

INSTITUTO MACHADENSE DE ENSINO SUPERIOR

LUCY APARECIDA FERREIRA SOUZA

**O ATIVISMO JUDICIAL E A CONTINGÊNCIA: Uma Possibilidade
de Releitura do Centro do Sistema do Direito**

**MACHADO – MG
2018**

LUCY APARECIDA FERREIRA SOUZA

**O ATIVISMO JUDICIAL E A CONTINGÊNCIA: Uma Possibilidade
de Releitura do Centro do Sistema do Direito**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito do INSTITUTO
MACHADENSE DE ENSINO SUPERIOR como
parte dos requisitos para obtenção do Título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. M. Sc. JOÃO PAULO SALLES
PINTO

**MACHADO – MG
2018**

S716p

SOUZA, Lucy Aparecida Ferreira

O ATIVISMO JUDICIAL E A CONTINGÊNCIA: Uma Possibilidade de Releitura do Centro do Sistema do Direito.

Lucy Aparecida Ferreira Souza. Machado: Instituto Machadense de Ensino Superior, 2018.

25 p.

TCC – Graduação – Direito

Orientador: Prof. Me. João Paulo Salles Pinto

I. Teoria dos Sistemas Sociais I. Instituto Machadense de Ensino Superior. II. Título

CDU: 316.34

Ficha Catalográfica elaborada pela Bibliotecária
Carmen Lúcia D'Andréa – CRB-6-1080

LUCY APARECIDA FERREIRA SOUZA

**O ATIVISMO JUDICIAL E A CONTINGÊNCIA: Uma Possibilidade
de Releitura do Centro do Sistema do Direito**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Faculdade de Direito do INSTITUTO
MACHADENSE DE ENSINO SUPERIOR como
parte dos requisitos para obtenção do Título de
Bacharel em Direito.

APROVADA: Machado-MG, ____ de _____ de 201__.

Prof. M. Sc. JOÃO PAULO SALLES PINTO
(Orientador)

Prof. _____
(Avaliador)

Prof. _____
(Avaliador)

*Dedico ao meu orientador, João Paulo Salles
Pinto, que me apoiou e incentivou com
paciência e dedicação.*

*Agradeço primeiramente a Deus por me dar
força durante a caminhada; a minha família,
à minha mãe Maria Durcineia, ao meu irmão
Ulisses pelo apoio, paciência e incentivo
durante todo o curso. Agradeço também aos
meus amigos pela cumplicidade, apoio e
companhia.*

“A força do agressor tem na oposição, de que ele precisa, uma espécie de medida; toda a expansão se revela na busca de um adversário – ou problema poderoso: de facto, um filósofo belicoso provoca também problemas para o duelo.”
(FRIEDRICH NIETZSCHE)

O ATIVISMO JUDICIAL E A CONTINGÊNCIA: Uma Possibilidade de Releitura do Centro do Sistema do Direito

Lucy Aparecida Ferreira Souza^{*}
João Paulo Salles Pinto^{**}

INTRODUÇÃO. 1 O DIREITO E A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS.
2 ORGANIZAÇÃO E DECISÃO EM LUHMANN. 3 O ATIVISMO JUDICIAL NA
PERSPECTIVA LUHMANNIANA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: A atuação ativista dos tribunais é tema recorrente na discussão jurídica. Existe uma multiplicidade teórica que orbita ao redor da decisão jurídica e que, neste sentido, permite problematizar a questão do ativismo a partir de uma análise das suas condições de possibilidade e de necessidade. Portanto não somente em um caráter normativo. Nessa perspectiva, este artigo objetiva a possibilidade de releitura do centro do sistema do direito, no sentido de que o ativismo judicial explicita um movimento da doutrina para participar da decisão jurídica. Com base em uma metodologia analítica de pesquisa bibliográfica a pesquisa utilizará conceitos da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, em especial os de organização e decisão. A pesquisa conclui que o ativismo judicial é condição de possibilidade para observar a tentativa de participação da doutrina na decisão jurídica, a fim de participar da comunicação do sistema do direito com o ambiente.

Palavras-chaves: Teoria dos sistemas sociais. Tribunais. Organização. Decisão. Ativismo judicial.

INTRODUÇÃO

A teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann adota uma metodologia autológica construtivista, que procura descrever a sociedade e o direito por meio de uma observação que traça uma diferença. Nesse sentido a sociedade é objeto de sua própria observação, o direito é um subsistema desta, e assim opera-se por meio da produção e reprodução de decisões. Portanto, a linha

^{*} lucyferreira_souza@hotmail.com. Acadêmica do 10º período da Faculdade de Direito do Instituto Machadense de Ensino Superior (IMES) mantido pela Fundação Machadense de Ensino Superior e Comunicação (FUMESC)– Machado – MG.

^{**} Professor Mestre da Faculdade de Direito do IMES/ FUMESC – Machado – MG.

mestra da teoria sistêmica está na distinção entre sistema e ambiente. Desta forma, a teoria sistêmica explicita sua diferença quando procura observar o traço distintivo entre o que é e o que não é sistema. Assim entende-se que o direito, enquanto subsistema traça diferenças entre o que é o direito e o que não é, e as faz, sobretudo, por meio de suas operações decisórias.

Nesse sentido, o direito por se constituir de operações por si próprio, explicita-se naquilo que a teoria dos sistemas sociais chama de autopoíese. Tal constatação permite observar que o direito tem a capacidade de produzir e reproduzir suas operações de forma autônoma. Conseqüentemente, para a teoria luhmanniana, o direito como sistema autopoietico por ser capaz de se autodescrever e auto-observar de em sua diferenciação. Conseqüentemente pode-se observar uma multiplicidade teórica que busca em sua operação, providenciar ao direito uma identidade. Essa pluralidade descritiva pode ser entendida como condição de possibilidade das argumentações, que para tal forma de observação encontra-se relacionada diretamente com a decisão.

Deste modo as operações, de produção e reprodução do direito, são realizadas pelas organizações que em sua condição de possibilidade garante autonomia funcional do direito. Nesse contexto, os tribunais ocupam um posto destacado como organizações do sistema do direito, uma vez que promovem a comunicação com o ambiente. Uma vez que, para teoria Luhmanianna a mera reprodução não é uma decisão, temos que a decisão é tomada frente o indecidível, ou seja, decide-se frente a alternativas possíveis. Observa-se uma decisão, por exemplo, na possibilidade de escolher por aplicar ou não um entendimento doutrinário. Deste modo, os tribunais decidem frente às contingências do sistema. Igualmente a omissão política ou a denegação em legislar, é condição que fundamenta a necessidade de decisão, ou seja, a condição de possibilidade da jurisdição. Desta forma, uma vez que as contingências são levadas aos tribunais, estes são obrigados a decidir e decidindo, comunica-se com ambiente. De fato, o ativismo judicial é tema de recorrentes discussões na área jurídica, de maneira que a posição central dos tribunais não se encontra tão pacificamente aceita pelas outras organizações do sistema do direito (academia, advocacia), que constantemente traçam criticas e questionamentos em relação às decisões tomadas pelos tribunais.

Pretende-se, com presente trabalho, oferecer uma forma diferente de observar o ativismo, descrevendo, assim, a forma que este é observado pela doutrina jurídica tendo em vista tais premissas, que colocamos aqui sob a égide da academia do direito. Não obstante a posição central conferida aos tribunais na teoria de Luhmann, tal apontamento permite uma releitura baseada no questionamento pela centralidade do sistema assim, seria possível reler a ocupação dos tribunais no centro do sistema do direito? De fato contenta-se a academia com a região periférica concedida a ela pela teoria sistêmica?

Nesse sentido, tendo em vista tais questionamentos, a presente pesquisa parte da discussão de conceitos básicos da teoria dos sistemas sociais, tais como a conceituação de sistema e sua diferenciação com ambiente, bem como a descrição do direito enquanto sistema social autopoietico e sua relação com os demais sistemas sociais e com seu ambiente. Por conseguinte, analisaremos os conceitos de organização e decisão jurídica, a posição dos tribunais enquanto organização do sistema do direito, a visão da doutrina acerca do ativismo judicial. Para concluir que o ativismo judicial, permite explicitar a tentativa da doutrina de transparecer na decisão jurídica, ainda que a decisão aconteça nos tribunais. A fim de transparecer também, na comunicação do direito.

1 O DIREITO E A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS

A teoria dos sistemas sociais autopoieticos desenvolvida por Niklas Luhmann, encontra-se apoiada, de acordo com Rocha (1997), em uma metodologia que parte da distinção entre sistema e ambiente se define como pragmática e busca descrever as formas e funções dos sistemas da sociedade. Apoiada na descrição por meio da observação. Luhmann, portanto, situa sua forma de observação em uma perspectiva de segunda ordem, pois propões que essa seja feita observando o observador. Em outras palavras observa-se a sociedade o direito a partir da observação que eles fazem de si mesmos, ou seja, como operações que descrevem a si mesmas por meio de teorias doutrinas. Os sistemas, por consequência se auto-observam e se auto-descrevem. Assim, a unidade de um sistema só pode ser produzida e reproduzida. Abandona-se, portanto, discussão tradicional de que o direito se define por meio da sociedade (LUHMANN, 2006). Só o direito pode dizer o que o direito é certo de que, para

Luhmann (2006), possui uma condição de sistema, ou seja, uma autonomia operacional.

De fato, sob esta ótica, tanto a sociedade contemporânea como seu direito são vistos como sistemas dotados de capacidade de auto-descrição e auto-observação e, somente, assim um observador poderá descrever suas formas de operação e condições. Uma sociedade complexa somente poderá ser descrita por uma sociedade complexa, ainda que para tanto tenha de renunciar a sua complexidade. Assim em uma perspectiva luhmanniana observaremos a sociedade por meio de sua própria observação. (LUHMANN, 2016).

Tanto a sociedade, como o direito, para Luhmann constituem objeto de auto-observação da sociedade. Assim, a auto-observação e a autodescrição se fazem de modo construtivista, pois não há uma tentativa de reprodução do mundo exterior ao sistema, mas sim operações internas do próprio sistema que, desta maneira, são o próprio sistema. E isto, não obstante, é chamado de *autopoiese*. Consequentemente, as teorias da sociedade e do direito também são operações internas do sistema, uma operação de produção e reprodução, mas nunca de mera repetição, pois deve observar as diferentes possibilidades e condições.

Por consequência, uma observação que pressuponha descrever a funcionalidade autopoietica de sistemas tem de partir de uma distinção. Essa distinção parte de uma forma, ou seja, entre o próprio sistema e seu ambiente, como condição para sua diferença. O direito, não é política, nem a economia, por exemplo. Portanto, a distinção entre sistema e ambiente é a linha mestra da teoria dos sistemas sociais. (LUHMANN, 2016).

Luhmann fala de sistema quando uma conexão de operações consegue se fechar excluindo todo o resto e, dessa forma, pode se reproduzir e continuar a própria existencia ate que esteja em condições de fazê-lo. Por ambiente se entende, assim, simplesmente tudo aquilo que não e compreendido no plano operativo e estrutural do sistema e, por isso, o ambiente pode ser definido como correlato negativo do sistema. (CORSI, 2015, p.183).

O direito enquanto sistema distingue-se do sistema da sociedade. Luhmann descreve a relação entre o sistema do direito e o sistema da sociedade como multifacetada. “Por um lado, a sociedade é o ambiente de seu sistema do

direito; por outro, todas as operações do sistema do direito são também operações na sociedade e, portanto, operações *da* sociedade.” (LUHMANN, 2016, p.29). Ao se diferenciar da sociedade o direito faz um corte nesta surgindo então na sociedade um ambiente de direito dentro dela. (LUHMANN, 2016). O sistema do direito é, portanto um sistema-parte, ou seja, um subsistema do sistema da sociedade. O direito é da sociedade, e não a sociedade é do direito.

O ambiente do sistema jurídico interno à sociedade aparece como altamente complexo, e a consequência disso é o sistema jurídico fazer referência a si mesmo: a uma autonomia que lhe é própria, a limites autodeterminados, a um código próprio e a um filtro altamente seletivo, cuja ampliação poderia pôr em risco o sistema ou mesmo dissolver o caráter determinável de suas estruturas. (LUHMANN, 2016, p. 20).

O direito é dotado de autonomia e assim mediante operações internas do próprio sistema, ele seleciona o que será internalizado por meio de sua distinção. A teoria construtivista adotada por Luhmann baseia-se, sobretudo, no construtivismo radical de Glaserfeld. Como proposta de romper com os padrões da epistemologia, este pode ser resumido de duas formas:

- (1) o conhecimento não é passivamente recebido através dos sentidos ou por meio de comunicação, mas é ativamente construído pelo sujeito cognoscente;
- (2) a função da cognição é adaptativa e serve para a organização do sujeito de seu mundo experiencial, e não para a descoberta de uma realidade objetiva. (MAZZONI; CASTANÕ, 2014, p.232).

Portanto, é como se o direito observasse outros sistemas e se observasse ao mesmo tempo, uma heterodescrição e uma autodescrição.

Sobre o conceito do sistema observante, a teoria dos sistemas explora o acesso a uma epistemologia construtivista considerada em termos muito gerais. Nessa epistemologia, não devem ser entendidos apenas sistemas especialistas em cognição, mas sistemas de todo tipo, que estabeleçam observações autoproduzidas a fim de regular sua relação com o ambiente – para o qual ela não tem acesso direto mediante suas operações –, tampouco sistemas como religião, arte, economia, política e mesmo o direito. (LUHMANN, 2006, p.13).

Portanto, um sociólogo ao observar o direito o faz do lado de fora, assim como o jurista ao observar a sociedade. Por isso a observação deve adotar a teoria de observação de segunda ordem.

O direito é um sistema social, autopoietico operacionalmente fechado, mas, cognitivamente aberto. Operacionalmente fechado, pois, por meio de operações de produção e reprodução ele define suas fronteiras e se distingue do ambiente. As atualizações das fronteiras são feitas por meio da comunicação, o que forma este conceito possível para Luhmann é a comunicação. O direito quanto sistema possui um código de função, ou seja, opera excluindo alternativas por meio do seu código binário lícito/ilícito. “A codificação binária refere-se à observação de operações do sistema, reconhecida por atribuir, os valores lícito ou ilícito”. (LUHMANN, 2006, p.50). Cada sistema possui seu código a economia lucro/prejuízo, a política governo/oposição.

Quando trabalhada, na teoria dos sistemas, a função do direito passa a ser observada com relação a referencia que ele faz com o sistema da sociedade. “pode-se contestar sobre se e em que sentido existe “problemas de referência” e, assim, funções, independentes de uma diferenciação de operações e sistemas de função correspondentes”. (LUHMANN, 2006, p.99). Consequentemente:

[...] o direito soluciona um problema temporal, o qual se apresenta sempre na comunicação social, quando a comunicação no processo não basta — seja como expressão, seja como “prática” —, sendo, pois, guiada por expectativas numa extensão temporal de seu sentido, e o direito expressa essas expectativas. (LUHMANN, 2016, p.99).

A expectativa tratada aqui se refere a um aspecto temporal do sentido de comunicação (LUHMANN, 2006). Ao fundamentar-se na dimensão de tempo, a função do direito rompe com a mera concepção de função social do direito, que toma por base, sobretudo o direito como uma ferramenta de controle social. O direito é visto aqui como um regulador de expectativas, que trabalha as incertezas do futuro, de maneira a tentar se explicar. A aplicação de operações em um tempo futuro contingencial.

Assim o direito é um sistema social estabilizador de expectativas em uma dimensão temporal. Portanto “o conceito da norma relaciona-se com determinada forma de expectativas práticas, quem tem de ser observadas ou psiquicamente,

ou num sentido suposto e compreensível de comunicação.” (LUHMANN, 2006, p.27). Não como uma mera prescrição/orientação.

O direito como sistema social opera por meio da comunicação, a comunicação é genuinamente social e a sociedade se constitui de comunicações, portanto, no ambiente encontra-se tudo aquilo que não é comunicação. (CORSI, 2015). A operação de base que permite que um sistema social se delimite, com relação ao seu ambiente, é a comunicação. No ambiente dos sistemas encontra-se aquilo que não é comunicação (CORSI, 2015). Assim a sociedade como sistema também abrange toda a comunicação, restando em seu ambiente outros acontecimentos, que não são comunicação. A comunicação para Luhmann que serve ao sistema de comunicação ou ao sistema social:

Dessa maneira, o objetivo da comunicação é a criação de diferenças que, constituem, estabilizam e atualizam as fronteiras do sistema, de modo que a própria comunicação é uma síntese de seleções processadas em três operações circulares: informação, transmissão e entendimento. (LUHMANN, 1995, p. 140, *apud* SIMIONI; PINTO, 2017, p.11).

A comunicação aqui se refere a todos os modos de comportamentos englobados pelo direito e por ele normatizados. “O direito opera na sociedade, nela se executa, desempenha uma função social e se faz diferenciado para satisfazer a essa função por sua reprodução autopoietica própria.” (LUHMANN, 2006, p.437). O direito serve a sociedade, mas, matem sua autonomia e individualidade não confundindo suas operações e códigos com outro sistema funcional como, por exemplo, o da economia ou da política.

De acordo com essa maneira de observar todos os sistemas sociais serão apreendidos como realização da sociedade. (LUHMANN, 2006). Dessa forma o direito é da sociedade e não a sociedade do direito. As operações internas do direito, como sistema autopoietico, produção e reprodução bem como seu fechamento operativo constituem o direito como direito. Ou seja, o direito se reconhece como direito, somente no âmbito da comunicação social.

Sendo descrita a clausura operativa dos sistemas sociais autopoietico, passaremos a desvelar a relação entre o sistema e o ambiente, bem como sua relação com os demais sistemas sociais autopoieticos. Retomando, a clausura operativa sistêmica significa que a autopoiese do sistema pode ser executada por

meio de operações próprias desse sistema. Assim a unidade de um sistema autopoietico operacionalmente fechado somente pode ser reproduzida por operações do próprio sistema, sendo que o sistema não pode operar em seu ambiente, não pode se ligar ao ambiente por meio de operações próprias.

A relação entre os sistemas sociais autopoieticos e seu ambiente são desveladas pelos acoplamentos estruturais. “Fala-se de acoplamentos estruturais quando um sistema supõe determinadas características de seu ambiente, nele confiando estruturalmente.” (LUHMANN, 2016, p.349). Um exemplo é o fato de espera-se que o dinheiro, de modo geral, seja aceito. Sendo assim um acoplamento estrutural é uma forma constituída por dois lados, ou seja, é uma distinção. (LUHMANN, 2016). São as condições restritivas do acoplamento estrutural que possibilitam que ele seja influenciado por seu ambiente.

2 ORGANIZAÇÃO E DECISÃO EM LUHMANN

As organizações são como os sistemas sociais, autopoieticas e possuem fechamento operativo. Nos sistemas sociais a maneira de reprodução se dá pelos códigos (estrutura da diferença- direito e não direito), nas organizações ela se orienta para as decisões, isto é, um programa de produção de estabilização de operações. Para Luhmann, sistemas autopoieticos com fechamento operativo. Que com base no primado funcional produzem decisões e estabilizam comportamentos. Assim se diferenciam do seu ambiente, pois possuem autonomia funcional, têm a capacidade de produção e reprodução de decisões.

As organizações contemporâneas se apresentam em sistemas sociais, isto é, em uma total diferença da idade média, por exemplo, certo de que se baseavam, em especial, na forma de corporações como cidades ou universidades. “*La organizacion es —tal como la sociedad misma y la interaccion— una forma determinada de trato con la doble contingencia.*” (LUHMANN, 2005, p.657). As organizações em uma visão sistêmica surgem como o tratamento da dupla contingência. “*Las organizaciones reemplazan las dependencias sociales externas por las dependencias autoproducidas.*” (LUHMANN, 2005, p.656). Ou seja, aquilo que interessa para o sistema é convergido e internalizado pelas organizações.

Los sistemas funcionales para la economía, el derecho y la educación proporcionan así las condiciones decisivas para el surgimiento y el curso de la forma sistémica de organización —sin que esto signifique que solamente haya organizaciones en estos sistemas. (LUHMANN, 1997, p.656).

São, portanto os sistemas funcionais que fornecem a forma para o surgimento das organizações e neste sentido as organizações permitem a interdependência social frente à autopoiese e o fechamento operacional dos sistemas funcionais.

O que marca o pertencimento ao sistema são as decisões, conseqüentemente as organizações estão estruturadas em uma base operativa de comunicação das decisões. *“Y también cuando se comunica sobre el entorno, el rol de la membresía (la pertenencia al sistema) es aquel símbolo que acredita a la comunicación como operación interna.”* (LUHMANN, 2006, p.658). Visto que as *membracias* são baseadas em decisões pode se classificar as organizações como sistemas autopoieticos na base operacional de decisões.

As organizações são sistemas operacionalmente fechados uma vez que produzem decisões produzir mais decisões. Existe, de fato, no momento da reprodução da decisão a indeterminação estrutural do código, cada vez que o sistema reproduz uma decisão reproduz também essa oscilação. (LUHMANN, 2005). Assim podemos dizer que *“un sistema-de-decisiones vive en vista de decisiones ulteriores de indeterminación autoproducida; y este momento se integra en la clausura operativa del sistema.”* (LUHMANN, 2006, p. 658). As decisões das decisões teriam a capacidade de absorver as incertezas, porém a necessidade de reproduzir decisões reproduz também as incertezas.

Assim Luhmann observa a autopoiese das organizações como sistema, tendo em vista que é um sistema que opera na produção e reprodução de decisões.

El comportamiento se comunicara como decisión. Y puede aquí quedar abierto lo que la decisión es “en sí”; lo cual queda indeterminado—o determinado de manera tautológica— cuando se describe a la decisión como elección entre alternativas. (LUHMANN, 2006, p.659).

Por consequência, a decisão, só pode ser definida como uma escolha de uma entre alternativas não podendo ser vista como possibilidade de alternativa nem tampouco como componente da alternativa.

Ella no es posibilidad adicional del elegir, y entonces tampoco componente de la alternativa (que tambien podria elegirse), sino mas bien el tercero excluido resultado de la construccion de la alternativa; por tanto, de nuevo: ¡el observador! (LUHMANN, 2006, p.659).

A decisão, portanto não pode se operar no passado, pois está desconectada dele. Pode comprometer o futuro, porem sem condicioná-lo, a decisão é sempre presente. Portanto, o direito, enquanto decisão só se mostra possível de observação no presente, que nada mais é que uma diferença entre passado e futuro.

As organizações são, portanto o elo que liga o sistema aos demais sistemas de seu entorno por meio da comunicação de decisões. *“las organizaciones tienen además la posibilidad de comunicarse com sistemas en su entorno.”* (LUHMANN, 2006, p.660). As organizações não precisam ser unidades de sistemas da sociedade, mas podem se formar como subsistemas desses. *“las organizaciones se forman en los sistemas funcionales para la realizacion de las operaciones propias de la organizacion y para la ejecucion del primado de la funcion del sistema funcional.”* (LUHMANN, 2006, p.667). Quando se formam dentro dos sistemas funcionais executam operações próprias de seu primado funcional assim podemos diferenciá-las, por exemplo, organizações econômicas, políticas, jurídicas.

Como já explicitado a teoria dos sistemas sugerem que a diferenciação do sistema necessita da diferenciação interna e que essa acontece ao mesmo tempo em que o sistema se desenvolve. (LUHMANN, 2016). O sistema jurídico, portanto, só poderá ser diferenciado como sistema internamente diferenciado. “Por “forma de diferenciação interna” deve-se entender a forma pela qual as relações entre os sistemas parciais (subsistemas) expressam o ordenamento do sistema total, por exemplo, como ordenamento das classes hierarquizadas.” (LUHMANN, 2016, p.237). Assim existe uma diferenciação realizada por um ordenamento interno, próprio, que também regala a relação entre os subsistemas.

Uma vez que as organizações são sistemas sociais como autopoiese de decisão que aclopadadas a sistemas de sentido possibilitam a comunicação do sistema com o ambiente, comunicação heteroreferencial. Portanto os tribunais são organizações do sistema do direito, aos quais competem tomar decisões.

A organização não é apenas uma instituição no sentido tradicional. Ela é também um núcleo de irradiação de sentidos prévios dos problemas práticos do mundo, um sistema de arquivo das experiências, ideologias e visões de mundo que condicionam a interpretação jurídica para um horizonte bem definido de produção de sentido normativo. (SIMIONI, 2017, p.275).

A decisão em uma visão luhmanniana consistirá sempre em alternativa, pelo menos duas, ou seja, pelo menos dois caminhos possíveis. Não obstante estes caminhos ou mesmo estas decisões podem ser possibilitadas por decisões. No entanto a decisão não é um dos caminhos. As organizações como núcleo de irradiação de sentidos produzem decisões a partir de decisões. O tribunal como centro de tomada de decisão do sistema do direito tem a necessidade de decidir. Pressupõe-se a existência de uma decisão primeva que para garantir uma previsibilidade limitada, tendo em vista a imprevisibilidade definitiva da decisão.

A decisão pressupõe a existência do sistema e a existência do sistema é simultânea a existência dos demais sistemas. A decisão se opera sempre no presente e frente a algo que não foi decidido. “A decisão se dá unicamente quando existe algo que, por princípio, é indecidível (e não apenas indecidido). De outro modo, a decisão já estaria decidida, e seria o caso apenas de “reconhecê-la”. (LUHMANN, 2016, p.245). Portanto a decisão não pode ser determinada pelo passado, ela opera no âmbito de sua própria construção, ou seja, o presente. “A decisão abre ou fecha possibilidades que não existiriam sem a decisão.” (LUHMANN, 2016, p.246). Ela não deixa se determinar pelo passado, mas, busca produzir efeitos futuros ainda que no futuro ocorram novas decisões. O passado é pressuposto como invariável e o futuro como variável. Por isso leis emitidas, delitos cometidos no passado não determinam a construção da decisão.

3 ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA LUHMANNIANA

Quando se observa o sistema do direito, percebemos que esse se mostra como um sistema operacional que possui uma diferenciação interna e externa. Observa-se a diferenciação interna na hierarquização, por exemplo. A diferenciação interna quer dizer tudo que não pertence ao sistema é ambiente. A existência de um ordenamento próprio da diferenciação interna traz a necessidade que as relações entre os subsistemas já estejam previamente regulamentadas. Essas relações entre os subsistemas têm sua condição de possibilidade na base da igualdade, ou na base da desigualdade, de modo que, o sistema do direito tem sua ordem geral manifesta na limitação imposta pelas disposições que ordenam a relação sistema/ambiente dos subsistemas. (LUHMANN, 2016).

Portanto, entre os muitos tribunais existentes, podemos observar semelhança, ou seja, eles devem se respeitar como iguais. Já quando observamos tribunais e advogados, tribunais e parlamento, tribunais e Ministério Público, esses constroem a forma de diferenciação alicerçada na desigualdade. Entretanto as formas de diferenciação não são excludentes entre si. Há, para a forma de desigualdade dominante a incumbência de regulamentar a necessidade e admissibilidade das diferenciações.

Os tribunais têm a competência de interpretar as leis e possuem autodeterminação na tomada de decisões. Os tribunais são para a teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann, centro das tomada de decisões. “Os tribunais, devem decidir, até que ponto podem resolver os casos amparando-se na interpretação e até que ponto, no caso de as soluções não serem satisfatórias, devem exigir mudanças jurídicas por parte do legislador.” (LUHMANN, 2016, p.242). Portanto, para o autor, os tribunais têm a incumbência de decidir, e com isso, garantir liberdade na tomada de decisão que, por sua vez, encontra-se restringida as fundamentações que levaram a decisão e que são frequentemente questionadas pelas outras organizações. Para Luhmann o direito se produz por meio dessa tríade: obrigatoriedade, liberdade e restrição. (LUHMANN, 2016).

Os tribunais enquanto organizações do sistema do direito se descrevem na condição de possibilidade de comunicação com o ambiente o que constrói sua

autonomia funcional pela oscilação entre o que é direito e o que não é direito. Ao se descrever o ativismo judicial por meio de uma observação de segunda ordem pode-se explicitar a condição de possibilidade deste, na obrigatoriedade dos tribunais em decidir todas as causas que aparecem. Entretanto, atualmente, essa posição dos tribunais, não se encontra tão pacífica de modo que a doutrina jurídica tem se debruçado sobre a questão da atuação dos tribunais, discutindo inclusive os limites dessa atuação. A limitação do judiciário para os críticos do ativismo é necessária para que não haja uma soberania da vontade dos juízes, em detrimento da aplicação da lei. (STRECK, 2011). Consequentemente, dentro do sistema do direito pode se observar essas diferenciações internas, por exemplo, entre tribunais e advogados, tribunais e o ministério público, tribunais e academia. Portanto, temos que os tribunais se assemelham entre si, mas pode-se observar que além da semelhança desses, deve-se considerar também, sua diferenciação.

Nesse sentido as indagações acerca da atuação do judiciário levantadas pela doutrina se voltam quanto à fundamentação da decisão dos magistrados que ocupam os tribunais. Para Lênio Streck, por exemplo, a decisão adequada, não se apóia em moral, política ou qualquer outro meio. Na concepção filosófica hermenêutica adotada por ele, a norma é mais que um enunciado lingüístico, a norma se mostra como um evento. O sentido dado ao caso concreto é a síntese hermenêutica, que tem como condição de possibilidade a diferença ontológica. (STRECK, 2011). Assim, para Streck uma decisão será tomada sempre frente a princípios fundamentais, de modo que a mera atuação do judiciário buscando a garantia de direitos fundamentais elencados no texto constitucional não configura ativismo judicial. Contudo, quando o julgador se abstém em aplicar a lei, ou renuncia a algum princípio a decisão estará sujeita a arbitrariedade soliptica do julgador configurando assim o ativismo judicial. (PINTO, 2018).

Para Barroso (2008), por outro lado, há de se fazer uma distinção entre o ativismo judicial e a judicialização. Para ele a judicialização e o ativismo têm sua origem em causas distintas. A judicialização consiste em questões sociais e políticas que são levadas ao judiciário para uma decisão, sendo de fato, uma consequência do modelo constitucional adotado. Nesses casos o judiciário decide por não ter alternativa senão decidir. Quanto ao ativismo, esse seria uma postura mais ativa do judiciário estendendo os alcances do texto constitucional a fim de

garantir direitos fundamentais. O ativismo para Barroso ocorre em “situações de retração do Poder Legislativo” que comprometam a efetivação de direitos.

Embora escrevam sobre o ativismo judicial, faz-se necessário destacar que os autores elencados, não seguem a linha teórica da pragmática sistêmica, de modo que se permitem serem observados, sobretudo em uma distância sociológica, pela perspectiva sistêmica luhmanniana por se comprometerem com a autodescrição do sistema. A crítica cunhada por Streck (2011) está pautada nos argumentos e fundamentos da decisão tomada pelo julgador. Da mesma maneira Barroso (2008) fundamenta seu conceito de ativismo no modelo constitucional adotado pelo Brasil. Contudo, para teoria luhmanniana, o direito deve ser observado como um sistema mundial que opera a partir da comunicação. (LUHAMNN, 2016). Portanto, o direito não pode ser apreendido por meio de conjunturas locais. Assim, a observação de um “direito brasileiro” não é possível em uma ótica construtivista sistêmica. Não obstante seja possível observar formas diferentes de operar das organizações e das teorias, no caso, os tribunais e a academia brasileira, ou seja, as organizações podem apresentar diferenças regionais. (PINTO, 2017).

Frente ao paradoxo da decisão, Niklas Luhmann observa que a validade do direito está na decisão jurídica. Não obstante a possibilidade de observar diferenças nos tribunais brasileiros, o sistema do direito deve ser observado em sua universalidade. “A validade do direito pode mudar — ou se deixar mudar — com a seleção dessas formas. Quanto a isso, somente os tribunais vivem uma situação de exceção.” (LUHMANN, 2016, p.254). Desta maneira, é conferida aos tribunais a posição de centralidade uma vez que, somente os tribunais podem decidir, pois eles possuem uma estrutura que as demais organizações não possuem. “Somente os tribunais constituem uma hierarquia, somente eles se diferenciam horizontalmente segundo as distintas competências espaciais ou profissionais.” (LUHMANN, 2016, p.257). Assim tem-se a divisão entre centro e periferia no sistema do direito, porém, não existe uma relação de dependência, tão pouco a criação de subsistemas independentes. (LUHMANN, 2016). Desta forma, podemos observar a coexistência das organizações no sistema do direito.

Os tribunais, composto pela magistratura, ocupando a centralidade do sistema incumbem-se de decidir. “Os tribunais interpretam num sentido diferente,

de maneira argumentativa: para demonstrar a *ratio* de sua própria decisão.” (LUHMANN, 2016, p.260). Portanto, a doutrina explicita em suas críticas a tentativa de prescrever a forma com que os tribunais devem interpretar a lei, tendo em vista que esses fazem uma observação de segunda ordem que é usada para aferir a possibilidade de integração de informações ou mudanças de preferências. (LUHMANN, 2016). Não obstante a descrição luhmanniana, o que parece determinar a posição central do sistema do direito é a condição de possibilidade de comunicar a decisão.

Nesse sentido, em uma ótica observadora, faz parecer que o ativismo judicial explicita a vontade da doutrina em participar do processo decisório, sobretudo, ao traçar críticas as fundamentações das decisões e criar alternativas frente às contingências apresentadas pela sociedade. Dessa forma a decisão pode ser observada como o verdadeiro constituinte do centro do sistema do direito, visto que é a decisão que garante o fechamento operativo do sistema bem como é por meio da decisão a organização comunica o que é direito, o que não é direito. Não obstante a posição central conferida aos tribunais e a magistratura, tem-se que a constante crítica traçada pela doutrina, permite descrever uma busca de participação transparente na comunicação do direito, ainda que a comunicação seja feita pelos tribunais.

CONCLUSÃO

A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann descreve a sociedade por meio de uma teoria pragmática construtivista. Neste sentido, a teoria dos sistemas sociais tem como linha mestra a distinção entre sistemas e ambiente. Os sistemas se distinguem do ambiente por operações internas de auto-observação e autodescrição. Para a visão descritiva construtivista luhmanniana direito e sociedade devem ser observados como objetos de sua própria observação, o que se traduz observação de segunda ordem. Assim temos que o direito por operações internas, isto é, a partir de sua diferenciação codificada em direito e não direito. Por exemplo, o direito não é economia, não é política, não é ciência, o direito é o direito.

De fato, a teoria sistêmica é pautada na diferenciação. Portanto, vê-se que diferenciação é comunicada pelo sistema do direito por meio das decisões

jurídicas. A decisão em uma perspectiva luhmanniana, opera no presente, portanto, o direito enquanto decisão só se mostra possível de observação neste momento, que nada mais é que uma diferença entre passado e futuro. Os sistemas sociais são operativamente fechados e cognitivamente abertos, o que significa dizer que a auto-observação e autodescrição do sistema são operações fechadas, e a abertura cognitiva se faz por meio da comunicação do sistema com o ambiente. O direito comunica ao ambiente, por meio de organizações, o que é direito e o que não é.

A teoria dos sistemas sociais autopoieticos, descreve assim as organizações como sistemas especializados em comunicação. Por consequência, é condição de possibilidade da comunicação do sistema com o ambiente, garantindo, deste modo, a autonomia funcional pela oscilação entre o que é e o que não é direito. Desta maneira, os tribunais e a magistratura ocupam uma posição central no sistema do direito, uma vez que eles é que tomam as decisões. Para Luhmann os tribunais são organizações diferentes das demais por possuírem obrigatoriedade em decidir. Por exemplo, um banco, como organização do sistema da economia, pode celebrar ou não um contrato, já o tribunal, frente às contingências, levadas até ele, não pode deixar de decidir. Neste sentido, a obrigatoriedade em decidir é condição de possibilidade da jurisdição, podendo se observar que a decisão jurídica está no centro do sistema do direito e não o tribunal por si mesmo.

Ao se observar textos jurídicos que discutem se a decisão é ou não correta, se foi proferida por profissionais aptos, ou mesmo se foi coerente com texto constitucional vigente. Desta forma pode-se dizer que os teóricos jurídicos ao escreverem sobre o ativismo judicial e tentar conceituá-lo, o fazem por meio de uma tentativa de transparecerem na comunicação. Não se pode olvidar da centralidade conferida aos tribunais em uma perspectiva luhmanniana, pois eles decidem. Ainda que não se possa discutir a centralidade conferida aos tribunais em tal perspectiva, tem-se que, o que constitui a centralidade, antes de tudo, é a condição de possibilidade de decidir. Assim é que ao decidir os tribunais conseguem manter-se no centro do sistema.

Entretanto, se for possível a releitura, o tribunal não é a única organização do sistema do direito, a academia o é também. Dessa forma, os textos e doutrinas jurídicas são escritos para manutenção do direito. Portanto, ao escrever sobre

direito, a doutrina procura se afirmar em sua condição de possibilidade e necessidade como a decisão jurídica deve se constituir, ainda que proferida pelos tribunais. De fato os tribunais decidem, enquanto organizações, e as decisões jurídicas proferidas garantem a eles a posição central no sistema. Portanto, ao observamos a observação feita pela doutrina ao ativismo judicial, explicita-se sua tentativa de sobrevivência, certo de postular uma definitiva participação na decisão judicial. Podendo-se observar neste contexto a tentativa de participar do centro do sistema do direito. Conclui-se, portanto, que o ativismo judicial, explicita a vontade da academia de transparecer e compor de forma efetiva a decisão.

JUDICIAL ACTIVISM AND CONTINGENCY: Towards A New Reading of the Center in the System of Law.

Abstract: Courts' activism is a recurring topic in legal discussions. Multiple theories center around legal decisions, from which the issue of activism can be problematized by analyzing its conditions regarding possibility and necessity. Therefore, not only in a normative sense. From this perspective, the purpose of this paper is to try to offer a new reading of the center in the system of law, as judicial activism clearly expresses a movement by jurists to take part in legal decisions. Based on an analytical methodology with bibliographic research, this study relies on the concepts of Niklas Luhmann's Social Systems Theory, particularly on the systems of organization and decision. The research revealed that judicial activism is a condition for being possible to observe the jurists' attempt to take part in legal decisions so that they can be in the communication between the system of law and the environment.

Keywords: systems theory, organization, decision, judicial activism.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Boletim de Notícias Conjur**. 22 dez. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina>. Acesso em:

CORSI, Giancarlo. Levando o indivíduo a sério; a relação do indivíduo-sociedade na teoria dos sistemas. Tempo Social. **Revista de sociologia da USP**. v.27, n 2. p.181-198. nov. 2015.

LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo.** Athropos, 1997.

_____. **La sociedad de la sociedad.** 1º Edición en español. Ciudad de México: Heder, 2006.

_____. **O direito da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MAZZONI, Julio; CASTAÑON, Gustavo Arja. Construtivismo Radical ou Trivial? **Psicologia em pesquisa UFJF.** Juiz de Fora. v.8,n.2 , p. 230-240, dez. 2014.

PINTO, João Paulo Salles. **Corrupção sistêmica e direitos humanos: o lugar do paradoxo na autodescrição do direito.** Curitiba: Juruá, 2018.

ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da auto-observação** - Percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão organização e risco: A forma de decisão Jurídica para além da segurança e da legitimidade. **Revista do Programa de Pós-Graduação em direito da UF.** v. 37.1, p. 259-279. jan./jun. 2017.

_____; PINTO, João Paulo Salles. Corrupção e diferenciação funcional: Da alopoiese à autopoiese do direito no Brasil. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito.** v. 4, n. 2, p. 4-22, maio/ago. 2017.

STRECK, Lenio Luis. **Verdade e consenso.** São Paulo: Saraiva, 2011.