estrutural para uma análise funcional do direito. Inegavelmente, o direito do Estado de Bem-Estar é, em larga escala, prospectivo, voltado para o futuro e sensível às consequências de sua aplicação. O problema reside no seguinte: um sistema jurídico voltado ao futuro pressupõe sua ampla abertura ao ambiente e uma suposta coerência nas relações intersistêmicas. Com isso, acaba por se desfigurar como sistema (não reconhece seus limites internos nem as condições autorreferenciais dos demais sistemas, como, por exemplo, da economia e da política) e passa a exigir recursos cognitivos excessivos e inatingíveis (juiz-político, juiz-economista, juiz-sociólogo e, em casos extremos, juiz-herói). Quando a teoria do direito discute a crise da racionalidade do sistema jurídico do Estado social – em termos de hiperlegalização da sociedade (Teubner) ou hipersocialização do direito (Luhmann) –, não está fazendo nada mais do que chamar a atenção para os desequilíbrios que a orientação às consequências provoca nas relações entre o direito e seu ambiente social. Aqui, menos do que um processo de diferenciação funcional dos sistemas parciais, configura-se “um efeito de “desdiferenciação” que ameaça dissolver a atividade judicial numa “engenharia social” do Estado de Bem-Estar”. (CAMPILONGO, 2011, n. p.).

A partir do momento em que o sistema jurídico passa a tomar decisões de tipo programante, isto é, visando a vinculação em abstrato de comportamentos futuros e orientadas pelas consequências de sua implementação, há o sacrifício de sua própria autorreferência. O direito se desfigura como sistema autopoietico e perde seus horizontes de sentido. É o que ocorre quando o sistema jurídico, ou parte dele, passa a operar com base no código da política, fazendo uso do meio de comunicação simbolicamente generalizado do poder. A partir desse momento, a comunicação passa a ser aceita não porque é jurídica, mas por que provém da autoridade detentora desse poder.

Um sistema jurídico corrompido pelo código da política passa a produzir, em seus centros decisores, programas finalísticos, a garantir o não rechaço de sua comunicação pelo uso simbólico do poder, a promover a seleção de suas operações com suporte do código-diferença governo/oposição. Mas não só. Em algumas circunstâncias, continua a orientar-se por seu código binário direito/não-direito, utilizando seus programas normativos como condições de correção, seu meio de comunicação simbolicamente generalizado etc., numa espécie de mixagem estrutural incompatível com qualquer tentativa de estabilização e generalização das expectativas normativas. Reina uma heterogeneidade estrutural multiplicadora da contingência social, num cenário em que se torna impossível falar em segurança jurídica em termos de expectativas.

Mais. Quando opera orientado pelo código da política, por não dispor do aparato formal da democracia, o direito tende a enfrentar um processo de estagnação evolutória em relação ao restante da sociedade – *structural drift* –, bem como um aprofundamento do autoritarismo e decisionismo dos centros decisores.

Como dito anteriormente, são as garantias das minorias, a autolimitação do poder, a alternância no governo, a periodicidade das eleições e a reversibilidade das decisões que provocam o adequado tratamento da complexidade pelo sistema político. A atuação deste sistema, no sentido de reduzir as possibilidades de escolha e promover a reversibilidade das decisões, abrem-no para a constante renovação de temas e evolução de suas estruturas.

Sob a ótica da auto-observação do sistema jurídico – teoria do direito e dogmática jurídica –, o recurso ao código da política desencadeia uma série de consequências negativas para a proteção e promoção de direitos fundamentais. Se há uma ampla abertura do direito ao ambiente, com o não reconhecimento de seus horizontes, nem das condições autorreferenciais dos demais sistemas parciais, não há como garantir que o direito irá responder jurídica e autorreferencialmente às demandas sociais.

Não há como garantir, por exemplo, a efetividade da proibição de intervenção nas liberdades individuais consagradas com o advento do estado de direito, como a legalidade, a proteção da vida, da liberdade, da igualdade, da propriedade; a liberdade de crença, de culto e de credo; a livre manifestação do pensamento; a livre expressão da atividade intelectual, artística,

científica e de comunicação; a vedação à censura; a inviolabilidade da intimidade, da vida privada da honra e da imagem etc.

Na mesma toada, o inciso LIV, do artigo 5º, da CRFB de 1988, proclama que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. A cláusula do devido processo legal implica em que o processo deve sempre estar em conformidade com o direito considerado em seu conjunto. Trata-se do direito fundamental a um processo justo e equitativo – a um processo devido. Assim, o devido processo legal é um aparato tecnológico de contenção, um *metaprincípio* de amparo contra a tirania do exercício abusivo do poder. Em sua atual formulação, presente na CRFB de 1988, compõem o conteúdo mínimo do devido processo legal o contraditório, a ampla defesa, o tratamento paritário às partes do processo, a proibição das provas ilícitas, a publicidade, o juiz natural, a motivação das decisões judiciais, a razoável duração do processo e a garantia do acesso à justiça. (DIDIER, 2015b).

As garantias formais do processo, abrangidas pela fórmula do devido processo legal, implicam na necessária conformidade do processo com o direito como um todo – autorreferência basal –, de modo que a abertura do direito para considerações estranhas às resultantes da referência a ele mesmo relegam a um segundo plano essas garantias. Basta imaginar a situação em que um julgador cria uma figura típica por analogia – o que é expressamente vedado pelo direito – para condenar um acusado e satisfazer os “anseios por justiça” da população.

Da mesma forma, se a administração dos direitos de prestação passa a obedecer a critérios estranhos ao direito, sejam econômicos, políticos, morais, religiosos ou familiares, acaba-se solapando de vez a igualdade de todos na lei e perante a lei, sem mencionar a supressão dos postulados que garantem a igualdade material às minorias subintegradas, bem como a igualdade de acesso de todos ao processo político-decisório estatal.

A esse respeito, é bastante significativa a seguinte passagem de Marcelo Neves:

Vários outros exemplos na mesma direção poderiam ser acrescentados para ilustrar esta apresentação. O que eles têm em comum – mesmo que, apesar do amálgama de diferentes códigos, queira-se designá-los como “direito inoficial” – é a não subordinação dos mecanismos de resolução de conflitos ao código “lícito/ilícito” do sistema jurídico positivo, pois eles implicam a desconsideração desse código. A insuficiente prestação do direito mediante o Poder Judiciário nos termos fixados na Constituição pode ser percebida

em outros âmbitos funcionais, sobretudo na economia e na política, como uma falta “conveniente” de prestação. [...] O problema reside na relação inadequada de dependência/independência entre sistema jurídico e sistemas sociais de seu ambiente em uma sociedade caracterizada por enorme diferença entre os estratos sociais (relações dos sobreintegrados e subintegrados com os sistemas sociais modernos) e heterogeneidade estrutural (sobreposição, desacoplamento, intrincamento de códigos e critérios sistêmicos tanto entre os subsistemas sociais como em seu interior). Além da prestação insuficiente do sistema jurídico, trata-se aqui da insatisfatória contraprestação de outros sistemas sociais perante o direito (NEVES, 2018, p. 245-246).

A proteção e a implementação dos direitos fundamentais depende de uma atuação estatal efetiva no sentido de garantir sua defesa e promoção em face de ataques e agressões de terceiros, bem como da inércia injustificada do Poder Público, e isso há de concretizar-se fundamentalmente pela via do acesso a um sistema jurídico autônomo, operativamente cerrado e funcionalmente diferenciado, que ancore a resolução jurídica de conflitos sociais em um mesmo referencial sistêmico: na lei e na constituição. Só assim é possível falar em decidibilidade do direito. Marcelo Neves considera cinco princípios orientadores para esclarecer a concepção Luhmanniana de decidibilidade. Veja-se:

[...] (1) o agente tem de ser desonerado de sua autorrepresentação individual; (2) a fixação estatal de premissas de decisão não deve, nas relações sociais, conduzir a dificuldades de entendimento e comportamento, ela precisa, como argumento (de que não se poderia agir de outra forma), possuir validade por toda parte e, como uma moeda, poder continuar sendo dada como justificativa para a ação; (3) a legitimação significa “uma reestruturação de expectativas”; (4) conforme tudo isso, então, a legitimidade deve ser definida como “consenso suposto” (institucionalização) sobre a vinculatoriedade de normas e decisões; (5) a legitimação pressupõe autorreferência (autonomia e diferenciação) e, em conexão com isso, inclusão de toda a população no respectivo sistema funcional (NEVES, 2018, p. 310).

No sistema jurídico brasileiro, o chamado “microsistema de formação do precedente obrigatório” atribui a uma grande parcela das decisões emanadas dos tribunais uma espécie de preponderância – equivalente, em muitos aspectos, ao *status* de lei –, mesmo sendo sabido que existe, no Brasil, uma tradição autoritária, voluntarista, ativista e discricionária em boa parte das manifestações judiciais. Aumenta-se o poder do Judiciário em troca da supressão de direitos e garantias fundamentais.

Isso porque os provimentos alçados pelo direito brasileiro à qualidade de “precedentes obrigatórios”, a exemplo daqueles previstos pelo artigo 927 do CPC, passam a ser vinculantes independentemente de sua qualidade, consistência e integridade. Para que esse mecanismo não

fosse empregado às custas das garantias constitucionais do jurisdicionado, deveria ele ser lido conforme os ditames da Constituição, e não o contrário (STRECK, 2016).

A esse respeito, importa trazer à baila a crítica de Lenio Streck:

O que estão querendo fazer é algo como uma delegação em favor do soberano (no caso, em favor das supostas cortes de precedentes – STF e STJ). E consolidar um sistema judicista-delegativo, que só uma parcela do realismo (Direito é o que o Judiciário disser que é) consegue sustentar. Na realidade, em termos de clareza, deveria ficar explicado pelos defensores do sistema de precedentes seu lugar-de-fala. Porque se for o da Democracia Constitucional, a funcionalidade não pode se sobrepor à Constituição (STRECK, 2019, p. 37).

Marinoni, Mitidiero e Arenhart (2015), insistem que cabe aos juízes interpretar para decidir, mas que não existem para interpretar. Para os autores, a função de atribuição de sentido ao texto da lei, isto é, a função de produção da norma jurídica propriamente dita, é reservada com exclusividade aos tribunais superiores. Marinoni chega a professar textualmente que “a decisão interpretativa, por ser elaborada a partir das valorações da vontade do intérprete, é algo mais em face da regra editada pelo legislador, tendo, assim, um caráter de criatividade a partir da lei” (MARINONI, 2013, p. 156). Depois da “decisão interpretativa”, ou seja, a partir do momento em que “fixado o significado” do texto legal, estão os juízes e tribunais obrigados perante o “precedente”. Para Streck:

A tentativa de outorgar eficácia vinculante às decisões dos Tribunais Superiores, a quem caberia a função de interpretar e estabelecer o sentido dos textos normativos, ficando os demais juízes e tribunais obrigados a seguir (independentemente do seu conteúdo) os supostos “precedentes”, na medida em que sua função se resumiria à de “aplicá-los”, mesmo que desconformes à própria Constituição, padece de uma indiscutível inconstitucionalidade. Estaria o novo CPC e, quiçá, a própria doutrina processualista modificando competências jurisdicionais dos Tribunais, o que somente pode ser feito por emenda à Constituição? (STRECK, 2019, p. 44).

Quando o próprio ordenamento prevê mecanismos que tornam possível rechaçar a aplicabilidade das normas constitucionais, assim como ignorar o teor dos textos jurídicos provenientes do sistema político, em prol de um direito que se assenta fundamentalmente na autoridade de pronunciamentos judiciais obrigatórios, os horizontes decisórios do direito tendem a afastar-se radicalmente das prescrições contidas na legislação e, principalmente, na constituição,

perdendo seu ponto sistêmico de referência. A constituição é afastada desse horizonte decisório e substituída por provimentos judiciais que, muitas vezes, são produto do solipsismo das cortes que os produzem.

E mais. Ao contrário do que defende boa parte da doutrina processualista, não é possível atingir a tão desejada segurança jurídica a partir da simples fixação de teses abstratas com pretensão prospectiva, ainda que obedçam aos estritos limites do que preceituam a lei e a constituição. Teses são textos e, como textos que são, também carecem de interpretação. À dupla indeterminação do direito, acrescenta-se mais uma camada de equivocidade, que acentua a criação de alternativas e possibilidades de escolha, bifurcando a realidade e criando duas versões do mundo, obrigando o sistema à tomada de um número crescente de decisões sem as quais não pode garantir a autopeise de sua comunicação. Agravando esse quadro de intensa indeterminabilidade, após cada decisão que o sistema é obrigado a tomar, está sempre presente a improbabilidade da compreensão do teor da informação comunicada (LUHMANN, 2016b).

A insuficiência de pressão seletiva criada pela ampla abertura ao ambiente a que o microsistema de precedentes sujeita o sistema jurídico ocasiona um déficit de decidibilidade no direito, dado que enfraquece os controles de consistência necessários à prática das decisões jurídicas – judiciais ou não –, reduzindo a percepção dos componentes do sistema no tocante ao que pode e ao que não pode ser considerado juridicamente exigível (NEVES, 2018).

Dado que o papel de criação do direito por parte dos tribunais é dependente da realização seletiva de interconexões operativas autorreferenciais dirigidas aos materiais legislativos postos pelo sistema político, que são percebidos e captados pelo sistema jurídico sob a forma de programas normativos, o “microsistema de formação concentrada de precedentes vinculantes” acaba proporcionando a criação de uma ordem jurídica paralela tão complexa e desenvolvida que passa a concorrer com próprio ordenamento jurídico-positivo. Faticamente, a sociedade passa a contar com um número plural de ordens jurídicas estatais, que concorrem entre si pela regulação de conflitos e pela estabilização contrafática das expectativas normativas.

Para falar em decidibilidade do direito, é indispensável que se possa observar regularmente que, no meio social, pessoas, entidades e órgãos estatais conseguem consistentemente fundamentar

seu agir em componentes próprios de um mesmo sistema jurídico, bem como que podem esperar dos outros atores sociais o reconhecimento da legitimidade de suas pretensões.

Em última instância, em havendo a deflagração de conflitos judicialmente dedutíveis, é imprescindível que as partes sejam capazes de orientar-se por um mesmo corpo coerente e íntegro de prescrições jurídicas, o que resta obstruído quando se torna difícil prever qual conjunto de prescrições jurídicas será tomado em conta para a estabilização contrafática das expectativas normativas e para a generalização congruente de tais expectativas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As linhas aqui expendidas buscaram problematizar o “microssistema de formação concentrada de precedentes vinculantes” em face do desgaste da decidibilidade do direito, partindo da perspectiva de um observador de segunda ordem, demonstrando que o próprio momento decisório pode promover uma ampla e indesejada abertura do sistema ao ambiente, o que não é em si um problema, dados os mecanismos de correção inerentes à própria tecnologia jurídica.

A análise empreendida buscou distanciar-se, na medida do possível, da influência da teoria do direito e da dogmática jurídica tradicionais – campos do conhecimento jurídico que não se encontram idealmente aparelhados para, por si sós, darem conta de uma crítica suficientemente aprofundada e abrangente sobre a própria validade abstrata do ordenamento jurídico-positivo.

Ao se posicionarem como observadores de primeira ordem – em um nível de auto-observação das operações do sistema do direito – dogmática e teoria apenas logram produzir descrições parciais do fenômeno observado, isto é, não conseguem colocar a si próprias em perspectiva.

Nessa linha de pensamento, a teoria dos sistemas foi aqui empregada como técnica analítica que visa libertar da influência assujeitadora do sujeito da modernidade a investigação do fenômeno em estudo. Em outros termos, referido estatuto teórico objetiva romper as amarras impostas pelos diversos psicologismos com os quais o homem moderno se assenhorou do sentido do direito, deslocando o debate sobre sua positivação e sobre a produção das decisões judiciais das pessoas dos legisladores e juízes para o processo de autoprodução das operações jurídicas, deitando sobre o problema um olhar mais agudo e distanciado.

Como visto, a ideia central perseguida pela doutrina especializada quando esboçou o “sistema de precedentes” foi a da uniformização aplicativa do direito através da promoção, na maior medida possível, da isonomia e da justiça – fórmula de contingência do sistema jurídico. Buscou-se, com isso, atribuir integridade e coerência interna ao sistema para o reconhecimento e

qualificação apropriada dos interesses juridicamente tutelados, separando-os de maneira expressiva em “de acordo com o direito” e “contrários ao direito”.

O sistema jurídico, para neutralizar as contingências e estabilizar as expectativas da sociedade moderna, deve estar bem aparelhado para tratar as circunstâncias que exsurtem do mundo prático de forma estável, íntegra, coerente e consistente, trabalhando unicamente com material jurídico construído autopoieticamente, isto é, de acordo com as premissas criadas pelo próprio direito.

O processo de autopoiese das operações jurídicas, ao estimular expressivamente a aquisição de integridade e coerência pelo sistema, ocasiona uma censura significativa no que alude ao tratamento normativo da dimensão prática do mundo da vida pelo direito, isto é, impõe que a decisão judicial não colha os elementos de sua fundamentação externamente e não atribua consequências díspares a situações virtualmente idênticas.

A heterogeneidade aplicativa persistente de programas normativos no bojo do sistema jurídico – normas, procedimentos etc. – face a circunstâncias empíricas suficientemente assemelhadas bloqueia sua autopoiese, tolhendo a realização de seleções operativas não arbitrárias, debilitando substancialmente seus referenciais sistêmicos, desvirtuando sua função e, em última análise, provocando sua desdiferenciação.

O elevado grau de incerteza daí resultante impede que sejam identificados pelo corpo social os mecanismos normativos válidos de orientação do agir, impossibilitando que a sociedade obtenha pontos estáveis de referência para coordenar e estruturar a vida cotidiana.

Nesse contexto, a “teoria do precedente” se apresenta como idealizadora de um amplo ferramental direcionado à cristalização do sentido e à eliminação de equívocos semântico-aplicativas dos textos jurídicos, visando com isso promover a formulação de um direito socialmente adequado que prestigie a igualdade e estabeleça parâmetros para o controle da legalidade e constitucionalidade dos atos normativos.

Orienta a teoria do precedente a busca pela concretização de valores como a isonomia e a segurança jurídica. A doutrina parte da premissa axiomática de que a observância dos

entendimentos fixados pelos tribunais proporciona um maior grau de previsibilidade e estabilidade para o direito, visto coibir, em tese, o engendramento de soluções díspares para casos análogos, reduzindo o âmbito de discricionariedade judicial orientada ao caso. Prestar reverência ao precedente, dizem os teóricos precedentistas, garante que casos idênticos recebam o mesmo tratamento, promovendo a igualdade de todos perante a jurisdição.

Sucedo que, como argumentado *ad nauseam* ao longo deste estudo, o precedente à brasileira favorece a criação de um largo espaço de liberdade (discricionariedade?) para que o Judiciário crie normas gerais e abstratas com aptidão para regular situações futuras e análogas de maneira vinculante. Nesses moldes, não seria nenhum exagero afirmar que a jurisprudência vinculativa dos tribunais superiores se propõe a fazer parte do repertório das fontes primárias do direito, ao lado da própria legislação – e, em alguns casos, acima dela.

E mais, embora a ideia promovida pelos defensores dessa teoria seja a eliminação da equivocidade da interpretação que o texto legislado suscita, sobretudo por conta da textura aberta da lei, dois problemas de cara descortinam-se. Em primeiro lugar, o “precedente” também é texto e sua interpretação não está imune aos mesmos percalços que a do texto legislado. Em segundo lugar, não há garantias de que o “precedente”, valendo tanto quanto, ou até mais que a lei, não seja, ele mesmo, equivocado, ilegal, ou até mesmo inconstitucional. É preciso lembrar que o precedente vale em razão da autoridade de que emanou, e não de suas boas razões, resgatando a máxima hobbesiana de que *auctoritas non veritas facit legem*.

No que se refere à necessidade de interpretar o texto que corporifica o precedente, Menelick de Carvalho e Guilherme Scotti, com precisão, asseveram que:

Cada decisão que assim se apresentar configurará, outra vez, como norma geral e abstrata, estruturalmente indeterminada, indutora de maior complexidade social, vez que, na qualidade de orientação voltada ao futuro, também incentivará pretensões abusivas em relação a ela, as quais só poderão ser desmascaradas mediante o exame reconstrutivo e criterioso da unicidade irrepitível de cada caso concreto que venha a se apresentar (CARVALHO NETO; SCOTTI, 2012, p. 16).

É preciso superar o mito de que a tarefa de aplicar esses enunciados normativos “pré-interpretados”, de natureza geral, abstrata e estruturalmente indeterminada é capaz de, por si só, reduzir a complexidade social a ponto de tornar a interpretação do direito uma tarefa mecânica e

automatizada. A concretização do direito exige atenção pormenorizada às características únicas e irrepetíveis de cada caso concreto que venha a se apresentar, o que significa a impossibilidade de haver decisões padronizadas capazes de se autoaplicarem a todos os casos análogos, ainda mais quando se toma em conta que essas normas não são capazes de regular as suas próprias condições de aplicação (CARVALHO NETO; SCOTTI, 2012).

Pode-se dizer, então, que esse arranjo institucional – um autêntico fordismo normativista – responde pelo agravamento de um cenário avesso à própria ideia de estado democrático de direito. As cortes superiores detêm privativamente a competência para, a partir de uma interpretação sempre boa e correta, escolher – sim, escolher – o “verdadeiro sentido da lei”, elaborando o material jurídico que posteriormente será manuseado e aplicado pelos demais juízos e tribunais, a quem nada mais resta senão adotar subservientemente o “precedente”.

O direito passa a ser aquilo que dizem as cortes superiores, e não as normas positivadas pelas legislaturas competentes, democraticamente eleitas, de acordo com os filtros constitucionais criados pelo poder constituinte, seja o originário, seja o derivado. A tese lembra bastante o realismo jurídico americano, que põe a tônica da criação do direito na atuação do juiz e não nas normas jurídicas, ou seja, o direito é aquilo que o tribunal diz que o direito é. Isso fica ainda mais evidente quando se considera que os únicos órgãos detentores da prerrogativa de controle da legalidade e da constitucionalidade dos “precedentes” são exatamente os tribunais competentes para sua elaboração.

Conscientemente ou não, engendrou-se um sistema de enunciados obrigatórios cujo vértice parece sofrer influxos do realismo jurídico americano e do positivismo científico alemão. Na base, por outro lado, desponta algo estranhamente semelhante ao positivismo exegético francês, em que os juízes e tribunais inferiores estão acorrentados aos textos postos pelas cortes de cima. Adotou-se um sincretismo teórico entre o paradigma epistemológico da filosofia da consciência e a metafísica ontoteológica clássica, *epistemes* em tudo inconciliáveis.

Assim, o precedente obrigatório dá azo à positivação de uma ordem jurídica paralela que concorre com o direito legislado. Os operadores jurídicos passam a dispor de duas ordenações jurídico-positivas igualmente vigentes – incompatíveis em muitos pontos – que concorrem pela

regulação de conflitos sociais juridicamente dedutíveis. O problema é divisar, em cada caso, qual delas se deve seguir.

Ora, nessas condições, o Judiciário dá carta branca a si próprio, ainda que implicitamente, para decidir por argumentos de política, e não por argumentos de princípio, o que é vedado pela constituição. O problema é que o estado democrático de direito deve portar-se como guardião do acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico – a constituição –, que é justamente o instrumento que permite que o direito positivo seja um meio de conformação do poder. Defender o oposto é dar ensejo a que os tribunais façam uso de posições extrajurídicas – econômicas, morais, políticas, religiosas etc. – para fundamentar decisões sobre controvérsias jurídicas – lícito porque rico, lícito porque bom, lícito porque poderoso etc.

Somente através da constituição é possível alcançar uma limitação eficaz das recíprocas irritações produzidas em meio às zonas de atrito existentes entre os sistemas político e jurídico. É dizer, com a constituição se ampliam exponencialmente as possibilidades de o direito registrar como jurídicas decisões políticas, assim como as de outros sistemas – lembrando que a esmagadora maioria das decisões tomadas pelos demais sistemas da sociedade ingressam no sistema jurídico através dos mecanismos do sistema político, que as captura seletivamente e as processa sob a forma de políticas públicas.

Como prega o próprio Luhmann (2005, p. 343) em sua obra “El derecho de la sociedad”, “La Constitución representativa no es <<otra cosa que la inquietud fija, la revolución detenida, el Estado absolutamente sujeto>>”. Esta função, todavia, apenas se cumpre sob o pressuposto inarredável da clausura operativa e da diferenciação funcional entre os sistemas político e jurídico, sem as quais direito e política se tornam indistinguíveis.

Não é função do direito a criação e institucionalização de decisões coletivamente vinculantes por meio do procedimento, mas a estabilização contrafática das expectativas normativas através da generalização congruente dessas expectativas nas dimensões material, social e temporal do sentido. A interpenetração dessas funções tem algo de promíscuo e insuportável para a manutenção de uma democracia constitucional, assim como para a defesa e para a promoção das liberdades públicas e dos direitos prestacionais.

É preciso repisar: não cabe às instâncias decisórias do sistema jurídico a orientação por fins, sobretudo se a decisão tem aptidão para tornar-se obrigatória para o restante do sistema e, por via reflexa, para toda a sociedade. Os tribunais devem orientar-se por argumentos de princípio, isto é, por argumentos juridicamente fundamentados, dando continuidade ao hiperciclo autorreferencial do processo de autopoiese do direito.

Luhmann (2005) insiste que a orientação por fins bem pode ser uma perspectiva politicamente sensata, contudo sua utilização pelo sistema jurídico desperta muitas objeções. Inicialmente, a sensibilidade dos programas finalísticos não é compatível com a obtenção dos próprios fins almejados. De outra banda, os programas de fins são demasiadamente imprecisos do ponto de vista técnico-jurídico, sendo imprestáveis para excluir eficientemente seu próprio mal uso a pretexto da obtenção dos fins propostos.

A partir de uma perspectiva estritamente jurídica, prossegue o autor, uma decisão orientada finalisticamente não pode servir senão como um guia para a determinação das condições que podem dar suporte à distinção entre o “conforme o direito” e o “desconforme ao direito”. Assim, quanto mais uma decisão se oriente por fins, maior a probabilidade de que resulte equivocada, haja vista o fato de o futuro seguir sempre indeterminado, inclusive para o juiz (LUHMANN, 2005).

A positivação do direito com base em programas condicionais do tipo se/então não impede que programas orientados a fins, advindos de outros sistemas, influenciem as decisões do sistema jurídico, contudo isso não pode acarretar a juridicização desses mesmos programas finalísticos. Cabe ao direito apenas garantir segurança condicional para permitir aos demais sistemas o atingimento de seus desideratos. Essa tarefa apenas pode obter sucesso se os sistemas e seus programas se mantiverem separados. Só assim é possível atingir resultados socialmente desejáveis (LUHMANN, 2005).

Foi em resposta a essa necessidade de diferenciação funcional e separação estrutural entre sistemas que surgiram as modernas constituições escritas, verdadeira aquisição evolutiva das sociedades modernas funcionalmente diferenciadas, colocando limites ao poder do estado e refreando os impulsos do poder em direção à desdiferenciação expansiva e incorporação fagocitária dos demais subsistemas do sistema social (THORNHILL, 2010).

Por consequência, os direitos fundamentais contidos nas constituições escritas da modernidade exsurtem como instituições jurídicas destinadas ao contrabalanceamento da tendência recentralizadora de desdiferenciação das sociedades modernas pluralisticamente diferenciadas, conferindo, reflexivamente, forma e contorno aos horizontes do sistema social. E isso sobretudo porque a constituição e os direitos fundamentais previnem a convergência social em direção ao poder político, formalizando atos de autocontenção que evitam que o sistema político exceda o alcance de sua função, obstando o colapso dos demais subsistemas sociais em direção a uma sociedade monádica, dependente exclusivamente do poder político (THORNHILL, 2010).

Assim, a doutrina da repartição dos poderes, reconhecidamente derivada das necessidades inerentes à efetivação do princípio democrático visa, além da gestão eficiente das funções estatais, a despolitização do direito da sociedade. Para tanto, é mister que a aplicação do direito pelos tribunais se remeta apenas de maneira reflexa e mediata à sanção política dos textos jurídicos como instrumentos de legitimação democrática do direito. A criação do direito pelo tribunal não deve importar jamais em burla aos mecanismos constitucionais de repartição de funções, sob pena de a desdiferenciação funcional daí advinda resvalar na imposição do arbítrio sobre as posições jurídicas fundamentais historicamente adquiridas e tão caras à vida em sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Direito judiciário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1960.

ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.

ASCENÇÃO, J. Oliveira. Fontes do direito no sistema do "common law". **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, São Paulo, v. 1, p. 351-382, out. 2010. Mensal.

BACHUR, João Paulo. **Às portas do labirinto: para uma recepção crítica social de Niklas Luhmann**. 1. ed. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2010.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **CPC**. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 14 out. 2020.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO NETO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CORSATTO, Dario Fava. A polêmica adoção das súmulas vinculantes no direito brasileiro. **Brazilian Journal of International Law**, Chicago, v. 7, n. 1, p. 99-148, jan. 2010. Semestral.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Sumula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIDIER JR., Fredie; **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015a.

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

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014.

EISENBERG, Melvin Aron. **La Natura del Common Law**. Foggia: Università degli studi di Foggia, 2010.

GAMBA, Juliane Caravieri Martins. Direito e Justiça sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 29, n. 1, p.379-404, jan. 2012. Semestral.

GONÇALVES, Guilherme Leite; FILHO, Orlando Villas Bôas. **Teoria dos sistemas sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book. ISBN 978-85-02-18141-0.

JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 240, p. 225-264, abr. 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KUNZLER, Caroline de Moraes. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Estudos de Sociologia**, Araraquara, v. 9, n. 16, p.123-136, jan. 2004. Semestral, p. 128.

LEITE, Glauco Salomão. A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em: <<http://www.doreitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 17 ago. 2019.

LEITE, Thiago. **Tomás de Aquino e o conceito de adaequatio**. Porto Alegre: [s. n.], 2007. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/2894/1/387811.pdf>. Acesso em: 23 out. 2020.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder Editorial, 2005.

_____. **La sociedad de la sociedad**. 1. ed. Ciudad de México: Herder Editorial, 2006.

_____. **O direito da sociedade**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016a.

_____. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. 1. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2016b.

_____. **Sociologia do direito, volume I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociología Política**. 1. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã: materia, forma e poder de um estado eclesiástico civil**. 2. ed. Brasil: LeBooks, 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. E-book. ISBN 978-85-203-6950-0.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. E-book. ISBN 978-85-203-5403-2.

_____. **O STJ enquanto corte de precedentes**. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **O novo processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado. **Revista de Direito Internacional: brazilian journal of international law**, Brasília, v. 13, n. 3, p. 264-285, jul. 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**. 1. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2013.

_____. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. E-book. ISBN 978-85-549-4793-4.

MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo: a terceira via de Waldron**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NEVES, Antônio Castanheira. **Questão-de-facto e questão-de-direito: o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)**. 1. ed. Coimbra: Almedina, 1967.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. (Org.). **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora UFRGS, 1997.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta da(s) esfera(s) da juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina**. Trabalho apresentado do II Encontro Internacional de Direito Alternativo, realizado em Florianópolis, SC, 29 set. 1993.

_____. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

OLIPHANT, Herman. A Return to Stare Decisis. **American Bar Association Journal**, Chicago, v. 14, n. 2, p. 71-162, fev. 1928. Mensal.

OLIVEIRA, Thaís de Souza Lima. **Legislação simbólica e a alopoiese no direito**: por uma aproximação de conceitos a partir de marcelo neves. Por uma aproximação de conceitos a partir de Marcelo Neves. 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=783919a58a6cea9b>. Acesso em: 24 out. 2020.

RECK, Janriê Rodrigues; VANIN, Fábio Scopel. O direito e as cidades inteligentes: desafios e possibilidades na construção de políticas públicas de planejamento, gestão e disciplina urbanística: Desafios e possibilidades na construção de políticas públicas de planejamento, gestão e disciplina urbanística. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 464-492, jan. 2020. Trimestral. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/issue/view/2327>. Acesso em: 16 maio 2020.

SLAPPER, Gary; KELLY, David. **The English Legal System**. 5. ed. Londres: Cavendish Publishing Limited, 2001.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

SPENCER-BROWN, George. **Laws of Form**. 1. ed. New York: E. P. Dutton, 1979.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 1. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

_____. **O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?** 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 03 nov. 2020.

_____. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. A teoria dos precedentes à brasileira entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”. **Revista de Processo**. vol. 262. ano 41. p. 379-411. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, dez. 2016.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da complexidade à simplificação na identificação da ratio decidendi: será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 54, n. 1, p. 317-341, jan. 2019. Trimestral.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Estado Nação**: Hobbes e as relações internacionais no Século XXI. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. 1. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

THORNHILL, Chris. NIKLAS Luhmann and the sociology of the constitution. **Journal of Classical Sociology**, Glasgow, v. 10, ed. 4, p. 315-337, 26 nov. 2010.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Horizontes da Justiça**: complexidade e contingência no sistema jurídico. 2013. 278 f. Tese (Doutorado) - Curso de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 49. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-11062014-110504/pt-br.php>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A vinculação aos precedentes judiciais: o artigo 927 do novo CPC brasileiro e seus impactos. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; JAYME, Fernando Gonzaga; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. E-book. ISBN 978-85-203-7282-1.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação constitucional e precedentes judiciais**: contributo a um olhar crítico sobre o Novo CPC. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. E-book. ISBN 978-85-203-6831-2.