O ATIVISMO JUDICAL SOB O ENFOQUE DA TEORIA DOS SISTEMAS

THE JUDICIAL ACTIVISM UNDER THE FOCUS OF THE THEORY OF THE SYSTEMS

Leonam Machado de Souza – Advogado. Mestrando em Direito de Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Sumário: Introdução; 1 Teoria dos Sistemas; 2 Ativismo judicial e judicialização política; 3 Atuação do STF na alteração do subsistema jurídico; Conclusão; Referências.

Resumo: A Teoria dos Sistemas proposta por Luhmann demonstra a comunicação da sociedade com os subsistemas sociais. No que tange ao Direito, as informações do ambiente são decodificadas pelo código direito/não direito para serem incorporadas ao subsistema jurídico. O Supremo Tribunal Federal em razão da evolução da sociedade e letargia do legislativo, tem exercido importante papel na incorporação de novas informações no subsistema jurídico. Sendo assim, fala-se em ativismo judicial pelo STF. Nesse trabalho pretende-se traçar um paralelo entre a Teoria dos Sistemas de Luhmann e o ativismo judicial do STF. Como forma de demonstrar esse paralelismo, será utilizado, como exemplo, o reconhecimento da União Estável homoafetiva.

Palavras-chave: Teoria dos Sistemas; Ativismo Judicial; subsistema; União Estável

Abstract: The Systems Theory proposed by Luhmann demonstrate the communication society with social subsystems. Concerning about the Law, the environment information is interpreted by the code Law / not Law to be incorporated in the legal subsystem. The Supreme Court due to changes in the society and the legislative lethargy, has been developed an important role in the incorporation of new information into the legal subsystem. So, one speaks about judicial activism by the Supreme Court. This article intend to trace a parallel between Luhmann's Systems Theory and judicial activism by the Supreme Court. As a way to demonstrate this parallelism, it will be used, as an example, the recognition of Stable Relationship between people with the same sex.

Key Words: Systems Theory; judicial activism; subsystems; Stable Relationship

Introdução

Na década de 80 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 Teoria dos Sistemas.

Na 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. Logo, como esses subsistemas estão inseridos na sociedade, eles sofreriam irritações da sociedade. As respostas dadas a essas irritações, resultariam em alterações nesses subsistemas. Portanto, apesar de serem fechados (comunicação interna), eles também seriam abertos (comunicação com a sociedade).

Nesse 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 escopo, será realizado um breve estudo acerca da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Após será analisado o conceito de ativismo judicial e judicialização, para posteriormente ser traçado um paralelo entra a teoria de Niklas Luhmann e o papel do STF.

1 Teoria dos Sistemas

Em meados da década de 80 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.

> A sociedade – disse Luhmann – não se compõe de pessoas, senão de comunicação entre pessoas, não é a humanidade, senão um sistema de comunicação que integra seletivamente o potencial físico, químico, orgânico e psíquico da humanidade, e na

> direção desta seletividade possui sua própria realidade e sua própria autonomia como sistema [...][1]

Dessa forma, o subsistema ao mesmo tempo que é fechado, também é aberto, pois está em constante troca com o ambiente.

> O fechamento operacional traz para o sistema a necessidade de auto-regulação. Destarte, ele lança mão de um código próprio. O "código", é o elemento que, em última instância, ordena a totalidade do processo, em torno do qual os outros elementos gravitam e estabelecem configurações variáveis.[2]

Luhmann introduziu a teoria dos sistemas nas ciências sociais.

> Para Luhmann, 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.[3]

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.

> 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. Tal como o sistema biológico tem por base a vida (Maturana), o sistema social tem por base a comunicação, segundo Luhmann.[4]

Portanto, a comunicação é inerente à sociedade e responsável pelo dinamismo dos subsistemas que a compõem.

---

[1] LUHMANN, Niklas. 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 Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 305-306.

[2] PEDRON, Flávio Quinaud. A função dos tribunais constitucionais para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Direito Público*, v. 3, n. 11, p. 120-144, p. 126, jan.-mar. 2006.

[3] ARAÚJO, Marilene. A Constituição e a teoria dos sistemas de Luhmann. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 79, v.20, p. 436. 2012

[4] ARAÚJO, op. cit., p. 434.

> E as comunicações, melhor dizendo, aqueles eventos que, enquanto dotados de um sentido, possuem um valor comunicativo, são os componentes desse sistema que chamamos sociedade. Nesse sentido, Luhmann afirma que, enquanto sistema, a sociedade é composta por comunicações, tão somente de comunicações e de todas as comunicações.[5]

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.

> Em consonância com Luhmann, cada sistema social possui um código binário composto por valores opostos (positivo/negativo), por meio do qual se reduz a complexidade do ambiente no momento da seleção de informações. Trata-se de um esquema bivalente que permite identificar as operações próprias de um dado sistema social, e, a partir disto, distingui-las das comunicações dos demais sistemas. Cada subsistema social possui um código específico e o emprega de modo exclusivo. Assim, por exemplo, o sistema político se rege pelo código maioria/minoria ou governo/oposição, o sistema econômico utiliza o ter/não ter, o científico maneja o verdadeiro/falso etc. No sistema jurídico, este código é o lícito/ilícito ou conforme o direito/não-conforme o direito.[6]

Esse código específico seria a delimitação do subsistema, que consiste no requisito de constituição do próprio subsistema.

> O requisito fundamental na constituição de cada sistema será aquele critério que permita a delimitação deste sistema – disto que metaforicamente chamamos de seu território – e sua manutenção constante (*Grenzerhaltung, boundary maintenance*). Com efeito, o sistema há de operar uma forma de seleção continuada, que em todo momento permita discernir qual comunicação pertence ao sistema e qual fica fora dele. Cada elemento da realidade deve ser atribuído ao sistema ou ao seu meio, colocado dentro ou fora do sistema de acordo com um esquema disjuntivo (ou dentro ou fora), que não admite terceiras opções, um *Entweder/Order* relativo a cada sistema, próprio e exclusivo de cada um deles. Portanto, os sistemas se constituem e se mantêm mediante a diferenciação com seu *Umwelt*. O correspondente critério seletivo é, em todos os sistemas sociais, aquilo que Luhmann chama de sentido (*Sinn*). Os limites ou contornos dos sistemas sociais são limites de sentido (*Sinngrenzen*). Os sistemas não existem antes que existam seus limites frente ao meio, constituídos pelo sentido. Isto faz com que o sentido possua um caráter constitutivo do sistema: sem sentido não há limites frente ao meio, e sem limites não há sistema.[7]

---

[5] 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 Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 304.

[6] 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. 169. 2008.

[7] AMADO, op. cit., p. 309.

Luhmann, com a Teoria dos Sistemas, propôs a diferenciação entre o ambiente (sociedade) e a individualização dos subsistemas que formam esse ambiente.

> Luhmann sustenta, então, que os sistemas sociais, assim como os biológicos, são fechados, auto-referenciais, ou seja, autopoiéticos. Isso significa que o direito (como sistema social) é capaz, a partir de seus elementos internos, de se auto-reproduzir.[8]

A Teoria dos Sistemas se aplica ao direito da seguinte forma:

> 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.[9]

O direito, assim como os demais subsistemas, "se abre para a influência do sistema social ou de outros sistemas parciais. Esta abertura somente é possibilitada devido à clausura operativa, pois quanto maior o fechamento de um sistema, mais estável e apto estará este a uma abertura, a qual dar-se-á de forma cognitiva"[10].

Portanto, o ambiente é imprescindível para a formação de cada subsistema:

> Os sistemas estão orientados pelos seus ambientes não apenas ocasionalmente e por adaptação, mas estruturalmente, e eles não podem, na realidade, existir sem um ambiente. Eles constituem-se e mantêm-se enquanto tais ao criar e manter a diferença dos seus ambientes; os seus limites com o ambiente servem para regular essa diferença. Sem essa diferença com o ambiente não haveria a auto-referência, porque a diferença é a premissa funcional das operações auto-referenciadas...[11]

O direito seria, portanto, um subsistema. Como todo subsistema ele é autônomo em relação aos demais.

> Segundo Luhmann (1986, 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,

---

[8] NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. O contrato em Kelsen e Luhmann. *Revista de Direito Privado*, n.11, v.2, p. 127. 2002.

[9] CARVALHO, Delton Winter. *O direito como um sistema social autopoiético*: auto-referência, circularidade e paradoxos da teoria e prática do direito. Disponível em: < http://www.ihj.org.br/poa/professores/Professores_10.pdf> Acesso em: 14 out. 2012, p. 12-13.

[10] CARVALHO, op. cit., p. 13.

[11] MELLO, Marcelo Pereira. *Sociologias do direito: historicismo, subjetivismo e teoria sistêmica*. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782005000200012&script=sci_arttext> Acesso em: 14 out. 2012.

> 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 (*ibidem*). 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.[12]

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".[13] 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.

> [...] o sistema legal não é um sistema normativo no sentido de ser um sistema cujos componentes são os conteúdos das normas, ou no sentido ainda de que eles "determinam" o funcionamento do ambiente, mas um sistema de operações legais que usa a sua auto-referência normativa para reproduzir a si próprio e para selecionar informações do meio. O autor chama de dupla contingência dos sistemas o fato de eles operarem de maneira *normativamente fechada*, o que requer relações simétricas entre os seus componentes, na medida em que um elemento dá sustentação ao outro e vice-versa e, ao mesmo tempo, operarem de maneira *cognitivamente aberta*, em que a assimetria entre o sistema e o seu ambiente força-os a uma recíproca adaptação e mudança. Os sistemas legais, afirma, apresentam uma especial maneira de resolverem esse problema ao combinarem disposições normativas e cognitivas e estabelecerem *condicionantes* para a introdução no sistema dos estímulos do ambiente.[14]

Portanto, o direito "opera como um sistema ao mesmo tempo "fechado normativamente", o que garante a sua manutenção e auto-reprodução, e "aberto cognitivamente", no sentido de que está em contínua adaptação às exigências do ambiente".[15]

Os subsistemas sociais possuem mecanismos de atualização:

> Os acoplamentos estruturais são responsáveis pela ligação entre os subsistemas sociais e, ao mesmo tempo, pela delimitação dessa união. Na medida em que o acoplamento estrutural funciona como ponto de interseção entre sistema e ambiente (outro sistema social), ele configura uma distinção, uma forma constituída de dois lados, que gera irritações em ambos os sistemas relacionados e permite maior influência do ambiente em relação ao sistema.[16]

---

[12] Ibid.
[13] Ibid.
[14] Ibid.
[15] Ibid.
[16] NOVAIS, op. cit., p. 131.

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.

> Contingente, no que concerne à preeminência das possibilidades selecionadas em cada momento em razão desse sentido. Estas possibilidades se destacam frente ao horizonte de possibilidades que permanecem relegadas, mas que não desaparecem como tais possibilidades e são suscetíveis de passar a primeiro plano e integrar a constituição do sentido em qualquer momento.[17]

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 continuo, tendo em vista que o fluxo de informações entre os subsistemas não se interrompe.

Portanto, o sistema seria autopoiético justamente pela possibilidade de reconstruir a si próprio conforme as irritações sociais.

> [...] auto-referência ou autopoiesis do sistema consiste nessa auto-constituição continuada do próprio sistema, através de suas próprias operações, que faz com que toda operação com o meio seja uma operação dentro do sistema, uma operação do sistema consigo mesmo, uma determinação de novos elementos próprios a partir de seus próprios elementos. Não haveria referência externa sem auto-referência. Um exemplo: a juridicidade de um ato somente pode estabelecer-se dentro do sistema jurídico com base nos atos jurídicos anteriores, nos elementos prévios deste sistema: uma vez assentada tal juridicidade, esse ato será um novo elemento do sistema, condicionante da juridicidade dos atos seguintes que lhe sejam submetidos.[18]

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 sociedade..."[19].

2 Ativismo judicial e judicialização política

[17] AMADO, op. cit., p. 311.
[18] Ibid, p. 316.
[19] LUHMANN, Niklas. Rechtssoziologie. 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 Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 337.

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 de Niklas Luhmann (...) 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 etc.). 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.[20]

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.

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.

---

[20] PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A DECISÃO JURÍDICA EM NIKLAS LUHMANN: OPERAÇÃO, DIFERENÇA E ABERTURA. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2261.pdf> Acesso em: 14 out. 2012. p. 6.501-6.502

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.

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, consequentemente, da restauração das garantias dos magistrados.

Portanto, vivemos em um Estado Social Democrático de Direito. Acima de todas as normas está a Constituição, norte da orientação de todas as decisões, de onde o direito deve ser extraído, sobretudo para adequá-lo a sociedade.

> É com o aparecimento das constituições no Estado moderno, e a partir do sentido específico que recebem nesse contexto, que se verifica a separação entre direito e política. Concebida como acoplamento estrutural entre esses dois sistemas, a constituição se torna uma via de interpretação e troca de prestações entre a política e o direito. Por outras palavras, ao estabelecer limites de contato entre esses sistemas, a constituição proporciona um incremento de irritações entre a política e o direito. Com isso, há maiores possibilidades de o sistema jurídico registrar decisões políticas em forma jurídica, ainda que também existam maiores possibilidades de a política utilizar o direito para implementar seus objetivos.[21]

Nesse processo, em que a Constituição ganha força total "Transforma-se Política em Direito porque a norma inserida na Constituição passa a ter *status* de direito subjetivo, desencadeando pretensão acionável mediante ação judicial"[22].

> [...] 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 precípuo, 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.[23]

---

[21] LEITE, op. cit.,p. 174.

[22] 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 out. 2012. p. 6

[23] LEITE, op. cit., p. 175 e 177.

Deve-se diferenciar judicialização de ativismo judicial, apesar de ambos serem respostas do subsistema do direito.

> A judicialização é uma consequência natural do constitucionalismo contemporâneo, intensificada principalmente após a promulgação da Constituição de 1988. Consiste em uma reação do Poder Judiciário à omissão dos demais Poderes, que deixaram de responder aos anseios sociais. A partir dessa baixa produtividade do Executivo e Legislativo, os órgãos jurisdicionais passam a prolatar decisões em *questões relevantes, fundamentadas direta e imediatamente na Constituição*. [...] O ativismo judicial, por sua vez, 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 [...][24]

Como se percebe, na hipótese de ativismo judicial, há uma incorporação de uma informação nova ao subsistema do direito, enquanto na judicialização política há uma interpretação dos fatos conforme a Constituição. Como exemplo, pode ser citada a decisão sobre o nepotismo.

No que tange ao nepotismo, há previsão constitucional do poder de fiscalização do CNJ, sendo ele o responsável pela observância do art. 37, CF. Dessa forma, o STF declarou Constitucional a resolução n.7 do CNJ que vedava o nepotismo no âmbito do judiciário, configurando hipótese de judicialização política. Após a incorporação dessa informação ao subsistema do direito, o subsistema jurídico se tornou apto a incorporar outra informação advinda de uma nova irritação do ambiente: o subsistema foi capaz de absorver a informação de que o nepotismo deveria ser vedado em todos os âmbitos da administração pública. Frisa-se: não havia previsão normativa da vedação do nepotismo no âmbito da administração pública. Contudo, as irritações causadas no ambiente, sobretudo devido a comunicação entre os subsistemas econômico e moral, acarretaram a ampliação da vedação imposta ao judiciário para o âmbito da administração pública, com a edição da súmula vinculante número 13. Nessa última hipótese, houve ativismo judicial por parte do STF.

Nesse caso concreto, a alteração no subsistema jurídico poderia ter advindo de lei. Contudo, devido a omissão do poder legislativo e executivo, a alteração ocorreu no âmbito do STF. O Supremo Tribunal Federal, tem sido o responsável por constantes alterações no subsistema jurídico.

---

[24] RAMOS, op. cit., p. 8-9.

> Em países que ainda não atingiram graus satisfatórios de fruição de direitos sociais básicos, como é o caso do Brasil, apesar de existir uma constituição que consagre esses direitos em sintonia com a dignidade da pessoa humana, é comum se exigir uma postura mais ativa da jurisdição constitucional na tentativa de diminuir o fosso que separa a realidade (mundo do "ser") da normatividade constitucional (mundo do "dever-ser"). Daí não é raro se falar na necessidade de o juiz ser mais "político", no sentido de "progressista", o que representa na prática, prover aquilo que os demais poderes deixaram de prover.[25]

Portanto, conforme Adriana Ramos Monteiro:

> O ativismo judicial permite ao direito acompanhar a evolução da atual sociedade complexa, formada por novos conflitos, os conflitos de massa, que reclamam efetividade na prestação jurisdicional, principalmente em decorrência do alcance das decisões coletivas. (...) É verdade que essa nova concepção causa desconfiança, principalmente pelo receio de transformar-se Direito em Política (politização da justiça) e o Judiciário em um super poder, não sujeito a limitações, o que poderia comprometer a legitimidade democrática e a separação dos Poderes.[26]

As constantes alterações no subsistema jurídico ocorre em razão de a "sociedade [...] [mudar] com uma rapidez jamais vista. A globalização econômica tornou mais complexas as relações sociais e um judiciário despreparado para tais mudanças seria um judiciário engessado, incapaz de atender aos reclamos da população."[27]

A judicialização se diferencia, portanto, do ativismo judicial, tendo em vista que a judicialização decorre de uma resposta encontrada dentro do próprio subsistema jurídico, enquanto o ativismo judicial decorre de uma resposta "impossível", de uma decisão sem precedentes.

> A Judicialização ocorre porque há a possibilidade de fazê-lo normativamente (*Poiesis)*. Como diria Barroso[28]: "se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria"; manifesta-se, portanto: 1) pela aplicação direta da Constituição a situações expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador; 2) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios de ostensiva violação da Constituição. O Ativismo, por sua vez, foge das amarras legais e normativas (*Práxis*), pois se manifesta: 1) pela imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas; 2) pela aplicação direta da Constituição a situações que **não** foram expressamente contempladas em seu texto, criando-se uma normatividade concorrente; e 3) pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos de violação da Constituição. A distinção se torna mais perceptível quando analisamos a perspectiva do objetivo do agir pela *poiesis* e

[25] LEITE, op. cit., p. 161.
[26] RAMOS, op. cit., p. 10.
[27] Ibid, p. 13
[28] BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. IN CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo. Judicialização e legitimidade democrática. Disponível em: < http://jus.com.br/revista/texto/17325/judicializacao-e-legitimidade-democratica/2>. Acesso em: 14 out. 2012

> pela *práxis*, ou seja, no Ativismo visa a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e alguns fins constitucionais (*práxis*); enquanto na Judicialização decorre da própria legislação que impõe esses deveres ao judiciário, sem alternativa (*poiesis*). Esta colocação distintiva, num primeiro momento, pode parecer estéril e sem importância, mas serve para revelar algo que se apresenta oculto e que já vínhamos tentando alertar dede o início deste texto: a Judicialização se instaurou pelas mudanças impostas ao sistema normativo, mas o Ativismo é imposto por uma tradição inesclarecida e velada.[29]

Sendo assim, guardadas as devidas diferenciações, percebe-se que o ativismo judicial consiste na comunicação externa do subsistema do direito com o ambiente, enquanto a judicialização política consiste na comunicação interna do subsistema. 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.

3 Atuação do STF na alteração do subsistema jurídico

O STF tem ocupado um papel de destaque na inovação do direito, em decorrência da omissão do legislativo.

> [...] justamente por não poderem ser responsabilizados politicamente pelas consequências das suas decisões, os Tribunais ficam excluídos da participação na ação política, mas são por isso mesmo favorecidos na sua participação na transformação do Direito, sobretudo em áreas nas quais o legislador demonstra ser relativamente inativo.[30]

Dessa atuação marcante do STF na transformação do direito, decorre a problemática da legitimidade dessas decisões.

> Para Luhmann o conceito atual de legitimidade deve ser cunhado sobre a convicção da legitimidade do direito, pela obrigatoriedade de determinadas normas e decisões, ou do valor dos princípios que as justificam. [...] Na modernidade, com os influxos de ordem prática, decorrentes das grandes revoluções burguesas, promoveu-se uma migração da legitimidade da pessoa para a ordem, ou seja, para algo que tenha ordem, o sistema.[31]

---

[29] ARAÚJO CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo. Judicialização e legitimidade democrática. Disponível em: < http://jus.com.br/revista/texto/17325/judicializacao-e-legitimidade-democratica/2>. Acesso em: 14 out. 2012

[30] LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista da associação dos juízes do Rio Grande do Sul*, n. 49, v. 17, p. 152, 1990. Texto traduzido por Peter Naumann e revisado pela Profa. Vera Jacob de Fradera.

[31] ARAÚJO CARVALHO, op. cit.

Nessa esteira de atuação do STF e irritação provocada pelo ambiente no subsistema jurídico, deve-se ter em mente o dinamismo da sociedade que levou à possibilidade do divórcio, na década de 70, até a possibilidade da União Estável homoafetiva e possibilidade da conversão da União Estável homoafetiva em casamento.

Com a edição da lei 6.515 de 1977, instituiu-se o divórcio no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

> Art 2º - A Sociedade Conjugal termina:
> I - pela morte de um dos cônjuges;
> Il - pela nulidade ou anulação do casamento;
> III - pela separação judicial;
> **IV - pelo divórcio.**
> **Parágrafo único - O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.**

A lei foi promulgada em decorrência de reivindicação do movimento feminista. À época, foi uma grande evolução no direito, principalmente em razão da forte influência da Igreja Católica sobre a sociedade. Até esse momento, não havia previsão legal de divórcio no subsistema do direito. No entanto, era necessária uma resposta do direito à irritação provocada pelo ambiente.

Posteriormente, com a possibilidade das pessoas se separarem, passaram a surgir uniões que não advinham do casamento. Logo, as pessoas viviam como se fossem casadas, mas, aos olhos do subsistema do direito, não o eram. No momento em que essas pessoas desejam se separar, não podia ser aplicado para a dissolução desse vínculo matrimonial as regras do divórcio. Sendo assim, o direito, como forma de solucionar a questão no momento de uma separação, aplicava as normas da sociedade de fato do ramo do Direito Empresarial.

A Constituição Federal de 1988 veio a proteger no artigo 226, parágrafo 3, a união estável entre o homem e a mulher: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Logo, o direito criou um instituto que reconhecia o vínculo conjugal entre o homem e a mulher, constituído independentemente do matrimônio.

A partir desse momento, o subsistema do direito começou a se preparar para uma nova reconstrução decorrente das necessidades da evolução social. Sendo assim, o legislador editou a lei 8.971, em 1994, que reconhecia ao homem ou a mulher o direito a alimentos e a participar da sucessão do companheiro(a), com o qual vivia em união estável por no mínimo cinco anos ou tinha prole em conjunto.

> Art. 1º, lei 8971/1994: A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.
> Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Note-se que nesse momento o subsistema jurídico estava preparado para receber essa informação. Lembre-se, conforme afirmado anteriormente, de acordo com a teoria de Luhmann, as alterações que ocorrem no direito são aquelas que ele é capaz de suportar, "Na medida em que o direito é uma estrutura particular da sociedade, sua função é orientada para esse todo maior que o circunda, isto é, o direito não exerce uma função para si mesmo, mas sim para a sociedade de que faz parte".[32]

Essa lei de 1994 abriu caminho para que uma nova lei de União Estável fosse promulgada em 1996. Agora, não se exigia mais o prazo de cinco anos para que fosse reconhecida a União Estável. Afinal, a sociedade percebeu que não havia diferença entre uma união de menos ou mais de cinco anos. Assim como não havia diferença entre uniões de meses ou anos, desde que fossem com a intenção de constituição de família, conforme se extrai do art. 1º, lei 9.278/1996: "É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família".

Posteriormente, com a evolução da sociedade e necessidade do direito conferir uma resposta às situações sociais, passou-se a indagar se poderia ou não ser reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Nesse aspecto, o STF, em uma decisão de claro ativismo judicial, interpretando de forma expansiva a Constituição, reconheceu que poderia haver a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Dessa forma, ficou claro que a irritação provocada pelo meio ambiente levou à incorporação dessa informação pelo subsistema jurídico, a qual só foi possível de ser incorporada, em razão de ter sido previamente reconhecida a união estável entre o homem e a mulher.

O Ministro Ayres Britto em seu voto expressou (ADI 4.277)[33]:

> No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura

[32] LEITE, op. cit., p. 167/168
[33] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4277/DF. Plenário. D.J. 05 mai. 2011. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> Acesso em: 14 out. 2012

> entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", entendida esta como sinônimo perfeito de "família". Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva.

Posteriormente, como ficou reconhecida a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo e, se a lei no artigo 1726, CC, facilita a conversão da União Estável em casamento, a sociedade indagou sobre a possibilidade de ser reconhecido o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O STF ainda não se manifestou sobre o tema. Contudo, tribunais estaduais e o STJ já foram levados a se manifestar sobre a questão, conforme se extrai do Resp 1.183.378:

> Com efeito, se é verdade que o **casamento** civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.[34]

Diante da posição adotada pelo STJ, calcada nos anseios da sociedade, é provável que o STF se manifeste favorável à possibilidade da conversão da União Estável homoafetiva em casamento. Logo, mais uma vez, o subsistema do direito em respostas as irritações advindas do ambiente irá se reestruturar.

> [...] a solução esperada pela sociedade depende muito mais dela própria, do que do Direito, cujo contexto social é apenas uma parte do ambiente social, no qual estamos inseridos. Para solucionar tais situações, é preciso, a bem da verdade, a alteração dos valores sociais, cuja comunicação emanar-se-á também ao Direito, e não acreditar que uma parte (Direito) alterará o todo (Sociedade), donde ele provém.[35]

Em síntese, no primeiro momento o STF reconheceu a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Posteriormente a jurisprudência admitiu a conversão da união estável em casamento. Portanto, na conjuntura atual, o próximo passo é o STF se manifestar acerca do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Dessa forma, o subsistema do direito se

---

[34] BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1183378 / RS. Quarta Turma, Rel Min Luis Felipe Salomão. D.J. 25 out. 2011. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1099021&sReg=201000366638&sData=20120201&formato=PDF > Acesso em: 14 out. 2012.

[35] LIMA, Fernando Rister de Sousa. Luhmann e a sociologia da justiça possível na decisão judicial. *Revista Forense*, n. 402, v. 105, 621-627, p. 626. 2009.

prepara para a incorporação de uma nova informação, que só será possível em razão de toda a evolução que ocorreu desde a década de 70.

Conclusão

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.

Essa 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.

Tamanha evolução não teria ocorrido se na década de 70, não tivesse sido reconhecida a possibilidade de divórcio. Com o divórcio, as pessoas ficaram aptas a se casar novamente ou, simplesmente, viver afetivamente com outra pessoa, pois podiam se desvincular por completo do vínculo matrimonial anterior.

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 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

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 Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARAÚJO CARVALHO, Carlos Eduardo. Judicialização e legitimidade democrática. Disponível em: < http://jus.com.br/revista/texto/17325/judicializacao-e-legitimidade-democratica/2>. Acesso em: 14 out. 2012

ARAÚJO, Marilene. A Constituição e a teoria dos sistemas de Luhmann. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 79, v.20, p. 427-447. 2012

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. IN CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo. Judicialização e legitimidade democrática. Disponível em: < http://jus.com.br/revista/texto/17325/judicializacao-e-legitimidade-democratica/2>. Acesso em: 14 out. 2012

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1183378 / RS. Quarta Turma, Rel Min Luis Felipe Salomão. D.J. 25 out. 2011. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1099021&sReg=201000366638&sData=20120201&formato=PDF > Acesso em: 14 out. 2012

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4277/DF. Plenário. D.J. 05 mai. 2011. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> Acesso em: 14 out. 2012

CARVALHO, Delton Winter de. *O direito como um sistema social autopoiético*: auto-referência, circularidade e paradoxos da teoria e prática do direito. Disponível em: < http://www.ihj.org.br/poa/professores/Professores_10.pdf> Acesso em: 14 out. 2012.

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.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. Luhmann e a sociologia da justiça possível na decisão judicial. *Revista Forense,* n. 402, v. 105, p. 621-627. 2009.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista da associação dos juízes do Rio Grande do Sul*, n. 49, v. 17, p. 149-168. 1990. Texto traduzido por Peter Naumann e revisado pela Profa. Vera Jacob de Fradera.

LUHMANN, Niklas. Rechtssoziologie. 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 Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 337.

LUHMANN, Niklas. 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 Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 305-306.

MELLO, Marcelo Pereira de. *Sociologias do direito: historicismo, subjetivismo e teoria sistêmica.* Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782005000200012&script=sci_arttext> Acesso em: 14 out. 2012.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. O contrato em Kelsen e Luhmann. *Revista de Direito Privado*, n.11, v.2, p. 121-137. 2002.

PEDRON, Flávio Quinaud. A função dos tribunais constitucionais para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Direito Público,* v. 3, n. 11, p. 120-144, jan.-mar. 2006.

PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A DECISÃO JURÍDICA EM NIKLAS LUHMANN: OPERAÇÃO, DIFERENÇA E ABERTURA. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2261.pdf> Acesso em: 14 out. 2012.

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 out. 2012.