

A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

THE DEFENSIVE CASE LAW IN LIGHT OF NIKLAS LUHMANN'S SYSTEMS THEORY

Makena Marchesi¹

Thaís de Souza Lima Oliveira²

RESUMO

O presente artigo objetiva demonstrar que a jurisprudência defensiva é contrária à lógica de diferenciação do subsistema do Direito, corrompendo-o. Para tanto, utiliza-se do método dedutivo, delineando o instituto da jurisprudência defensiva e explicitando a teoria sistêmica de Niklas Luhmann para ilustrar a prejudicialidade da referida técnica jurisprudencial em relação à organização interna do Direito. Inicialmente, é descrito o fenômeno da jurisprudência defensiva, com a indicação de seu conceito e suas causas. Em seguida, são abordadas as formas de diferenciação dos subsistemas de acordo com a teoria de Niklas Luhmann. Por fim, é estabelecida a relação entre a premissa teórica de Luhmann e a jurisprudência defensiva, concluindo-se pela limitação da comunicação jurídica em função desta última, a qual advém de fenômenos externos ao Direito, ocasionando a perda da força comissivo-diretiva do texto legal, em detrimento da eficiência dos tribunais superiores.

Palavras-chave: Jurisprudência defensiva. Teoria dos sistemas. Autopoiese. Alopoiese.

ABSTRACT

This article intends to show that defensive case law is contrary of logic of differentiation of the subsystem of law, corrupting it. Therefore, it uses the deductive method, delineating the institute of defensive case law and showing Niklas Luhmann's systems theory to illustrate the prejudicial relationship between the latter jurisprudential technique and the internal organization of law. Initially, is described the defensive case law phenomenon, with the indicated of it concept and causes. Then, are addressed the forms of subsystems

¹ Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-graduada pela Escola Superior do Ministério Público do Espírito Santo. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. makmarchesi@hotmail.com.

² Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Graduada em Direito pela Universidade Vila Velha. Assessora de Nível Superior para Assuntos Jurídicos do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. thais.sloliveira@gmail.com

differentiation according to Niklas Luhmann's systems theory. Lastly, it's established the relationship between the theoretical premise of Luhmann and defensive case law, concluding by the limitation of the juridical communication because of the latter, which comes from external phenomenon to the right, causing loss of commissive strength of legal text, over the efficiency of the higher courts.

Keywords: Defensive case law. Systems theory. Autopoiesys. Alopoiesys.

1 INTRODUÇÃO

A relevante missão dos Tribunais Superiores de uniformização e de proteção do Direito objetivo tem sido impedida pela crise de eficiência que os acomete, uma vez que contam com um número de recursos de altíssima expressão, que ultrapassa geometricamente a capacidade de produção dos profissionais que os compõem.

Ante a quantidade exorbitante de processos represados, as Cortes Superiores têm se utilizado da criação de entraves e empecilhos para impedir a admissibilidade dos recursos como mecanismo para reduzir o número excessivo de processos a espera de julgamento. A essa barreira procedimental dá-se o nome de “jurisprudência defensiva”.

Com efeito, ao criar restrições à admissão dos recursos não previstas em lei, a jurisprudência defensiva traz a lume a discussão da autonomia operacional do direito na concepção da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, ou seja, da dicotomia entre a autopoiese, que é autorreprodução de um sistema por meio de seu código-diferença e a alopoiese, que é perda dessa capacidade.

Os conceitos de jurisprudência defensiva, autopoiese e alopoiese, muito embora pareçam, à primeira vista, de grande utilidade para o estudo do direito brasileiro, não têm encontrado grande difusão no discurso do jurista dogmático. Inclusive, não é suficientemente clara a relação entre jurisprudência defensiva com o conceito de alopoiese, tampouco a natureza desta relação eventualmente existente.

Este trabalho visa, assim, a investigar a relação existente entre jurisprudência defensiva e alopoiese, a fim de esclarecer se a jurisprudência defensiva implica na perda da capacidade de autorreprodução do direito.

Nesse contexto, o trabalho divide-se em três partes. Em um primeiro momento, traça breves reflexões sobre a conotação de jurisprudência defensiva, à luz da doutrina e da

jurisprudência pátrias. Em um segundo momento, expõe o conceito de autopoiese e o de alopoiese, tendo por referencial teórico a Teoria dos Sistemas proposta por Niklas Luhmann. Em um terceiro momento, busca avaliar a possibilidade de relacionar o conceito de jurisprudência defensiva com o de alopoiese do direito. Por fim, de forma conclusiva, retoma as teses defendidas, unificando-as.

2 POR UMA CONOTAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

Nas últimas décadas, as cortes superiores brasileiras experimentaram um crescimento vertiginoso dos processos submetidos a seu crivo. Fernanda Mercier Querido Farina (2012), em estudo sobre o cenário quantitativo do Superior Tribunal de Justiça, apurou, com base nos dados obtidos junto ao Conselho Nacional de Justiça, que desde a criação do tribunal foram autuados 3.245.520 processos, sendo que, apenas no ano de 2010, foram julgados 330.283 processos, ou seja, mais de 10.000 processos por ministro, numa média de 1.000 por mês e 50 por dia.

Para demonstrar rapidamente o que essa crise significa hoje, podemos citar, a título exemplificativo, alguns números relativos ao STJ, obtidos do site do Tribunal e do CNJ.

Desde sua criação em 1988, foram autuados no STJ 3.245.520 processos. No ano de 2000, foram distribuídos 150.738 processos. Esse número passou para 226.440 em 2003, 251.020 em 2006, 313.364 em 2007, 271.521 em 2008, 292.103 em 2009 e 226.981 em 2010.

Os julgamentos realizados em 2010 foram da ordem de 330.283 processos.

Isso significa que no ano passado, cada Ministro do STJ julgou em torno de 10.000 (dez mil) processos. São em média 1.000 (hum mil) processos por mês (considerando o recesso forense de janeiro e julho); 50 (cinquenta) processos por dia.

Isso significa, também, que para cada processo o Ministro poderia dispende apenas 10 minutos.

A decorrência lógica desse cenário é que o estoque do STJ conta hoje com 192.802 processos parados, aguardando julgamento.

Só para se ter uma ideia comparativa, a Suprema Corte dos Estados Unidos recebe, em média, 75 mil processos por ano, dos quais julga apenas 100. Julga-se lá por ano, o que um Ministro do STJ julga a cada dois dias.

Evidentemente que ante tal panorama, exemplificado pelo STJ, mas que aflige igualmente o STF, é impossível que nossas Cortes Superiores realizem suas funções de forma eficaz.

Não se pode analisar com profundidade um processo, abstrair dele uma tese federal e uniformizá-la em 10 minutos.

O resultado desse cenário assustador é um Tribunal abarrotado, atrasado na prestação jurisdicional, e que busca incessantemente frear a entrada dos feitos. (FARINA, 2012)

Nesse contexto, a fim de reduzir a quantidade excessiva de processos à espera de julgamento, tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal passaram a criar empecilhos ao conhecimento dos recursos excepcionais, fenômeno denominado jurisprudência defensiva. O adjetivo “defensiva” é utilizado, pois os tribunais visam se esquivarem de um número crescente de processos, “como se eles representassem um mal a ser evitado”.³

Nas palavras do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Humberto Gomes de Barros, o crescimento vertiginoso dos processos levados às Cortes Superiores fadava a transformá-las em uma terceira instância “com a única serventia de alongar o curso dos processos e dificultar ainda mais a prestação jurisdicional”, motivo que levou os tribunais a adotar a jurisprudência defensiva.⁴

Por sua vez, o Ministro Carlos Ayres Britto, afirma que se trata de medida necessária para viabilizar o funcionamento do tribunal, evitando o atulhamento incontrolável de processos nos gabinetes.⁵

A jurisprudência defensiva refere-se, assim, à forma de decidir dos tribunais que objetiva protegê-los contra um excessivo número de demandas judiciais a eles oferecidas.⁶ Para Flávio Cheim Jorge (2013), representa uma “interpretação inadequada dos requisitos de admissibilidade, por intermédio da imposição de restrições ilegítimas, indevidas e ilegais ao conhecimento dos recursos”.

³ “Essa concepção, por si só, traz, portanto, uma carga conceitual evidente, que se evidencia aqui em uma acusação: acusam-se os tribunais de vislumbrarem os processos como adversários, de quem se devam defender. A palavra “defensiva” deve ser vista como significante de que os tribunais visam se esquivar de um número crescente de processos, como se eles representasse um mal a ser evitado. A ideia é de que a jurisprudência possa lhes servir como barreira para o crescente número das demandas.” (SANTARÉM, 2005, p. 05)

⁴ Tais palavras foram proferidas no discurso de posse do Ministro como Presidente do Supremo Tribunal Federal, conforme o seguinte trecho: “Às vésperas de completar vinte anos, o tribunal adolescente enfrenta crise de identidade. Preso a infernal dilema, vê-se na iminência de fazer uma de duas opções: – consolidar-se como líder e fiador da segurança jurídica, ou – transformar-se em reles terceira instância, com a única serventia de alongar o curso dos processos e dificultar ainda mais a prestação jurisdicional. Intoxicado pelos vícios do processualismo e fragilizado pela ineficácia de suas decisões, o STJ mergulha em direção a essa última hipótese. Para fugir a tão aviltante destino, adotou a denominada ‘jurisprudência defensiva’, consistente na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos.” (BRASIL, 2008)

⁵ Em entrevista concedida ao Consultor Jurídico, o Ministro Carlos Ayres Britto (2006), do Supremo Tribunal Federal, assim se manifestou quando questionado sobre a jurisprudência defensiva: “Ela se faz necessária para viabilizar o próprio funcionamento racional da casa. Para não atulhar incontrolavelmente os nossos gabinetes e não nos matar de tanto trabalho. São tantas as ações que nos chegam para julgamento que eu tenho rogado ao bom Deus todos os dias: “Senhor, não nos deixeis cair em tanta ação!”

⁶ Periandro de Almeida Hirsch (2007) sustenta que a jurisprudência defensiva consiste em “[...] um conjunto de entendimentos que aplicam óbices processuais altamente restritivos para o conhecimento do Recurso Extraordinário sobre matérias processuais-constitucionais, com natureza de uma fachada de justificação a acobertar a falta de infraestrutura da Suprema Corte brasileira.”

Fernanda Mercier Querido Farina (2012) afirma que se trata de um rigorismo processual e procedimental, uma vez que as decisões se utilizam indiscriminadamente de entendimentos jurisprudenciais, sumulados ou não, que contenham algum óbice ao conhecimento dos recursos.

A denominada “jurisprudência defensiva” pode ser caracterizada, hoje, como um excesso de rigorismo processual e procedimental. São decisões que se utilizam indiscriminadamente e estendem a aplicação de entendimentos jurisprudenciais, sumulados ou não, que contenham algum óbice ao conhecimento dos recursos. (FARINA, 2012)

A jurisprudência defensiva se cria e desenvolve dentro da margem interpretativa dos Tribunais Superiores, uma vez que se cuida de restrição recursal não prevista em lei, a qual não impede a análise de determinado processo, mas decepa do mundo uma alternativa possível de incitação do Judiciário à solução de conflitos. Não apenas um determinado processo não logrará ser analisado, mas todos insertos naquela classe (SANTARÉM, 2005).

Exemplos de jurisprudência defensiva são o não conhecimento dos recursos por prematuridade e por ausência de assinatura do advogado na peça de defesa. A intempestividade por prematuridade se consubstancia no entendimento de que é prematura a interposição do recurso antes da publicação da decisão recorrida.⁷

Por sua vez, a restrição concernente a falta de assinatura do subscritor da petição, se constitui na tese de que tal vício se trata de mera irregularidade perante os tribunais ordinários, sendo, insanável quando ocorrido perante os Tribunais Excepcionais⁸.

Em ambos os exemplos as hipóteses não se enquadram em quaisquer dos requisitos de admissibilidade previstos nos diplomas legais. Trata-se de construções interpretativas que diminuem o espectro de possibilidade de demandas jurídicas analisáveis, como assevera Paulo Rená da Silva Santarém (2005).

Em síntese, é de se concluir que a jurisprudência defensiva surgiu como um mecanismo para se repelir o crescente número de processos submetidos ao crivo dos tribunais

⁷ No STF: AI 801247 AgR-AgR-AgR-AgR-AgR/MS, 2ª T., j. 22.11.2011, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 06.12.2011; EDcl no HC 81.260/ES, T. Pleno, j. 22.05.2002, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 14.06.2002. No STJ: AgRg no AgIn 483.055/SC, 6ª T., j. 09.03.2004, rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJ* 17.05.2004; AgRg no AREsp 265.139/DF, 3º T., j. 28.05.2013, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, *DJ* 12.06.2013.

⁸ No STF: AI 780441 AgR/AC, 1ª T., j. 22.10.2013, rel. Min. Roberto Barroso, *DJ* 20.11.2013; AI 458072 ED-AgR-EDv-ED/CE, T. Pleno, j. 19.12.2012, rel. Min. Dias Toffoli, *DJ* 27.02.2013. No STJ: REsp 1322903/SP, 2ª T., j. 15.08.2013, rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 22.08.2013; AgRg no AREsp 199.392/MG, 4ª T., j. 20.08.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJ* 27.08.2013.

superiores através da imposição de entraves e empecilhos não previstos em lei ao conhecimento dos recursos de natureza extraordinária.

3 AUTOPOIESE E ALOPOIESE DO DIREITO À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

Almeja este capítulo a estudar os conceitos de autopoiese e de alopoiese dentro da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, para, no capítulo seguinte, aferir a viabilidade de relacionar o conceito de alopoiese com a jurisprudência defensiva.

Historicamente, a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, com base na teoria biológica de Maturana e Varela, incorporou às ciências sociais os conceitos de autopoiese e de alopoiese, os quais se revelam de grande utilidade para a descrição do direito brasileiro, no qual a interferência de outros subsistemas sociais no jurídico é evidente para os juristas praticantes, mas não para a dogmática tradicional.

Etimologicamente, o termo autopoiese deriva do grego *autos* (“por si próprio”) e *poieses* (“criação”) e, na teoria biológica, significa que um sistema é construído por seus próprios componentes. A produção, a transformação e a destruição de seus componentes realizam-se através de suas interações e transformações. Sistema e ambiente seriam independentes, daí falar-se que os sistemas são homeostáticos.

Por um lado, na Teoria dos Sistemas de Luhmann, diversamente da teoria biológica, a produção das relações entre sistema e ambiente é um elemento necessário para a reprodução autopoética. Um sistema mantém seu caráter autopoético na medida em que se refere a si mesmo e ao seu ambiente. As mais diversas determinações do ambiente, no entanto, somente serão inseridas no sistema quando filtradas pelo código-diferença específico de cada uma das espécies dos subsistemas sociais. Para Luhmann (2006, p. 38 e 41), um subsistema social tem como estrutura um código-diferença através do qual elementos externos (extrasistêmicos ou do “ambiente”) são inseridos.

O direito, como subsistema social, pode ser interpretado como controle do código-diferença “lícito/ilícito”. Na teoria de Luhmann pode-se dizer que o direito não passa de “um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto”. O direito pode assimilar, de acordo com seu código-diferença, os fatores do ambiente (abertura cognitiva), não sendo diretamente influenciado por eles, porquanto a vigência jurídica de expectativas normativas depende de processos seletivos de filtragem no interior do sistema jurídico.

Nesse sentido, as diversas determinações do ambiente só são inseridas no sistema (abertura) quando este, de acordo com seus próprios critérios e código/diferença, atribui-lhes forma (fechamento). É a chamada autopoiese no direito (ADEODATO, 2009, p. 187). Assim, “todos os valores que circulam o discurso geral da sociedade são, após a diferenciação de um sistema jurídico, ou juridicamente irrelevante, ou valores próprios do direito” (NEVES, 2007, p. 139).

O fechamento operacional, o qual garante a autopoiese no direito, dá-se pelo código/diferença lícito/ilícito: o responsável pela comutação dos fatos externos e a respectiva inserção no sistema (NEVES, 2007, p. 142). Se, e somente se, um elemento “passar” por tal filtro, estar-se-á ante um sistema jurídico autopoietico. O poder econômico, político, religioso, por exemplo, para exercerem influência num direito organizado autopoieticamente, deve, sempre, passar por tais filtros, de modo que, se o direito não lhe autoriza a entrada, será mero “ambiente”.

Sobre o tema, confira-se a lição de André-Jean Arnaud (2004, p. 60):

O código jurídico regula todas as comunicações internas, mas tão somente a comunicação interna do sistema jurídico. Não existe nem *input* do direito para o interior do sistema, nem tampouco *output* do direito para o exterior do sistema. Fora do direito não se pode fazer nada com o direito (...). O contato do direito com seu ambiente social deve ser tratado sob um outro sentido – como sendo suas oportunidades políticas, sua utilidade econômica, sua perturbação pelo contato do sistema em movimento, etc., assim, em torno de cada sistema é que se localizam os casos concretos

Por outro lado, a “corrupção” do sistema significa exatamente o oposto disso: os elementos de outro sistema, sem passarem pelo filtro do código-diferença de um determinado subsistema, entram e permanecem neste. Quando as fronteiras entre um subsistema e o ambiente diluem-se, todavia, está-se diante da chamada alopoiese.

Do grego *alôs* (“um outro”, “diferente”) e *poieses* (“produção”, “criação”), o termo designa que o sistema se reproduz por critérios do ambiente. O direito alopoiético, nesse contexto, perde sua autonomia operacional. Os agentes do sistema jurídico põem de lado o código-diferença lícito/ilícito e passam a conduzir-se com base em injunções diretas da economia (ter/não-ter), da política (poder/não-poder), da ciência (verdadeiro/falso), da religião (transcendente/imanente) (NEVES, 2008, p. 86).

A esse respeito, note-se o ensinamento de Marcelo Neves (2007, p. 146):

Não se trata, portanto, de bloqueios eventuais na reprodução autopoietica do direito positivo, superáveis através de mecanismos imunizatórios complementares do

próprio sistema jurídico. O problema implica o comprometimento generalizado da autonomia operacional.

Saliente-se que não se desconhece, quando se trata da dualidade autopoiese *versus* alopoiese, que no direito, como todo sistema social, há um condicionamento pelo ambiente. A alopoiese, porém, ocorre quando o sistema jurídico perde sua capacidade de releitura das determinantes do ambiente pelo seu código/diferença “lícito/ilícito”, conduzindo-se primariamente com base nas injunções diretas de outros subsistemas.

Para Marcelo Neves, a modernidade periférica latino-americana é alopoiética, sendo intransponível o modelo luhmanniano da autopoiese a esta realidade jurídica. A miscelânea social, afirma o autor, implica dificuldades na construção da identidade da esfera de juridicidade, o que resulta na falta de autonomia das respectivas conexões sociais de ação.

Na modernidade periférica, à hipercomplexificação social à superação do ‘moralismo’ fundamentador, da diferenciação hierárquica, não se seguiu a construção de sistemas sociais que, embora interpenetráveis e mesmo interferentes, construam-se autonomamente no seu *topos* específico. Isto nos põe diante de um complexidade desestruturada e desestruturante. Daí resultam problemas sociais bem mais complicados do que aqueles que caracterizam os países da ‘modernidade central’”. (NEVES, 1993, p. 14)

Nas sociedades latino-americanas, a sobreposição dos códigos econômico e político às questões jurídicas impossibilita a autonomia do sistema jurídico. O direito passa a ser instrumento da política, “seja por meio da mutação casuística das estruturas normativas, principalmente durante períodos autoritários, ou através do jogo de interesses particularistas bloqueadores do processo de concretização normativa” (NEVES, 1993, p. 17).

Assim, pode-se concluir que a alopoiese é conceito deveras útil para a dogmática jurídica brasileira, se e na medida em que é clara, para os juristas praticantes, a interferência de outros subsistemas no direito na *terrae brasilis*, mas estranhamente sem grande utilização pelos Cientistas do Direito.

4 POR UMA RELAÇÃO ENTRE JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E A ALOPOISE DO DIREITO

Fixados os conceitos de jurisprudência defensiva e de autopoiese e alopoiese no direito, verifica-se neste item se e em que medida a jurisprudência defensiva relaciona-se com a alopoiese no direito.

No fechamento operacional do direito, o Poder Judiciário exerce relevante papel. O papel do juiz, afirma Luhmann (1980, p. 57), precisa ser diferenciado, ou seja, deve ser isento da consideração de outros papéis que o podem motivar para suas decisões. A canalização e o controle das influências sociais fica a cargo da legislação, “cabendo ao juiz construir sua interpretação a partir desses textos como uma ‘estranho’” (MENDONÇA, p. 115).

A fundamentação das decisões judiciais, nesse contexto, deverá ter como lastro o próprio ordenamento jurídico, não podendo o juiz decidir à margem da referência interna do direito. Na hipótese contrária, haverá a corrupção sistêmica. Nas palavras de Luhmann (LUHMANN, 1980, p. 57),

Para outra instituição, o papel do juiz tem que ser diferenciado. Ele tem, por outras palavras, de ser eximido da consideração dos outros papéis que o podem motivar para decisões definidas como membro duma determinada família ou camada social, duma igreja ou seita, dum partido, dum clube, dum bairro. Se esta isenção for institucionalizada como obrigação para um parecer objetivo e imparcial, com o tratamento de todos os assuntos com igualdade e apartidarismo, então neutralizam-se as relações particulares para a pessoa do decisor.

Conforme explicitado (item 2), na jurisprudência defensiva os tribunais superiores criam requisitos de admissibilidade não previstos em lei, com o objetivo primário de evitar o atulhamento de processos. Ao adotar esta *ratio decidendi*, o Poder Judiciário despreza inteiramente o texto legal; abre-se não apenas as janelas de comunicação do direito com outros sistemas comunicacionais, mas permite a invasão de códigos-diferença diversos.

O direito, no contexto da jurisprudência defensiva, corrompe-se sistemicamente, fica subordinado a critério meramente administrativo, qual seja, o abarrotamento dos tribunais por excesso de processos. Com efeito, ocorre uma submissão do código binário “lícito/ilícito” à eficiência do Poder Judiciário, que acaba por negar a própria realização da função do direito

Outro não é o entendimento de Paulo Rená da Silva Santarém (2005, p. 18):

A jurisprudência defensiva, posto que não possa ser encontrada na prática como fundamento argumentativo das decisões, pode ser observada teoricamente. Contudo, torna-se um problema prático porquanto inverte a relação causa e consequência, e se orienta a partir de seus resultados, e não como condição deles. Ela serve a um propósito, o de diminuir o número de processos possíveis. Assim, ao fazer parte da operação comunicativa do direito, a construção gera resultados, e subsistema é reproduzido, mas de forma tal que impede uma ulterior reprodução.

Na perspectiva da teoria dos sistemas, surge então a hipótese de que ela seja uma informação que impede possibilidades de diferenciação do subsistema, contrariando os ganhos evolucionais que representam a Constituição positivada e a institucionalização do direito.

Sob esse prisma, a criação e a aplicação do direito se torna palco onde os interesses particularistas, aqui dos Tribunais Superiores, procuram se impor à margem dos

procedimentos constitucionais, verificando-se uma tendência de privatização do Estado (NEVES, 2008, p. 247).

Além disso, a corrupção sistêmica ocorre em outra frente, o desvirtuamento da função constitucional atribuída aos tribunais superiores.

Como cediço, dois dos cinco Tribunais Superiores exercem a função de proteção e uniformização do direito objetivo, assumindo a função de Cortes Extraordinárias. Ao primeiro deles, o Supremo Tribunal Federal, é atribuída a função de guarda da Constituição Federal, cabendo-lhe o zelo pela observância das normas constitucionais, bem como a fixação da interpretação que deve ser dada a estas.

Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça foi criado pela Constituição de 1988 com a finalidade de superar a crise do Supremo Tribunal Federal – abarrotado de processos devido à sua ampla competência, que abarcava, via recurso extraordinário, o controle e uniformização da interpretação do direito constitucional e infraconstitucional. Desse modo, coube ao Tribunal da Cidadania a competência de causas infraconstitucionais, deixando aquele órgão responsável para julgar, predominantemente, causas vinculadas ao texto da Carta Constitucional.

A esse respeito, confira-se a lição de José Ignácio Botelho de Mesquita (2008, p. 358):

Na consideração deste contexto, o constituinte de 1988 dividiu em duas a finalidade do recurso extraordinário, separando a matéria constitucional da infraconstitucional, e, com os elementos daí extraídos, criou o recurso especial e atribui o seu julgamento ao STJ. Um ato de criação como o descrito na Bíblia: ‘E da costela que tinha tirado Adão formou o Senhor Deus uma mulher, que Ele apresentou. Então disse Adão: eis aqui agora o osso dos meus ossos e a carne da minha carne’. Nunca mais voltou Adão a ser o mesmo. Nem o STF. Iniciado o caminho que o conduziria à expulsão dos jardins do Éden, teve início a tensão inseparável do ato de fazer, de um, dois, que nunca mais terminou, tornando difícil, sob sua influência, o desenvolvimento da nova criatura.

Ao adotar uma jurisprudência defensiva, os tribunais abstêm-se das competências constitucionais que lhes foram atribuídas e acabam, assim, por impedir a operacionalização da Carta Magna. A falta de força normativa ao texto constitucional, nesse contexto, acaba por permitir a sobreposição de códigos binários que não o “licito/ilícito”. Assim, oferecem não a prestação jurisdicional, porquanto alheia aos elementos internos da dinâmica do subsistema do direito, mas uma solução condicionada por suas consequências administrativas (SANTARÉM, 2005, p. 22).

Destarte, a postura adotada pelas Cortes Excepcionais retira dos processos a possibilidade de uma solução jurídica quanto ao mérito, mas sem resolver a questão. Sob a perspectiva jurídica, as demandas continuam a existir, apenas não são mais números que limitem o alcance da eficiência.

Portanto, este trabalho sustenta a tese de que a jurisprudência defensiva tem como um de seus efeitos a corrupção sistêmica do direito, ou seja, a alopoiese, na medida em que a resolução dos problemas da sociedade passa a depender da interferência de variáveis não normativo-jurídicas.

A relevância dessa constatação ultrapassa uma questão teórica e reflete-se pragmaticamente. O problema da jurisprudência defensiva como alopoiese do direito decorre fundamentalmente da perda da força comissivo-diretiva do texto legal, em detrimento da eficiência dos tribunais superiores. O texto legal perde sua força de regulador de comportamento e de assegurador de expectativas e transforma-se num mecanismo a serviço da jurisprudência e dos interesses que nela permeiam.

5 CONCLUSÃO: UNIFICAÇÃO DAS TESES

Com base no referencial teórico foram fixados os conceitos de jurisprudência defensiva e de alopoiese, cada qual em um capítulo, os quais foram relacionados em um terceiro, oportunidade em que se sustentou a tese de que a jurisprudência defensiva implica na alopoiese do direito.

No primeiro capítulo, fixou-se que a jurisprudência defensiva surgiu como um mecanismo para evitar o número de processos submetidos às cortes superiores e caracteriza-se como a criação de empecilhos, não previstos em lei, ao conhecimento dos recursos de natureza extraordinária.

No segundo capítulo diferenciaram-se os conceitos de autopoiese e alopoiese do direito. Aquele foi definido como a reprodução do sistema jurídico como base no código-diferença “lícito/ilícito”. Por sua vez, a alopoiese quando o sistema jurídico perde sua capacidade de releitura das determinantes do ambiente pelo seu código/diferença “lícito/ilícito”, conduzindo-se primariamente com base nas injunções diretas de outros subsistemas.

Os conceitos fixados foram, no último capítulo, relacionados, concluindo-se que a jurisprudência defensiva implica na alopoiese no subsistema jurídico, haja vista que encontra razão de ser em fundamentos externos ao Direito, não estando submetida ao código binário do mesmo.

Por meio desta pesquisa, pôde-se perceber que a divulgação dos conceitos de jurisprudência defensiva e de alopoiese, no meio jurídico brasileiro, mostra-se de grande utilidade vez que, munidos de um instrumental teórico, os aplicadores do direito poderão melhor compreender a sistemática jurídica brasileira do subsistema jurídico.

6 REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Restrições ilegítimas ao conhecimento de recursos. In: *Temas de direito processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1973.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 483.055/SC, Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 09/03/2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=483055&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 09 fev. 2014.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 199.392/MG, Relator: Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/08/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201201401417&dt_publicacao=27/08/2013>. Acesso em 09 fev. 2014.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 265.139/DF, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 28/05/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=265139&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1>. Acesso em 09 fev. 2014.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Discurso de posse do Ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=551&tmp.texto=87057>. Acesso em 09 fev. 2014.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 1.322.903/SP, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 15/08/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201200959642&dt_publicacao=22/08/2013>. Acesso em 09 fev. 2014.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 780.441/AC, Relator: Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 22/10/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4887257>>. Acesso em 09 fev. 2014.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 458.072/CE, Relator: Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442363>>. Acesso em 09 fev. 2014.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 801.247/MS, Relator: Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 22/11/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000182667&base=baseAcordaos>>. Acesso em 09 fev. 2014.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Embargos de Declaração no *Habeas Corpus* nº 81.260/ES, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000099793&base=baseAcordaos>>. Acesso em 09 fev. 2014.

BRITTO, Carlos Ayres. O Judiciário não governa. Ele governa quem governa. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-abr-05/judiciario_nao_governa_ele_governa_quem_governa_?pagina=2>. Acesso em 04 fev. 2013. Entrevista concedida a Maurício Cardoso pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Carlos Ayres Britto.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. Jurisprudência defensiva e as funções dos Tribunais Superiores. In: *Repro* n. 209. São Paulo: RT, 2012.

JORGE, Flávio Cheim. Requisitos de admissibilidade dos recursos: entre a relativização e as restrições indevidas (jurisprudência defensiva). In: *Repro* n. 217. São Paulo: RT, 2013.

LUHMANN, Niklas. *A restituição do décimo segundo carneiro: do sentido de uma análise sociológica do direito*. In ARNAUD, André- Jean. LOPRES JR. Dalmir (org.). Niklas Luhmann: do sistema à sociologia jurídica. Tradução de Dalmir Lopes Jr. Daniele Andrea da Silva Mão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 33-107.

_____. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2.ed. Cidade do México: Universidade Iberoamericana, 2005.

_____. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

_____. *La sociedad de la sociedad*. Mexico: Herder, 2006.

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

MENDONÇA, Cristine. *Argumentação jurídica nas decisões do STF em matéria tributária e o Estado de direito*. 2011. 270 f. Dissertação (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2002.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *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 de setembro de 1993.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. A remoção de óbices econômicos e de óbices técnicos à tutela jurisdicional: contrastes na jurisprudência dos tribunais de superposição. In: *Repro* n. 225. São Paulo: RT, 2013.

SANTARÉM, Paulo Rená da Silva. “A observação da jurisprudência defensiva na diferenciação do subsistema do Direito”. In: *XI Congresso de Iniciação Científica da UnB e do 2º Congresso de Iniciação Científica do DF*. Brasília : Universidade de Brasília, 23 a 26 ago. 2005.

TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoiético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.