

**Modalidade do trabalho:** Ensaio teórico

**Evento:** XXI Jornada de Pesquisa

## **ATIVISMO JUDICIAL SOB O ENFOQUE DA TEORIA DOS SISTEMAS<sup>1</sup>**

**Joici Antônia Ziegler<sup>2</sup>.**

<sup>1</sup> O título se refere à parte da dissertação de mestrado que está sendo por mim desenvolvida onde o tema principal é Ativismo Judicial - pela URI de Santo Angelo.

<sup>2</sup> Advogada, Especialista em Direito Processual Civil e Mestranda do Curso de Direito da URI

Nos anos 80, o sociólogo alemão Niklas Luhmann introduziu nas ciências sociais a Teoria da Autopoiesis concebida por Maturana e Varela para explicar o funcionamento dos organismos vivos. O sociólogo, partindo dos estudos da biologia de Maturana e Varela, elaborou a referida Teoria dos Sistemas.

Segundo a Teoria dos Sistemas a sociedade seria o sistema global, o qual seria formada por subsistemas, entre eles a política, a economia, o direito. Esses subsistemas se auto-organizariam e, ao mesmo tempo, seriam influenciados pelo ambiente em que estivessem inseridos. Dessa forma, como esses subsistemas estão inseridos na sociedade, eles sofreriam irritações da sociedade. Assim, as respostas dadas a essas irritações, resultariam em alterações nesses subsistemas.

No presente trabalho pretende-se analisar as irritações provocadas pela sociedade do Brasil no subsistema do direito, bem como as alterações provocadas nesse subsistema em decorrência da atuação ativa do STF. Para atingir esse objetivo, será realizado um breve estudo acerca da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Após será analisado o conceito de ativismo judicial, para posteriormente ser traçado um paralelo entre a teoria de Niklas Luhmann e as decisões ativistas. Quanto ao método, será utilizado o procedimento indutivo.

**PALAVRAS-CHAVE** – Teoria dos sistemas; complexidade; ativismo judicial.

### **TEORIA DOS SISTEMAS**

Em meados da década de 80 os biólogos Maturana e Varela introduziram nas ciências biológicas a Teoria Autopoética. Conforme essa teoria, os seres vivos eram formados por subsistemas fechados autônomos, os quais sofrem irritações do ambiente. Essas irritações do ambiente externo são selecionadas pelos subsistemas, que decodificam essas informações e selecionam aquelas que são necessárias para eles. Ao selecionar essas informações, elas são interpretadas, conforme a própria linguagem de cada subsistema.

Para Luhmann, (2009, p.128) os sistemas sociais emergem da definição de seus limites em relação ao seu entorno com os demais sistemas. No caso dos sistemas humanos o limite é o sentido. Os sistemas sociais perseguem o sentido, que é uma estratégia de seleção de orientação. A forma de provocar essas irritações nos subsistemas sociais ocorre através da comunicação. Os seres humanos estão em constante troca de informações, de forma que os pensamentos não são estáticos. Logo, se os pensamentos não são estáticos, o ambiente se modifica e ao se modificar, os subsistemas, como o direito, absorvem essa modificação. Logo, eles se reestruturam.

**Modalidade do trabalho:** Ensaio teórico

**Evento:** XXI Jornada de Pesquisa

Nesse sentido, para Niklas Luhmann a sociedade é um sistema complexo, que se autorreproduz a partir de seus próprios elementos e que tem a comunicação como seu elemento constituinte. A sociedade é feita de comunicação, os sistemas sociais são feitos de comunicação. Assim há a compreensão da sociedade como um sistema de comunicação e das instituições sociais como a economia, o direito, a educação, a política, a religião, como subsistemas.

A sociedade seria formada, portanto, por diversos subsistemas. Sendo que cada subsistema teria o seu código. Assim o subsistema do direito teria o código direito ou não direito, o da política, o código poder ou não poder, o da ciência, o código verdade ou não verdade, o da moral, o código bem ou mal.

O Direito encontra-se operativamente fechado, isto é, ele atua mediante uma clausura normativa que, paradoxalmente é a condição de possibilidade de sua abertura às irritações provenientes do ambiente, as quais serão assimiladas pelo sistema cognitivamente. Isto mantém a dinâmica do Direito, permanecendo o sistema autônomo e funcionalmente diferenciado. É, desta maneira, a própria positividade que permite a possibilidade de transformação estrutural do Direito, guiado por sua funcionalidade redutora de complexidade através da generalização congruente de expectativas comportamentais normativas (Luhmann, 2009, p. 110).

O direito seria, portanto, um subsistema. Como todo subsistema ele é autônomo em relação aos demais. Segundo Luhmann (2009, p. 112), partindo-se da estrutura geral da teoria da sociedade como um sistema social funcionalmente diferenciado, o sistema legal deve ser entendido como um de seus subsistemas funcionais. Tal sistema, afirma, constitui a si próprio a partir de suas funções, determinadas no nível do sistema societal. Os arranjos função-sistema requerem total autonomia funcional, pois nenhum outro sistema desempenhará as mesmas funções que aquele sistema. Nesse sentido, a autonomia não é um objetivo perseguido pelo sistema, mas uma necessidade fática. No caso específico do sistema legal, todas as suas unidades elementares, os atos legais, bem como a unidade do sistema como um todo, são ativados a partir do que o autor chama de redução de complexidades. A partir desse processo, os sistemas submetem os estímulos do ambiente aos seus padrões próprios de entendimento e processamento sistêmico.

Luhmann explica que a idéia de que o sistema legal constitui um sistema fechado não deve obscurecer o fato de que todo sistema mantém conexões com o seu ambiente. Logo, o sistema legal também seria aberto, tendo em vista que a produção de informações ocorre com a interação entre os subsistemas e o ambiente. O direito, por ser um sistema fechado, auto-referencial, utiliza essa característica para captar as informações do ambiente.

Os responsáveis pela atualização do subsistema do direito seriam os Tribunais. Logo, o sentido de cada sistema é mutável, contingente e contínuo. É mutável, pois novas informações do ambiente podem ser incorporadas ao sistema. A contingência está atrelada a possibilidade de decisões diversas para o mesmo fato. Além da possibilidade de se decidir de forma diversa no futuro a mesma questão decidida anteriormente. É contínuo, tendo em vista que o fluxo de informações entre os subsistemas não se interrompe.

Portanto, o sistema seria autopoietico justamente pela possibilidade de reconstruir a si próprio conforme as irritações sociais. Portanto, o direito sofre constantes modificações à medida que a sociedade evolui. Esse aumento da contingência, da mutabilidade do direito, é o que permite também uma maior complexidade do sistema jurídico como resposta à complexidade crescente da

**Modalidade do trabalho:** Ensaio teórico

**Evento:** XXI Jornada de Pesquisa

sociedade. E, em função dessa complexidade social, o judiciário acaba decidindo questões de forma ativista.

## ATIVISMO JUDICIAL

A decisão judicial sempre deve ser fundamentada, por expressa previsão constitucional. Com fundamento na teoria de Luhmann, deve-se com base na informação produzida a partir da interação entre os sistemas, discernir o que seria direito e não direito. Ao se tomar uma decisão com base no direito/não direito tem-se uma decisão jurídica. Logo, a decisão jurídica não se restringe ao âmbito do judiciário.

Na perspectiva do sociólogo Niklas Luhmann (2009, p. 136) uma decisão jurídica não é apenas a decisão tomada por quem trabalha com o direito, nem são apenas as decisões do Judiciário ou do Governo. As decisões jurídicas são todas aquelas que são decididas a partir do código da diferença entre direito e não direito, independentemente do lugar onde elas acontecem. O endereço da decisão jurídica, portanto, não está marcado nas instituições legais, tampouco nas organizações que fazem parte do sistema jurídico tribunais, advocacia, procuradorias, polícia. As decisões jurídicas acontecem em qualquer lugar, em qualquer instância e em qualquer contexto de comunicação da sociedade que usa o código da diferença entre direito e não direito como estrutura de produção de sentido normativo. Até mesmo no âmbito da política, se um governo toma uma decisão não com base na diferença entre governo e oposição, mas com base na diferença entre direito e não direito, a decisão do governo já é uma decisão primariamente jurídica, e não política.

As decisões jurídicas podem apenas reproduzir decisões anteriores ou podem inovar. Essa nova decisão não é introduzida no subsistema do direito, se o próprio sistema não a tolerar. Conforme já foi dito, as informações do ambiente são selecionadas pelos próprios subsistemas para, então, serem incorporadas por eles.

No âmbito interno do sistema jurídico, ele é limitado pelas leis, tendo em vista que há normas positivadas, sendo com base nelas que se interpretará o direito e a partir delas o subsistema do direito irá selecionar as informações externas do ambiente para definir o que é e o que não é direito. Assim, fatos externos são introduzidos no sistema jurídico, conforme a análise de serem ou não contrários ao direito. Essas decisões tomadas com base em outros subsistemas configuram o processo conhecido como ativismo judicial.

A professora Thamy Pogrebinschi (2000, p. 02) ao trabalhar com o ativismo judicial considera “ativista o juiz que a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade”. Ainda, Pogrebinschi (2000, p. 02), prossegue afirmando que “o ativismo judicial implica em tomada de posição política; o juiz ativista define-se como um agente político”.

Ao introduzir novos elementos no subsistema jurídico, o judiciário interpreta de forma diversa a Constituição e a lei, ele cria uma nova norma. Essas interpretações surgem em razão da dinâmica da vida em sociedade, que é o sistema maior na qual está inserido o subsistema jurídico.

A riqueza do direito está justamente no fato de ele não estar dissociado da sociedade. E, na maioria das vezes, a sociedade evolui de forma mais rápida do que a legislação. Nessas hipóteses, a resposta para adequar o direito à sociedade deve advir do judiciário.

**Modalidade do trabalho:** Ensaio teórico

**Evento:** XXI Jornada de Pesquisa

Não restam dúvidas de que, no momento atual, o poder judiciário vive os seus tempos de glória. Em razão, sobretudo, do restabelecimento, com a constituição de 1988, da ordem democrática no país e, conseqüentemente, da restauração das garantias dos magistrados.

Assim, a constituição assume a importante função de conferir ao sistema jurídico critérios internos da aplicação do código lícito/ilícito ao procedimento legislativo ocorrido no sistema político. Com isso, as irritações advindas do sistema político passam pelo filtro seletivo do sistema jurídico, estruturado, se quiser, sob o código constitucional/inconstitucional, é no exercício da jurisdição constitucional que se verifica um maior atrito entre os sistemas jurídico e político. Em se tratando da jurisdição constitucional exercida pelo STF, verifica-se uma acentuação desta problemática. Isso porque, sendo a Constituição o acoplamento estrutural entre direito e política e o STF seu guardião precípua, esta Corte acaba figurando como o órgão do referido acoplamento. Assim, é inegável que o STF esteja mais suscetível às irritações do sistema político. Ocorre que, ao lidar com matéria política, o Tribunal deve se manter no marco dos limites estruturais do sistema jurídico, subordinando-se ao seu código específico. Dessa forma, decidir sobre temas políticos não significa decidir politicamente (LEITE, 2008, p. 175/177).

Para sintetizar, o ativismo judicial, decorre da ação proativa dos órgãos do Poder Judiciário, voltados à ampla interpretação das normas constitucionais, com expansão de seu alcance e sentido. Em busca da máxima extensão da normatividade constitucional, amplia-se o poder conferido ao Judiciário, tornando-se possível a concretização dos valores e fins constitucionais. No ativismo, há exercício deliberado de vontade política (RAMOS, 2012, p. 08 e 09).

Sendo assim, guardadas as devidas diferenciações, percebe-se que o ativismo judicial consiste na comunicação externa do subsistema do direito com o ambiente. O ativismo judicial acarreta, portanto, a reestruturação do subsistema do direito, fundamentada no código direito/não direito, com a incorporação de informações do ambiente para dentro do subsistema jurídico. Por isso, trata-se de decisões aceitas e esperadas pela sociedade.

Nesse contexto, se a atividade jurisdicional encontra sua validade na fundamentação dentro das balizas do ordenamento jurídico, e ainda, se o controle da constitucionalidade permite ampla margem de atuação, juntamente com as cláusulas abertas e princípios constitucionais, permitindo uma grande variedade de interpretações, nos parece cristalina a conclusão de que, o terreno é fértil para o ativismo judicial devido à grande complexidade social atual.

## NOTAS CONCLUSIVAS

Conforme Luhmann a sociedade é formada por vários subsistemas. Esses subsistemas sofrem influência do ambiente através da comunicação. Há comunicação também interna. Contudo, é com a comunicação externa do subsistema que surgem novas decisões jurídicas ou novas respostas do direito.

Essas novas respostas surgem com a incorporação de uma informação advinda do ambiente pelo subsistema. No entanto, quando essa informação é incorporada, o subsistema já está preparado para receber essa informação. Isso foi o que ocorreu com a incorporação no subsistema jurídico da possibilidade da União Estável entre pessoas do mesmo sexo decidida de maneira ativista pelo STF. Nesse contexto, surgiu a necessidade de regulamentação pelo direito das relações que surgiam sem o casamento. Dessa forma, ocorreu a criação do instituto da União Estável entre o homem e a

**Modalidade do trabalho:** Ensaio teórico

**Evento:** XXI Jornada de Pesquisa

mulher. Mais tarde percebeu-se que a definição do instituto da União Estável também se aplicava às pessoas do mesmo sexo. Até que, por fim, o direito se viu preparado a incorporar a informação da possibilidade da União Estável entre pessoas do mesmo sexo.

Portanto, conforme as informações circulam os subsistemas as incorporam. Ao fazer isso, com base no direito e não direito, o subsistema jurídico é alterado. Essas alterações ocorrem, conforme a evolução do ambiente em que esses subsistemas estão inseridos.

## REFERÊNCIAS

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

LEITE, Glauco Salomão. A “politização da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 64, v. 16, p. 151-185. 2008.

LUHMANN, Niklas. Introdução a Teoria dos Sistemas. Editora Vozes, 2009.

\_\_\_\_\_. Soziale System. IN: AMADO, Juan Antonio Garcia. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. IN: ARNAUD, André-Jean (ORG); LOPES JR., Dalmir (ORG). Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica. Traduções de Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréa da Silva Mão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 305-306.

Pogrebinschi, Thamy. Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. Direito e Sociedade. Rio de Janeiro, nº 17, p. 121 – 143, ago/dez 2000.

RAMOS, Adriana Monteiro. REFLEXÕES SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL NAS AÇÕES COLETIVAS. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/edicao10/5-judicializacaoacoescoletivas-adriana.pdf>>. Acesso em: 14 junho. 2016.

TASSINARI, CLARISSA. Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2013.