

O INSTITUTO DA SÚMULA VINCULANTE SOB UM OLHAR AUTOPOIÉTICO¹

THE INSTITUTE OF BINDING SUMULA UNDER AN AUTOPOETIC VIEW

EL INSTITUTO DE LOS PRECEDENTES VINCULANTES BAJO UNA MIRADA AUTOPOIÉTICA

Michelli Rosa²

ÁREA(S) DO DIREITO: Filosofia do Direito; Direito Constitucional.

Resumo

Este artigo visa analisar o instituto da súmula vinculante sob a ótica do sistema autopoietico de Luhmann. Para tanto, se pontuou o cenário em que se encontrava a justiça brasileira na época da EC nº 45/2004, a necessidade e os riscos de se criar novos institutos em busca de obstar a desenfreada demanda de recursos aos tribunais superiores. Nessa direção, à luz do que se denominou “giro hermenêutico” algumas observações foram apresentadas. Por fim, o estudo voltou-se à ótica da teoria dos sistemas de Luhmann, onde a figura da súmula vinculante fecha o sistema autopoietico.

Palavras-Chave: Direito Constitucional. Súmula Vinculante. Teoria dos Sistemas. Autopoiese. Hermenêutica jurídica.

Abstract

This paper aims to analyze the institute of biding sumula through Luhmann’s autopoietic system view. Therefore, the background in which Brazilian justice was by the time of the constitutional amendment nº 45/2004, the need and the risks of creating new institutes aiming to prevent the unbridled demand of appeals to the superior courts was punctuated. In this direction, under the light of what was named “hermeneutic turn”, some observations were presented. Finally, the study turned itself to Luhmann’s systems theory perspective, where the figure of the biding sumula closes the autopoietic system.

Keywords: Constitutional Law. Biding Sumula. Systems Theory. Autopoiesis. Legal Hermeneutics.

Resumen

Este artículo pretende analizar el instituto del precedente vinculante desde la perspectiva del sistema autopoietico de Luhmann. Para ello, se ha señalado el escenario en el que se encontraba la justicia brasileña en la época de la CE 45/2004, la necesidad y los riesgos de crear nuevos institutos para evitar la demanda desenfrenada de apelaciones a los tribunales superiores. En esa dirección, a la luz de lo que se llamó "giro hermenéutico" se presentaron

¹ Recebido em 17/fevereiro/2019. Aceito para publicação em 04/maio/2019.

² Mestranda do Programa de Pós-Graduação strictu sensu da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho. Bacharela em Direito pela UNESC – Rondônia, gerida pela Associação Educacional de Cacoal. Advogada. E-mail: michelli.rosa02@gmail.com.

algumas observaciones. Finalmente, el estudio se centró en la teoría de sistemas de Luhmann, donde la figura del precedente vinculante cierra el sistema autopoietico.

Palabras clave: Derecho constitucional. Precedente vinculante. Teoría de los Sistemas. Autoipoiesis. Hermenéutica jurídica.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da Proposta de Reforma - EC nº45/200. 3. Da Necessidade ao Risco do Advento da Súmula Vinculante. 4. Da Tentativa de Desafogar os Tribunais Superiores. 5. Da Natureza Jurídica. 6. A Súmula Vinculante e o Direito como Sistema Autopoietico. 7. Considerações Finais. 8. Referências.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Reform Proposal - EC nº 45/200. 3. From the Need to the Risk of the Advent of Binding Sumula. 4. Attempting to Relieve the Superior Courts. 5. Legal Nature. 6. The Binding Sumula and the Law as Autopoietic System. 7. Final Considerations. 8. References.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. De la propuesta de reforma - CE 45/200. 3. De la necesidad al riesgo del advenimiento de un precedente vinculante. Del Intento de Liberación de los Tribunales Superiores. 5. De la naturaleza jurídica. El precedente vinculante y el derecho como sistema autopoietico. Consideraciones finales. 8. Referencias.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como pretensão trazer o estudo do instituto da súmula vinculante sob a luz da teoria dos sistemas autopoietico³ de Niklas Luhmann. A teoria dos sistemas⁴ apresentada por Luhmann quando aplicada ao direito, mostra a necessidade de uma autoipoiese fechada em seu interior (operativamente) e aberta em seu entorno (cognitivamente), refletindo a comunicação. A sociedade complexa e contingente da atualidade requer um direito que observa as divergências (as variedades de possibilidades de expectativas), a teoria dos sistemas materializa um novo “estilo científico” mais propenso a compreender as sociedades complexas da modernidade⁵.

A teoria luhmaniana proporciona uma transformação epistemológica na teoria jurídica, contestando a doutrina analítica e hermenêutica, assim, a teoria luhmaniana tem seu foco voltado à análise dos sistemas. O instituto da súmula vinculante contraria a teoria dos sistemas de luhmann, pois impediria a comunicação do direito com o seu entorno, fechando o sistema autopoietico.

³ “a denominação autoipoiese é a fusão de dois termos: “auto”, que se refere ao próprio objeto, e “poiese”, que diz respeito a reprodução/criação. TRINDADE, André (2008, p. 71)

⁴ LOPES apud Trindade (2008), Os sistemas sociais apresentam-se com sujeitos epistêmicos autônomos, pois possuem a capacidade de se auto reproduzirem, de se auto observar e de autodescrever, tornam-se autopoieticos.

⁵ “Por isso, a teoria de Luhmann é uma concepção de mundo que pode ser chamada de, na falta de outro nome, pós-moderna”. ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito, 2.ed., rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora (versão e-book, Kindle, não paginado), 2013.

Com advento da constituição federal de 1988 inúmeros direitos fundamentais nasceram, assim, o ordenamento jurídico passou a ser rico em normas abertas e princípios jurídicos. O “giro hermenêutico” trouxe maior valoração ao interprete do direito, em razão do considerável grau de indeterminação e abstração das normas constitucionais.

A sociedade caminha para o mundo das incertezas envolto de complexidade “hard cases”, aceitar a figura da súmula vinculante sob o fundamento de que ela consubstancia o princípio da isonomia é admitir a análise apontada por Kaufmann do “juiz computador” em um cenário já superado as antigas teorias de interpretação.

Para o estudo utilizou-se do método dedutivo por meio de revisão bibliográfica e jurisprudencial, além do raciocínio dialético do direito com outras ciências ditas metajurídicas.

Primeiramente, necessário delinear o cenário jurídico brasileiro ao advento da EC nº 45/2004, percorrendo a necessidade e os riscos de se acolher novo instituto de tamanha relevância e poder como, a súmula vinculante. Em segundo momento, em breve explanação, se mostrou que, a EC nº45/04 na tentativa de desafogar o cenário judicial a época também insere no ordenamento o instituto da repercussão geral.

Adiante, analisa-se a natureza jurídica da súmula vinculante. Após, ao que se chamou de “giro hermenêutico” o direito passou a ser compreendido através da linguagem, abandonando pretéritas interpretações. Hoje, o texto deve ser interpretado subjetivamente de acordo com o caso concreto apresentado respeitando suas peculiaridades e singularidade.

Por último, adentra-se ao direito pelo conceito de autopoiese pela teoria sistêmica de Niklas Luhmann, um novo sistema que analisa a sociedade complexa da atualidade jurídica. Aqui ponto principal do estudo, busca mostrar que o instituto da súmula vinculante fecha o sistema autopiético, impedindo a comunicação do meio interno com externo em constante mutação.

Observa-se, ainda necessário superar as inclinações presentes no mundo jurídico brasileiro de resistência ao acesso hermenêutico, onde o interprete apenas “extrai” do texto um sentido, permanecendo na superada teoria da hermenêutica clássica. A figura da súmula vinculante se mostra como um obstáculo a um caminhar a evolução jurídica.

2 DA PROPOSTA DE REFORMA - EC Nº45/2004

A época da proposta a Emenda Constitucional (PEC 96/1992) apresentada a partir do projeto do deputado Hélio Bicudo, que propunha modificações essenciais na estrutura do Poder judiciário, o Brasil passava por inúmeros percalços que assolavam a justiça respaldando a reforma do judiciário brasileiro. A proposta ensejou dentre outros, a inserção dos institutos da súmula vinculante e a repercussão geral.

O instituto da súmula vinculante⁶ só foi mencionado no parecer à PEC nº 96, apresentado em 02 de agosto de 1995 pela comissão Especial da Câmara dos deputados. No ano de 1996, juntamente com o pensado da PEC nº112/95, ambos substitutos foram positivados pelo então deputado Jairo Carneiro. Contudo, o instituto apresentado despertou resistências por parte dos magistrados⁷ e a comissão especial não findou a votação.

A PEC nº 96/92 primeiramente arquivada, só restou votada passados três anos da apresentação de seu parecer. Teve como última relatora a deputada Zulaiê Cobra, sendo aprovada em dois turnos e encaminhada ao Senado Federal sob o nº 29/2000.

Já no SF, juntamente com mais 17 PECs, também apresentadas naquele ano com temas sobre o Poder Judiciário, passaram por 14 audiências públicas com participação de ministro do STF e Tribunais Superiores, MP, OAB etc. Em 2004 a referida PEC foi finalmente aprovada passando a EC nº 45/2004, sendo as figuras

⁶ A primeira tentativa nesse sentido ocorre durante a tramitação da proposta de Emenda Constitucional 96/92, de autoria do deputado Hélio Bicudo, e apareceu amiúde em vários tópicos do texto substitutivo proposto, em junho de 1996, pelo deputado Jairo Carneiro, relator da Comissão Especial destinada a oferecer parecer à PEC 96/92. Pelo substitutivo em questão, o caput do art. 98 da CF passaria a ter a seguinte redação: O Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo do disposto no art. 107, § 2º, e os Tribunais Superiores, após decisões reiteradas da questão e mediante o voto de três quintos dos seus membros, poderão editar súmulas com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário submetidos à sua jurisdição e à Administração Pública Direta e Indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como, proceder a sua revisão ou cancelamento. DANTAS apud CARVALHO. 2009, p. 03. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180414/historico_processo_legislativo.pdf?sequence=1>

⁷ O parecer do relator, apresentado em 08 de agosto de 1996 (...) despertou fortes reações especialmente contrárias à súmula vinculante vindas da magistratura, o que inviabilizou a votação do parecer já no âmbito da Comissão Especial. Com isso, passaram-se três anos e, ao fim da legislatura, a PEC foi arquivada. DANTAS apud CARVALHO. 2009, p. 03. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180414/historico_processo_legislativo.pdf?sequence=1>

súmula vinculantes e repercussão geral introduzidas no texto constitucional sob os artigos 103-A⁸ e 102, § 3º respectivamente.

3 DA NECESSIDADE AO RISCO DO ADVENTO DA SÚMULA VINCULANTE

A constituição federal de 1988 trouxe ao ordenamento jurídico um corpo de texto normativo dotado de maior complexidade. Composta por cláusulas abertas, regras jurídicas, diversos princípios jurídicos e direitos fundamentais, a justiça brasileira passou a ser formada por alto grau de normas jurídicas indeterminadas gerando enorme diversidade de decisões, em consequência, uma maior liberdade interpretativa.

A reforma do poder judiciário (EC nº 45/04) teve como núcleo central a urgência em tornar a prestação jurídica ágil e satisfatória. A crise da justiça⁹ levou o clamor por uma solução diante da conjuntura política, econômica e social em que se encontrava o judiciário brasileiro.

A grandeza de recursos e a acirrada postura da fazenda pública foram fatores determinantes para providências práticas que culminaram na inserção do artigo 103-A a CF/88 – Súmula Vinculante¹⁰. O objetivo da reforma, à incorporação da possibilidade de edição da Súmula Vinculante pelo poder judiciário foi de

⁸ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

⁹ É que a reforma do Poder Judiciário mostra-se a todos necessário e urgente. Essa necessidade e urgência são atestadas pelos próprios membros do Poder Judiciário, pelos advogados e pelos membros do ministério público, congregando, assim, todos os operadores do Direito, e, principalmente, pelos cidadãos, que se tem ressentido das falhas havidas na prestação jurisdicional e, conseqüentemente, na garantia dos seus direitos fundamentais. ROCHA, Carmem Lucia Antunes. Sobre a súmula vinculante. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47091/45802>>

¹⁰ A Súmula vinculante introduzida CF/88, por EC n. 45/ 2004 foi posteriormente regulamentada pela Lei nº. 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

amenizar o asoerramento dos tribunais superiores, em busca de assegurar uma organização jurisdicional eficiente, célere e eficaz.

ROCHA (1997, p. 51), a reforma da justiça era urgente e necessária. E isso é confirmado pelos próprios membros do poder judiciário, advogados, pelo ministério público, todos os operadores do direito e principalmente pelos cidadãos, esses que mais tem sentindo as falhas da prestação jurisdicional brasileira e consequentemente na garantia de seus direitos fundamentais.

A reforma do poder judiciário foi um tema discutido por anos entre os operadores do direito, políticos e cientistas sociais. Há tempos se verificava a necessidade de reformulação do poder judiciário brasileiro, razão que em junho de 1975 o Supremo Tribunal emitiu relatório ao Presidente da República chamado de “diagnóstico”, aclamando pela reforma de um poder judiciário definido como, caro, lento e cheio de obstáculos à eficácia de um Estado democrático¹¹.

CORRÊA apud (2000, p. 158), seria inadmissível que a Corte Superior ficasse decidindo e redecidindo repetidamente a questão e as instâncias inferiores continuassem a decidir contrariamente, permitindo as partes à continuidade do litigio processual, com ônus e protelamento dentre outros prejuízos. Sem contar com a enxurrada de casos de conhecida solução as prateleiras dos juízos com prejuízos a todos jurisdicionados.

No contexto a necessidade de mudanças, a comunidade jurídica tenta através de novos instrumentos racionalizar a grande demanda de recursos perante os tribunais superiores. Importantes juristas como Rodolfo de Camargo Mancuso e Tereza Arruda Alvim questionam e apontam as problemáticas na divergência jurisprudencial brasileira, como seus reflexos nocivos ao mundo jurídico e a seus jurisdicionados¹². Outros apontam a problemática a sistemas de origem romano-germânica que tem na lei a fonte primaria de direitos, o que possibilita ao julgador interpretar a lei conforme melhor lhe convém¹³.

¹¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição nº 96, de 1 de maio de 1992. Introdz Modificações na Estrutura do Poder Judiciário. 58. ed. Brasília: Congresso Nacional, n. 58. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD01MAI1992.pdf#page=7>>.

¹² DANTAS, Bruno. Súmula Vinculante: O STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176543/000843878.pdf?sequence=3>

¹³ Para uma abordagem completa sobre a questão da racionalidade da jurisprudência e o trabalho hermenêutico dos juízes, HABERMAS, 2003, p. 241-295 apud Dantas, Bruno, 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176543/000843878.pdf?sequence=3>

ALEXY, apud DANTAS¹⁴ (2008), em sua teoria da argumentação jurídica aponta ao menos quatro razões em que o simples silogismo jurídico não é capaz de superar a questão fática: a imprecisa linguagem jurídica, choque entre normas, fato não se encontra em nenhuma norma jurídica e por último, quando em casos excepcionais se requeira decidir de forma contrária a norma estatuída.

Esses, entre outros problemas, conjuntamente com as vastas opções recursais e o intolerante agir da fazenda pública¹⁵, refletiram em grandes impactos ao sistema judicial brasileiro, o que ensejou a denominada “crise do poder judiciário”.

MORAES apud TAVARE; KHOURI¹⁶. As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à ideia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a garantir a segurança jurídica e o princípio da igualdade. Os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar leis e atos normativos a casos concretos criando ou aumentando desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária.

Do contrário, inúmeros questionamentos são postos em jogo e o trade-off é constatado: afastamento do livre convencimento do juiz, a violação da separação poderes, o engessamento do Direito e a restrição ao acesso à justiça¹⁷ e, até mesmo

¹⁴ DANTAS, Bruno. Súmula Vinculante: O STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176543/000843878.pdf?sequence=3>>

¹⁵ Não temos nada para impedir a prática da ilegalidade através de decisões em tese, circunstancia que fez deste país o paraíso dos economistas e burocratas, grandes legisladores por portarias, fato que multiplica ao infinito as lesões individuais e os consequentes pedidos de socorro ao judiciário (..) Convenhamos, porém, que a mais terrível realidade brasileira está na resistência da tecnocracia aos pronunciamentos judiciais, sobretudo, os da Corte Constitucional. Agentes do governo comentem conscientemente várias inconstitucionalidades, estimulados pelo cálculo cinicamente contábil sobre quantos cidadãos lesados recorrerão ao judiciário e quantos deixarão de recorrer. RAMOS, Saulo, 1999, p. 370-371 apud Dantas, 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176543/000843878.pdf?sequence=3>.

¹⁶ Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/mestrado/acesso%20a%20just.%20const/ARTIGO/50488-276885-1-PB.pdf>.

¹⁷[...] a jurisdição, diversamente, é uma via de agitação permanente da cidadania. É por ela que o Direito faz-se vivo e insuperável pela atuação de quantos pretendam transgredi-lo. É pela provocação da jurisdição que o cidadão faz com que o Direito seja universalmente acatado e igualmente imposto a todos. (...) Não há democracia garantida sem jurisdição assegurada aos cidadãos (...). A jurisdição compromete-se democraticamente, pelo desempenho de três etapas de um percurso estatal que vai do acesso assegurado ao cidadão ao órgão judicial competente, passa pela eficiência da prestação e aperfeiçoa-se na eficácia da decisão proferida no caso apresentado. Rocha (1998, p. 24) apud SCHERF, Erick da Luz, RIBEIRO, Afonso Morales, 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/mestrado/acesso%20a%20just.%20const/ARTIGO/15782-12759-1-PB.pdf>.

a própria “segurança jurídica”¹⁸. Essas questões refletem o medo em construir um direito “estrito”, impedindo o desdobramento do próprio direito.

Ainda quando da discussão em torno da aprovação da PEC 96/92, muitos se manifestaram contra tal medida. A deputada federal Zulaiê Cobra foi uma delas e emitiu seu parecer com base nos argumentos do jurista Luiz Flávio Gomes. COBRA¹⁹, aderir o instituto da súmula vinculante ao ordenamento jurídico brasileiro é fazer tábula rasa do princípio da tipicidade das leis, do juiz imparcial, tira do juiz a sua autodeterminação, requisito essencial em sua atividade jurídica, lhe ofendendo a sua dignidade.

ROCHA (1997, p. 61), a crise se espelhou substancialmente no elevado número de processo que aglomeravam os tribunais superiores, mas a questão a questionar é se o instituto da súmula vinculante é uma solução válida, eficaz e eficiente para o referido excesso de serviços nos tribunais superiores? Se sim, quantos outros problemas sua admissão não acarretou ao tão emanado Estado Democrático de Direito? “Não se representa como “solução” para problema de “excesso de serviço” se extinguir o serviço para aqueles que o pleiteiam...”.

Dentre os doutrinadores que criticam a figura da súmula vinculante está o nobre jurista Lenio Luiz Streck, o poder dado ao STF de editar os institutos da súmula vinculante é maior que o próprio poder conferido ao poder legiferante. Se se impedir que – das decisões exaradas em conformidade com as súmulas – sejam interpostos recursos, o poder judiciário estará acumulando as duas funções (legislativa e judiciária), petrificando o sentido do texto (e da norma exurgente desse texto).²⁰

18 Sobre a diferença entre segurança jurídica e (dimensão objetiva) e proteção da confiança (dimensão subjetiva). CANOTILHO, (2003, p. 281, apud SANTOS, 2014, p. 54). A segurança jurídica e sua preocupação possuem raiz histórica bem definida, ponto a ser considerada como um dos elementos do Estado de direito, onde se buscava superar um período de voluntarismo na determinação do direito amparado no príncipe absoluto, de uma legislação variava aos dissabores da vontade de um único homem, rumo à determinação relativa do direito por meio da positividade (não apenas de direito legislado) fortalecendo a segurança jurídica e a proteção da confiança. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/Dialnet-SumulaVinculanteEOInstitutoDosAssentos-5402943.pdf>

19 CARVALHO, Flávio Pereira. O histórico do processo legislativo de criação da súmula vinculante no Brasil. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180414/historico_processo_legislativo.pdf?sequence=1.

20 STRECK, 2005, p. 113 apud TAVARES; KHOURI. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/mestrado/acesso%20a%20just.%20const/ARTIGO/50488-276885-1-PB.pdf>

NERY²¹ (2013), tudo tem objetivo de baixar pilhas de processos de juiz, não se pensou no jurisdicionado, o que se fez foi dar estatísticas para população mostrando que a justiça esta uma maravilha, mas ninguém consegue entrar com uma ação. “Como dar respostas, corretas ao menos, antes das perguntas, e as perguntas são propostas pelo caso, Pronto! E os casos são irritantemente diferentes” STRECK; ABOUD, (2013, n.p., Kindle)

Diversas súmulas vinculantes são inconstitucionais, tanto pelo mérito como pela forma, a exemplo, súmula vinculante nº 11²² (editada com base em único caso apresentado ao Supremo) e a súmula vinculante nº 3²³ que restringiu um direito constitucional (contraditório e ampla defesa). Ainda, a súmula vinculante nº 3²⁴, aponta NERY²⁵ (2013), a constituição não faz ressalvas, do contrário, uma das características da hermenêutica constitucional é ampliar a interpretação nas garantias constitucionais “ad amplianda”, a interpretação restrita apenas se aplica as outras normativas que não tratam de direitos constitucionais.

A “segurança jurídica” foi um forte argumento sustentado à introdução da súmula vinculante ao ordenamento jurídico brasileiro ocorre que, pensar em segurança jurídica requer algo além de um pensamento objetivo do direito legislado, mas também de uma segurança do “próprio direito”, ou seja, de garantir a cognoscibilidade, aplicabilidade e efetividade²⁶. A súmula vinculante e a repercussão geral são institutos criados visando uma jurisdição célere, mas não eficaz, pois não se pode falar em justiça eficaz aquela que não permite o seu alcance.

Diante todo o contexto jurídico atual, dentre tantos institutos inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, podemos concluir que o direito não depende do caso concreto. Pois, o que se observa é um poder jurídico que arriscadamente caminha para abstrativização.

21 Em entrevista a Nelson Nery Junior sobre as súmulas inconstitucionais, o jurista aponta a ressalva feita através da súmula vinculante nº 3 a um direito constitucional que na verdade deve ser interpretado de forma extensiva nunca restritiva como fez a súmula vinculante. (04 de agosto de 2013). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-ago-04/entrevista-nelson-nerly-junior-professor-advogado-parecerista>>. Acesso em: 24 de junho de 2019.

²² Idem 23

²³ Idem 23

²⁴ Súmula vinculante nº 3, [...] excetuadas a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria e pensão.” Idem 23

²⁵ Idem 23

²⁶ KAUFMANN, (2009, p. 281, apud SANTOS, 2014, p. 54). Disponível em:<<file:///C:/Users/Usuario/Desktop/Dialnet-SumulaVinculanteEOInstitutoDosAssentos-5402943.pdf>>

4 DA TENTATIVA DE DESAFOGAR OS TRIBUNAIS SUPERIORES

A súmula vinculante não foi o único instituto inserido no ordenamento jurídico brasileiro na tentativa de combater abarrotamento de recursos nos tribunais superiores. A Repercussão Geral²⁷ assim como a súmula vinculante é um instituto inserido no poder judiciário brasileiro sob a influência do modelo americano. Assim como no Brasil, o instituto americano também foi criado objetivando impedir o grande volume de demandas a Supreme Court²⁸.

A EC nº45/2004 inseriu o paragrafo 3º (repercussão geral) ao art. 102²⁹ trazendo uma nova roupagem ao Recurso Extraordinário. O novo requisito de admissibilidade aproximou o instituto ao controle de constitucionalidade abstrato, pois acrescentou um requisito objetivo a uma demanda incidental.

A nova exigência no processo de admissibilidade não só modificou o expediente do recurso extraordinário, mas todo modelo de controle de constitucionalidade. A moderna estrutura dada ao instituto relaciona os dois institutos de controle de constitucionalidade (concreto e abstrato), na medida em que passa a exigir um requisito objetivo³⁰ (relevância e transcendência aos interesses subjetivos individuais) e vinculatividade.

²⁷ “[...] são institutos inspirados no sistema jurídico norte-americano, a Supreme Court e o writ of error, respectivamente. Este último, de inspiração anglo-saxônica, foi criado na Inglaterra e transmitido para suas colônias, cuja função era a revisão de julgados por error in procedendo ou error in judicando.”. MOREIRA, 2009 apud CHAVES, Charley Teixeira. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/35736/repercussao_recurso_extraordinario_chaves.pdf

²⁸ “Sua finalidade seria restringir ou filtrar o excesso de demanda, para permitir que apenas a matéria relevante seja analisada pela Suprema Corte e, ao mesmo tempo, possibilite a uniformização de entendimento.” CHAVES, Charley Teixeira. REPERCUSSÃO GERAL: A OBJETIVIZAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/35736/repercussao_recurso_extraordinario_chaves.pdf

²⁹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

³⁰ Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

Instituto semelhante, “arguição de relevância”, vigorou na justiça brasileira até a constituição de 1988. Porém, apesar de muitos doutrinadores os compararem, os dois institutos possuem mais diferenças do que semelhanças. Para MARINONI e MITIDIERO³¹ (2007) o próprio conceito distingue as figuras da arguição de relevância e a repercussão geral. Aquela tem enfoque relevante na própria relevância, já esta além de relevância ordena a transcendência da questão constitucional debatida.

Semelhante à súmula vinculante, o instituto da repercussão geral veio na tentativa de dar ao cenário judicial brasileiro, assolado pela “crise numérica”, novos contornos na busca a se criar barreiras de contenção de recursos a Suprema Corte. Ocorre que, a crise da justiça não deveria ser pensada apenas com base nos excessos de processos que inundavam e, ainda inundam, os tribunais superiores, mas de maneira essencial que também ofereça uma justiça constitucional justa de maneira substancial.

NERY (2013)³² Uma das soluções para impedir as “grandes pilhas” de processo é o poder público cumprir a constituição, pois é o que mais demanda ao judiciário, ele não cumpre a Constituição e nem as leis.

A súmula vinculante e a repercussão geral são apenas dois dos institutos inseridos a justiça brasileira com objetivo único de redução de demandas à justiça constitucional. “Tudo tem objetivo de baixar pilha de processos de juiz, ninguém pensou no jurisdicionado. Se eu acabo com o processo, faço uma estatística para a população mostrando que o judiciário está uma maravilha, mas ninguém consegue entrar com uma ação”³³.

5 DA NATUREZA JURÍDICA

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal .

³¹ PAIVA, Clarissa Teixeira. A Repercussão Geral dos Recursos Extraordinários e a Objetivação do Controle Concreto de Constitucionalidade. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/mestrado/acesso%20a%20just.%20const/ARTIGO/repercus%C3%A3o%20geral.pdf>

³² Idem 32

³³ Em entrevista a Nelson Nery Junior (04 de agosto de 2013). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-ago-04/entrevista-nelson-nerj-junior-professor-advogado- parecerista>>. Acesso em: 24 de junho de 2019.

Após o denominado “giro ontológico³⁴” tornou-se possível mencionar a superação a hermenêutica clássica. O interprete do direito a partir do século XX tem a função de atribuir³⁵ (Sinnggebung) sentidos e não de apenas extrair (Auslegung)³⁶. Rompe-se com os mitos da interpretação, onde posturas objetivistas e subjetivistas acolhiam as mais diversas formas de voluntarismo interpretativo.

STRECK; ABOUD (2013, n.p., kindle) Hoje o direito passa a ser compreendido através da linguagem³⁷ (palavra), abandonando as antigas preocupações de interpretação “coisas” e “consciência” da metafísica clássica e moderna. A norma³⁸ é o sentido do texto, ou seja, o sentido que o texto vem a assumir no processo de compreensão.

Através da hermenêutica filosófica se constatou que texto e norma são institutos diferentes e não se confundem. A norma só nasce após um caso concreto apresentado logo, não há norma no simples texto legal ou em uma súmula vinculante³⁹. “A lei e a súmula vinculante são ante casum com objetivo de solucionarem casos pro futuro. A norma não, porque precisa ser produzida em cada caso concreto singular de uma decisão⁴⁰”.

Para Streck; Abboud, o instituto da súmula vinculante é um enunciado jurisprudencial ou enunciado normativo, pois não pode ser considerada norma⁴¹ jurídica pelo simples fato de não permitir a subjetividade. Logo, também não podem

34 Segundo as doutrinas de Heidegger, Gadamer e Wittgenstein.

35 Não se pode conceber a existência de atividade jurídica sem interpretação. Isso porque não há um descobrir a norma, a partir de um significado já contido dentro de seu texto, mas um produzir/atribuir sentido à norma diante da problematização. STRECK; ABOUD, 2013.

36 STRECK, Lenio Luiz; ABOUD Georges. O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013. [livro eletrônico – Kindle]. Disponível em:

www.amazon.com.br.

37 A linguagem não dada, mas construída, ensejando diversas forças que se impõem como num jogo no qual só inicia quando os diversos atores assumem posições e papéis sem os quais não haveria jogo.

Disponível em:

https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/7414/1/GeailsonSP_Monografia.pdf.

38 Desse modo norma nos casos judiciais, não é algo abstrato e anterior à decisão judicial. A norma é resultado da interpretação judicial, consubstanciada, em regra, no dispositivo da sentença. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD Georges. [livro eletrônico – Kindle]. Disponível em:

www.amazon.com.br

39 [...] e consiste em um equívoco do positivismo legalista entender que a norma já está acabada e presente no texto da lei ou em uma súmula vinculante. STRECK; ABOUD, 2013, [livro eletrônico – Kindle].

40 STRECK; ABOUD, 2013, [livro eletrônico – Kindle]. Disponível em:

www.amazon.com.br

41 A norma é resultado da interpretação judicial, consubstanciada, em regra, no dispositivo da sentença. STRECK; ABOUD, 2013, [livro eletrônico – Kindle]. Disponível em:

www.amazon.com.br

ser considera um precedente stricto sensu. A Súmula vinculante seria uma norma que a partir de sua eficácia geral, efeito vinculante, voltaria a se tornar texto com peculiaridades.

Ao editar a súmula vinculante o STF estaria de forma antecipada apenas revelando o sentido de determinada lei, que deveria em razão do princípio da isonomia ser aplicada igualmente a todos os jurisdicionados. Ocorre que, essa postura impede o verdadeiro existir interpretativo da atualidade, de singularidade e especificidade de acordo com cada caso concreto sob exame.

Para Streck; Abboud, (2013, [livro eletrônico – Kindle], a figura da súmula vinculante deve ser entendida como sendo um texto normativo, de natureza legislativa, porém capaz de gerar tantas outras distintas, do contrário, o juiz seria apenas um “computador” solucionando casos de maneira automática e mecânica.

De outro giro, há na doutrina quem acredite ser norma, porém não configurando ao STF atuação legislativa. Para TAVARES apud LEITE⁴² (2007), indiscutível ser a súmula vinculante uma atuação de ordem normativa desenvolvida pelo STF, contudo, a redação de enunciado não deve deturbar à verdadeira atividade interpretativa de tal situação, pois, toda interpretação é consignada em enunciados rígidos pelo STF, por isso, nada de novo, muito menos se falar em atividade legislativa.

Para essa doutrina, não se pode apenas considerar a dicotomia entre texto e norma, importante e essencial considerar os aspectos de formação que promovem todo alicerce de construção das súmulas vinculantes.

Posto isto, observamos que, o STF ainda não sabe definir a qual teoria hermenêutica se consolida. Vejamos o voto do Ministro Ilmar Galvão [...] “ressaltando que não se cuidava de norma que não deve ser aplicada com rigor literal, mas ao revés, tendo-se em mira a finalidade objetivada, o que permite a elasticidade do seu ajustamento às variações da realidade circunstancial”⁴³.

Ou seja, ora a corte se posiciona a hermenêutica clássica, da simples subsunção da norma-texto ao caso concreto (súmula vinculante). Ora, a hermenêutica as antigas posturas subjetivistas do voluntarismo interpretativo, ou

⁴² LEITE, Glauco Salamão. Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira. 2007. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp041169.pdf>

⁴³ Voto proferido no RE 190.728/SC, onde se discutia a dispensabilidade do art. 97, CF/88 em casos em STF já teria se pronunciado. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Curso de Processo Constitucional.: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. . [livro eletrônico – Kindle]. Disponível em: www.amazon.com.br

ainda, como no entendimento do ministro Gilmar Mendes⁴⁴, mutação constitucional⁴⁵, “poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto”.

6 A SÚMULA VINCULANTE E O DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO

A constituição federal trouxe complexidade ao sistema jurídico brasileiro, criando um estado de natureza hermenêutico, ocasionando recepções equivocadas da jurisprudência dos valores, da ponderação e do ativismo judicial norte americano. A súmula vinculante nasceu como instrumento de defesa às posturas subjetivistas culminadas ao voluntarismo interpretativo.

A súmula vinculante foi criada diante de um cenário incontrollável de discricionariedade que conseqüentemente abarrotaram os tribunais superiores de recursos. Nesse cenário, os institutos (súmula vinculante e repercussão geral) foram criados na intenção de fechamento interpretativo⁴⁶.

A súmula vinculante dispensa ao STF um poder “plus”, pois ao mesmo tempo em que o tribunal é competente para cria-la ele é para aplica-la. “São, pois quase ‘ordenações’ com valor de lei”⁴⁷. Contudo, segundo a teoria de Luhmann, o juiz em seu ato de decisão nada mais pode ser do que um selecionador contingente, um filtro processual, e é por isso que os magistrados não criam direito⁴⁸.

STRECK; ABOUD⁴⁹, a súmula vinculante em visão tradicional é refrataria ao acesso hermenêutico, pois ignora que o direito deve ser concretizado a partir de cada caso concreto, e, não por simples subsunção de fatos a previsões normativas.

⁴⁴ Voto proferido no julgamento da Reclamação nº 4.335. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Curso de Processo Constitucional. 4 ed. ver., atual. ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

⁴⁵ A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontrava originariamente involucrada, em estado de potência.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD Georges. O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013. [livro eletrônico – Kindle]. Disponível em: www.amazon.com.br

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD Georges. O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013. [livro eletrônico – Kindle]. Disponível em: www.amazon.com.br

⁴⁸ TRINDADE, André. Para Entender Luhmann e o Direito como sistema Autopoietico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 961.

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD Georges. O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013. [livro eletrônico – Kindle]. Disponível em: www.amazon.com.br

Assim, a súmula vinculante uma vez editada resolveria inúmeros casos idênticos mediante um simples silogismo.

Luhmann apresenta uma teoria que busca reduzir o complexo meio social da atualidade. “como complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se possa realizar”. TRINDADE (2008, p. 36). Para a teoria sistêmica, a complexidade é reduzida na medida em que se seleciona expectativas normativas, através do lícito e ilícito, mas a teoria também apresenta o risco e a incerteza “complexidade social”, do contrário restariam o caos social.

Contudo, o direito como sistema autopoietico, também apresenta a importância de que essas “expectativas comportamentais” selecionadas caminhem junto às mutações do meio social repleto de complexidades, ou seja, que possam julgados de acordo com casos concretos apresentados. “Além disso, as próprias expectativas normativas devem ser dotadas de certa elasticidade.”⁵⁰ TRINDADE (2008 p. 58).

O sistema jurídico autopoietico, pode ser considerado fechado em seu interior e aberto no seu exterior. Fechado porque opera de forma cerrada em seu interior, uma clausura operativa que possibilita sua estabilidade, aberto, porque possibilitam às entradas e pressões do entorno com o qual se comunica cognitivamente. “Este modelo autopoietico institui a validade do sistema e a orientação para aprender, constitui a abertura cognitiva do sistema sobre o meio envolvente.” TRINDADE (2008, p. 70).

A teoria dos sistemas de Luhmann⁵¹, escola do pensamento, tem proporcionado à configuração de um novo “estilo científico” mais apto a compreensão das atuais sociedades complexas, contrariamente ao modelo limitado de sociedades existentes no normativismo, na hermenêutica e pragmática jurídica, estando assim, no centro das discussões atuais sobre o sentido do direito e da sociedade⁵². “O interior do sistema é um mundo do deveras complexo que entabula

50 “[...] Portanto, o sistema de regulamentação das expectativas deve ser passível de adaptação pelas influências externas e que, naturalmente, lhe fornecem elementos para direcionar as adaptações normativo-sociais.” TRINDADE (2008, p. 58).

51 TRINDADE, André. Para Entender Luhmann e o Direito como sistema Autopoietico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 95.

52 Pós-modernidade, na concepção de Marques, a qual esposamos, “E uma tentativa de descrever o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica, que se observam efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nosso povo nos dias atuais . Os pensadores Europeus estão a denominar este momento de rompimento (Umbruch), de fim de uma era e de inicio de algo novo, ainda não identificado”. MARQUES, Cláudia Lima apud Trindade André. 2008, p. 65.

redes de comunicações com si mesmo e que, simultaneamente, resta aberto para os estímulos do exterior". (CAPRA apud TRINDADE, 2008, p. 70).

Desta forma, a teoria dos sistemas de Luhmann propicia a produção da "diferença e da singularidade" em detrimento do "consenso e da racionalidade" sanando assim, a falta de uma matriz que, em rumo ao sistema jurídico em um conturbado mar científico que nos banha de impotência frente às incertezas da atualidade. Aplicada ao Direito, nota-se que, a teoria de Luhmanniana busca trazer uma nova forma de se entender a aplicação do direito ao mundo complexo de hoje.

Trindade, em suas observações a teoria de Luhmann explica, a sociedade se comunica e só a comunicação "diálogo" pode diminuir as complexidades⁵³ do mundo pós-moderno. A sociedade moderna exige normativas diferentes, não se pode abstrativizar, objetivizar e vincular uma decisão sob uma única ótica "concreta" apresentada, sem se observar as divergências e as variedades de possibilidades de expectativas⁵⁴.

Para a teoria dos sistemas de Luhmann, o mundo da atualidade é repleto de oposições e confrontos, necessário à criação de normativas "seleção"⁵⁵⁵⁶, mas não em sua generalidade que vinculam qualquer outro fato "semelhante" sem analisar as singularidades⁵⁷. "La teoría de los sistemas autoproducentes, autopoieticos, sólo podrá ser trasladada al campo de los sistemas de acción cuando se entienda que los elementos que constituyen al sistema no pueden tener ninguna duración, es decir,

⁵³ "Por complexidade queremos dizer que sempre existe mais possibilidades do que se pode realizar." TRINDADE, André. Para Entender Luhmann e o Direito como sistema Autopoietico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 36.

⁵⁴ Dessa forma, teríamos expectativas de expectativas, isto é, as nossas expectativas ficam na dependência das expectativas de outro individuo. A essa estrutura denominamos de dupla contingência. A dupla contingência é, portanto, o próprio objeto, conseguindo-se expectativas razoavelmente seguras de um futuro em aberto". TRINDADE, André. Para Entender Luhmann e o Direito como sistema Autopoietico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 42.

⁵⁵ Para que haja uma logicidade mínima no que tange à complexidade e á contingência experimental é necessário estabelecer uma estrutura para as expectativas concretas. Dita estrutura é definida mediante sua seletividade, em especial sua dupla seletividade.

⁵⁶ A dupla seletividade ou dupla contingência significa dizer que no sistema jurídico necessário selecionar o lícito e o ilícito, mas que possam com as irritações de seu entorno, tempo e a complexidade serem moldados de acordo com os estímulos do exterior, ou seja, um sistema que seja mutável conforme novas expectativas (relações jurídicas).

⁵⁷ Ainda, é possível afirmar que a vigência das normas reside na impossibilidade de estabelecer concordância casuística e divergências em comum. Daí que, em ultima análise, a vigência das normas esta na complexidade e na contingência do campo da experimentação, onde as reduções exercem sua função. TRINDADE, André. **Para Entender Luhmann e o Direito como sistema Autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 45.

los elementos mismos que reproducen al sistema son producidos incessantemente por el”.

Os tribunais servem como ápice do fechamento operacional da teoria autopoietica, em um fechamento cíclico (Juiz Singular, Tribunal e Superior Tribunal) de autoreprodução do direito, que em comunicação com o seu entorno se retroalimenta as mudanças sociais no tempo. A figura da súmula vinculante fecha o sistema impedindo a dinâmica.

Trindade explica que, só o juiz⁵⁸ pode na análise dos fatos observar as particularidades de cada caso, não é possível, como a exemplo da súmula vinculante, definir futuras relações jurídicas sem esmiuçar as peculiaridades existentes, ou seja, sem permitir os estímulos do exterior. “El sistema reproduce la diferencia sistema / entorno que le orienta continuamente em el interior, bajo la forma de diferenciación”. LUHMANN apud TRINDADE. (2008, p. 83).

De acordo com a teoria luhmaniana, nos sistemas jurídicos há uma abertura (cognitiva) para que ocorra a comunicação com o entorno, pois o elemento tempo⁵⁹ leva a frequentes transformações, não podendo ser os sistemas jurídicos fechados em si. A comunicação é imprescindível para que o direito possa fluir de forma legítima, se adequando as sociedades funcionalmente diferenciadas e é exatamente essa comunicação que permite a autopoiese no direito, ou seja a sua autoreprodução.

Aceitar a súmula vinculante é fechar o sistema autopoietico, é impedir a comunicação interior com o meio externo que se encontra em constante mutação. É um caminhar retrógrado negando à evolução social e conseqüente a evolução jurídica, o direito não pode se opor as mudanças do mundo pós-moderno.

Daí que, examinando o sistema jurídico brasileiro como um paradoxo, é possível dizer do ponto de vista autopoietico que, com a vinculação o STF “fecha” o sistema. (STRECK, 2005, p. 113) apud TAVARES; KHOURI (p. 158)⁶⁰.

⁵⁸ Dada a crescente complexidade social isso exige cada vez mais suposições fictícias do consenso e também a institucionalização do ato de institucionalizar através de papéis especiais. TRINDADE, André. Para Entender Luhmann e o Direito como sistema Autopoietico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 44.

⁵⁹ Para Trindade, a teoria de Luhmann se influencia diretamente entre o elemento tempo e o grau de complexidade. TRINDADE, André. **Para Entender Luhmann e o Direito como sistema Autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 94.

⁶⁰ TAVARES, Fernando HORTA; KHOURI, Alice de Siqueira. **Súmulas Vinculantes e Força Normativa: Aspectos Críticos**. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Desktop/mestrado/acesso%20a%20just.%20const/ARTIGO/50488-276885-1-PB%20(1).pdf.

A sociedade caminha pelo mundo das incertezas eivado de complexidade “hard cases⁶¹”, como o ordenamento jurídico brasileiro pode se fechar? Se objetivizar? Sua evolução reside na interação de sua parte endógena absorvida pelo exógeno social. TRINDADE (2008, p. 66).

O que se pode concluir é que, a súmula vinculante é um instituto retrógrado aos novos conceitos de interpretação jurídica da modernidade, ela reflete a superada hermenêutica clássica (subsunção da norma-lei ao caso em concreto) e longe de se enquadrar a teoria dos sistemas de Luhmann, pois ela impede a comunicação. O STF quando a edita se respalda na teoria hermenêutica clássica a muito superada, onde o jurista deve procurar dentro da lei positivada as respostas para a solução do caso concreto “dito semelhante”.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, verifica-se que o advento da EC nº45/04 abarcou institutos jurídicos que trouxeram a justiça brasileira importante e perigosas modificações. Diante de um cenário de uma justiça constitucional congestionada de recursos, se buscou soluções que impedisse tal acesso.

A súmula vinculante nasce respaldada em argumentos como, a celeridade processual, segurança jurídica e justiça igualitária. Do contrário, inúmeros percalços são construídos, o afastamento do livre convencimento do juiz, a violação da separação poderes, o engessamento do Direito, a restrição ao acesso à justiça constitucional e a própria segurança jurídica. Questões que refletem o medo em construir um direito “estreito”, impedindo o desdobramento do próprio direito.

Sob o pensamento sociológico de Niklas Luhmann, importante se tornou a teoria dos sistemas que, busca considerar a comunicação entre o sistema e seu entorno. Hodiernamente, se faz imprescindível enxergar a sociedade sob esse prisma, pois só pautada na teoria dos sistemas é possível enfrentar os avanços e complexidades da sociedade moderna.

A figura da súmula vinculante impede a comunicação “fecha o sistema autopoietico de Luhmann”, levando o interprete a antiga e superada teoria de subsunção da norma “hermenêutica clássica”, conseqüentemente, bloqueando o

⁶¹ Casos difíceis.

acesso à justiça constitucional. A súmula vinculante engessa o direito impossibilitando as cambiantes transformações sociais, se contrapondo a tal enaltecida segurança jurídica do direito⁶².

Observa-se que, ainda necessário superar as inclinações presentes no mundo jurídico brasileiro de resistência ao acesso hermenêutico, para então, um encaminhar a teoria dos sistemas de Luhmann. Hoje, ao interprete não requer apenas o extrair sentidos de determinada norma, mas o atribuir sentidos, a figura da súmula vinculante se mostra impeditiva de um caminhar a evolução jurídica.

De certo, não se sabe qual posição as teorias hermenêuticas se respaldam a Suprema Corte brasileira, ora a clássica subsunção, ora a subjetivista do voluntarismo interpretativo⁶³, mas remoto a teoria dos sistemas de Luhmann. Contudo, não se pode garantir a “segurança jurídica” conferindo ao STF o direito de decidir futuras relações jurídicas, objetivizar o direito, sem possibilitar as partes o direito de contraditório e ampla defesa.

⁶² Sobre a diferença entre segurança jurídica e (dimensão objetiva) e proteção da confiança (dimensão subjetiva). CANOTILHO, (2003, p. 281, apud SANTOS, 2014, p. 54). Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/Dialnet-SumulaVinculanteEOInstitutoDosAssentos-5402943.pdf>

⁶³ Fundamentação dada ao voto do relator Ilmar Galvão no RE 190.728. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. [livro eletrônico – Kindle]. Disponível em: www.amazon.com.br

8. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fabio Martins. **Reforma do Poder Judiciário Aspectos gerais, o sistema de controle de constitucionalidade das leis e a regulamentação da súmula vinculante.** Disponível em:<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92823/Andrade%20F%C3%A1bio.pdf?sequence=5>>.

Bottine, Píerpaolo Cruz. **A Reforma do Judiciário: Aspectos Relevantes.** Disponível em:<<https://core.ac.uk/download/pdf/79071883.pdf>. Acesso em: 15 de junho 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil, 2015.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 de junho de 2019. Acesso em 11 de junho de 2019.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 de junho de 2019.

BRASIL. Senado. **Portal de atividades legislativas. Apresenta a tramitação das proposições legislativas no Senado Federal.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14373>. Acesso em: 13 de junho de 2019.

CARVALHO, Flávio Pereira. **O Histórico do Processo Legislativo de Criação da Súmula Vinculante no Brasil.** Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180414/historico_processo_legislativo.pdf?sequence=1. Acesso em: 13 de junho 2019.

CHAVES, CHARLEY TEIXEIRA. **Repercussão Geral: A Objetivização do Recurso Extraordinário.** Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/35736/repercussao_recurso_extraordinario_chaves.pdf. Acesso em: 19 de junho de 2019.

DANTAS, Bruno. **Súmula Vinculante O STF entre a Função Uniformizadora e o Reclamo por Legitimação Democrática** Disponível em:<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176543/000843878.pdf?sequence=3>>. Acesso em 15 de junho de 2019.

DIMOLIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**. [livro eletrônico – Kindle]. 4ª ed., rev. e ampl., São Paulo, 2016. Disponível em: www.amazon.com.br. Acesso em: 14 de junho de 2019.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional Brasileira**. 2007. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp041169.pdf>. Acesso em: 14 de junho de 2019.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A hermenêutica jurídica de Gadamer**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/560/r145-12.pdf>. Acesso em: 23 de junho de 2019.

MATOS, Frederico, Thales de Araújo; MATOS, José Antonio de Faria. **O Difícil Acesso ao Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f8895f0da0edf4da>. Acesso em: 11 de junho de 2019.

MORAIS, João Nunes Junior. **Estado Constitucional de Direito: breves considerações sobre o Estado de Direito**. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/mestrado/acesso%20a%20just.%20const/ARTIGO/11546-44588-1-PB.pdf>. Acesso em: 18 de junho de 2019.

PEREIRA, GEAILSON SOARES. **Da Metafísica à Filosofia da Linguagem: A Insuficiência da Hermenêutica Jurídica Clássica na Construção do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/7414/1/GeailsonSP_Monografia.pdf. Acesso em: 23 de junho de 2019.

PRUDENTE, Antonio de Souza. **A Súmula Vinculante e a Tutela do Controle Difuso de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/689/869>. Acesso em: 03 de junho de 2019. Acesso em: 11 de junho de 2019.

ROCHA, Cármen Lucia. 1997. **Sobre a Súmula Vinculante**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/193/1133-06.PDF?sequence=4>. Acesso em: 10 de junho de 2019.

SADEK, Maria Tereza. **Reforma do judiciário**. <http://books.scielo.org/id/6kf82/pdf/sadek-9788579820335.pdf>. Acesso em: 15 de junho 2019.

SANTOS, Luiz Elias Miranda. **Súmula Vinculante e o Instituto dos Assentos: Seu Sentido Normativo e o Problema da Liberdade Judicial**. 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/Dialnet-SumulaVinculanteEOInstitutoDosAssentos-5402943.pdf.>. Acesso em: 21 de junho de 2019.

SCHERF, Erick da Luz; RIBEIRO, Pedro Afonso Morales. **A Reforma do Poder Judiciário e a Democratização do Acesso à Justiça: Uma Análise das Influências da Secretaria de Reforma do Judiciário como Contributo para a Efetivação dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/mestrado/acesso%20a%20just.%20const/ARTIGO/15782-12759-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 de junho 2019.

STRECK, LENIO LUIZ; ABOUD, GEORGES. **O Que é Isto- o Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes?**. [livro eletrônico – Kindle]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. Disponível em: www.amazon.com.br. Acesso em: 14 de junho de 2019.

TAVARES, Fernando HORTA; KHOURI, Alice de Siqueira. **Súmulas Vinculantes e Força Normativa: Aspectos Críticos**. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/mestrado/acesso%20a%20just.%20const/ARTIGO/50488-276885-1-PB%20(1).pdf.> Acesso em: 14 de junho de 2019.

VASCONCELOS, Marcos; CRISTO, Alessandro. **Ativismo judicial é uma imbecilidade que inventaram**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-ago-04/entrevista-nelson-nery-junior-professor-advogado-parecerista>