

# ATIVISMO JUDICIAL NA SUPREMA CORTE BRASILEIRA: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS DE LUHMANN

Heyverson de Carvalho Santos<sup>1</sup>

Rita de Cássia Souza Tabosa Freitas<sup>2</sup>

Antônio Justino Filho<sup>3</sup>

Resumo: O objetivo deste texto é compreender o ativismo judicial como um fenômeno resultante do acoplamento estrutural entre direito e política no Brasil, apontando adequações ou excessos cometidos pelo Supremo Tribunal Federal. Para tal feito, o trabalho foi pautado sob uma visão estruturalista do direito e da política no país a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, onde os referidos subsistemas foram colocados como componentes do sistema social, reduzindo suas complexidades aos seus respectivos códigos binários, que para o direito se manifesta na relação de licitude/ilicitude e a política na relação maioria/minoria. Tudo isso com vistas a compreender as nuances/dilemas que cercam o acoplamento estrutural entre esses sistemas, assim como também apontar possíveis causas que fazem o STF adotar uma conduta ativista nos seus julgados. Quanto a metodologia empregada, a presente pesquisa valeu-se do método indutivo com uma abordagem qualitativa. O tipo de pesquisa foi o exploratório e o descritivo, tendo por técnica de coleta de dados a pesquisa bibliográfica e a documental, e também empregando a análise de conteúdo como forma de análise de dados. Entre os

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade de Pernambuco.

<sup>2</sup> Doutora em Filosofia - Universidade Federal da Paraíba (2011). Professora Adjunta da Universidade de Pernambuco.

<sup>3</sup> Mestrando em Filosofia pela UNIENISOS.

resultados, através da intersecção entre ativismo judicial e a teoria dos sistemas que ficou evidenciada a partir dos casos retirados do STF pós Constituição de 1988, chegou-se à conclusão que o ativismo judicial utilizado pela Suprema Corte não é uma ameaça à democracia, mas o problema está no seu uso sem parâmetros. Neste intuito, esta pesquisa tentou fixar parâmetros de atuação para condutas ativistas na referida Corte, onde a base operacional do sistema do direito, representada pela Constituição Federal fosse observada em qualquer hipótese, na tentativa de reduzir a complexidade das demandas analisadas pelo STF, e assim evitar uma possível alopoiese por parte do referido sistema.

**Palavras-Chave:** Ativismo Judicial. Acoplamento Estrutural. Constituição Federal. Supremo Tribunal Federal.

**Abstract:** The text objective is to understand judicial activism as a phenomenon resulting from the structural coupling between law and politics in Brazil, to insert adaptations or excesses committed by the Supreme Federal Court. To this end, the work was guided by a structuralist view of law and politics in the country, based on Niklas Luhmann's systems theory, where subsystems were constituted as components of the social system, to know their complexities and their respective binary codes, which for law it is manifested in the lawfulness / illegality relationship and politics in the majority / minority relationship. All of this in order to understand the nuances / dilemmas that surround the structural coupling between these systems, as well as to point out possible causes that make the STF adopt an activist conduct in its judgments. As for the methodology used, the present research used the inductive method with a qualitative approach. The type of research was exploratory and descriptive, using bibliographic and documentary research as the data collection technique, and also using content analysis as a form of data analysis. Among

the results, through the intersection between judicial activism and the theory of systems that was evidenced from the cases withdrawn from the post-1988 Constitution STF, it was concluded that the judicial activism used by the Supreme Court is not a threat to democracy, but the problem is in its use without parameters. To this end, this research attempted to define performance parameters for activist behaviors in the Court tool, where an operational basis of the law system, represented by the Federal Constitution was observed in any case, in an attempt to reduce the complexity of the demands analyzed by the STF, and so avoid a possible allopoiesis on the part of the referred system.

**Keywords:** Judicial Activism. Structural Coupling. Federal Constitution. Supreme Federal Court.

## 1 INTRODUÇÃO



Este estudo busca compreender o ativismo judicial como um fenômeno resultante do acoplamento estrutural entre direito e política no Brasil, apontando excessos ou adequações protagonizados pela Suprema Corte brasileira. Para possibilitar tal exame será utilizada a teoria dos sistemas do sociólogo alemão Niklas Luhmann, pois através de conceitos elementares de sua teoria, tais como: sistemas sociais, código binário e acoplamento estrutural; será possível adentrar nos dilemas que cercam o ativismo judicial no Brasil. E para atender a tais objetivos, serão utilizados casos presentes na jurisprudência do STF, tendo como marco inicial a constituição de 1988, buscando por fim explicar a intersecção entre ativismo judicial e a teoria dos sistemas no Brasil.

É preciso esclarecer que o ativismo judicial não é um fenômeno exclusivo do Brasil, pois ele também é observável em diversos países da Europa e da América Latina, cujas

constituições foram fortemente influenciadas pelo movimento chamado “neoconstitucionalismo” que foi responsável por atribuir diversas características as constituições desse período. No Brasil, tal movimento também deu todas as características para a constituição de 1988 possibilitar o Poder Judiciário assumir um papel de protagonismo na democracia brasileira.

Porém, o referido protagonismo, muitas das vezes, acaba originando um ativismo judicial desmedido, em que os parâmetros constitucionais não são respeitados pelo sistema de direito, fato que coloca em questão os limites estruturais do acoplamento estrutural entre direito e política no Brasil. Caso os limites operacionais de tal acoplamento não sejam respeitados, o sistema do direito corre um sério risco de aumentar demasiadamente a sua complexidade internamente e se tornar inoperável, uma vez que corromperá sua base operacional.

Além do risco de uma possível corrupção sistêmica, a análise do ativismo judicial torna-se uma tarefa ainda mais complexa, devido ao fator social que encontramos nas decisões ativas da Suprema Corte. Na maioria das vezes, as decisões ativas têm como base omissões legislativas que acabam por suprimir direitos fundamentais de determinadas classes. Neste caso, o judiciário acaba encontrando certos dilemas que o força a tomar uma conduta ativista em certas ocasiões.

Visto isso, é possível mostrar que uma análise do ativismo judicial focada apenas na dogmática jurídica é insuficiente para abordar os aspectos sociais que abarcam o tema. Assim, tendo por finalidade preencher os espaços de compreensão que a dogmática jurídica não alcança, utiliza-se as ferramentas oferecidas pela teoria dos sistemas. O objetivo de utilizar tal teoria é colocar o direito e a política como subsistemas que compõem o macrosistema social.

Deste modo, compreendendo a base operacional de cada um desses sistemas, assim como os limites estruturais do acoplamento formado por ambos os sistemas, seria possível

estabelecer parâmetros de atuação para condutas ativistas na Suprema Corte, identificando, como mencionado, adequações ou excessos. Tal abordagem não visa colocar o ativismo judicial como uma “solução” ou um “problema” em específico, mas se propõe a compreender os dilemas que cercam o fenômeno em questão, a partir de uma interpretação estruturalista.

Tendo em vista o que foi exposto, houve a necessidade de fazer a seguinte problematização: Em que medida a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann contribui para a compreensão do ativismo judicial no Brasil?

O objetivo geral do presente trabalho coloca-se da seguinte forma: em que medida a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann contribui para a compreensão do ativismo judicial no Brasil. Já os objetivos específicos são analisar com base na teoria dos sistemas, o acoplamento estrutural entre direito e política no Brasil. Assim como discutir de que modo a teoria dos sistemas se aplica no entendimento do ativismo judicial no Brasil. E por fim, tem como objetivo examinar como o ativismo judicial apresenta-se na sociedade brasileira através de decisões oriundas do STF.

Para realização do presente trabalho o método utilizado será o indutivo, pois a partir de casos presentes na jurisprudência do STF, se analisará o fenômeno do ativismo judicial, utilizando como base a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Também será utilizada a abordagem qualitativa, pois não se pretende trazer nenhum recurso estatístico ao trabalho. O tipo de pesquisa empregada neste trabalho será a exploratória e também a descritiva. Já sobre as técnicas de coleta de dados será utilizada a pesquisa bibliográfica e documental. Por fim, a técnica de análise de dados aplicada será a de análise de conteúdo.

## 2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Este tópico pretende analisar três recortes temáticos do

presente trabalho para que seja possível atingir o objetivo geral proposto. Primeiramente, será feita uma descrição da teoria luhmanniana, de como ela é utilizada na sociedade moderna, até seus principais conceitos, como: sistemas sociais, irritações, binarismo e autopoíeses. Percebe-se que na teoria dos sistemas um tema é interligado a outro, então para compreender o acoplamento estrutural entre direito e política no Brasil, se faz necessário o conhecimento e domínio de todas as ferramentas presentes na teoria dos sistemas. Posteriormente, será feita uma análise do ativismo judicial, levando em consideração as causas determinantes de seu estabelecimento no Brasil, em que as Cortes superiores assumem um papel de protagonismo na democracia brasileira, muitas vezes, ocasionando uma confusão na dinâmica sistêmica entre direito e política no país. Por último, observa-se a jurisdição constitucional do Brasil pós Constituição de 88, utilizando alguns dos principais julgados do Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup> para evidenciar o acoplamento estrutural entre direito e política no Brasil, apontando adequações ou excessos protagonizados pela referida Corte.

Importante frisar que apesar de Luhmann não tratar diretamente do ativismo judicial em sua obra, a sua teoria se faz essencial para a presente análise, pois oferece instrumentos que possibilitam um melhor entendimento acerca do acoplamento estrutural entre direito e política na sociedade brasileira.

## 2.1 TEORIA DOS SISTEMAS E A SOCIEDADE MODERNA

O sociólogo alemão Niklas Luhmann é o responsável pela chamada teoria dos sistemas, tal teoria foi responsável por dar uma nova compreensão aos chamados sistemas sociais. De

---

<sup>4</sup> Tais julgados dizem respeito a alguns importantes casos que chegaram a Corte Suprema, servindo para demonstrar os dilemas que cercam o acoplamento estrutural entre direito e política no Brasil, em que é possível identificar grandes mudanças no comportamento do ativismo judicial no país que impactam diretamente o acoplamento entre ambos os sistemas.

imediatamente, é preciso esclarecer que Luhmann sempre utiliza o termo “sistema” como um pressuposto de constituição do sistema social. Dúvidas em relação ao referido termo não existem na obra luhmanniana, pois o autor parte de uma certeza em relação a existência destes sistemas, sempre lançando mão de ferramentas para analisar a dinâmica sistêmica presente na sociedade moderna.

É preciso enfatizar que a teoria dos sistemas assume uma forma universalizante, pretendendo ser uma teoria que abarca todo o objeto de estudo da Sociologia, que vem a ser “a sociedade”. Desde o início dos seus trabalhos, Luhmann não esconde esta pretensão, diz o autor: “A teoria geral dos sistemas levanta a pretensão de compreender a totalidade do campo de objeto da sociologia e, nesse sentido, de ser uma teoria sociológica universal” (LUHMANN, 2016, p.32). Pode-se dizer, portanto, que é uma teoria complexa para tratar de um objeto de estudo não menos complexo.

Uma das principais marcas que pode ser apontada na teoria dos sistemas é a sua interdisciplinaridade. Luhmann buscou contribuições em outros campos da ciência para desenvolver sua teoria. Ao longo de sua obra, percebe-se que o autor não fica restrito apenas ao campo das ciências sociais, mas busca em outros campos do saber elementos que possibilitem a superação de muitos entraves presentes em sua teoria.

Além da interdisciplinaridade presente na teoria dos sistemas, uma outra coisa que ganha grande conotação é a ruptura que Luhmann provoca nas ciências sociais, pois ao deslocar os seres humanos do sistema social para o ambiente, o autor provoca uma mudança de paradigma em relação a tradição humanista que perdurou durante séculos nas ciências sociais, que considerava o homem como centro dos sistemas sociais. Porém, antes de adentrar nos principais pontos da teoria dos sistemas, primeiro é necessário tecer algumas considerações acerca do momento e do espaço ao qual a presente teoria é introduzida na

Sociologia, pois ela tem como plano de fundo a sociedade moderna, que é marcada pelo seu alto grau de complexidade.

Como dito, a sociedade moderna para Luhmann é caracterizada pelo seu alto grau de complexidade (TEIXEIRA, 2009), sendo a complexidade definida como o excedente de possibilidades que o sistema contém (LUHMANN, 2016). Devido a essa complexidade, há uma multiplicação das possibilidades de escolhas dentro de um sistema e a escolha tomada dentro desse quadro de possibilidades, que pode resultar inúmeras situações<sup>5</sup> (LEITE, 2007) é a chamada contingência, na qual Luhmann (2016, p.130) define da seguinte forma: “contingência pode ser entendida como um ser-de-outra-maneira, um horizonte que pode sofrer variações”.

A teoria dos sistemas nasce devido a essa complexidade presente na sociedade moderna, onde os ensinamentos da Sociologia clássica mostram-se insuficientes para descrever um objeto de tamanha complexidade presente na sociedade contemporânea (KUNZLER, 2004). Assim, tendo por fim oferecer ferramentas para possibilitar uma análise da sociedade moderna, Luhmann parte para sua sistematização, colocando-a como um sistema social.

Importante destacar que a ideia de sistematização já estava presente desde a antiguidade clássica, tendo diversas abordagens ao longo dos séculos. Um dos primeiros povos a trabalhar com a ideia de sistema foram os gregos, pois é na antiguidade clássica que começa a se compreender o termo “sistema” como um conjunto composto por partes (LUHMANN, 2016). Desde as primeiras manifestações dos gregos acerca da definição dos sistemas, surgiram muitas outras teorias que igualmente tentaram dar uma definição ao termo em questão. Ademais, sabe-se que as teorias sistemáticas oscilaram entre períodos de

---

<sup>5</sup> A complexidade e contingência presente na sociedade moderna, como visto, afasta qualquer pré-determinismo nas relações sociais, sendo que os indivíduos diante de várias possibilidades podem fazer uma escolha dentro desse quadro de alternativas. As referidas escolhas resultam em situações diversas, que não são iguais as anteriores.



ascensão e de decadência nas ciências sociais, não sendo a intenção do presente trabalho abordar todas elas. Porém, uma teoria que merece especial atenção é a chamada “teoria da ação”.

A teoria da ação foi formulada por Talcott Parsons. Tal teoria, segundo Filho (2009, p.2): “prega que há um continuun entre os seres humanos e a sociedade”. Deste modo, não existiria sociedade sem as ações humanas, conferindo aos homens uma posição central nos sistemas sociais. Luhmann, por sua vez, ao formular a teoria dos sistemas sociais, oferece um contraponto a teoria da ação, uma vez que desloca os seres humanos do sistema social para o ambiente.

Isso significa dizer que na teoria luhmanniana, os seres humanos são considerados um sistema psíquico autorreferencial<sup>6</sup> que não integra o sistema social. Sobre o tema Luhmann faz as seguintes considerações: “Partimos do pressuposto de que sistemas sociais não são constituídos nem por sistemas psíquicos nem muito menos por seres humanos de carne e osso” (LUHMANN, 2016, p.287). Assim, não haveria espaço para os seres humanos no sistema social, ao contrário, os seres humanos são deslocados para fora desse sistema, fazendo parte, como dito, do chamado sistema psíquico e simultaneamente se constituindo em ambiente para o sistema social. Luhmann expressa tal fato na seguinte passagem: “Sistemas sociais e psíquicos surgiram por coevolução. Um deles é respectivamente o ambiente necessário para o outro” (LUHMANN, 2016, p.80).

Mas já que os sistemas sociais não têm mais como elemento central os seres humanos, qual o elemento utilizado na teoria dos sistemas que vem a substituí-los? O próprio autor responde essa indagação na seguinte passagem: “O processo basal

---

<sup>6</sup> Os sistemas psíquicos são formados por consciências orgânicas, sendo que tais consciências são as responsáveis pelo processo basal do referido sistema. E este fato é o que difere os sistemas psíquicos dos sistemas sociais, pois este último é formado apenas por comunicações. Assim diz Luhmann (2016, p.121): “sistemas sociais e psíquicos distinguem-se pela escolha de consciência ou comunicação como forma operativa”.

dos sistemas sociais que produz os elementos, dos quais os sistemas são constituídos, só pode ser a comunicação” (LUHMANN, 2016, p.162). Deste modo, ao conceber o sistema social como um sistema constituído apenas por comunicações, Luhmann confronta diretamente a teoria criada por Parsons, afirmando que as ações não seriam capazes de constituir os sistemas sociais, mas sim de desconstituí-los (LUHMANN, 2016).

Visto isto, é certo dizer que na teoria luhmanniana as comunicações assumem um papel de fundamental importância, pois elas são responsáveis por oferecer ao sistema social os elementos que possibilitam seu processo basal. Tais comunicações fogem da lógico do senso comum; Luhmann, de imediato rechaça aquela ideia da comunicação estabelecida na relação entre emissor e receptor, pois essa compreensão levaria a pensar que comunicação seria um processo de duas posições, no qual o emissor participa de algo ao receptor (LUHMANN, 2016).

Porém, para o autor, as comunicações<sup>7</sup> constituem uma unidade composta por três posições, sendo que ao final do processo essas três seleções devem ser sintetizadas (LUHMANN, 2016). Esta síntese tem o seguinte procedimento: Alter seleciona e envia uma informação para Ego, que prontamente compreende a informação partilhada por Alter. Neste processo há a realização de seleções feitas por Alter e Ego, tendo como objetivo promover a redução da complexidade da informação e também a sua diferenciação em relação as demais informações. Por último, cumpre salientar que as comunicações são autopoieticas, pois se autorreproduzem no sistema social, admitindo-se que haja apenas acoplamentos com outras comunicações (SILVA, 2016).

E a partir desse emaranhado de comunicações, surge o

---

<sup>7</sup> Na teoria luhmanniana, a comunicação assume a forma de um diálogo, onde Alter tem a capacidade de selecionar as informações presentes no sistema e envia-las para ego, que deve compreender essa mensagem. Caso ego não compreenda a mensagem, não é possível haver comunicação. Sendo assim, pode-se dizer que comunicação é a realização simultânea de três seleções: informação, partilha e compreensão (SILVA, 2016).

sistema social. Segundo Luhmann, o sistema social pode ser compreendido como um sistema abrangente, que abarca tudo aquilo que é social, um sistema responsável por abarcar todas as comunicações da sociedade (LUHMANN, 2016). Deste modo, o autor trata a sociedade como um macrossistema “onibarcador” que reúne todas as comunicações, o sistema social é visto como um sistema capaz de auto-organizar essa numerosidade de comunicações (SILVA, 2016).

Dentro deste macrossistema, imagina-se tamanha complexidade, uma vez que o sistema social não é estático, ele sempre está em evolução devido a capacidade de autorreprodução das comunicações. Para lidar com essa complexidade, surge dentro do sistema social os chamados “subsistemas. Estes subsistemas nascem a partir da diferenciação entre sistema/ambiente, numa tentativa, não só de promover a sua autorreferência a partir da fixação da sua base operacional, mas também de causar uma redução da complexidade do sistema em relação ao ambiente (LUHMANN, 2016).

Aqui, inevitavelmente, ao tratar acerca das diferenciações dos subsistemas no seio do sistema social, como uma tentativa reduzir a complexidade do ambiente, se faz necessário introduzir algumas reflexões sobre a relação sistema/ambiente na teoria luhmanniana. Tal relação é de extrema importância para compreensão da teoria dos sistemas, pois a diferença entre sistema e ambiente deve servir de ponto de partida para toda análise sistêmico-teórica da presente teoria (LUHMANN, 2016). Luhmann deixa claro que sem a diferenciação do sistema em relação ao ambiente não se poderia cogitar a formulação de uma teoria dos sistemas, deixando assente que para existência do sistema é necessário a existência do ambiente.

E para começar a falar sobre ambiente é preciso deixar claro que sua definição parte de uma observação, ou seja, para definir o que é ambiente, primeiramente é necessário definir o que vêm a ser sistema. Isto implica dizer que: “ambiente é tudo

aquilo que não faz parte do sistema”. Deste modo, a definição de ambiente não é uma categoria ontológica, mas é uma unidade de observação (LUHMANN, 2016). Esta observação consiste em identificar os limites operacionais do sistema, dado que a diferenciação entre sistema e ambiente não é marcada por barreiras espaciais e sim operacionais, assim diz Luhmann (2016, p. 34): “A diferenciação entre sistema e ambiente é estritamente operacional, e não espacial”.

Ao definir o ambiente como tudo aquilo que não faz parte do sistema, pode-se incorrer no erro de tratá-lo como uma categoria residual<sup>8</sup>. Porém, o ambiente não deve ser visto apenas como uma categoria residual, pois ele, acima de tudo, é uma unidade constitutiva e de diferenciação do sistema (LUHMANN, 2016). É uma unidade constitutiva, porque para se diferenciar do ambiente, o sistema é obrigado a formar sua própria base operativa para possibilitar seu fechamento operacional. Também é uma unidade de diferenciação, tendo em vista que para sua sobrevivência é preciso o sistema partir para sua diferenciação em relação ao ambiente, visando a redução da complexidade.

É possível dizer que a relação sistema/ambiente é uma relação marcada pela diferenciação, pela tentativa de reduzir a complexidade do sistema em relação ao ambiente. Ao promover essa redução de complexidade, o sistema fecha-se operacionalmente em relação ao ambiente, como um pressuposto para sua sobrevivência, dado a complexidade presente no ambiente. Este procedimento é chamado de fechamento operacional, que acarreta duas consequências para o sistema: a primeira diz respeito a constituição da sua base operacional, tendo por finalidade

---

<sup>8</sup> O ambiente não assume a forma de uma categoria residual na teoria luhmanniana, ou seja, dizer que ambiente é tudo aquilo que não é sistema, não significa atribuir ao ambiente um papel remanescente. O ambiente é uma unidade de constituição dos sistemas, uma vez que na relação sistema/ambiente, os sistemas promovem diferenciações em relação ao ambiente para definir suas bases operacionais e respetivamente suas identidades. Sobre o tema Luhmann (2016, p.203) faz o seguinte apontamento: “o ambiente é, antes, pressuposto de identidade do sistema, porque identidade só é possível mediante diferença”.

reduzir a complexidade do sistema em relação ao ambiente e a segunda é o aumento da complexidade interna do sistema em consequência do seu fechamento operacional (KUNZLER, 2004).

Assim, ao passo que o sistema reduz sua complexidade em relação ao ambiente, ele também aumenta sua complexidade internamente. Porém, mesmo com o aumento da sua complexidade internamente, o ambiente sempre será mais complexo que o sistema. Uma consequência do fechamento operativo é a criação de uma linguagem operacional, que no caso dos sistemas será exercido por meio de um código binário. Tendo como exemplo o direito, seu código binário é lícito/ilícito. Já a política, seu código binário manifesta-se na relação maioria/minoria. Cada sistema terá um código binário próprio, que se torna uma condição para o seu fechamento operacional, assim como para sua abertura cognitiva (TEIXEIRA, 2009).

Também é preciso esclarecer que fechamento operacional não é sinônimo de isolamento, Luhmann (2016, p.34) deixa claro que: “A linha divisória entre sistema e ambiente não pode ser entendida como isolamento”. O sistema fecha-se operacionalmente, porém comunicativamente, ele ainda continua aberto<sup>9</sup> (SILVA, 2016), na chamada abertura cognitiva. Deste modo, é possível o sistema promover uma abertura para observar o ambiente, e a partir dessa observação irritações são geradas internamente no sistema, sendo tais irritações objeto de sua respectiva apreciação.

Nota-se que não é o ambiente que determina quais as operações que serão feitas, mas é o próprio sistema que através de uma abertura cognitiva parte para observação do ambiente, criando suas próprias irritações internamente. Essa abertura promovida pelo sistema torna-se possível, visto que os limites

---

<sup>9</sup> A esse respeito Luhmann (2016, p.83) também diz: “fechamento de da ordem autorreferencial é aqui sinônimo de abertura infinita de mundo”. Isto significa dizer que o sistema se fecha operacionalmente como uma forma de autodeterminação e identidade, porém ainda se mantém cognitivamente aberto ao ambiente.

marcados entre sistema/ambiente não são espaciais e sim operacionais, a esse respeito Luhmann (2016, p. 50) fala que: “A definição de limites se desloca para o interior; isso se revela nos sistemas autoreferencialmente fechados, que determinam seus limites mediante seu modo operativo e permite a intermediação de todos os contatos mediante outros níveis de realidade”.

Interessante notar que na teoria luhmaniana, quando um sistema se fecha operacionalmente, ainda assim mantém contato com outros sistemas, a esse respeito admite-se que um sistema esteja acoplado ao outro (SILVA, 2016). Tal relação é chamada de acoplamento estrutural, onde um sistema torna-se ambiente para o outro, estimulando irritações internas em cada um. Aqui, toma-se como exemplo a relação entre direito e política, visto que há questões presentes na política que podem ser assunto de interesse do direito ou vice-versa. Assim, percebe-se que os sistemas estão em pleno contato, mas cada um mantém sua autonomia perante o ambiente, selecionando os assuntos fruto de seu interesse.

Sobre o tema, Luhmann (2016, p.48) faz as seguintes considerações: “com o auxílio de limites, os sistemas podem ao mesmo tempo se fechar e se abrir, separando interdependência internas de interdependências entre sistema e ambiente, relacionando uma com a outra”. Logo, é plenamente possível o sistema relacionar-se com o seu ambiente, desde que observado os limites das suas operações internas. Deste modo, visualiza-se no sistema social, a título de exemplo, os subsistemas da política, do direito e da econômica acoplados entre si, um sendo fonte de observação para o outro, o que faz gerar irritações internas em cada um.

Cumprе salientar que há relações mútuas entre os sistemas, porém, não pode haver nenhuma importação que diga respeito a sua autopoiesis (PEREIRA, 2011). Ora, se o sistema não pode importar suas estruturas do ambiente, então como ele é constituído? Para responder esse questionamento, Luhmann

emprega o conceito de autopoieses criado pelos chilenos Matu-rana e Varela, tal conceito é utilizado para explicar a autorrefe-rência dos sistemas sociais.

A autopoieses implica dizer que os sistemas constituem suas próprias estruturas internas, assim como detém autonomia para operacionalizar e gerar suas próprias irritações internas, sobre o tema Luhmann (2016, p.25) fala:

A teoria dos sistemas autorreferenciais afirma que uma dife-renciação de sistemas somente pode ocorrer mediante autore-fêrencia, quer dizer, somente porque os sistemas na constitui-ção de seus elementos e de suas operações elementares referem a si mesmos, seja aos elementos do mesmo sistema, seja as operações do mesmo sistema, seja à unidade do mesmo sis-tema.

Portanto, na teoria luhmanianna, os sistemas são vistos como autorreferenciais, uma vez que ele mesmo constitui, como uma unidade funcional, os elementos dos quais se constitui. Dentro dessa ótica, o direito pode ser visto como um sistema autopoietico, cujo acoplamento com o sistema da política cons-titui uma relação fundamental no Estado Social, ambos provo-cando um ao outro irritações recíprocas ou até mesmo autoirri-tações. No Brasil, esta acoplagem tem sua representação maior na Constituição Federal de 1988, que é responsável por influen-ciar a política e ser influenciada por ela.

Uma preocupação que surge diante da referida situação é saber quais as influências que o sistema da política tem para com o sistema do direito no Brasil, de modo que seja possível conferir aspectos inerentes a área de atuação de cada um, ten-tando vislumbrar uma delimitação das suas respectivas áreas. A politização do direito no Brasil a partir da Constituição de 88 abriu precedente para uma conduta mais ativa do judiciário que adentra em questões que antes eram resolvidas somente pelas instituições políticas. A questão está em saber até que ponto o ativismo judicial protagonizado pelas Cortes Superiores no país é fruto do acoplamento estrutural entre direito e política.

Sabe-se que a politização do direito no Brasil encontra

amparo em zonas definidas na própria Constituição, porém o fenômeno do ativismo judicial age em zonas pouco definidas, e devido a roupagem política que muitas decisões ganham na Suprema Corte há uma preocupação em analisar quais os limites do sistema do direito, pois as decisões que digam respeito ao referido sistema devem necessariamente submeter-se a sua linguagem operacional presente no código binário lícito/ilícito. Se de outro modo as Cortes agirem, o risco de uma corrupção sistêmica entre direito e política é inevitável.

Portanto, para analisar as situações entre direito e política no Brasil, serão utilizados os conceitos discorridos ao longo do texto. Tendo por intuito analisar como o ativismo judicial é utilizado na Corte Constitucional Brasileira, para averiguar adequações ou excessos cometidos, de modo que o direito delimite sua área operativa em relação a política no que diz respeito a sua atuação. O objetivo é fazer uma intersecção da teoria dos sistemas com o ativismo judicial, utilizando para tal feito as ferramentas mencionadas para possibilitar um melhor entendimento do referido fenômeno.

Há uma preocupação acerca das proporções que o ativismo judicial vem ganhando nas últimas décadas, principalmente com a chegada da Constituição de 1988, que politizou muitos aspectos inerentes ao direito. Por isso, agora passa-se à análise dos aspectos históricos e elementares do ativismo judicial, para que posteriormente seja possível introduzir reflexões do referido fenômeno no Brasil, assim como possibilitar um maior entendimento do acoplamento estrutural entre direito e política no país.

## 2.2 ATIVISMO JUDICIAL

A origem do termo ativismo judicial teria sua relação com uma reportagem feita pelo jornalista estadunidense Arthur Schlesinger, cuja publicação ocorreu em 1947 pela revista



Fortune. O conteúdo de sua reportagem tinha como objetivo analisar a atuação da Suprema Corte Americana na qual, segundo Soliano (2013, p.591) “havia dois grupos de juizes: os ativistas e os que apregoavam a autocontenção judicial”.

Cumprido salientar que tal origem diz respeito somente ao termo ativismo judicial, sendo que já em 1803 nos Estados Unidos é possível observar uma atuação ativista da Suprema Corte Americana no caso *Marbury vs. Madison* (RUDOLFO, 2018). Também em outros momentos da história estadunidense é possível detectar uma conduta de protagonismo do Poder Judiciário, como bem observa Leite (2018) ao mencionar o caso *Plessy vs. Ferguson*, que no ano de 1896 inaugurou uma nova política, na chamada “separados, porém iguais” (*Separate but Equal*), onde a Suprema Corte entendeu que a cláusula da “igual proteção” (*Equal Protection*) não seria ofendida pela institucionalização da segregação racial.

Dado a imensa gama de definições ao termo, foge ao escopo do presente trabalho trazer uma definição “una” sobre o termo ativismo judicial, assim como estabelecer qualquer ponto da origem exata do fenômeno em questão. Deste modo, esta pesquisa tem como principal objetivo analisar os momentos e os fatores pelos quais possibilitou o ativismo judicial ter uma maior preponderância na história ocidental. Afinal, sua afirmação no Pós-Guerra, acima de tudo, está relacionada a uma conjugação de elementos, a começar pela crise do modelo positivista no Estado Liberal, que abriu espaço para o estabelecimento da corrente neoconstitucionalista.

Antes de tudo é preciso entender que no Estado Liberal vivia-se a época das codificações, onde os códigos tentavam abranger todas as situações da vida humana. Aqui, cita-se o Código de Napoleão que serviu de modelo para vários ordenamentos jurídicos da época, a exemplo do Código Civil Brasileiro de 1916. Também se fala do Código Prussiano de Frederico o Grande, que estabeleceu um manual contendo mais de 17.000

mil artigos, cuja intenção era estabelecer um “código à-prova-de-juiz” (RALHO, 2016). Assim, pode-se dizer que a codificação vivenciava seu apogeu, enquanto as constituições apenas delineavam os aspectos materiais da arquitetura do Estado.

Mas diante desse contexto, questiona-se: qual o papel do juiz na construção da decisão judicial, uma vez que os códigos deveriam oferecer uma resposta para todas as demandas sociais? Aqui, aos juízes somente caberia fazer uma mera subsunção do fato à norma, ou seja, a resolução dos problemas encontrava sua solução previamente no código em questão, não cabendo nenhum juízo de discricionariedade aos operadores do direito.

Tal método, foi bastante difundido nas ciências jurídicas, principalmente por Hans Kelsen que foi um dos principais precursores do positivismo jurídico. Kelsen criou o chamado silogismo jurídico, onde os fatos sociais eram vistos como uma premissa maior e o direito como uma premissa menor, cabendo ao operador do direito somente fazer um juízo de subsunção do fato à norma (PAIVA, 2014). Espaços para discricionariedades ou juízos valorativos não cabiam no direito, pois tentava-se fixar um modelo padrão de decisão. Diante do referido modelo, o ativismo judicial não encontrou qualquer espaço, tendo seu fortalecimento com a crise do modelo positivista.

Não obstante, o positivismo mostrou-se insuficiente para atender as demandas sociais surgidas no Pós-Guerra, pois a codificação não conseguiu dar respostas para todos os fatos levados a apreciação do judiciário, nem tampouco conseguiu atender aos anseios sociais presentes naquele momento. De fato, os fatos sociais e os conflitos não eram preocupação do positivismo jurídico, a razão prática fora deixada de lado (STRECK, 2011). O modelo em questão não conseguiu cuidar dos aspectos práticos da vida cotidiana que chegavam ao judiciário, pois devido ao seu engessamento não conseguiu se moldar ao momento, o que deu espaço para o estabelecimento do neoconstitucionalismo.

Barroso (2012, p.9) exemplifica com precisão o referido

movimento na seguinte frase: “Ontem os códigos, hoje as constituições”. É notório a formulação de um novo paradigma no direito, onde as constituições passaram a abranger não somente aspectos estruturais da arquitetura do Estado, mas também passou a adentrar em questões sociais que antes eram resolvidas somente pelas instituições políticas. Agora, as constituições detêm uma força normativa que abrange todos os aspectos da vida social.

Tal movimento, como mencionado, é o chamado neoconstitucionalismo que representa a força normativa conferida as constituições em substituição a codificação, tendo forte influência nos países da América Latina, inclusive no Brasil cuja Constituição de 88 demonstra com afincado o modelo neoconstitucional. Ainda tomando como exemplo o Brasil, Soliano (2013) entende a importância do referido movimento, pois em países em que há um histórico de desrespeito as instituições democráticas, torna-se essencial estabelecer força normativa às constituições para que seja possível concretizar os direitos e garantias fundamentais nelas expostas.

Sem dúvidas, o neoconstitucionalismo nos países latino-americanos consegue em certa parte cumprir com esse papel, pois representa os anseios sociais pelo cumprimento de direitos fundamentais que foram negligenciados em épocas passadas, principalmente no período ditatorial que assolou a região. Assim, tentando atender aos interesses estipulados no pós-ditatorial, o modelo em questão deriva de um estado momentâneo da sociedade latino-americana que exige uma conduta mais ativa do Estado para concretizar os direitos e garantias fundamentais que não existiram em épocas passadas.

Ademais, o referido movimento aponta para algumas tendências adotadas por parte do poder judiciário, quais sejam: “uso de princípios em vez de regras; mais ponderação do que subsunção; justiça particular em vez de justiça geral; mais poder judiciário e menos poderes Legislativo e Executivo” (ÁVILA

apud RUDOLFO, 2018, p. 120). Por certo que, no Brasil tais características desde a vigência da Constituição de 1988 fazem-se presentes com mais afinco, estimulando um fenômeno em franca expansão no país: o ativismo judicial.

O ativismo judicial tem uma crescente expansão nas democracias do século XXI, sendo observado principalmente nas Cortes Superiores do Brasil. Somente em uma década, o STF já protagonizou várias decisões consideradas ativistas, passando por sua apreciação, desde a possibilidade da descriminação do aborto de fetos portadores de anencefalia em 2012, até o reconhecimento da união homoafetiva em 2011. Sendo assim, é certo que o protagonismo judicial já é uma realidade presente nas instituições brasileiras, mas para fins de uma melhor compreensão do fenômeno em questão, faz-se necessário fazer sua diferenciação com outro conceito que também está presente no neoconstitucionalismo: a judicialização da política.

Primeiramente, cumpre salientar que a judicialização da política e o ativismo judicial são fenômenos diversos. A referida judicialização acontece por uma opção feita pelo legislador constituinte que ao estabelecer uma série de disposições presentes na constituição, acaba por atribuir uma grande carga de decisionismo ao Poder Judiciário, adentrando em questões que antes eram resolvidas somente pelas instituições políticas.

Barroso (2012, p.3) aponta três causas principais para judicialização da política no Brasil, quais sejam: “o processo de redemocratização brasileira que deu origem a promulgação da Constituição de 88; as inúmeras matérias que são tratadas na Constituição e o sistema de controle de constitucionalidade”. Tais elementos propiciam um grande alargamento das questões decididas pelas Cortes Superiores, assim o Judiciário adentra também nas esferas do Poder Executivo e Legislativo com parâmetros fixados na própria Constituição.

O ativismo judicial, por sua vez, segundo definição de Ramos (2010, p.117): “por ativismo judicial deve-se entender o

exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico”. Nesta mesma linha, há autores que classificam o ativismo judicial como uma postura do judiciário em prol dos valores e fins constitucionais (FIGUEIREDO; GIBRAN, 2016).

É certo que não existe uma definição unânime para o fenômeno em questão, sendo que em todas as situações, como diz Koerner (2013) há uma preocupação no debate acerca da autonomia dos agentes no processo de construção das decisões judiciais que não ficam adstritos aos parâmetros expostos no ordenamento jurídico, tendo uma grande margem para discricionariedades. Tal discricionariedade é uma marca nas condutas ativistas que não encontram com exatidão seus parâmetros de atuação, chegando até a contrariar expressamente o próprio texto constitucional.

Deste modo, dado a autonomia que as instituições jurídicas têm na construção das decisões judiciais, a referida discricionariedade toma a forma de uma incógnita, pois se de um lado é possível dizer que o ativismo judicial confere direitos aos indivíduos, por outro lado também é certo dizer que ele restringe direitos. Este fato é um diferenciador do ativismo judicial em relação a politização do direito, porque enquanto o protagonismo judicial encontra seu foco nas discricionariedades resultantes de omissões legislativas ou qualquer outro fenômeno; a politização do direito encontra zonas bem definidas no próprio texto constitucional

Neste intuito, cumpre salientar que decisões ativistas não são necessariamente em prol da concretização de direitos, mas também podem assumir uma forma de limitação dos mesmos, tira-se como exemplo no Brasil o julgamento da execução provisória da pena em 2016, ocasião em que STF assumiu uma posição favorável a limitação do princípio da presunção de inocência, permitindo a prisão após condenação em segunda instância. Sendo assim, o ativismo judicial ainda é uma incógnita, pois não

se sabe ao certo seus benefícios ou malefícios para democracia, somente podendo-se extrair algumas tendências.

De início é possível observar que o ativismo judicial não é uma opção do legislador, tampouco é uma posição assumida por vontade exclusiva do judiciário. O fenômeno em questão é formado por um conjunto de fatores que propiciam seu aparecimento com “mais” ou “menos” frequência nas democracias, sendo tais fatores de ordem social e dogmática.

Primeiramente, observa-se a tradição democrática dos países. O Brasil, cuja Corte Constitucional pode ser considerada uma das mais ativistas do mundo, passou por uma ditadura militar que perdurou duas décadas (1964-1985), tendo seu processo de redemocratização ainda recente, que veio a acontecer somente com a promulgação da Constituição de 88. Acontece que, o corpo normativo da Constituição de 88 ainda é estranho as instituições brasileiras, sendo constantemente negligenciada. Logo, não é incomum deparar-se com situações em que há uma nítida violação aos direitos fundamentais expressos na Magna Carta.

Então, nessas hipóteses, o Judiciário passa a agir como um concretizador dos mandamentos constitucionais, não bastando apenas fazer o mero reconhecimento deles. Aqui, percebe-se que o Judiciário é chamado para ocupar um papel de protagonismo na democracia, uma vez que o referido poder se torna para algumas classes a última instância para assegurar seus direitos.

A negligência/omissão é outro fator determinante para o ativismo judicial, principalmente aquela advinda do Poder Legislativo. Há várias causas que caracterizam tal omissão, podendo ser não-intencional, quando não se chega a um consenso acerca de determinado assunto ou também pode assumir uma forma intencional. Esta última, segundo Leite (2014, p.12) caracteriza-se quando “há uma delegação intencional das instituições majoritárias, quando não querem receber críticas por terem decidido sobre questões polêmicas”. Aqui, toma-se como exemplo a criminalização da homofobia em 2019, que ocorreu pela

via judiciária, devido a omissão das outras instituições.

Um terceiro fator responsável pelo ativismo judicial é a estrutura das constituições consolidadas no neoconstitucionalismo. Tomando-se como base a Constituição Brasileira de 88, ela abrange não somente aspectos referentes à estrutura do Estado, mas também elenca um grande rol de direitos materiais que obrigam os órgãos estatais agir em prol do cumprimento deles. Assim, o judiciário tem uma maior interação com as políticas públicas formuladas no Estado, pois elas devem estar de acordo com os parâmetros estabelecidos na própria Constituição.

Também cumpre salientar, que tais constituições são cunhadas com uma grande carga principiológica. Os princípios são necessários, uma vez que se adequam a várias situações, em que as regras se mostram insuficientes, a exemplo dos “hard cases” que constantemente chegam as cortes. Porém, eles também trazem alguns problemas, pois ao não oferecer bases de interpretação bem definidas, podem assumir um grau de generalidade alto, dando um espaço de discricionariedade amplo ao intérprete.

Dado os diferentes fatores que contribuem para o fortalecimento do ativismo judicial, cumpre salientar que para analisar tal fenômeno é preciso a adoção de uma postura “pluridimensional” (LEITE, 2014); ou seja, é necessário levar em consideração os diferentes fatores que favorecem o forte engajamento do ativismo judicial nas democracias contemporâneas; especialmente no Brasil, onde as principais discussões relativas aos direitos fundamentais no período pós ditadura militar, encontram-se no Judiciário.

Assim, partindo para a observação do ativismo judicial no Brasil, nota-se que o fenômeno ainda é uma variável, pois não se sabe ao certo seus benefícios ou malefícios a longo prazo no país. Esta preocupação é motivada pela relação entre o sistema da política e do direito, onde o judiciário, em determinadas decisões, está adotando uma postura política, ocasionando uma confusão nos seus limites operacionais. Tal fato torna necessário

fazer a seguinte reflexão: pode o direito entrar na seara política sem prejuízos para a democracia?

A referida questão em termos nominais já se encontra respondida na própria Constituição de 1988 que pregou a politização do direito. Porém uma discussão necessária é acerca das delimitações das respectivas áreas do direito e da política, ou seja, até que ponto o ativismo judicial protagonizado pelas cortes superiores do Brasil é uma consequência do acoplamento estrutural entre direito e política no país. Reconhecer os limites operacionais de cada um desses sistemas possibilita impor limitações ao ativismo judicial.

O ativismo judicial não se configura necessariamente um mal para a democracia, tendo em vista que outros países convivem com ele há séculos e não incorreram no mal de uma ruptura democrática ocasionada pelo judiciário. No entanto, é preciso reconhecer a autopoiese inerentes aos sistemas sociais que resultam na sua autonomia para operacionalizar suas próprias irritações internas. Há de se reconhecer que com a Constituição de 88, o acoplamento estrutural entre direito e política se deu de forma mais intensa, mas é importante ressaltar que cada sistema ainda deve manter sua autonomia, pois acoplamento estrutural não é sinônimo de fusão sistêmica (LEITE, 2007).

A autodeterminação dos sistemas no Brasil, principalmente entre direito e política, está garantida pelo art. 2º da CRFB/88, dispositivo que estabelece o princípio da separação entre os poderes. Por este motivo, não pode o sistema do direito agir como se fosse o próprio sistema político, pois ele deve observar, acima de tudo, a sua base operacional que se manifesta sob o código binário de lícito/ilícito. O binarismo presente nos sistemas tem como objetivo formar sua respectiva base operacional para possibilitar seu fechamento operacional em relação ao ambiente, como uma tentativa de reduzir sua complexidade em relação ao mesmo (LUHMANN, 2016). Caso o direito não se atente ao seu código binário, haverá um aumento exponencial da



complexidade interna, fato que restaria comprometida sua autonomia enquanto sistema autorreferencial.

Sendo assim, é preciso delinear limites aos sistemas da política e do direito para uma melhor visualização de sua acoplagem. A politização do direito não é objeto de preocupação do presente trabalho, uma vez que a referida politização encontra bases operantes na própria Constituição, sendo um reflexo do acoplamento estrutural entre direito e política no Brasil. Por outro lado, determinadas decisões ativistas lançam o desafio de compreender quais são os limites do acoplamento estrutural entre direito e política no país. Tal questionamento é válido, pois o ativismo judicial sem parâmetros pode ocasionar uma possível corrupção sistêmica.

E esta corrupção sistêmica pode ocasionar uma futura ruptura democrática, uma vez que ambos os sistemas perdem sua autonomia. Porém, qualquer juízo imediatista que julgue o ativismo judicial como um mal que precisa ser combatido é equivocado, pois o ativismo judicial torna-se um dilema no Brasil. Não se pode esquecer que várias decisões ativistas tiveram como base omissões legislativas. Assim, partindo-se para análise do acoplamento estrutural entre direito e política no Brasil, será possível visualizar os possíveis excessos cometidos pela Suprema Corte e também visualizar adequações que devam ser feitas para possibilitar o exercício de um ativismo judicial com parâmetros que respeitem os limites estruturais do acoplamento estrutural entre direito e política estabelecida pela Constituição de 1988.

Desta forma, agora passa-se a análise de casos concretos retirados da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pós Constituição de 88, tendo em vista que é na referida Corte que o acoplamento estrutural entre direito e política se faz presente de forma mais intensa, uma vez que lhe foi conferido o papel de guardião da Constituição.

## 2.3 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PÓS 88.

Os casos a seguir analisados têm como objetivo demonstrar aspectos práticos acerca do acoplamento estrutural entre direito e política no Brasil, colocando em pauta questões que espelham o ativismo judicial na Suprema Corte e também decisões que apenas ressaltam aspectos relacionados à politização do direito no Brasil. Importante ressaltar que o presente trabalho não busca somente detectar nas referidas decisões uma conduta ativista ou não ativista da Suprema Corte, mas busca analisar as proporções desse ativismo judicial, para ser possível indicar adequações ou excessos acerca dos limites operacionais do direito.

Tal análise tem como fonte o Supremo Tribunal Federal, porque a presente Corte, desde a vigência da Constituição de 88, desempenha um grande papel na concretização dos direitos e garantias fundamentais. Ademais, percebe-se que ao longo de duas décadas, o STF protagonizou várias decisões importantes para a ordem democrática no país, sendo possível identificar a consolidação de uma postura ativista nos seus diversos julgados.

Admite-se que outras cortes superiores também se valem de uma postura ativista para consolidar suas posições, mas o STF, devido ao desenho institucional estabelecido na Carta Maior, porta um rol de competências mais extenso que as demais e possui a responsabilidade de atuar no controle concentrado de constitucionalidade. Tais fatores, tornam o acoplamento estrutural entre direito e política na referida Corte mais intenso. Desse modo, visando conferir aspectos do referido acoplamento na jurisprudência da Corte Maior, agora passa-se a análise de alguns dos seus julgados.

### 2.3.1 UNIÕES HOMOAFETIVAS (2011)

No ano de 2011, o STF diante da ADPF nº 132 (2011) e

a ADI nº 4.277 (2011) enfrentou uma questão bastante delicada acerca do reconhecimento das uniões homoafetivas. A corte fez uma inovação ao estender os direitos relativos à união estável presente no art. 1.723 CC/02 as uniões homoafetivas. Porém, o reconhecimento de direitos relativos à previdência social e de inclusão em planos de saúde, já estavam presente nos tribunais há quase uma década, não sendo uma “inovação” no sentido da origem do termo (BAHIA; VECHIATTI, 2013).

O STF foi ativista em sua decisão, ao passo que não existe disposição expressa tanto no art. 1.723 CC/02 como no art. 226, § 3º da Constituição vigente acerca de uniões homoafetivas. Porém, estava-se diante de uma grave omissão legislativa, onde para suprir tal lacuna, a referida Corte se utilizou da analogia, estendendo todos os direitos presentes na união estável para as uniões homoafetivas.

De acordo com o voto do ministro relator, Ayres Britto (2011), o termo “família” presente na Constituição Federal, é entendido de forma plurissignificativa, abarcando além das relações heterossexuais, também as relações homossexuais. Desta forma, o ministro solucionou o impasse presente no art. 1.723 do CC/02, utilizando a técnica hermenêutica de “interpretação conforme a Constituição”, uma vez que o reconhecimento de união estável apenas para as uniões heterossexuais seria uma afronta ao Art. 3º, inciso IV da CRFB/88, que veda expressamente a discriminação por causa do sexo.

O ativismo que pautou o STF na referida decisão teve como objetivo suprir uma lacuna legislativa referente à grupos minoritários que reivindicavam direitos presentes na ordem constitucional. Nesta hipótese, o referido ativismo é autorizado pela Constituição quando tem por objetivo suprir alguma omissão legislativa (BRITTO apud OLIVER, 2016).

Aqui, destaca-se a dificuldade das instituições políticas em reconhecer direitos pertinentes a grupos minoritários, assim fica nítido que o Legislativo tenta dar prioridade a algumas

pautas, enquanto negligência tantas outras. Logo, haveria uma eficiência “seletiva” do legislador (BAHIA; VECCHIATTI, 2013). Assim, diante dessas circunstâncias, nota-se que na maioria das vezes, cabe ao Poder Judiciário fazer um papel contramarjoritário em prol de assegurar direitos fundamentais aos grupos considerados minoritários.

Agora, fazendo uma análise com base no funcionalismo presente na teoria dos sistemas, percebe-se que não é do interesse do sistema político no Brasil decidir determinadas questões. Tal caso, acima de tudo, diz respeito a autorreferência sistêmica que atribui ao sistema a autonomia gerar suas próprias irritações internas (LUHMANN, 2016). Noutro ponto, o presente acontecimento também releva a autodeterminação do sistema do direito de gerar suas próprias irritações com base nas observações feitas ao ambiente quando da sua abertura cognitiva. Importante ressaltar que a mesma irritação presente no ambiente pode gerar diferentes impactos nos diversos sistemas, devido a suas respectivas bases operacionais e também a sua autonomia.

Diante do presente caso, pode-se dizer que por parte do sistema político houve uma delegação intencional, uma vez que não há interesse do sistema político em resolver determinadas questões. Esta delegação intencional, pode ser compreendida como reflexo da autodeterminação do sistema político, pois segundo Luhmann (2016, p.223): “os limites do sistema podem ser delimitados com relação aos temas não aceitáveis pelo sistema”.

De igual modo, a resolução desse conflito pela Corte Suprema também denota a autodeterminação sistêmica, a capacidade do direito em gerar suas irritações internas e operacionalizá-las. Percebe-se que há uma propensão do sistema do direito no Brasil em partir para resolução de demandas dessa natureza, o papel do direito é contramarjoritário por excelência. Isto é devido, em grande parte, a sua base operacional que se manifesta sob o código binário lícito/ilícito, fato que torna menos

complexo a resolução das referidas demandas.

Deste modo, não se visualiza excessos cometidos pelo sistema do direito. Mesmo que tenha sido uma decisão inovadora no que diz respeito à extensão dos benefícios da união estável aos casais homossexuais sem que tenha algum amparo no ordenamento jurídico. Ainda assim, percebe-se que a independência sistêmica foi mantida, pois o STF não partiu para supressão de direitos fundamentais estabelecidos pelo constituinte originário, nem tampouco revestiu o tema com aspectos políticos que comprometessem sua linguagem operacional, apenas colocou uma questão em pauta e resolveu-a com base na sua própria base operacional.

### 2.3.2 ABORTO DE FETOS PORTADORES DE ANENCEFALIA (2012)

Em outro momento, foi apresentada ao STF a ADPF nº 54 (2012), cuja problemática tinha como cerne a discussão acerca da possibilidade de interrupção da gestação quando se tratar de fetos portadores de anencefalia. A anencefalia caracteriza-se quando há uma má formação do cérebro durante a formação embrionária, tornando inviável qualquer viabilidade de vida extrauterina. Questão delicada, pois envolvia diversos setores da sociedade, incluindo entidades religiosas e cientistas dos mais diversos ramos.

Foram realizadas várias audiências públicas, tendo por objetivo resolver o dilema acerca do momento em que o feto pode ser considerado um humano (OLIVER, 2016). Cumpre destacar a cautela do STF ao estabelecer diversas audiências para estabelecer critérios técnicos sobre o assunto em questão antes de emitir qualquer decisão.

Aqui, a Corte correu o risco de legislar positivamente, criando uma hipótese de descriminalização do aborto, porém a saída encontrada pela referida Corte foi brilhante, onde através

da interpretação da norma jurídica, exerceu um juízo de ponderação, sem que indevidamente adentrasse na órbita de competência do Poder Legislativo.

Logo, o STF após sete anos de tramitação do caso, entendeu que a interrupção da gestação no caso de feto anencefálico é fato atípico, em razão da ausência de potencialidade de vida do feto (BARROSO, 2012). Assim, através do juízo de ponderação, a referida Corte conseguiu resolver o impasse, tornando uma hipótese legal a mulher interromper a gestação em caso de feto portador de anencefalia, independente de autorização judicial.

Mais uma vez, observa-se uma conduta ativa do judiciário, tendo como causa uma inércia legislativa, onde as instituições políticas resistem em tratar de determinados temas considerados polêmicos, mas que são de extrema importância para a implementação dos direitos fundamentais. Neste caso, também se trata de uma delegação intencional, em que o Poder Legislativo recusa tratar tal tema devido as críticas que podem ocorrer perante sua decisão, assim ao Poder Judiciário novamente cabe fazer o papel contramarjoritário.

Aqui, igualmente ao caso anterior, trata-se de uma delegação intencional que é um reflexo da autodeterminação dos sistemas, pois estes são autorreferenciais (LUHMANN, 2016). A questão central no presente julgado foi determinar o momento inicial da vida. Aliás, como bem observa o ministro Ayres Britto (2012), a Constituição da República nada diz a respeito do momento inicial da vida.

Assim, pela impossibilidade de vida extrauterina, não restaria configurado o aborto no caso de fetos anencefálicos. Sendo assim, não há como apontar algum ato de excesso por parte do sistema do direito, uma vez que o referido sistema se atentou ao seu código binário de lícito/ilícito, ficando nítido tal adequação no seguinte silogismo: o aborto é caracterizado quando há a interrupção da vida; fetos portadores de anencefalia

não portam vida; logo a interrupção de fetos portadores de anencefalia não é considerado crime de aborto.

Houve outras argumentações de cunho social sobre o caso, mas o cerne da discussão girou em torno do referido silogismo que teve a aceitação da maioria dos ministros no presente caso. É sabido que em tempos de neoconstitucionalismo, os silogismos não são as ferramentas ideais para embasar uma decisão judicial, porém é nítido que eles trazem uma segurança jurídica muito grande aos casos analisados, pois na dinâmica sistêmica permite ao sistema do direito agir nos conformes, reduzindo a complexidade do objeto para sua linguagem operacional de lícito/ilícito.

Neste caso, não houve excessos protagonizados pela Suprema Corte, sendo que os limites do acoplamento estrutural entre direito e política foram mantidos, uma vez que o sistema do direito conseguiu adequar uma questão que originariamente seria resolvida pelo sistema político, a sua base operacional.

### 2.3.3 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA (2008)

No caso em tela, o STF decidiu um importante tema para o desenvolvimento da ciência brasileira. Trata-se da lei nº 11.105/05, mais especificamente no seu art. 5º, que discorre acerca da possibilidade de manusear células-tronco para pesquisa científica e terapia, desde que observados alguns critérios. Era preciso que o embrião estivesse congelado há pelos menos 3 anos e ainda não tivesse nenhuma perspectiva de uso (BARROSO, 2008).

No entanto, foi proposta pelo ex-procurador da república Cláudio Fonteles a ADI nº 3.510 (2008) argumentando que o art. 5º da referida lei fere os direitos constitucionais de proteção à vida e à dignidade da pessoa (OLIVER, 2016). Deste modo, o STF foi chamado para resolver um impasse que consistia em um

conflito entre princípios.

Havia na época um impasse acerca do embrião ser considerado uma vida em potencial, portanto seria digno a proteção constitucional referente à vida, mesmo que tal embrião não tivesse nenhuma perspectiva de ser implantado em um útero materno, Barroso (2012, p.23) pondera: “havia um desacordo moral: preservar o embrião em nome do direito à vida, ou destiná-lo à ciência, diante da constatação de que ele jamais seria implantado em um útero materno”.

O STF respondeu a tal indagação e por maioria de votos declarou a constitucionalidade da referida lei, considerando que um embrião congelado e sem perspectiva de implantação em útero materno não ofende o dispositivo constitucional de proteção à vida, além dos dispositivos presentes na Lei de Biossegurança tratarem com bastante cautela do tema, não haveria assim qualquer ofensa aos princípios citados.

Ora, aqui não se trata especificamente de um caso de ativismo judicial, pois a Corte Suprema somente partiu para a declaração de constitucionalidade do dispositivo em questão. Porém, percebe-se que mesmo quando levantado o princípio de proteção à vida que poderia ocasionar no julgado diversos dilemas morais, a preocupação maior da corte diante do presente caso foi traçar uma compreensão jurídica do que vem a ser “vida”.

Desta maneira, o STF entendeu que a pesquisa com células troncos é compatível com a Constituição, pois um embrião congelado e sem perspectiva de implantação, juridicamente não é considerado “vida” na essência do termo. Logo, o STF partiu para redução da complexidade do seu objeto, adequando-o à sua base operacional de licitude ou ilicitude.

Se de outra forma o sistema agir, comprometerá suas bases operativas e aumentará demasiadamente a sua complexidade, tornando-se inoperativo. No caso em questão, o STF deixou de lado dilemas morais que foram levantados no caso e se



ateu ao problema da definição de “vida” no ordenamento jurídico. Uma vez que não vislumbrou qualquer incompatibilidade das pesquisas com células troncos com o dispositivo de proteção à vida, decidiu pela licitude da referida pesquisa, através da declaração de constitucionalidade da norma.

Nos casos vistos até o momento, percebe-se que há uma preocupação da presente Corte em partir para redução da complexidade do seu objeto de análise, pois nas fundamentações que embasaram a referida ação há uma série de dilemas morais levantados, principalmente aqueles de cunho religioso. A Corte, no entanto, se ateu aos limites operacionais do sistema do direito, focando seus esforços na definição jurídica de vida. Portanto, os limites do acoplamento estrutural entre direito e política foram mantidos.

#### 2.3.4 NEPOTISMO (2008)

Aqui, o STF deparou-se com uma situação de fácil entendimento sob o ponto de vista ético, mas que suscitou algumas preocupações devido às dimensões de seu ativismo. A resolução nº 7 de 2005 emitida pelo Conselho Nacional de Justiça vedou a nomeação para cargo em comissão ou função gratificada de cônjuges companheiro(a) ou parente em linha reta, colateral ou de até terceiro grau de membros do Poder Judiciário. Este posicionamento deu ensejo a ADC nº 12.

De um lado o CNJ (2008) alegava a observância aos dispositivos do art. 37, caput da CRFB/88, principalmente ao princípio da moralidade. Do outro lado, a defesa sustentou que no presente caso haveria uma ofensa ao princípio da separação dos poderes, assim como ao princípio republicano, uma vez que caberia ao Chefe do Executivo estadual escolher de forma discricionária os seus cargos comissionados.

No entanto, o ministro relator Ayres Britto (2008), afirmou que não haveria afronta ao princípio da separação dos

poderes, tão pouco ao princípio Republicano. Na ocasião, o ministro entendeu que atos administrativos devem observar os princípios expostos na constituição. O seu voto foi acompanhado pela maioria dos ministros que também expressaram a necessidade de observância dos dispositivos constitucionais na atividade estatal.

Sendo assim, a referida Corte declarou a constitucionalidade da presente emenda por uma maioria larga de votos, que de imediato passou a ter aplicação nacional. Posteriormente, em outra situação enfrentada pelo STF, tal entendimento resultou na súmula vinculante nº 13, cuja aplicação estendeu-se para os Poderes Executivo e Legislativo.

No caso em questão, abriu-se um debate acerca do ativismo protagonizado pelo Poder Judiciário, pois a referida Corte agiu positivamente fazendo o papel de legislador ao criar uma súmula regulando a matéria. Assim, a Suprema Corte ao regular uma situação que diz respeito a órbita de atuação de outro poder e ter a fundamentação do seu julgado apenas no art. 37, caput da CRFB/88, que diz respeito apenas aos princípios da administração pública, foram questões que suscitaram preocupações. No que pesar as preocupações acerca da utilização dos princípios para fundamentar decisões judiciais, o ministro relator Ayres Britto (2008) deixou assente que a Suprema Corte já havia entendido que os princípios têm o mesmo alcance das normas jurídicas.

Sob o ponto de vista da dogmática jurídica, de fato a Suprema Corte agiu conforme os ditames constitucionais, pois a fundamentação com base em princípios é uma consequência da corrente neoconstitucionalista, cuja Constituição de 1988 foi estruturada. Já em relação a edição da súmula vinculante, não há algum tipo de problema, pois ela encontra amparo na Constituição Federal, sendo fruto da Emenda Constitucional nº 45.

Por outro lado, sob uma visão funcionalista da tripartição entre os poderes, se não é possível vislumbrar um problema,

certamente o presente caso é objeto de preocupações. Por certo que o sistema da política sofre influência do sistema do direito, uma vez que os sistemas estão acoplados entre si (SILVA, 2016). Assim, os atos administrativos protagonizados pelo Poder Executivo devem observância aos mandamentos constitucionais.

Porém, o sistema do direito deve se ater aos seus limites operacionais, pois súmulas vinculantes quando interferem na órbita de atuação de outros poderes devem ser usadas com cautela, sob ameaça ao comprometimento da autorreferência sistêmica ou ainda ao princípio da separação dos poderes. As súmulas vinculantes devem encontrar suas limitações na própria constituição ou nas normas infralegais que contam com o assentimento do sistema político que agiu na feitura de tais normas.

A complexidade do presente caso não está na decisão em si, pois o sistema do direito, mesmo fundamentando apenas com base em princípios, agiu nos conformes da sua base operativa, tendo em vista que os princípios fazem parte da estrutura operativa do direito, uma vez que com base neles é possível colocar em questão a licitude ou ilicitude dos objetos levados à análise do sistema do direito. Lógico, que os princípios precisam de limites, dado a margem de discricionariedade que o intérprete pode utilizar, mas uma decisão somente com base em princípios não ocasiona necessariamente uma possível corrupção sistêmica. Porém, frisa-se, é necessário cautela nas decisões ativistas que darão ensejo à uma súmula vinculante, sob pena do sistema do direito comprometer a autodeterminação de outros sistemas.

Uma saída encontrada em relação ao alcance que as súmulas vinculantes podem tomar encontra-se na própria dogmática jurídica. Ou seja, no Brasil as súmulas vinculantes vinculam todos os Poderes e demais entes da administração direta e indireta, salvo o Poder Legislativo no que se refere à sua função legiferante e ao próprio STF. Portanto, pode o sistema político, no

cunho da sua função legiferante, emitir um entendimento diverso do que decidiu o sistema do direito. Deste modo, as súmulas vinculantes, a depender das circunstâncias, não ocasionaria uma quebra da autodeterminação sistêmica e sim seria fruto do acoplamento estrutural entre direito e política no Brasil.

Conclui-se, pois, que o sistema do direito, por mais que tenha fundamentado sua decisão com base apenas em princípios, utilizou os elementos da sua própria base operacional, a Constituição de 88. Pode-se questionar o alcance do sistema do direito através das súmulas vinculantes, mas o sistema da política através da sua função legiferante, detém a capacidade de selecionar ou não aquela determinada irritação oferecida pelo sistema do direito, fato que torna o presente caso uma síntese do acoplamento estrutural entre direito e política.

### 2.3.5 LEI DE COTAS (2012)

Devido a judicialização de questões referentes à política que está presente na maioria das democracias contemporâneas, a participação do judiciário na construção das políticas sociais tem sido cada vez maior. É o que se extrai do caso em questão, onde o STF (2012) por unanimidade de votos declarou a constitucionalidade da Lei nº 12.711/2012 que estabelece cotas aos negros para o ingresso em universidades públicas.

Neste caso, colocava-se em confronto o princípio da igualdade, uma vez que ao estabelecer cotas ao ingresso de negros em universidades públicas estaria violando o mencionado princípio. Porém, o STF partiu para um entendimento diverso sobre o tema, levando em consideração o histórico de discriminação que ocorreu na escravidão, assim como suas consequências que se fazem presentes em pleno século XXI. Assim, a Corte analisou o princípio da igualdade sob o prisma do Estado Social, em que era preciso estabelecer uma igualdade material entre os indivíduos.

Reconheceu-se também o caráter temporário que a referida medida deve assumir, segundo Bayma (2012, p. 342): “apesar das ações afirmativas não serem a melhor opção, representam uma etapa necessária até que se construa uma sociedade mais igualitária”. Portanto, diante das circunstâncias, a Corte prezou por oferecer um caminho para redução das desigualdades sociais, tendo por cerne tomar medidas reparatórias para dirimir as injustiças sociais (LEMES; SEVERI, 2015). No presente caso, observa-se que o ativismo do STF prezou pela ponderação, indo de encontro ao próprio desenho institucional do Estado cunhado na Constituição de 88 que requer do Judiciário uma maior participação nas decisões de cunho social.

Aqui, não seria um caso de ativismo judicial em sua essência, mas um caso de politização do direito. Tal politização é fruto do acoplamento estrutural entre direito e política oriundo da Constituição de 1988 que alargou a responsabilidade do Judiciário na construção de políticas sociais. Não há resquícios de ativismo judicial no presente caso, uma vez que o programa de cotas foi criado pelo sistema político, cabendo ao judiciário apenas julgar a constitucionalidade da norma em questão.

A Constituição de 1988 ao elencar grande rol de princípios, deu ao sistema do direito a possibilidade de agir nas referidas causas sociais. Assim, a Corte partiu para o entendimento que as cotas são compatíveis com o princípio da igualdade, uma vez que tal princípio deve ser interpretado com a finalidade de conferir uma igualdade material aos indivíduos. Mesmo optando por uma fundamentação de cunho social, os limites operacionais do direito foram respeitados, uma vez que o princípio ora mencionado, permite ao sistema do direito partir para interpretações de cunho social e genérico, desde que ao final da decisão seja observado o seu código binário de lícito/ilícito.

### *2.3.6 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA (2016)*

O ativismo judicial em determinados momentos pode assumir uma forma seletiva, ou seja, há temas específicos que constituem objeto de sua preocupação. O caso em questão, mostra uma tendência do judiciário no Brasil em aderir à uma corrente punitivista, seja na limitação de direitos ou também na adoção de critérios mais rígidos no momento de fixação de penas. Ademais, a postura adotada pelo STF no presente caso, comprova o alinhamento da corte a essa tendência, que de certa maneira corresponde aos anseios da sociedade.

O julgamento da execução provisória da pena representa uma limitação ao princípio da presunção de inocência, uma vez que diz respeito a possibilidade de efetuar a prisão após a condenação em segunda instância. A decisão do STF (2016), dada por meio do Habeas Corpus 126.292/SP, foi muito controversa, pois a referida Corte contrariou uma disposição expressa na Constituição Federal, onde deixa assente que somente é possível a prisão após o trânsito em julgado da sentença.

Aqui, a referida decisão suscitou preocupações acerca das dimensões que o ativismo judicial está ganhando no país, pois ao limitar uma garantia constitucional expressa, o Judiciário age como legislador, uma vez que muda o sentido e o alcance da referida disposição. Neste sentido, Oliver (2016) reitera que houve uma extravagância da Corte, pois contraria um direito fundamental expresso na Constituição.

Antes de tudo, é preciso colocar que a Constituição de 88, com base no artigo 5º, inciso LVII, é clara quando diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Mesmo assim, o STF passou a considerar a possibilidade de prisão após decisão de segundo grau, partindo para a supressão de um direito fundamental explícito na Constituição.

Ao contrário de outros casos analisados, a Suprema Corte não partiu para a redução da complexidade do seu objeto, mas revestiu sua decisão com uma roupagem política. Foi

comum nas fundamentações proferidas pelos ministros a alusão à impunidade e às questões de cunho moral. O Supremo Tribunal Federal despiu-se da função contramarjoritária que cabe ao Poder Judiciário e julgou o caso conforme os anseios da sociedade, que naquele tempo pedia por uma resposta as impunidades presentes no meio social.

Neste caso, o direito foi colocado como um instrumento para trazer moralidade a administração pública que não mais poderia conviver com tantos casos de corrupção. Assim, o sistema do direito agiu como se fosse sistema político, ocasionando um comprometimento da autodeterminação sistêmica e indo além dos limites permitidos do acoplamento estrutural entre direito e política.

Seria um caso de simples resolução, porém a Corte afastou o silogismo que outrora vigorou em suas decisões, dando uma primazia aos argumentos de cunho político para afastar um dispositivo constitucional expresso. Agindo dessa forma, o sistema do direito aumentou sua complexidade internamente, pois teve que lidar com outras questões que não dizem respeito ao seu código binário de lícito/ilícito.

Isto é prejudicial para o próprio sistema do direito que ao aumentar sua complexidade interna pode corromper a sua própria base operacional. No caso em questão, tendo por finalidade diminuir a complexidade do objeto como ocorreu em outros casos, a Corte poderia partir para um silogismo, que seria expresso da seguinte forma: “Decisão em segunda instância não se equipara ao trânsito em julgado da sentença; a norma constitucional somente permite o recolhimento do réu à prisão após sentença transitada em julgado; logo, o réu condenado em segunda instância não pode ser recolhido à prisão.”

Como visto, decisões desse tipo já prevaleceram na Corte, aqui um juízo de subsunção do fato à norma reduziria a complexidade do objeto, sendo possível a preservação da autorreferência sistêmica. No entanto, o STF decidiu contrariar o

legislador constituinte, dando uma interpretação diversa ao dispositivo. E agindo dessa forma, certamente adentrou na órbita de atuação do sistema da política, provocando uma corrupção sistêmica.

### 2.3.7 CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA (2019)

O STF mostra-se sensível as reivindicações feitas por grupos minoritários que devido ao preconceito insculpido na sociedade encontra dificuldades para usufruir seus direitos. Assim, através da ADO nº 26, por 8 votos a 3, a Corte (2019) criminalizou condutas homofóbicas, fazendo seu enquadramento na Lei de Racismo. Mas deixou assente que tal medida somente terá efeitos até o Congresso Nacional aprovar uma lei criminalizando a homofobia, assim como a transfobia.

Talvez se esteja diante de um dos casos mais emblemáticos decididos pelo STF. A Corte inaugura uma nova fase da sua história que demonstra um ativismo judicial acentuado, fato que poderá indicar uma tendência para decisões futuras, levando-se a questionar se poderá ser apenas um caso isolado. Aqui, o STF cria um tipo penal ao criminalizar uma determinada conduta, perpassando a órbita de suas competências, uma vez que assumi o papel que caberia ao legislador.

Logo, abre-se uma discussão acerca dos limites do protagonismo assumido pelo Poder Judiciário, tentando-se fixar alguns parâmetros para sua atuação. Também entra em questão os problemas ocasionados pelas sucessivas omissões do legislativo, que deveria assumir um papel mais ativo na democracia, regulando temas sensíveis da sociedade, principalmente aqueles que possibilitam grupos minoritários terem seus direitos assegurados pelas instituições.

A referida decisão pode servir para incentivar o diálogo institucional sobre o tema, convidando outras instituições para debater as nuances acerca da homofobia e dar sua contribuição



para que a referida medida tenha sua concretização. Mas ainda não se sabe qual a postura dos outros poderes e da sociedade sobre tal posicionamento.

Neste caso, sem dúvidas o ativismo judicial extrapolou os limites do que seria um acoplamento estrutural entre direito e política no Brasil, pois a Suprema Corte parte para a criminalização de uma conduta, competência típica do Poder Legislativo. Deste modo, o sistema do direito ignora suas bases operacionais e utiliza-se de mecanismos próprios do sistema político para emitir sua decisão. O código binário do direito, mais uma vez, é deixado de lado em prol da realização de uma conduta mais ativa por parte do STF, contribuindo para o aumento exponencial da complexidade do sistema do direito. Também, a autorreferência do sistema da política foi comprometida, uma vez que o sistema do direito entrou na sua órbita de atuação, agindo como legislador.

### 2.3.8 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A judicialização da saúde é um tema que não se restringe somente a atuação do STF, mas também está presente em todos os tribunais. A referida judicialização diz respeito as diversas dificuldades que o Poder Executivo tem em promover o acesso à saúde (MARTINI; LESSA, 2017). Observa-se o dilema das imposições que o direito à vida coloca ao Estado, assim como a viabilidade orçamentaria de conferir tal direito.

Na referida situação, o ativismo judicial também entra em questão, porque há um controle do judiciário no estabelecimento de políticas públicas. Exemplo citado por Oliver (2016) é o Recurso Extraordinário nº 271.286 que obrigou o Estado oferecer medicação gratuita para os portadores de HIV.

A referida hipótese constitui uma das principais finalidades do Estado: conferir o bem-estar das pessoas. Mas como citado, entra-se no dilema acerca da viabilidade de tais demandas.

Por isso, ao fixar as obrigações dos Estados, o judiciário está cada vez mais cauteloso, recorrendo-se ao princípio da proporcionalidade, em que somente é possível oferecer determinadas demandas, se estas forem compatíveis com as condições do Estado. Esta questão é um reflexo da politização do direito no Brasil, onde a Constituição deixa assente a obrigação do Estado fornecer saúde para sua população.

Portanto, o presente caso constitui apenas uma síntese do acoplamento estrutural entre direito e política no Brasil, não sendo possível identificar excessos protagonizados pelo sistema do direito, uma vez que o direito à saúde se encontra esculpido na Constituição Federal de 1988.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou compreender o ativismo judicial na sociedade brasileira com base nas ferramentas oferecidas pela teoria dos sistemas, de modo que fosse possível realizar a intersecção da referida teoria com o fenômeno do ativismo judicial no Brasil. Esta intersecção ficou evidenciada a partir dos casos retirados da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apontando adequações e excessos cometidos pela presente Corte. Deste modo, cumpriu-se com o objetivo geral e os objetivos específicos traçados inicialmente no trabalho.

Demonstrou-se com o presente estudo como a teoria dos sistemas é capaz de explicar o ativismo judicial a partir de uma visão estruturalista, utilizando dos conceitos basilares de tal teoria, tais como: “sistema social, subsistemas, acoplamento estrutural e binarismo”, foi possível sistematizar os segmentos sociais da política e do direito, colocando-os como subsistemas componentes do macrosistema social e assim lançar parâmetros para uma atuação ativista no Brasil, sempre buscando analisar os dilemas que cercam o acoplamento estrutural entre direito e política no país.

Também se tratou do ativismo judicial sob o ponto de vista histórico, analisando a influência da corrente neoconstitucionalista na Constituição de 1988, que deu todas as características para possibilitar o Poder Judiciário ter um papel de protagonismo na democracia brasileira. Neste tópico, também se fez uma diferenciação nítida entre os fenômenos da politização do direito e do ativismo judicial, colocando este último como um fenômeno que desafia os limites estruturais do acoplamento estrutural entre direito e política no Brasil, sendo, portanto, objeto de maiores preocupações no presente estudo.

E para demonstrar o acoplamento estrutural entre direito e política no Brasil, foi utilizado casos presentes na jurisprudência do STF pós Constituição de 1988, onde foi possível identificar, através de uma análise sistêmica proposta pela teoria luhmanianna, as causas de determinadas decisões ativistas, assim como fazer os devidos apontamentos nas referidas decisões sobre adequações ou excessos protagonizados pela Suprema Corte, em razão dos limites estruturais que o acoplamento entre direito e política devem observar.

Deste modo, a partir de todo o exposto, o presente trabalho chegou à seguinte conclusão: o problema não está no ativismo judicial em si, mas está no seu uso sem parâmetros. O ativismo judicial no Brasil encontra um problema ocasionado pelos excessos cometidos que comprometem a base operacional do sistema do direito e que coloca em xeque os limites do acoplamento estrutural entre direito e política no Brasil. Porém, tal problema pode ser superado através do amadurecimento constitucional, ou seja, na observância obrigatória da constituição.

Um ativismo judicial utilizado em respeito à base operacional do direito - a Constituição de 88 – e em respeito à auto-determinação sistêmica – sistema da política – é um ativismo que contribui para o fortalecimento da democracia no país, pois age na concretização dos direitos presente na Carta Política de 88, que foi estabelecida pelo sistema político.

Importante notar que o seu uso deve ser utilizado com respeito à base operacional do sistema do direito, cabendo as Cortes partirem para redução da complexidade dos fatos que chegam a sua análise, na tentativa de adequar tal fato ao código binário do direito de lícito/ilícito. Também é importante frisar que não importa a constância que o ativismo judicial é utilizado pelo judiciário brasileiro, pois o referido fenômeno, acima de tudo, deve ser visto como um fenômeno social.

É preciso entender que o regime democrático no Brasil ainda é recente, tendo em vista que a história do país foi marcada por grandes rupturas institucionais. Diante disto, é possível dizer que mesmo após três décadas da promulgação da Constituição de 88, o Brasil ainda se encontra em um processo de redemocratização, pois as instituições ainda não conseguiram se adequar aos mandamentos constitucionais.

Sendo assim, a tendência é que o ativismo judicial seja utilizado com mais intensidade nesse período de “redemocratização”, e posteriormente, com o amadurecimento democrático do país, seja utilizado com menos intensidade pelas Cortes, pois os sistemas serão mais receptivos aos mandamentos constitucionais. Logo, conclui-se que o mal não é o ativismo judicial e sim o seu uso sem parâmetros, em desrespeito aos limites operacionais do acoplamento estrutural entre direito e política no Brasil.



## REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI N. 4.277- constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. *Revista Direito GV*,

- São Paulo, v. 9, n. 1, p. 65-92, jan./jun. 2013. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322013000100004&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322013000100004&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 7 dez. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista (Syn)Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 4 set. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\\_democratico\\_brasil\\_cronica\\_um\\_sucesso\\_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf). Acesso em: 7 dez. 2019.
- BAYMA, Fátima. Reflexões sobre a constitucionalidade das cotas raciais em universidades públicas no Brasil: referências internacionais e os desafios pós-julgamento das cotas. *Revista Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 75, p. 325-346, abr./jun. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ensaio/v20n75/06.pdf>. Acesso em: 1 set. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 4 set. 2019.
- BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 1 set. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de*

*Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro*. Recorrente: Governador do estado do Rio de Janeiro. Relator: min. Ayres Britto, 05 maio 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 27 nov.

2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal*. Dispõe sobre feto anencéfalo, interrupção da gravidez, mulher, liberdade sexual e reprodutiva, saúde, dignidade, autodeterminação, direitos fundamentais, crime, inexistência [...]. Recorrente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 abr. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 Distrito Federal*. dispõe sobre Ação direta de inconstitucionalidade, lei de biossegurança, impugnação em bloco do art. 5a da lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (lei de biossegurança) [...]. Recorrente: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Min. Ayres Britto, 29 maio 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal*. Recorrente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto, 05/05/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 27 nov. 2020.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 12 Distrito Federal*. Recorrente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Recorrido: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Min. Carlos Britto, 22 maio 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 27 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal*. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Min. Celso de Mello, 13 junho 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 126.292 São Paulo*. Constitucional, habeas corpus, princípio constitucional da presunção de inocência (CF art. 5º, LVII), sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição, execução provisória, possibilidade. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 fevereiro 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 28 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 597.285 Rio Grande do Sul*. Recurso extraordinário, constitucional, política de ações afirmativas, ingresso no ensino superior, uso de critério étnico-racial [...]. Recorrente: Giovane Pasqualito Fialho. Recorrido: Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 09 maio 2012. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB [...]. Brasília, 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004)

[2006/2005/lei/111105.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estabelece%20normas,o%20des-carte%20de%20organismos%20geneticamente](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004/2006/2005/lei/111105.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estabelece%20normas,o%20des-carte%20de%20organismos%20geneticamente). Acesso em: 27 nov. 2020.

FIGUEIREDO, Eduardo Fin; GIBRAN, Sandro Mansur. O ativismo judicial, o princípio da separação dos poderes e a ideia de democracia. *Revista Percurso*, Curitiba, v. 1, n. 18, p. 104-123, 2016. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/1728>. Acesso em: 27 out. 2019.

FILHO, Orlando Villas Bôas. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novo estud. - CEBRAP*, São Paulo, n.96, p.69-85, 2013. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002013000200006&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002013000200006&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 20 set. 2020.

KUNZLER, Caroline de Moraes. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Revista de Estudos de Sociologia*, São Paulo, v. 9, n. 16, p. 123-136, 2004. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/download/146/144>. Acesso em: 27 out. 2019.

LEITE, Glauco Salomão. A dinâmica constitucional: o que podemos extrair do caso “Brown vs. Board Education”? *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 55, p. 2-12, maio/ago. 2018. Disponível em:



- <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11521>. Acesso em: 10 nov. 2019.
- LEITE, Glauco Salomão. A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *PHRONESIS: Revista do Curso de Direito da FEAD, Minas Gerais*, v. 1, n. 3, p. 23-54, 2007. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/237653912\\_A\\_politizacao\\_da\\_jurisdiacao\\_constitucional\\_uma\\_analise\\_sob\\_a\\_perspectiva\\_da\\_teorias\\_de\\_Niklas\\_Luhmann](https://www.researchgate.net/publication/237653912_A_politizacao_da_jurisdiacao_constitucional_uma_analise_sob_a_perspectiva_da_teorias_de_Niklas_Luhmann). Acesso em: 10 nov. 2019.
- LEITE, Glauco Salomão. Inércia legislativa e ativismo judicial: a dinâmica da separação dos poderes na ordem constitucional. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 45, p. 10-31, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/428>. Acesso em: 10 nov. 2019.
- LEMES, Mauricio Buosi; SEVERI, Fabiana Cristina. Contextualização histórica das políticas de cotas em universidades públicas federal no cenário de mudanças no modelo político-social no Brasil na última década (2003-2013). *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, ed. 1, nov/dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/88108>. Acesso em: 27 out. 2019.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. 1. ed. Petrópolis: Vozes, 2016.
- MARTINI, Sandra Regina; LESSA, Pablo Henrique Cordeiro. O ativismo judicial e a intervenção do poder judiciário: a limitação dos orçamentos públicos e a garantia do direito fundamental à saúde. *Revista Jurídica - CCJ*, Santa Catarina, v. 21, n. 44, p. 5-24, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/6713>. Acesso em: 7 out. 2020.

- OLIVER, Luciana Zanchetta. *Ativismo judicial no Brasil e as consequências de sua consolidação*. 2016. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2016.
- PAIVA, Wilson Alves. Como o método positivista pode ser positivo? *Revista do Programa de Pós-Graduação – FURB*, Santa Catarina, v.9, n.1, p.28-48, jan./abr. 2014. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/atos-depesquisa/article/view/3715>. Acesso em: 1 out. 2019.
- PEREIRA, Geailson Soares. O direito como sistema autopoiético. *Revista CEJ*, Brasília, v. 15, n. 55, p. 86-92, out./dez. 2011. Disponível em: <https://www.cor-teidh.or.cr/tablas/r28720.pdf>. Acesso em: 27 out. 2019.
- RALHO, Luiz Renato Adler. Efeitos do ativismo judicial sobre o Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 88-102, jan./jun. 2016.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RUFOLDO, Rafael Nunes Pires. Diferenças entre ativismo judicial e judicialização de políticas públicas. *Revista do Cejur/TJSC: Prestação Jurisdicional*, Santa Catarina, v. 6, n. 1, p. 118-136, 2018. Disponível em: <https://revista-docejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/293>. Acesso em: 10 nov. 2019.
- SILVA, Arthur Stramford. *10 Lições sobre Luhmann*. 1. ed. Petrópolis: Vozes, 2016.
- SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. Dôssie: 25 anos da constituição de 1988. *Revista Novos Estudos*, v. 3, n. 4, p. 69-85, jul./ago. 2013. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5514>. Acesso em: 7 dez. 2019.
- STRECK, Lenio Luiz. *Contra o neoconstitucionalismo*.

*Constituição, economia e desenvolvimento: revista da academia brasileira de direito constitucional*. Curitiba, n.4, p. 9-27, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>.

Acesso em: 27 out. 2019.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Direito e política na teoria dos sistemas. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL EM HOMENAGEM A CLÁUDIO SOUTO, 2009, Recife. *Anais [...]*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, 2009. p. 313-324.