

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO - UPF
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGDIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

**O ATIVISMO JUDICIAL COMO FORMA DE RETROCESSO
SOCIAL**

DANIELLE REBELATO FOSCARIN

Passo Fundo-RS, abril 2020

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO - UPF
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGDIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

O ATIVISMO JUDICIAL COMO FORMA DE RETROCESSO SOCIAL

DANIELLE REBELATO FOSCARIN

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Paulo Roberto Ramos Alves

Passo Fundo-RS, abril 2020

AGRADECIMENTOS

Enfim, é chegado o melhor momento: o de agradecer!

Primeiramente, agradeço ao meu orientador, o Professor Doutor Paulo Roberto Ramos Alves por toda a paciência e empenho com que sempre me orientou. Muito obrigada pela correção nos momentos necessários e principalmente por inserir na minha trajetória acadêmica o temido Niklas Luhmann cujas árduas leituras acrescentaram à minha vida - com certeza.

Agradeço também ao Professor Doutor Coordenador Liton Lanes Pilau Sobrinho pelas oportunidades concedidas ao longo do mestrado e pela amizade formada durante esses anos, as quais me possibilitaram crescimento pessoal e intelectual e ao Professor espanhol Doutor Roberto Alfonso Viciano Pastor pela grande oportunidade de convivência de Investigação na Universidade de Valência na Espanha, pessoa maravilhosa ao qual tenho enorme admiração pelo intelecto e ser humano que és.

Ademais, agradeço a todos os meus colegas do Mestrado, docentes e discentes, de igual forma.

Por último e tão igualmente importante, agradeço à minha família e amigos pelo apoio incondicional que me deram, especialmente ao meu esposo e filhos que cotidianamente foram privados da minha companhia, mas, felizes me acompanharam ao longo da elaboração desta pesquisa.

DEDICATÓRIA

Dedico esta pesquisa ao meu esposo Gabriel, pelo estímulo; e aos meus filhos Lucca e Laura, pelas horas tomadas do mútuo convívio.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo, a Coordenação do Curso de Mestrado Acadêmico em Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Passo Fundo-RS, abril 2020

Danielle Rebelato Foscarin
Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPGD/UPF)

SUMÁRIO

RESUMO	8
ABSTRACT	10
INTRODUÇÃO	12
1 A CARACTERIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL	16
1.1 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	16
1.2 A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL	26
1.3 A CARACTERIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL	28
1.4 A RELAÇÃO EXISTENTE ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, O ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES	31
2 O ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA DA TEORIA SISTÊMICA DO DIREITO	47
2.1 O SISTEMA SOCIAL DE NIKLAS LUHMANN	47
2.2 A CONTEXTUALIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO “SISTEMA” JURÍDICO BRASILEIRO	70
2.3 APONTAMENTOS À TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA COMO FORMA DE LIMITAR O ATIVISMO JUDICIAL NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO	77
3 ATIVISMO JUDICIAL COMO FORMA DE RETROCESSO SOCIAL	85
3.1 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL	85
3.2 UMA LEITURA SISTÊMICA DO ATIVISMO JUDICIAL E DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	100
CONSIDERAÇÕES FINAIS	109
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	123

RESUMO

Esta Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia do Curso de Mestrado o qual possui como área de concentração Novos Paradigmas do Direito. A pesquisa retrata que a interpretação jurídica atual ainda não é adequada ao Estado Democrático de Direito consagrado pela Constituição Federal de 1988. Com a promulgação da Constituição Republicana, o Poder Judiciário expande sua atuação, inclusive invadindo o espaço de outros Poderes estatais e levando ao surgimento do chamado protagonismo judicial. Primeiramente, evidencia-se a melhor forma de interpretação constitucional, ou seja, a interpretação conforme à Constituição. A seguir, recorre-se a caracterização do fenômeno do ativismo judicial no Brasil e a relação existente entre este e a judicialização da política. Ademais, relaciona-se esses fenômenos com o Princípio da Separação de Poderes. Acionado o Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, toda a decisão jurídica deve ser guiada por valores constitucionais. Vaguezas no texto constitucional não é justificativa para decisionismos jurídicos. Toda a decisão jurídica que extrapola os limites do sistema jurídico é considerada uma decisão ativista. Nesse ínterim, adentrou-se na teoria sistêmica do direito para análise do ativismo judicial recorrente no Brasil. Primeiramente, estuda-se o sistema social de Niklas Luhmann, trazendo ao estudo os principais conceitos e entendimentos da teoria sistêmica do direito para, após, contextualizar o ativismo judicial no “sistema” jurídico brasileiro. O atual sistema jurídico não possui limites operativos rígidos onde denota-se que o ativismo judicial faz parte da operatividade do sistema. Na busca por solucionar os novos problemas constitucionais, aponta-se a teoria da decisão jurídica como forma de limitar o ativismo judicial. Conclui-se com a caracterização do Princípio do Retrocesso Social no ordenamento jurídico brasileiro e, finaliza-se com uma leitura sistêmica do ativismo judicial e o Princípio do Retrocesso Social sendo que, sobretudo, uma decisão ativista não pode vir a causar nenhum retrocesso à sociedade brasileira. Para devidas constatações, recorreu-se ao método sistêmico que possibilitou a verificação do ativismo judicial como parte não pertencente ao sistema jurídico brasileiro. Há limites de atuação do Poder Judiciário onde as decisões emanadas por critérios não jurídicos e, portanto,

fora do sistema jurídico brasileiro, não podem causar nenhum retrocesso para os direitos fundamentais já alcançados e garantidos aos brasileiros.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Retrocesso social; Sistema social.

ABSTRACT

This Dissertation is inserted in the Research Line Constitutional Jurisdiction and Democracy of the Master's Course, which has New Paradigms of Law as its focus area. The research portrays that the current legal interpretation is still not adequate to the Democratic State of Law enshrined in the Federal Constitution of 1988. With the promulgation of the Republican Constitution, the Judiciary Power expands its performance, even invading the space of other State Powers and leading to the emergence the so-called judicial protagonism. First, the best form of constitutional interpretation is evidenced, that is, interpretation according to the Constitution. The following characterizes the phenomenon of judicial activism in Brazil and the relationship between it and the judicialization of politics. Furthermore, these phenomena are related to the Principle of Separation of Powers. Once the Judiciary is activated in the Democratic Rule of Law, all legal decisions must be guided by constitutional values. Vagueness in the constitutional text is not a justification for legal decision-making. Any legal decision that goes beyond the limits of the legal system is considered an activist decision. In the meantime, he entered the systemic theory of law to analyze recurrent judicial activism in Brazil. First, Niklas Luhmann's social system is studied, bringing to the study the main concepts and understandings of the systemic theory of law to, afterwards, contextualize judicial activism in the Brazilian legal "system". The current legal system has no rigid operating limits where it is noted that judicial activism is part of the system's operability. In the quest to solve the new constitutional problems, the theory of legal decision is pointed out as a way to limit judicial activism. It concludes with the characterization of the Principle of Social Retrocession in the Brazilian legal system and ends with a systemic reading of judicial activism and the Principle of Social Retrocession, and above all, an activist decision cannot cause any regression to society Brazilian. In order to verify this, the systemic method was used, which enabled the verification of judicial activism as part of the Brazilian legal system. There are limits to the performance of the Judiciary Power where decisions issued by non-legal criteria and, therefore, outside the Brazilian legal system, cannot cause any setback for the fundamental rights already achieved and guaranteed to Brazilians.

Keywords: Judicial activism; Social setback; Social system.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional desta Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Faculdade de Direito - UPF.

O seu objetivo científico é determinar os limites de atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito para que as decisões prolatadas com critérios não-jurídicos, isto é, não pertencentes ao sistema jurídico brasileiro, não sejam causadoras de nenhum retrocesso para a sociedade moderna e, portanto, que não venham a violar o Princípio da Proibição de Retrocesso Social. Decorrente deste objetivo proposto, o problema da pesquisa caracteriza-se em identificar se uma decisão baseada em critérios externos ao sistema jurídico brasileiro pode violar o Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

A expansão do poder Judiciário é um fenômeno que se propagou no final do século passado. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o Brasil passou a ser um Estado Democrático de Direito, todavia, a nossa realidade jurídica ainda não acompanhou essa evolução normativa carecendo de produção teórica para acompanhar as novas demandas constitucionais.

Ademais, a sociedade contemporânea é vista como uma sociedade em transformação, uma sociedade complexa. A sociedade complexa evolui muito rapidamente e esse processo de evolução aumenta as possibilidades de diferentes decisões, ou seja, na medida em que a sociedade se modifica e se torna complexa, traz consigo problemas complexos, o que exige para solução desses problemas soluções complexas. “(...) O conceito moderno de indivíduo pertence a uma sociedade que precisaria se ver desafiada a ganhar clareza acerca de si mesma.”¹ Falar em indivíduo hoje é falar em sociedade. O que antigamente era denominado indivíduo, hoje fala-se em uma sociedade complexa. Foram essas transformações no mundo das ideias e dos conceitos que denotam a passagem para a sociedade moderna.

¹ LUHMANN, Niklas. **Teoria dos sistemas na prática**: Vol I, estrutura social e semântica. Trad. Patrícia da Silva Santos. Petrópolis: Vozes, 2018, p. 214.

A atuação proeminente do Poder Judiciário faz surgir no cenário jurídico um protagonismo judicial repleto de decisões discricionárias e arbitrárias tanto em conformidade com o sistema jurídico brasileiro quanto decisões que ultrapassem os limites do próprio ordenamento jurídico. Ultrapassados esses limites, temos o surgimento do fenômeno do ativismo judicial. Assim, torna-se perspicaz a todo operador do Direito do Século XXI, versar sobre temas complexos e de alta carga axiológica-social como o exercício legítimo da atual função jurisdicional. Por sua vez, neste intento, relaciona-se o ativismo judicial com o implícito princípio constitucional da Proibição do Retrocesso Social levando ao enfrentamento de duas hipóteses para a problemática evidenciada. A primeira versa que decisões ativistas não podem vir a suprimir ou reduzir direitos fundamentais sociais a níveis inferiores aos já alcançados e garantidos pela Constituição Federal. A outra, se filia a negativa de retrocesso social porque há, sobretudo, inexistência de definição constitucional quanto ao conteúdo dos direitos fundamentais possibilitando a necessidade de medidas reducionistas em algumas situações de vagezas e ambiguidades do texto normativos referindo que certo “politicismo” das decisões judiciais (autorizadas pelo sistema) não pode ser caracterizado como extrajurídico.

Este estudo não possui a intenção de exaurir a temática sobre a relação existente entre o ativismo judicial, a teoria sistêmica do direito e o princípio da proibição de retrocesso social, todavia, tem como escopo fornecer um panorama geral desses temas estudados com enfoque para o Direito. A complexidade de todos os temas estudados permite inúmeras formas de abordagem e, a que aqui se apresenta é apenas uma dentre várias possíveis. As reflexões doutrinárias que permeiam o estudo, transcendem o âmbito acadêmico pra alcançar o domínio político-institucional de discussão entre os Poderes que compõem a República Federativa do Brasil. É nesse contexto que exsurge o ativismo ou protagonismo judicial. Visando desenvolver uma linha didática e crítica ao mesmo tempo sobre certas temáticas que versam sobre o ativismo judicial, divide-se a análise em três capítulos, cada qual abordando o fenômeno à luz de perspectivas teóricas distintas, porém, igualmente conexas.

Cumprir destacar que o estudo apresentado trata-se de uma pesquisa fundamental, a qual possui como estruturação para a obtenção do resultado

pretendido o método sistêmico e a abordagem qualitativa. A metodologia sistêmica apresenta-se viável ao problema pesquisado pois, sobretudo, permite a análise conexa de diversos elementos interligados. Visualiza-se o referido método ao analisar o ativismo judicial como a caracterização de decisão jurídicas que são fundamentadas por critérios externos ao sistema jurídico. Portanto, a comunicação presente no método sistêmico perpassa toda a estrutura do trabalho permeando as diferentes temáticas abordadas na presente pesquisa.

Inicia-se o primeiro capítulo com apontamentos sobre constitucionalismo contemporâneo no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Um aspecto muito importante neste debate é a “revitalização” desse constitucionalismo. Há uma modernização do pensamento jurídico contemporâneo, trazendo à luz importantes discussões represadas pelo normativismo jurídico. Assim, evidencia-se a mais adequada forma de interpretação constitucional, ou seja, a interpretação conforme a Constituição. Ademais, na parte final do primeiro capítulo é caracterizado o fenômeno do ativismo judicial no Brasil evidenciando a relação existente entre esse, a judicialização da política e o Princípio Constitucional da Separação de Poderes.

Feitas as considerações a respeito da caracterização do ativismo judicial no Brasil, no segundo capítulo examina-se o fenômeno à luz da Teoria Sistêmica do Direito. Primeiramente, estuda-se o sistema social de Niklas Luhmann, trazendo o estudo os principais conceitos e entendimentos condizentes com a problemática proposta. Após a elaboração das propostas conceituais, faz-se a contextualização do ativismo judicial no “sistema” jurídico brasileiro. O atual sistema jurídico não possui limites operativos rígidos onde denota-se que o ativismo judicial faz parte da operatividade do atual sistema. A “politização” dos Tribunais é um fenômeno que ocorre na sociedade moderna, entretanto, fala-se em um certo ativismo judicial. A dificuldade reside em identificar os limites constitucionais do exercício do ativismo porque o que não pode ocorrer é o Judiciário resolver problemas atinentes ao sistema político, ao sistema econômico e assim por diante. A solução jurídica deve ser sempre jurídica como premissa. Ao final do segundo capítulo examina-se brevemente a teoria da decisão jurídica como forma de limitar o ativismo judicial no constitucionalismo contemporâneo.

Contextualizado o ativismo judicial no sistema jurídico brasileiro e, diante da oscilação teórica e doutrinária que estamos vivendo, tornou-se imprescindível no terceiro capítulo fazer uma leitura sistêmica do ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro direcionando o estudo à análise do Princípio da Proibição do Retrocesso Social a fim de propiciar contribuições teóricas para esclarecer o tema e outros questionamentos relacionados ao Estado Democrático de Direito, a judicialização de políticas públicas, os limites do processo interpretativo da análise das decisões judiciais, dentre outras questões cruciais presentes na ciência jurídica.

Analisar esses temas, a partir da teoria sistêmica do direito, possibilitou abrir novas perspectivas no atual estágio de Direito que vivemos. Assim, esta pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da Dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a temática do ativismo judicial e sua relação com o implícito Princípio da Proibição de Retrocesso Social.

1 A CARACTERIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

“É importante trazer dissensos para um nível razoável e preservá-los com tradição.”²

A recente expansão do Poder Judiciário encontrou solo fértil nos países democráticos. No Brasil, a atuação proeminente do Judiciário foi justamente após a promulgação da Constituição Republicana onde o Judiciário passa a ter maior relevância na busca por concretizar os valores contidos no texto constitucional bem como, passa a ser um instrumento privilegiado de participação política e exercício da cidadania. Essa atuação mais intensa do Judiciário, inclusive em um espaço que, em primeiro momento, seria de competência de outros Poderes estatais, levou ao surgimento do chamado protagonismo judicial, aumentando o grau de discricionariedade das decisões judiciais. Desse modo, o estudo a seguir é referente ao constitucionalismo contemporâneo brasileiro após a promulgação da Constituição Federal de 1988 evidenciando a melhor forma de interpretação constitucional, isto é, a interpretação conforme a Constituição bem como, a caracterização do ativismo judicial no Brasil e a relação existente desse fenômeno com a judicialização da política e o Princípio Constitucional da Separação de Poderes.

1.1 O constitucionalismo contemporâneo no Brasil após a Constituição Federal de 1988

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito por meio da promulgação da Constituição Federal de 1988 houve uma significativa mudança de

² Palavras expressadas pelo autor Niklas Luhmann na obra: LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger e trad. em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 09.

paradigma na prestação jurisdicional. O constitucionalismo pós 1988 se firma no Brasil com uma teoria que tem a Constituição como lei fundamental apta para limitar o poder³. Todavia, para efetivar os novos direitos adquiridos e assegurados pela Carta Magna de 1988, carece-se de evolução teórica e doutrinária. “Os “operadores do direito” não conseguiram, ainda, despertar para o novo. O novo continua obscurecido pelo velho paradigma, sustentado por uma dogmática jurídica entificadora.”⁴ Vivencia-se uma crise de pressupostos dogmáticos a funcionarem dentro de um mundo globalizado, de uma crise político-institucional e, sobretudo, de um cenário de insegurança jurídica.

A ausência de evolução do ensino jurídico também é considerada uma das causas da inefetividade dos direitos fundamentais. Com a nova ordem normativa, temos, sobretudo, que orientar toda a produção jurídica para que seja possível a efetiva concretização dos direitos fundamentais já assegurados constitucionalmente.

Primeiramente, há que se observar que em 1988 a “Constituição Cidadã”⁵ foi entregue para um Judiciário formado por militares. Naquela data o Supremo era formado por militares onde as novas mudanças e direitos a serem implementados demoraram para serem efetivados devido a real composição do cenário democrático. “A transição política foi coordenada pelos militares e iniciada ainda na aspereza da ditadura. Os militares buscavam dar cores mais suaves ao regime totalitário, e essa transição concretizou-se com o final da Transição Democrática.”⁶ Após o fim do processo de Transição Democrática, surge um novo paradigma

³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 345.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 68.

⁵ A Constituição Federal de 1988 é chamada por alguns autores de Constituição Cidadã pois, além de um documento jurídico, ela traz consigo a promessa de construção e manutenção de uma democracia sustentável. Além disso, a democracia prometida por ela não diz respeito apenas ao regime de governo e aos direitos de participação política, mas também a direitos de inclusão social. (VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV 8**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35158/33963>>. Acesso em: 11 out. 2019).

⁶ SILVA, Denival Francisco da. **De guardião a vilão: a contribuição do poder judiciário no desmonte da democracia no Brasil**. Florianópolis: EMais, 2018, p. 93.

(democrático), dotado de regras constitucionais voltadas para a nova forma política: a democracia.

Na verdade, a consagração do Estado Democrático de Direito previsto no artigo 1º da Constituição Federal é a síntese histórica dos conceitos de constitucionalismo e de democracia. Nesse pensar, o constitucionalismo quer dizer limitação do poder e supremacia da lei e, democracia pode ser entendida como soberania popular e governo da maioria.⁷ Assim, no constitucionalismo há uma tentativa jurídica (do Direito) de oferecer limites à Política, por meio da Constituição onde, pode-se afirmar que esses conceitos se completam e se complementam mutuamente representando um verdadeiro equilíbrio para o Estado Democrático de Direito.

Ocorre também que, a democracia não é um fim que se atinge uma única vez e de vez por todas. Como resultado de aspirações políticas de um povo, ela é fruto de longas disputas políticas e conquistas sociais que sempre carecem de ser cultivadas para que não haja risco em sua preservação e continuidade bem como, para que não haja retrocessos sociais.⁸

Assim, pode-se afirmar que o conceito de democracia está ligado à pluralidade de decisões que podem ser produzidas na sociedade moderna. A atual sociedade se caracteriza pela pluralidade de situações que, introduzidas no sistema, aumentam a complexidade das sociedades modernas. A democracia orienta e normatiza os processos complexos que resultam dos diferentes sistemas sociais. Em suma, democracia nada mais significa que o oferecimento de inúmeras possibilidades de decisões, preservando a complexidade dos sistemas. É através da democracia que o sistema pode construir inúmeras alternativas para os diversos problemas que venham a surgir.

Entretanto, antes de fazer referência ao Estado Democrático de Direito, é preciso fazer menção ao Estado Constitucional. Este, é compreendido como um “Estado que submete a lei a uma relação de adequação e, portanto, de subordinação ao direito estabelecido pela Constituição”⁹. Nesse ínterim, a

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 101.

⁸ SILVA, Denival Francisco da. **De guardião a vilão: a contribuição do poder judiciário no desmonte da democracia no Brasil**. Florianópolis: EMais, 2018, p. 15.

⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia**. Trad. Marina Gascón. 4.

Constituição é considerada o norte de qualquer interpretação jurídica e, um instrumento à disposição dos cidadãos dotada de mecanismos jurídicos para salvaguardar-lhes contra qualquer ação, abusiva ou não, por parte do Estado.

Na era das chamadas constituições sociais dirigentes¹⁰, dotadas de um amplo rol de direitos fundamentais sociais, a atuação mais enfática do Estado para implementação desses direitos passa a ser considerada dentro da normalidade para alguns autores. “As Constituições, nesse período, assimilaram a missão do Estado de promover a justiça social e passaram programas de ação a serem implementados pelo Poder Público”¹¹ – ou seja, além serem dotadas de um amplo rol de direitos fundamentais, as Constituições passam a traçar também fins políticos a serem perseguidos pelos Estados. Outros autores questionam esse modelo intervencionista do Estado Democrático de Direito mediante a força normativa da Constituição. No Brasil, a Constituição de 1988 previu um extenso rol de direitos fundamentais, individuais e sociais que, acabaram por exigir do Estado uma postura prestacional mais ativa. Para Streck¹², essa união indissolúvel de Estado Democrático de Direito com à realização dos direitos fundamentais trata-se de um *plus* normativo.

Observa-se que a participação mais intensa do Judiciário foi justamente após 1988 quando da promulgação da Constituição Republicana e retorno da democracia. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 é um marco histórico de profundas transformações no direito brasileiro revelando a ideia que um Estado Democrático de Direito advém da aproximação entre o constitucionalismo e a soberania popular. Diante dessa nova ordem constitucional, surge a necessidade

ed. Madrid: Editoria Trotta, 2002, p. 34.

¹⁰ “A Constituição dirigente não estabelece uma linha única de atuação para a política, reduzindo a direção política à execução dos preceitos constitucionais, ou seja, substitui a política. Pelo contrário, ela procura, antes de mais nada, estabelecer um fundamento constitucional para a política, que deve mover-se no âmbito do programa constitucional. Dessa forma, a Constituição dirigente não substitui a política, mas se torna a sua premissa material. O poder estatal é um poder com fundamento na Constituição, e seus atos devem ser considerados constitucionalmente determinados.” DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 72.

¹¹ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 19.

¹² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 150.

de uma maior atuação por parte do Poder Judiciário na tentativa de concretizar as garantias asseguradas no texto constitucional.

Nesse cenário, o advento do Estado Democrático ocasionou um deslocamento do Executivo e Legislativo em direção ao Judiciário – esse compreendido como um instrumento privilegiado de participação política e exercício da cidadania.¹³ Quando a Constituição adquire o legado de conquistas políticas e realização das promessas da democracia foi, automaticamente, conferido ao Judiciário a tarefa de, quando falharem as vias políticas, este será Poder que dará substancialidade ao texto constitucional.¹⁴ Entretanto, há que se referir que quanto maior a interferência do Judiciário nos demais poderes, maior é a responsabilidade dos que julgam as decisões.

[...] Todavia, quanto mais se ganha notoriedade, maiores serão as preocupações em conter os espaços conquistados, sobretudo se o avanço de um dos Poderes implicar a redução de significância dos demais. A harmonia que deve coexistir entre os Poderes somente é possível ser mantida se nenhum deles alvoroçar com ares de superioridade.¹⁵

Na verdade, o deslocamento do centro das decisões para o Poder Judiciário acabou por modificar o cenário jurídico do Brasil no sentido de não ser mais aceito a vontade do legislador ordinário como supremacia constitucional nem mesmo o raciocínio da subsunção dos fatos à norma como última instância. Posturas conservadoras não condizem com o novo papel que foi atribuído ao Poder Judiciário pós Constituição de 1988. Atualmente, para que uma decisão do legislador seja democraticamente aceita esta precisa ser concretizada pela interpretação do Judiciário. Para Passos¹⁶, “o legislador democrático deve permanecer ostentando a qualidade de protagonista, mas o magistrado passa a deter a última palavra¹⁹ em questões relevantes do país.”

¹³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 36.

¹⁴ SILVA, Denival Francisco da. **De guardião a vilão**: a contribuição do poder judiciário no desmonte da democracia no Brasil. Florianópolis: EMais, 2018, p. 130.

¹⁵ SILVA, Denival Francisco da. **De guardião a vilão**: a contribuição do poder judiciário no desmonte da democracia no Brasil. Florianópolis: EMais, 2018, p. 130-131.

¹⁶ PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas**: o problema da legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 115.

Em síntese, no cenário jurídico atual há uma dependência em relação ao Poder Judiciário para que seja possível o cumprimento dos preceitos constitucionais. Foi o surgimento dessa nova realidade que levou ao aumento funcional do Poder Judiciário e, conseqüentemente, ao surgimento do chamado protagonismo judicial. Ou seja, aumentando a relevância do papel do magistrado com a função de interpretar além de decidir, há também o aumento do grau de discricionariedade das decisões judiciais.

Passado, portanto, um momento inicial de “estranhamento”, a assimilação expressa dos direitos sociais jogou o juiz constitucional para o campo da implementação de direitos. Ao contrário das clássicas liberdades negativas, agora era assinalada uma tarefa ativa ao Estado, restando o juiz constitucional como protetor da vontade constitucional de implementação desses direitos prestacionais.¹⁷

Desse modo, o juiz constitucional¹⁸, no exercício de sua função, passou a portar o dever constitucional de implementar os novos direitos assegurados - este será o ponto central da interpretação constitucional. Ademais, a atividade interpretativa do juiz constitucional está limitada a ordem jurídica-constitucional e, conseqüentemente, a aceitação da criação do direito por obra dos tribunais judiciais.¹⁹ Isso porque, analisando a atividade dos juízes e tribunais é claro que eles são “criadores” em suas decisões, não poderia ser diferente. O problema reside no limite dessa criatividade. “A leitura correta é a de que o juiz não dispõe de competência para substituir o legislador, exercendo a tarefa de criar leis. Porém, não pode afastar-se da análise, no caso concreto, quanto à coerência da legislação ao conteúdo constitucional.”²⁰

[...] De fato, o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha -, não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete.

¹⁷ TAVARES, Andre Ramos. **Manual do poder judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

¹⁸ Nesse pensar, quando a Constituição passa a ser considerada o centro do sistema jurídico, toda a interpretação jurídica é direta ou indiretamente uma interpretação constitucional e, o juiz, um juiz constitucional.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 21. Título original: *Giudici legislatori?*

²⁰ SILVA, Denival Francisco da. **De guardião a vilão: a contribuição do poder judiciário no desmonte da democracia no Brasil**. Florianópolis: EMais, 2018, p. 123.

Discrecionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à *liberdade judicial*, tanto *processuais* quanto *substanciais*.²¹

Em suma, pode-se afirmar que a criatividade jurisdicional é inevitável e até legítima carecendo é de limites/restrições para a criatividade. A criação faz parte da interpretação jurídica, todavia, o juiz constitucional não possui total liberdade na atividade interpretativa sendo adstrito ao conteúdo constitucional. Nesse sentido, o magistrado pós Constituição Federal de 1988 não mais apenas decide conforme a lei (subsunção legal) e sim, deve “interpretar” o texto normativo sempre de acordo com o sistema jurídico-constitucional o que gerou um aumento funcional significativo em suas estruturas.

No Estado Democrático de Direito também, há o aumento do grau de autonomia do Direito devido ao anterior fracasso e falta de controle sobre a Política. Esse aumento da autonomia do Direito revelou também o controle sobre a constitucionalidade das leis. Entretanto, o Brasil não possui um Tribunal Constitucional (*ad hoc*), existente nos países que serviram de modelo para a promulgada Constituição brasileira mantendo esta o controle misto²² de constitucionalidade.

A maioria dos países ocidentais democráticos adotou o Tribunal Constitucional como mecanismo de controle entre os Poderes estatais²³ todavia, essa realidade ainda não foi implantada no Brasil, adepto tanto do controle difuso de constitucionalidade quanto do controle concentrado de constitucionalidade. Nesse contexto, qualquer uma das partes, no curso de uma ação, pode suscitar a inconstitucionalidade da lei ou de ato normativo na esfera municipal, estadual ou

²¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 21. Título original: *Giudici legislatori?*

²² O direito constitucional brasileiro é caracterizado pela existência de duas modalidades de exercício de controle de constitucionalidade: difuso e concentrado, por isso a nomenclatura de controle misto de constitucionalidade.

²³ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, 23, p.115-126, nov. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2019, p.115.

federal,²⁴ esse é o chamado controle difuso²⁵ de constitucionalidade, que acaba por representar um instrumento de filtragem constitucional na medida em que declara (ao final do processo judicial) a inconstitucionalidade da lei (com efeitos restritos ao caso concreto, *inter partes*, salvo exceções²⁶). Ademais, no Estado Democrático de Direito, pode-se afirmar que é dever do magistrado realizar, sobretudo, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição. Assim, o juiz deixa de aplicar a lei “inconstitucional” onde a questão de (in)constitucionalidade será declarada em momento posterior pelo Órgão Especial do Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal. Após, e somente após, a inconstitucionalidade da lei ocorrerá a intervenção no Poder Legislativo, para o então Senado Federal suspender a lei e conferir o efeito *erga omnes* e *ex nunc* à decisão.

Já no controle concentrado de constitucionalidade, que ocorre dentro da ação direta de inconstitucionalidade, os efeitos da decisão são *erga omnes* (vinculantes), em face da Lei 9.868/1999.²⁷

Trata-se, assim, da aplicação dos conceitos de vigência e eficácia da lei, a partir de suas consequências exsurgente das especificidades emanadas do controle concentrado de constitucionalidade (que, no sistema jurídico, tem a função de nulificar a lei, com efeito *erga omnes*) e do controle incidental-difuso de constitucionalidade (que tem a função de retirar a eficácia da lei para aquele caso concreto).²⁸

Em síntese, Streck²⁹ retrata que “o controle difuso diz respeito à vigência de lei e o controle concentrado à retirada da validade de um ato normativo.” Essas mudanças revelaram um novo modo de olhar e compreender o Direito. O juiz, intérprete natural do Direito, assume o fundamental papel de guardião das promessas da modernidade previstas na Constituição. “O magistrado, com isso, abandona a condição de mero aplicador do Direito, assumindo o posto de

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 526.

²⁵ O controle difuso de constitucionalidade foi inspirado no modelo norte-americano da *judicial review*.

²⁶ A exceção consta no parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 535.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 572.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 529.

concretizador do direito. A atividade criativa deixa de ser monopólio do Legislativo, passando a competir tal múnus também ao magistrado.”³⁰ Junto com esse papel mais ativo do Judiciário, houve também a necessidade de limitar a atividade jurisdicional. É antidemocrático e, sobretudo, inconstitucional incentivar o protagonismo do Poder Judiciário, autorizando-o a fazer política por meio de posicionamentos isolados de vontades em prol de sentimentos pessoais de justiça. Essas mudanças paradigmáticas no Direito revelaram a necessidade de um Judiciário muito mais proeminente do que em outras épocas. “Por conta da expressividade de suas atribuições advindas com o novo constitucionalismo, cabe ao Poder Judiciário o controle da constitucionalidade, para depurar no caso concreto os eventuais excessos e abusos.”³¹ Na realidade, o Judiciário vem se tornando o último reduto político moral da sociedade, mas, há que se ter cautela com essa invasão que atualmente o Judiciário vem exercendo na competência dos demais Poderes, principalmente porque a discricionariedade judicial é antagônica à democracia.

A partir do instante em que o Poder Judiciário assume o controle da constitucionalidade das leis, este adquire maior notoriedade e poder de decisão. Mas, o que tinha pretensão positiva, gerou, por outro lado, riscos de extrapolação dos limites de atuação dos juizes. Essa mudança, e diga-se, não reivindicada pela magistratura, não podia então passar sem firmes reações contrárias.³²

Foi justamente o fato de atribuir ao Judiciário o controle de constitucionalidade que permitiu um certo grau de criatividade jurídica em razão das omissões enfrentadas no processo hermenêutico de interpretação.

Sob outro viés, quando o Judiciário é muito invocado é um sinal que a democracia não está bem. “Quanto mais acionado for é sinal de que as instâncias políticas não estão atendendo aos mandamentos constitucionais, fazendo da vontade democrática do constituinte voz rouca, sem nenhuma ressonância.”³³

³⁰ PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 144.

³¹ SILVA, Denival Francisco da. **De guardião a vilão: a contribuição do poder judiciário no desmonte da democracia no Brasil.** Florianópolis: EMais, 2018, p. 153.

³² SILVA, Denival Francisco da. **De guardião a vilão: a contribuição do poder judiciário no desmonte da democracia no Brasil.** Florianópolis: EMais, 2018, p. 154.

³³ SILVA, Denival Francisco da. **De guardião a vilão: a contribuição do poder judiciário no desmonte da democracia no Brasil.** Florianópolis: EMais, 2018, p. 132.

Conforme já mencionado, o advento do Estado democrático acabou por aumentar o compromisso com a concretização dos valores fundamentais e, por consequência, o poder discricionário dos juízes. Em se tratando de discricionariedade judicial, o jurista italiano Gustavo Zabrebelszky remete-nos a ideia da constituição viva³⁴ ou seja, de uma constituição cuja atualização da mesma não depende de reformas, mas sim de uma contextualização e, nesse pensar, é inevitável o poder discricionário dos juízes quando a interpretação da letra fria da lei é atribuída ao contexto do caso geral. A discricionariedade ora evidenciada faz parte do contexto que a sociedade brasileira está inserida: uma sociedade que busca a efetivação democrática de inúmeros direitos já constantes no texto constitucional.

Frente aos impulsos dessa nova sociedade formalizada globalmente, que acaba por transpor os limites geográficos dos Estados, é necessário a reconstrução da teoria jurídica contemporânea com um novo e focado olhar compreendendo o grau de complexidade que essa sociedade se encontra, além do Estado e Direito dela.

Ou seja, é preciso compreender que, nesta quadra da história, o Direito assume um caráter hermenêutico, tendo como consequência um efetivo crescimento no grau de deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional), pela impossibilidade de o legislativo (a lei) antever todas as hipóteses de aplicação. À medida que aumentam as demandas por direitos fundamentais e que o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios, invade, cada vez mais, o espaço reservado à regulamentação legislativa (liberdade de conformação do legislador), cresce a necessidade de se colocar limites ao “poder hermenêutico” dos juízes.³⁵

Uma sociedade que é regrada pelo Direito que é limitado pela Constituição Estatal. Nesses ditames, toda interpretação jurídica deve ser disposta pela filtragem da Constituição a que, por si só, já limita a atividade interpretativa dos juristas. É o caso concreto, o interesse jurídico ou ainda, a problemática evidenciada que se adapta à Constituição e não ao contrário.

Nesse descompasso, para que seja possível a continuidade do modelo

³⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces Constitucionales. Tradução de Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 16.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 97.

político democrático é preciso reinventá-lo e não alterá-lo. É de acordo com esse pensamento que alguns autores ressaltam a importância de haver participação efetiva em outras instâncias políticas, buscando deixar a democracia o mais plural possível.³⁶ “Isso requer que sejam criados e valorizados canais de participação individual, concomitante com a formação de uma consciência coletiva, no que se refere aos verdadeiros fins de uma sociedade democrática.”³⁷

Contudo, o constitucionalismo contemporâneo nos trouxe uma nova realidade jurídica: um panorama onde a Constituição é o cerne da interpretação jurídica e, conseqüentemente, o Poder Judiciário o órgão estatal responsável pela concretização dos direitos fundamentais. Entretanto, defender a adequada intervenção da jurisdição constitucional não dá direito a decisionismos por parte dos juízes e tribunais. A Constituição tem o dever de limitar a direção da interpretação jurídica tornando-a compatível com a democracia defendida pelo constitucionalismo do Estado Democrático de Direito.

1.2 A interpretação conforme a Constituição – princípio constitucional

A promulgação da Constituição Federal de 1988 colocou a Constituição como cerne de toda interpretação jurídica. Passados mais de 30 anos, ainda se reluta pela obrigatoriedade de que toda e qualquer interpretação possua como ponto de partida o texto constitucional, sob pena, inclusive, de violação constitucional. Para Streck³⁸, a interpretação conforme a Constituição não é apenas uma forma de interpretação e sim trata-se de um princípio constitucional. Assim:

Alçada à categoria de princípio, a interpretação conforme a Constituição é mais do que princípio, é um *princípio imanente da Constituição*, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com

³⁶ SILVA, Denival Francisco da. **De guardião a vilão**: a contribuição do poder judiciário no desmonte da democracia no Brasil. Florianópolis: EMais, 2018, p. 46.

³⁷ SILVA, Denival Francisco da. **De guardião a vilão**: a contribuição do poder judiciário no desmonte da democracia no Brasil. Florianópolis: EMais, 2018, p. 50.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 317.

ela. Desse modo, em sendo um princípio (imane), os juízes e tribunais não podem (so)negar a sua aplicação, sob pena de violação da própria Constituição.

Mais que um princípio, uma premissa a ser cumprida em toda interpretação jurídica, a interpretação conforme a Constituição deve ser sempre observada pelos juízes e tribunais. No tocante à validade de uma lei, somente é considerada válida a lei que estiver em conformidade com o conteúdo material da Constituição. Nesse pensar, traz-se novamente à pesquisa a compreensão de Streck³⁹ fazendo referência ao mestre italiano Ferrajoli:

[...] A partir desta ótica garantista, explica Ferrajoli, o juiz está sujeito somente à lei enquanto válida, isto é, coerente com a Constituição: “A interpretação judicial da lei é sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, *(os significados que são) compatíveis com as normas substanciais e com os direitos fundamentais por ela estabelecidos*”. Fazer isso, segundo o mestre italiano, é fazer *uma interpretação da lei conforme à Constituição, e quando a contradição é insanável, é dever do juiz (ou do Tribunal) declará-la inconstitucional*.

Para que a aplicação de uma lei seja considerada válida é necessário que esta esteja de acordo com a lei constitucional, isto é, “a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico.”⁴⁰ Caso contrário (quando a interpretação não está de acordo com a Constituição), cabe ao juiz ou tribunal declarar a inconstitucionalidade da lei. O meio mais eficaz da defesa desse princípio constitucional por parte dos defensores das partes é a exigência da observância de outro princípio constitucional que é o da motivação das decisões jurídicas.

A motivação das decisões é uma exigência do Estado Democrático de Direito, uma garantia que proporciona o exercício da ampla defesa em qualquer processo. É direito das pessoas que os aplicadores do ordenamento jurídico fundamentem todas as decisões, como forma de controle dos atos judiciais. “*Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões sob pena de*

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 316.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 311.

nulidade [...] As decisões administrativas dos tribunais serão motivadas (CF, art. 93, incs. IX e X).⁴¹

Nesse sentido, exigir do Judiciário tanto a motivação/fundamentação das decisões judiciais quanto à interpretação conforme a Constituição é uma das maneiras democráticas para se afastar a discricionariedade dos juízes. Ademais, esse também é um dos papéis da doutrina: exigir a motivação detalhada de toda decisão jurídica e a interpretação sempre de acordo com o texto constitucional para que seja possível, então, limitar o protagonismo exacerbado da atividade judiciária.

1.3 A caracterização do ativismo judicial no Brasil

Nos seus primórdios, o ativismo judicial foi um fenômeno jurídico que surgiu e se desenvolveu nos Estados Unidos.⁴² Primeiramente, foi chamado de *judicial review* – terminologia utilizada na referência ao controle judicial de constitucionalidade das leis. Entretanto, esse instituto surgiu a partir de uma decisão judicial proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento do caso *Marbury vs. Madison* em 1803.⁴³ A partir desse caso emblemático de atuação da Corte Constitucional dos Estados Unidos, o ativismo se desenhou e difundiu-se, aos poucos, passando a fazer parte da cultura jurídica de diversos países.

Desse modo, o caso *Marbury vs. Madison* representa, não só o marco inicial do exercício da *judicial review* (controle judicial ou controle de constitucionalidade), mas também o prisma central das primeiras ponderações acerca do protagonismo de juízes e tribunais.⁴⁴

⁴¹ QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na constituição brasileira.** Curitiba: Juruá, 2011, p. 165.

⁴² TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 65.

⁴³ RAUPP, Mauricio Santos. **Ativismo Judicial: características e singularidades do voluntarismo à concretização de direitos.** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 13.

⁴⁴ RAUPP, Mauricio Santos. **Ativismo Judicial: características e singularidades do voluntarismo à concretização de direitos.** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 16-17.

Todavia, a origem histórica do termo ativismo judicial não se confunde com a origem do fenômeno (caso *Marbury vs. Madison*). Essa ocorreu em 1947, em um artigo titulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na revista *Fortune* pelo historiador americano *Arthur Schlesinger Jr.*⁴⁵ Note-se que, o advento linguístico da expressão ativismo judicial não surgiu no meio jurídico e sim em um artigo publicado em uma revista por um jurista, mas, sobretudo, um jornalista. Na ocasião, o jornalista traçou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte norte-americana os classificando como ativistas judiciais⁴⁶. Para Schlesinger, ativistas eram os juízes cuja atuação revelava-se comprometida com políticas de bem-estar, ou seja, com objetivos sociais não alcançados apenas pelo Judiciário, mas, também, advindo de outros Poderes.

No Brasil, pode-se afirmar que a prática do ativismo judicial foi fomentada com a promulgação da Constituição brasileira em 1988 seja pela previsão de um extenso rol de direitos fundamentais seja pelo fortalecimento da função jurisdicional.⁴⁷

[...] a doutrina tenta justificar o ativismo judicial a partir da ideia de que a Constituição propicia uma *abertura principiológica*, em que a *ponderação* exsurge como a técnica a ser empregada na aplicação dos *princípios* – entendidos como mandados de otimização – a fim de produzir decisões justas cujas respostas resultam de uma argumentação jurídica que respeite a proporcionalidade.⁴⁸

Assim, nessa linha de pensamento, incentivar-se-ia o protagonismo judicial no momento em que se substitui o *juiz boca da lei* (do positivismo legalista) pelo juiz que pondera princípios mediante a valoração destes conforme sua consciência. Isto é, a possibilidade de aplicação de princípios constitucionais (no lugar de regras) acabou por ampliar a possibilidade de decisionismos judiciais.

⁴⁵ RAUPP, Mauricio Santos. **Ativismo Judicial**: características e singularidades do voluntarismo à concretização de direitos. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 49.

⁴⁶ VALLE, Vanice Lirio do (org). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal** – Laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 20.

⁴⁷ RAUPP, Mauricio Santos. **Ativismo Judicial**: características e singularidades do voluntarismo à concretização de direitos. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 88.

⁴⁸ TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 53, p. 137-164, 2011. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/30764/19872>>. Acesso em: 17 jul. 2019, p. 157.

Para Barroso⁴⁹, a quem o ativismo judicial retrata uma forma mais ampla de participação do Judiciário na realização de valores e fins constitucionais com a interferência na atuação dos demais Poderes, a atividade ativista de um juiz pode se manifestar em três diferentes maneiras:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matérias de políticas públicas.

Ponto em comum em qualquer uma das situações evidenciadas é que a atividade do Poder Judiciário precisa ser invocada. Na realidade, essa mudança paradigmática restou por acentuar a criatividade na atividade judiciária na interpretação dos direitos fundamentais. Houve uma ampliação de grau e não de conteúdo pois, toda a interpretação possui cunho criativo retratando um mínimo de discricionariedade e, quanto mais vaga a lei e imprecisos os elementos do direito, maior a possibilidade de decisões discricionárias na atividade judicial.⁵⁰

Interpretar uma política legislativa não é um ato mecânico. Por uma parte, a interpretação dá concretude à lei. Por outra, não menos relevante, a interpretação é sempre um ato criativo. A norma, enquanto premissa decisória formulada pelo sistema político, necessita desse complemento criativo e legitimador que a interpretação põe à sua disposição. A decisão judicial, por sua vez, depende da definição política das metas legislativas. Isso em tese, põe limites à discricionariedade judicial.⁵¹

Toda a decisão jurídica tem que ser norteada por um sentido, um sentido constitucional o que significa dizer que temos a Constituição como cerne de toda e qualquer interpretação jurídica. Entretanto, a modernidade enfrenta um paradoxo. Um juiz que avança para uma realidade mais próxima do cidadão (e, portanto, que invade indevidamente o âmbito de outro Poder estatal) tende a ser discriminado,

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.306.

⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 42. Título original: *Giudici legislatori?*

⁵¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 148-149.

mas, contrariamente, se sua atividade fosse apenas aplicar a letra da Constituição, sua existência não seria necessária e sua conduta continuaria a ser discriminada.

Não se pode confundir, entretanto, a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Isto seria antidemocrático. Com efeito, defender certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais assenhem da Constituição.⁵²

A Constituição nos apresenta a normatividade superior de um ordenamento, mas cabe aos juízes e tribunais determinar a solução mais justa ao caso concreto interpretando-a. Nesse pensar, o juiz está adstrito à Constituição. Um juiz livre para falar o que bem entender seria, no mínimo, antidemocrático. Contudo, a decisão jurídica não pode ser fruto de uma escolha entre várias escolhas e sim a melhor solução jurídica para a solução, dotada precipuamente de interpretação constitucional.

1.4 A relação existente entre a judicialização da política, o ativismo judicial e o Princípio da Separação dos Poderes

Quando a prestação jurisdicional vai além dos limites do ordenamento jurídico, ou seja, quando o juiz julga a partir de atos de vontade sem conotação constitucional, essa forma de decidir mais ativa é chamada de protagonismo judicial. Dentro do protagonismo judicial tem-se a judicialização da política e o ativismo judicial como espécies. Para Streck⁵³ tanto o ativismo judicial quanto a judicialização da política fazem parte do gênero protagonismo judicial e não se confundem.

A doutrina brasileira também divide em duas a forma de atuação do Poder Judiciário. Uma, advinda de uma forma mais expansionista de atuação do Judiciário

⁵² STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, constitucionalismo e as necessárias críticas à dogmática jurídica. **Revista Culturas Jurídicas**, Niterói, v. 1, n. 1, p. 73-98. Disponível em: <<http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/51/6>>. Acesso em: 17 jul. 2019, p. 83.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

e outra, oriunda de atos de decisionismos judiciais do julgador que decide conforme a sua consciência. Na judicialização da política, o poder de decisão do Legislativo e do Executivo é transferido ao Judiciário e, no ativismo judicial é o próprio Judiciário que extrapola suas funções na busca por solucionar fins sociais contidos na Constituição Federal.

Contudo, o fenômeno conhecido por “judicialização da política” nada mais é que a intervenção do Poder Judiciário nos Poderes Executivo e/ou Legislativo em relação às políticas públicas. Ou seja, nos casos em que os Poderes Executivo e Legislativo não encontram soluções para suas demandas, esses Poderes transferem ao Poder Judiciário a solução desses conflitos judicializando suas políticas. “A judicialização da política é um processo que se alimenta dos interesses econômicos e sociais centrais, que por sua vez estruturam o sistema político.”⁵⁴ Nesse sentido, a judicialização da política é considerada forma de protagonismo judicial mais ampla que o ativismo judicial pois importantes decisões políticas do Executivo e Legislativo passam a serem decididas pelo Judiciário. “Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.”⁵⁵

Conforme evidenciado, a judicialização da política decorre das condições sociopolíticas do Estado moderno onde o Poder Judiciário intervém na deficiência dos demais Poderes. Assim, “[...] o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes.”⁵⁶ Para Tassinari⁵⁷, a judicialização é muito mais que um excessivo número de

⁵⁴ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, 23, p. 115-126, nov. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2008-dez-22>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2008-dez-22>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

⁵⁷ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19.

demandas políticas que desaguam no Judiciário, sendo uma questão ligada a atual composição do cenário jurídico.

A judicialização da política verifica-se ainda diante de um conjunto de circunstâncias que descentraram a atenção da política judiciária para a política do judiciário. Neste caso, o confronto político do judiciário com os outros poderes do Estado dá-se quando, diante da apatia ou da incapacidade dos poderes políticos em resolver os conflitos ou em atender às demandas dos grupos sociais, o recurso aos tribunais leva o judiciário a interferir na política pública e nas condições de sua efetivação.⁵⁸

Outrossim, a judicialização de demandas políticas é um fenômeno que faz parte das democracias contemporâneas, onde na ineficiência os outros Poderes e busca pela concretização dos direitos fundamentais, o Judiciário é invocado para solucionar os problemas sociais. Isto é, em situações eventuais de retração e instabilidade política, as demandas sociais não atendidas satisfatoriamente pelo Legislativo e Executivo, serão analisadas pelo Judiciário circunstancialmente. Fala-se em circunstancialmente porque não foi o Judiciário quem “voluntariamente” decidiu em intervir em tal questão e sim, foi demandado para tanto. Todavia, ao transferir para o Judiciário a responsabilidade pela tomada de decisões políticas, os Poderes Legislativo e Executivo acabam por diminuir os riscos e responsabilidade, isto é, o controle democrático (*accountability*) de suas decisões. No fundo, quanto maior o comprometimento dos juízes e tribunais com suas decisões, maior será o comprometimento com a *accountability* hermenêutica.

Levando-se em conta toda essa conjuntura inerente ao processo de judicialização das relações sociais, o tema que mais se destaca é a transferência do poder decisório de questões polêmicas para o Judiciário, evitando-se, com isso, o desgaste no debate público. E isso interessa (e muito) aos Poderes Legislativo e Executivo, que poupam conflitos com seus eleitores e com isso preservam a imagem pessoal.⁵⁹

Nesse pensar, a judicialização da política revela um duplo viés: o social e o político. “Ou seja, ela emerge tanto de um contexto social de exigência de direitos, bem como de um arranjo político de desídia na implementação desses mesmos

⁵⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 29-30.

⁵⁹ RAUPP, Mauricio Santos. **Ativismo Judicial: características e singularidades do voluntarismo à concretização de direitos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 105.

direitos fora da jurisdição, questões que se imbricam mutuamente.”⁶⁰ Desse modo, a judicialização da política apresenta-se como uma questão social pois não depende da vontade do órgão judicante. E, disciplinar uma questão social em uma norma constitucional é transformar essa mesma questão em uma (potencial) pretensão jurídica, a ser exercida (facultativamente) mediante (um)a ação judicial.⁶¹ Com isso, para que fosse possível falar em diminuição do fenômeno da judicialização não seria possível apenas falar em medidas do Poder Judiciário e sim um comprometimento deste com os demais Poderes constituídos.

Uma vertente do fenômeno da judicialização da política é o seu inverso no qual não se pode deixar de mencionar: a politização da justiça. A politização da justiça nada mais é que a utilização de critérios políticos como fundamento nas decisões das cortes constitucionais revelando um sistema jurídico incapaz de manter os seus limites funcionais e, paradoxalmente, um sistema político expansionista.⁶² Ambos fenômenos são ruins para a democracia e representantes de típico desvio funcional.

Já o ativismo judicial ocorre quando o exercício da função jurisdicional ultrapassa os limites impostos pelo ordenamento jurídico o que acaba por levar a uma descaracterização da função típica do Poder Judiciário. Entretanto, considera-se ativismo judicial um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.⁶³ Assim:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).⁶⁴

⁶⁰ TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 31-46, jul./dez. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume282/02.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2019, p. 40-41.

⁶¹ RAUPP, Mauricio Santos. **Ativismo Judicial: características e singularidades do voluntarismo à concretização de direitos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 104.

⁶² CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 183.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2008-dez-22>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

⁶⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

Conforme mencionado acima, há uma disfunção do Poder Judiciário. Para Elival Ramos⁶⁵, interpretar a Constituição de maneira criativa é bem diferente de inventar normas. Interpretar de uma maneira evolutiva, dentro de um contexto normativo é positivo, todavia, quando o juiz transcende a norma para sobrevalorizar princípios constitucionais, ele invade a competência do Poder Legislativo. É nesse sentido que Ramos afirma que se está diante de uma disfunção do Poder Judiciário. “Afinal, ativista é aquele juiz que extrapola os limites da legislação (*stricto sensu*), normatizando (no sentido de criação do direito) de forma diversa do que está legislado.”⁶⁶

O juiz não pode ser considerado um servo da lei e sua atividade funcional não consiste apenas em reproduzir o texto constitucional. Como detentor da jurisdição (atividade de dizer o direito), o magistrado age em nome do Estado tendo como base premissas previamente estabelecidas na Constituição e a esta normatividade deve obediência.⁶⁷ “A norma, por sua vez é, senão, o exercício hermenêutico da interpretação, da transposição do texto legal, construído pelo legislador na medida exata à situação concreta.”⁶⁸ E, na busca por cumprimento dos mandamentos constitucionais, se exacerbar como julgador os limites de seu poder, de decisão passa haver decisionismos judiciais.

A explicação do advento do ativismo judicial tem suas raízes na caracterização de diversas omissões constitucionais de responsabilidade do Poder Legislativo. Ante a necessidade de concretização efetiva da Constituição, o Poder Judiciário tem se mostrado cada vez mais sensível na tarefa de assegurar, nos casos submetidos ao seu exame, os direitos reclamados, mesmo ante a ausência de legislação regulamentadora.⁶⁹

⁶⁵ MILÍCIO, Gláucia. Ativismo judicial estica limites da Justiça. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12>>. Acesso em: 26 set. 2019.

⁶⁶ SILVA, Denival Francisco da. **De guardião a vilão**: a contribuição do poder judiciário no desmonte da democracia no Brasil. Florianópolis: EMais, 2018, p. 159.

⁶⁷ SILVA, Denival Francisco da. **De guardião a vilão**: a contribuição do poder judiciário no desmonte da democracia no Brasil. Florianópolis: EMais, 2018, p. 149.

⁶⁸ SILVA, Denival Francisco da. **De guardião a vilão**: a contribuição do poder judiciário no desmonte da democracia no Brasil. Florianópolis: EMais, 2018, p. 148-149.

⁶⁹ CRUZ, Gabriel Dias Marques da. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 104.

Ante sucessivas omissões, principalmente legislativas e, com a tarefa constitucional de assegurar o cumprimento dos direitos garantidos constitucionalmente, tem-se o ativismo no Poder Judiciário. Em síntese, o ativismo está associado ao elemento volitivo do julgador que, por sua vez, demonstra a discricionariedade da decisão e, por conseguinte, ultrapassa os limites impostos pela Constituição. Decidir conforme a sua consciência não é um decidir democrático. É um decidir autoritário, arrogante e, sobretudo, fora do ordenamento jurídico.⁷⁰

Ademais, trata-se de um fenômeno relacionado a questão da aplicação e interpretação do Direito. A partir do momento que é criada uma solução jurídica (que o magistrado entende ser adequada) por meio de convicções pessoais do magistrado como, por exemplo, convicções religiosas, morais, econômicas, políticas e etc., em substituição da legislação existente (Direito), há usurpação de função.

Assim, haveria ativismo quando o tribunal utiliza prerrogativas típicas dos ramos legislativo e executivo, como a tomada de decisões políticas e determinação de garantias para sua efetivação, no processo de interpretação da lei à luz da constituição.⁷¹

Exemplificando, pode-se afirmar que há ativismo judicial quando um juiz fundamenta suas decisões em fatos políticos (e não jurídicos) decidindo “fora” do sistema jurídico vigente. Nesse pensar, “[...] a ideia de um ativismo nos tribunais está evidentemente ligada ao grau de discricionariedade que se reconhece à atividade jurisdicional, especialmente quando é apresentada sob rótulo da interpretação constitucional”⁷² remetendo-nos a compreensão que o fenômeno do ativismo judicial surge devido a ausência de normas constitucionais adequadas para solucionar os conflitos sociais e políticos.

Por sua vez, o ativismo é gestado no seio da sistemática jurídica. Trata-se de uma conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas

⁷⁰ SILVA, Denival Francisco da. **De guardião a vilão: a contribuição do poder judiciário no desmonte da democracia no Brasil**. Florianópolis: EMais, 2018, p. 151.

⁷¹ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 189.

⁷² TAVARES, Andre Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 74.

atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade.⁷³

Em compreensão ao exposto na citação acima, o ativismo judicial tem nascedouro no interior do sistema jurídico sendo que a judicialização da política, embora manifestante no Judiciário, tem nascedouro fora do interior do sistema jurídico.

Assim, o ativismo judicial também pode ser considerado como reflexo da característica principiológica da Constituição com a necessidade de otimizar o ordenamento jurídico o que justificaria a atuação mais densa e constante do Judiciário.⁷⁴ Nesse pensar, o ativismo é reflexo de um problema de interpretação do Direito onde analisa-se a vontade do intérprete na busca pela melhor (ou correta) interpretação constitucional.

Quanto ao aspecto de interferência do Poder Judiciário no Poder Executivo, determinando e obrigando que o órgão público forneça medicamentos ou tratamento médico, necessário destacar que tal realidade decorre da ausência de comprometimento do Poder Público com a efetivação dos direitos fundamentais inviabilizando as transformações sociais. Não tendo o Executivo e o Legislativo atuado, adequadamente, para a proteção desses direitos, a Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXV, assegura o acesso ao Poder Judiciário para subsidiariamente, fazer valer dos direitos constitucionais^{36, 75}.

Conforme mencionado acima, no caso do Poder Público (Executivo) não fornecer um medicamento ou tratamento médico para determinado cidadão e havendo um garantia constitucional de suporte de saúde do Estado para com seus cidadãos, este tem o direito constitucional de recorrer subsidiariamente ao Judiciário para cumprimento de seu direito por força do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição

⁷³ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 32.

⁷⁴ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MAGALHÃES, Caroline Porto. Jurisdição constitucional aberta, ativismo judicial e judicialização: o princípio da proporcionalidade como instrumento de resolução de conflitos entre direitos fundamentais. In: GORCZEVSK, Clovis (org). **Constitucionalismo contemporâneo**: concretizando direitos/organização de Clovis Gorcevski e Mônia Clarissa Heninng Leal. Curitiba: Multideia, 2013, p. 59.

⁷⁵ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MAGALHÃES, Caroline Porto. Jurisdição constitucional aberta, ativismo judicial e judicialização: o princípio da proporcionalidade como instrumento de resolução de conflitos entre direitos fundamentais. In: GORCZEVSK, Clovis (org). **Constitucionalismo contemporâneo**: concretizando direitos/organização de Clovis Gorcevski e Mônia Clarissa Heninng Leal. Curitiba: Multideia, 2013, p. 63.

Federal⁷⁶.

Da mesma forma que foi mencionado sucintamente a politização da justiça como fenômeno inverso ao da judicialização da política, far-se-á breve referência ao fenômeno oposto ao do ativismo judicial: a autocontenção judicial. Assim, a “autocontenção judicial ocorre quando o Poder Judiciário reduz significativamente suas intervenções nos atos dos outros Poderes.”⁷⁷ No fundo, o fenômeno da autocontenção acaba por ser mais formalista, minimizando a análise do caso concreto e valorizando o legislador ordinário na perspectiva dos poderes estatais.

Ocorre que, o Poder Judiciário pós promulgação da Constituição de 1998 é de característica casuísta, isto é, quando demandado, analisa-se o caso concreto. O perigo da convergência ao caso concreto é a proatividade, ou melhor, os limites da proatividade. Dito de outra maneira, na busca por assegurar o cumprimento do texto constitucional proativamente, os juízes e tribunais extrapolam os limites funcionais do Poder Judiciário e de guardião da Constituição passam a ser “vilão”. Esse interessante entendimento é abordado pelo magistrado goiano Denival Francisco da Silva.⁷⁸

[...] A visão democrática requer privilégio aos mandamentos do seu texto, nos quais sobressaem os Direitos Fundamentais. São temas urgentes, inderrogáveis, sobre os quais o Judiciário não pode se omitir, diante de omissões já praticadas pelos demais poderes. O Ativismo Judicial, porquanto, neste campo, implica justamente a medida exata para se fazer cumprir a Constituição, compreendendo-a com sua alta carga normativa e mandamental.⁷⁹

Na busca pelo cumprimento dos mandamentos constitucionais, a constitucionalização democrática acaba por incentivar a confrontação do Judiciário com os outros Poderes. Com o Legislativo, o confronto ocorre principalmente na interferência judicial de formação, controle e implementação de políticas públicas. Para tanto, exige-se um Judiciário independente e autolegitimado do sistema

⁷⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...]:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.308.

⁷⁸ SILVA, Denival Francisco da. **De guardião a vilão: a contribuição do poder judiciário no desmonte da democracia no Brasil**. Florianópolis: EMais, 2018.

⁷⁹ SILVA, Denival Francisco da. **De guardião a vilão: a contribuição do poder judiciário no desmonte da democracia no Brasil**. Florianópolis: EMais, 2018, p. 158.

político. Essas novas facetas redimensionam o equilíbrio entre os poderes estatais, mas são capazes de gerar também consequências indesejáveis tais como: a personalização da atividade judicial (na pessoa do juiz-herói), o aumento da discricionariedade judicial e a instrumentalização política do Judiciário.⁸⁰

Mesmo sendo o ativismo considerado como consequência do aumento de relevância política ao Poder Judiciário devido ao momento de constitucionalização democrática a que se vive, o ativismo judicial não se assenta com o Estado Democrático de Direito - entendimento a qual se coaduna. Não se pode permitir uma decisão fundamentada por convicções pessoais do juiz para concretizar direitos em favor da democracia, embora muitos autores entendem que o ativismo judicial é indispensável a implementação dos direitos fundamentais. Todavia, uma decisão ativista que esteja em plena conformidade com o ordenamento jurídico vigente não é errada, o erro ocorre quando essa decisão judicial é fundamentada em argumentos que transcendem o meio jurídico, retratando uma falsa juridicidade a esta decisão. Não é função do Judiciário legislar. O Congresso é que tem competência para tanto. Permitir que um juiz “crie” leis é, sobretudo, destruir o Estado de Direito.

Com isso, dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se inexorável.⁸¹

Inexorável no sentido de fazer parte do contexto atual da sociedade. Uma maior atuação do Judiciário, principalmente do “campo” das políticas públicas, desde que esta atuação esteja dentro dos limites estabelecidos pela Constituição não pode ser considerada maléfica. Reitera-se, o problema reside nos limites a serem observados, isto é, no uso inadequado do poder de decidir dos juízes e tribunais. Judicializar as demandas do Executivo e Legislativo que não estão sendo cumpridas faz parte do cenário jurídico atual.

Ademais, não se pode confundir também o ativismo judicial com a

⁸⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 115-116.

⁸¹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 56.

proatividade interpretativa. O ativismo é proibido já a proatividade interpretativa aonde o juiz tem o dever de “desvelar” o significado constitucional de um preceito jurídico é um dever estatal. Um dever, “enfim, de imprimir aos enunciados jurídicos todos os ganhos de funcionalidade sistêmica a que eles se predisponham.”⁸² E, sobretudo, um dever democrático de interpretar de acordo com o texto constitucional.

Assim, quanto maiores forem as mazelas e dificuldades da sociedade, mais avultosa será a atuação do Judiciário, que irá interferir na atuação especialmente do Poder Executivo, o que o faz legitimado na própria Constituição, que apesar de trazer no seu conteúdo a separação dos poderes, também garante direitos fundamentais a cada ser humano, especialmente os que se relacionam à dignidade humana, como direito à vida, a saúde, valorização do trabalho, entre outros.⁸³

Por isso, é mister a análise do Princípio da Separação de Poderes. Uma moderna reformulação desse princípio propõe-se, pois, a organização da estrutura do Estado proposta por Montesquieu⁸⁴ está cada vez mais distante. Assim, abandona-se a ideia tradicional de Separação de Poderes nas sociedades modernas, isto é, a tipicidade dos Poderes estatais está gradativamente mudando por abusivas interpenetrações de um Poder em outro. A materialização dos direitos fundamentais prestacionais exigiu um reposicionamento das funções dos Poderes estatais.⁸⁵

As complexas sociedades atuais exigem um novo enquadramento dos Poderes estatais para a efetivação dos direitos assegurados. Aliás, o próprio Estado moderno exige que os Poderes estatais sejam intensamente atuantes para dar conta dos compromissos que a ordem constitucional-democrática impõe. Ainda, a

⁸² BRITTO, Carlos Ayres. Poder Judiciário: ativismo *versus* proatividade. In: **Estadão**. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,poder-judiciario-ativismo-versus-proatividade-imp-,1693122>>. Acesso em: 24 set. 2019.

⁸³ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MAGALHÃES, Caroline Porto. Jurisdição constitucional aberta, ativismo judicial e judicialização: o princípio da proporcionalidade como instrumento de resolução de conflitos entre direitos fundamentais. In: GORCZEVSK, Clovis (org). **Constitucionalismo contemporâneo: concretizando direitos/organização** de Clovis Gorczewski e Mônia Clarissa Henning Leal. Curitiba: Multideia, 2013, p. 60.

⁸⁴ O pensamento proposto por Montesquieu, consolidado na Revolução Francesa, foi evidenciado em contraposição ao Absolutismo e pode ser sintetizado pela necessidade de “limitar o poder pelo poder”.

⁸⁵ QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na constituição brasileira**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 146.

divisão funcional atual assume diversos contornos “admitindo-se, sem pudores, o compartilhamento de atividades e o exercício de múltiplas funções por um mesmo órgão.”⁸⁶

Assim, o que num primeiro momento parece um princípio absoluto, torna-se relativizado. Na realidade, os Poderes estatais exercem funções que, em princípio, não seriam típicas, mas, necessárias para realizarem a sua própria atribuição constitucional.

A doutrina constitucional classifica as funções dos Poderes em típicas e atípicas, sendo típicas aquelas de exercício predominante e específico de cada Poder e atípicas aquelas em que ocorre uma atuação acessória de outro Poder.⁸⁷ Em síntese, é função típica do Legislativo é a normativa, do Executivo a administrativa e do Judiciário a função jurisdicional. Entretanto, os Poderes não perdem suas características principais quando exercem atividade de outro Poder de forma secundária.

Pode-se afirmar que a interferência entre as funções estatais ocorre de maneira substancial onde o núcleo da função típica de cada Poder somente pode ser exercido pelo Poder competente.⁸⁸ Desse modo, o Princípio da Separação de Poderes existe, inclusive para que haja um controle de constitucionalidade entre os Poderes estatais. Na concepção de Neves⁸⁹, esse controle é exercido rigorosamente inclusive sob os atos do Executivo, vinculados diretamente à Constituição e, portanto, vinculados à legislação e ao controle jurisdicional. Para o Autor, “não se pode conceber Estado de Direito sem o princípio da legalidade e o controle jurisdicional.”

A afirmação acima retrata o que vivemos atualmente: o avanço nas competências institucionais do Judiciário passando da função de legislador negativo (papel contramajoritário) para uma nova função de legislador positivo – nos casos

⁸⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 117.

⁸⁷ CRUZ, Gabriel Dias Marques da. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101-102.

⁸⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 118.

⁸⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 192.

em que não há previsão legal para as novas demandas sociais. Esse aumento de demandas para o Poder Judiciário acaba por fragilizar o âmbito dos demais Poderes estatais. É o que alguns autores chamam de crise institucional. No Brasil, junto com demais países da América Latina, quando os regimes democráticos surgiram de um contexto de ruptura com os regimes ditatoriais, as razões para a ascensão do Judiciário advêm tanto desse ambiente de tensão entre os Poderes estatais quanto da crise democrática.⁹⁰

Portanto, o que a Constituição define no Estado Democrático de Direito não é uma hierarquia de Poderes e sim uma repartição orgânica de competências. Tem-se decisões políticas que são, sobretudo, decisões constitucionais e normas jurídicas que são, inclusive, normas constitucionais. Outrossim, observa-se que um Poder Judiciário mais atuante é reflexo de um Legislativo mais inerte. Conforme evidenciado anteriormente, foram as sucessivas omissões legislativas que levaram a atuação mais proeminente do Judiciário.

Muito mais que um princípio expresso na Magna Carta, o Princípio da Separação de Poderes implementa um modelo de cooperação recíproca entre os Poderes estatais voltada à concretização de objetivos comuns entre eles. Nas omissões dos Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário será invocado para atuar e essa atuação não pode ser taxada como uma infringência ao Princípio constitucional de Separação de Poderes também devido a unicidade do poder. Atribui-se um sentido mais profundo a este princípio onde o Poder estatal é *uno* mas dotado de uma diversa complexidade de procedimentos contrariando a assertiva de que há quebra da unidade do Poder do Estado. “Assim, a separação de poderes é uma organização jurídica de manifestação do poder.”⁹¹

Contudo, o Princípio da Separação de Poderes no Estado Democrático de Direito não pode ser considerado uma barreira intransponível a proteger omissões administrativas.⁹² Por isso a defesa de que como forma de controle entre os limites

⁹⁰ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 30.

⁹¹ COSTA, Andréa Elias da. Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 52.

⁹² QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais**: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na constituição brasileira. Curitiba: Juruá, 2011, p. 147.

dos Poderes estatais também se trata de garantia constitucional.⁹³ Esse controle é exercido pelo Judiciário não porque o Poder Judiciário é o melhor dos Poderes mas porque este foi o Poder eleito como guardião da Constituição e o responsável pela concretização dos direitos fundamentais, sobretudo na inércia de outro Poder estatal.⁹⁴

Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos²⁴⁰, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos da nossas sociedades contemporâneas^{241, 95}.

Para tanto, defende-se uma interpretação constitucional eivada de sentido e, principalmente, comprometida com a legislação democraticamente construída. Coube à Constituição estabelecer as limitações de interferências legítimas nas decisões de um Poder sobre o outro a fim de evitar arbitrariedades entre os Poderes estatais.⁹⁶ Limitar a interpretação do julgador é, sobretudo, uma questão de democracia. Em razão da atual conjuntura brasileira, não há como evitar uma postura proativa do Judiciário, principalmente do Supremo Tribunal Federal como guardião e intérprete da Constituição, mas, deve-se guiar e limitar a atuação estatal como forma de exercício legítimo de democracia.

Embora haja inclusive no Supremo Tribunal Federal (além de posições doutrinárias) uma confusão quanto os gêneros do protagonismo judicial, isto é, não diferem corretamente a judicialização da política do ativismo judicial, esses são diferentes formas de protagonismo. A judicialização da política, mediante a

⁹³ BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013, p. 227.

⁹⁴ QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na constituição brasileira**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 148.

⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 107. Título original: *Giudici legislatori?*

⁹⁶ MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos Direitos Fundamentais. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 162.

invocação do Judiciário, na maioria das vezes, por omissão do Legislativo ou Executivo, faz parte da atual forma de democracia exercida na atualidade. O ativismo judicial, sob o prisma não somente de concretização de direitos fundamentais, mas com a extrapolação das funções judiciais com a respectiva invasão nas políticas públicas, por exemplo, se caracteriza, na verdade, como uma patologia constitucional. Como aceitar uma interpretação advinda de convicções pessoais (políticas, religiosas, morais, filosóficas, etc.) do julgador? Discricionariedade não é natural à decisão judicial. Aceitar esse tipo de posicionamento representa, inclusive, uma perda de autonomia do sistema jurídico em favor de opções políticas, religiosas, morais e assim por diante, do julgador.

[...] o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia³³. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente.⁹⁷

Portanto, quando chega a apreciação do Judiciário um interesse político, o Judiciário não pode decidir com base em argumentos políticos, mesmo que esse interesse seja puramente político é preciso judicializá-lo. O interesse político, quando incorporado pelo sistema jurídico, deixa de ser político e passa a ser jurídico. Nesse pensar, o Judiciário está a cumprir sua função constitucional sob o qual não lhe cabe negar apreciação.

Não cumprido espontaneamente o dever jurídico, o titular do direito lesado tem reconhecido constitucionalmente o direito de exigir do Estado que intervenha para assegurar o cumprimento da norma, com a entrega da prestação. Trata-se do direito de ação, previsto no art. 5º, XXXV, da

⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 33. Título original: *Giudici legislatori?*

Constituição, em dispositivo assim redigido: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.⁹⁸

Se o Poder Judiciário não transformasse um interesse político em interesse jurídico ele estaria a fazer políticas públicas e isso não é permitido.⁹⁹ O direito não faz políticas públicas. O que ele pode fazer é atuar na regulamentação da execução das políticas públicas, jamais executar uma política pública – essa forma de agir sempre caberá ao Poder Executivo. No tocante à questão, o Ministro Celso de Mello, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, estabeleceu algumas observações ao Poder Judiciário para que a intervenção deste nas políticas públicas não pudesse ser considerada arbitrária ou desmedida. Segue abaixo parte do voto do Ministro cujo entendimento corrobora com o aqui evidenciado:

“implementar políticas públicas não está entre as atribuições do Supremo nem do Poder Judiciário como um todo. Mas, é possível atribuir essa incumbência aos ministros, desembargadores e juízes quando o Legislativo e o Executivo deixam de cumprir seus papéis, colocando em risco os direitos individuais e coletivos previstos na Constituição Federal.”¹⁰⁰

Assim, há limites as serem observados em toda e qualquer intervenção entre os Poderes estatais. Se esses limites não forem observados compromete-se, sobretudo, a integridade da Constituição Federal. Entretanto, a criatividade judicial, nos casos em que o juiz é obrigado a fazer escolhas políticas (muitas vezes por delegação do próprio legislador), deve ser exercida de acordo com os valores fundamentais positivados no ordenamento jurídico do Estado o que não significa ser essa criatividade contrária à divisão estatal de Poderes ou ofensiva ao Estado Democrático de Direito.¹⁰¹

Se há limites éticos ao ativismo político dos juízes, tais só poderão ser

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 220.

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 64.

¹⁰⁰ BRASIL. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF, de 29 de abril de 2004. Rel. Min. CELSO DE MELLO. **Notícia veiculada pelo informativo/ STF nº 345/2004**.

¹⁰¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 48-49.

ponderados a partir do recorte histórico e do estudo de casos, implicados em uma linguagem que reconheça a integridade e a idiosincrasia do debate brasileiro.¹⁰²

Assim, muito embora o ativismo judicial seja praticado com a justificativa de efetivação de alguns direitos constitucionais, sua prática é, sobretudo, preocupante pelo fato de desequilibrar a construção do Princípio da Separação e de Poderes e o respeito ao Princípio da Legalidade, esse visto como essência do Estado de Direito.¹⁰³ Todavia, há que se mencionar que certa discricionariedade é inexorável no processo hermenêutico, o que não significa, desde que legítima, risco a lógica da Separação de Poderes. As decisões constitucionais não podem ser equiparadas a emissões de juízos de magistrados e tribunais e sim ser a resposta constitucionalmente adequada ao caso concreto em questão.

Contudo, independentemente da forma de protagonismo exercida, não há como ignorar que a prática do protagonismo judicial no Brasil ocorre e, ainda, que ocorre com potencialidade de crescimento no sentido de justificativa para efetivar os direitos garantidos na Constituição da República. Atualmente, tem-se cada vez mais mitigado os limites entre as funções do governo o que acaba por fomentar o campo da criação judicial. Analisar-se-á a seguir, então, esses fenômenos à luz da teoria sistêmica do direito com intuito de melhor compreensão do ativismo judicial recorrente no Brasil.

¹⁰² GUERRA, Gustavo Rabay. O Papel Político do Judiciário em uma Democracia Qualificada: a outra face da Judicialização da Política e das Relações Sociais. In: **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Disponível em: <www.revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/>. Acesso em: 24 set. 2019, p. 14.

¹⁰³ CRUZ, Gabriel Dias Marques da. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 108.

2 O ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA DA TEORIA SISTÊMICA DO DIREITO

Acionado o Poder Judiciário, deve haver uma decisão, isto é, mediante provocação, os juízes e tribunais têm o dever de decidir. No Estado Democrático de Direito, toda a decisão jurisdicional deve ser guiada por valores constitucionais. Vaguezas e ambiguidades no texto constitucional não são justificativas para decisionismos jurídicos. Nesse ínterim, toda a decisão jurídica que extrapola os limites do “sistema jurídico” é considerada uma decisão ativista. Para análise dessa perspectiva, adentra-se no cume do marco teórico: a Teoria Sistemática do Direito.

2.1 O sistema social de Niklas Luhmann

A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann empenha-se em explicar a sociedade como um sistema social. Para Luhmann, há 3 tipos de sistemas: os vivos (sistemas biológicos) - que reproduzem vida, os de personalidade (sistemas psicológicos) - que reproduzem consciência e os sistemas sociais (sistemas comunicacionais) - que, por sua vez, reproduzem comunicação. Entre os sistemas sociais, apontam-se outros três sistemas autorreferenciais, sendo eles as sociedades, as organizações e as interações. Todos esses tipos de sistemas são capazes de realizar operações de observação e distinção.¹⁰⁴ Para fins de delimitação deste estudo, analisar-se-á apenas os sistemas sociais e seus significados recorrentes.

Todavia, antes de discorrer sobre a Teoria Sistemática do Direito, é necessário compreender no que consiste um sistema. Basicamente, aponta-se como sistema

¹⁰⁴ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. México DF: Antrhopos, 1996, p. 55.

um conjunto de elementos que formam um todo ordenado. Para o Direito, seria um conjunto ordenado de regras. Entretanto, assevera Luhmann¹⁰⁵:

[...] Ao contrário de muitos juristas, por “sistemas” não entendemos uma interconexão de determinadas regras⁶, mas uma interconexão de operações factuais, que, como ações de comunicação operacionais, dever ser comunicações, independentemente do que essas comunicações afirmem com respeito ao direito. Ora, isso significa: não buscamos o ponto de partida nem na norma, nem na tipologia dos valores, mas na distinção entre sistema e ambiente.

Na realidade, Luhmann cria uma teoria geral da sociedade com a intenção de explicar a sociedade contemporânea supercomplexa. Para a teoria social, a sociedade não é formada por indivíduos e sim por sistemas. Assim, o ser humano não é considerado um sistema em si e sim, é constituído por diversos sistemas.

Contudo, para a Teoria Sistêmica do Direito, o sistema não é um conjunto de regras ordenadas e sim um conjunto de operações comunicativas que acontecem na sociedade. A socialização gera a comunicação. As operações comunicativas ocorrem na sociedade e evidenciam um paradoxo, ou seja, o que não é sistema na sociedade, é ambiente. De um lado, temos a sociedade como o ambiente do Direito e, de outro, todas as operações do Direito, advindas da comunicação, ocorrem na sociedade. Assim, se pode afirmar que não há Direito fora da sociedade, apenas Direito na sociedade.

Tudo que não é comunicação é ambiente. Sem comunicação não há sociedade. “[...] Assim, também o conceito de sociedade se erige como sistema a abranger todas as comunicações, num ambiente em que não há comunicações, mas somente acontecimentos de outro tipo.”¹⁰⁶ - no sentido de todos os sistemas sociais devem ser estudados como realização da sociedade. O Direito pertence a sociedade e realiza ela. A relação entre o Direito e a sociedade possui várias faces:

[...] Por um lado, a sociedade é o ambiente de seu sistema direito; por outro, todas as operações do sistema do direito são também operações na sociedade e, portanto, operações *da* sociedade. O sistema jurídico compreende a sociedade, uma vez que ele se diferencia nela. Em outras

¹⁰⁵ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger e trad. em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 54-55.

¹⁰⁶ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger e trad. em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 73.

palavras, com suas próprias operações (que ao mesmo tempo são operações da sociedade), ele dispõe um corte na própria sociedade, e só por meio desse corte surge nessa sociedade um ambiente de direito interno a ela, e sem consequência disso, pode-se perguntar de que modo a influência desse ambiente exerce sobre o direito sem que isso concorra para que direito e sociedade não mais se diferenciem.¹⁰⁷

Nessa perspectiva, a sociedade é um grande sistema social que compreende todas as formas de comunicação. Os modernos sistemas sociais são compostos por diversos subsistemas sociais que se distinguem entre si de acordo com suas funções. “Nas sociedades diferenciadas funcionalmente, ou seja, marcadas pela presença de subsistemas que operam a partir de códigos de comunicação específicos, a “função” é a relação do subsistema com o todo.¹⁰⁸” Assim, cada sistema tem um tipo singular de função que não pode ser exercida por outro sistema.

A sociedade mundial como resultado da diferença entre sistema e ambiente é formada por vários outros sistemas chamados por Luhmann de sistemas parciais. São diversos subsistemas existentes no sistema “sociedade mundial” que, por sua vez, não se encontram relacionados geograficamente. Nesse sentido, a “sociedade, no seu interior, é composta por sistemas parciais (política, economia, direito, etc.), mas não comporta exclusões geográficas.”¹⁰⁹

Para Luhmann, os subsistemas autônomos surgem com a finalidade de diminuir a complexidade das modernas sociedades. Cada subsistema desenvolve uma estrutura comunicativa diferenciada, autodescritiva, autoconstitutiva e autoreprodutivas¹¹⁰— nomenclaturas estas que serão abordadas no decorrer da pesquisa.

Nesse pensar, o Direito é um subsistema social que, de acordo com a Teoria Sistêmica, nada mais são que sistemas comunicativos, formadores de um todo ordenado, que se reproduzem (autopoietico). Na busca por solucionar problemas na sociedade, surgem novos problemas a solucionar. O Direito retrata

¹⁰⁷ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger e trad. em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 45.

¹⁰⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 155.

¹⁰⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 131.

¹¹⁰ PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 43.

tanto a sua dimensão fechada (positividade) quanto sua dimensão aberta com o ambiente (comunicação social que acaba por se transformar evolutivamente em comunicação jurídica).

A teoria universal sobre a sistemas sociais foi primeiramente retratada por Parsons que pensando sobre o uso de sistemas retratou: “Os sistemas sociais são os constituídos por estados e processos de interação social entre unidades de ação.”¹¹¹ Nessa perspectiva, os sistemas sociais são componentes do sistema mais geral de ação e, portanto, unidades de um sistema geral. Para o Autor, o Direito tem a função particular de promover a integração desses sistemas.¹¹² Em sua teoria, a sociedade é um sistema baseado nos subsistemas cultural, social, econômico e político e enquanto sistema social deve responder a quatro problemas funcionais que são eles: adaptação, instrumentalização de objetivos, manutenção e integração.¹¹³ Todavia, de acordo com os limites desta pesquisa, não se versará sobre esta questão.

Com efeito, as unidades dos sistemas fazem intercâmbios entre si, havendo integrações entre os sistemas e seu ambiente. Nessa seara, ocupa-se com a distinção entre sistema e ambiente. Essa distinção veio a substituir o tradicional conceito de que o sistema era um todo formado por partes na teoria da diferenciação sistêmica.

La consecuencia fundamental es que un sistema social hoy no puede definirse como un todo compuesto de partes relacionadas entre sí. El punto de partida del análisis, más bien, la diferencia entre sistema y entorno, como premisa de operaciones autorreferenciales del sistema mismo. Un sistema social, por tanto, es un sistema distinto de un entorno y operacionalmente cerrado, es decir, capaz de producir por sí mismo los elementos propios y las estructuras propias.¹¹⁴

¹¹¹ PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. São Paulo: Pioneira, 1974. p. 18.

¹¹² CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 143.

¹¹³ BORGES, Rudinei. Talcott Parsons e a configuração do estrutural-funcionalismo. **Revista Parâmetro**, abr. 2011. Disponível em: <<https://revistaparametro.wordpress.com>> Acesso em: 01 jul. 2019.

¹¹⁴ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Barcelona: Antrophos, 1996, p. 153. Tradução: A consequência fundamental é que um sistema social hoje não pode ser definido como um todo composto de partes relacionadas. O ponto de partida da análise é, antes, a diferença entre sistema e ambiente, como premissa de operações autorreferenciais do próprio sistema. Um sistema social, portanto, é um sistema distinto de um ambiente e operacionalmente fechado, isto é, capaz de produzir seus próprios elementos e suas próprias estruturas.

Atualmente, quando se refere a um sistema, automaticamente o diferenciamos de seu ambiente, ou seja, um sistema isolado não existe. Quando se distingue algo de outro algo, descreve-se objetos. Quando não se distingue de nada, descreve-se conceitos. Com a descrição de conceitos é possível adaptar-se a realidade permitindo que a complexidade indeterminada possa ser transformada em complexidade determinável no interior do sistema.

“O conceito de ambiente não deve ser mal-interpretado como um tipo de categoria residual. A relação com o ambiente é, antes, constitutiva para a formação sistêmica.”¹¹⁵ Nessa afirmação está a ideia central da Teoria dos Sistemas que é a equivalência entre o sistema e seu ambiente. Ambos são partes integrantes do todo e, conseqüentemente, o sistema não é mais importante que o ambiente. Assevera Luhmann que “Tudo o que acontece é *sempre ao mesmo tempo* pertencente a um *sistema* (ou vários sistemas) e pertencente *ao ambiente de outros sistemas*. (grifos do autor).”¹¹⁶

O ambiente é um estado de coisas relativo ao sistema. Cada sistema excetua somente a si mesmo de seu ambiente. Por isso, o ambiente de cada sistema é diferente. Com isso, também a unidade do ambiente é constituída mediante o sistema. “O” ambiente é somente um correlato negativo do sistema. Ele não é uma unidade com capacidade para operações, não pode perceber o sistema, não pode tratá-lo, nem influenciá-lo. Por isso, pode-se dizer também que, mediante referência ao ambiente e deixando-o indeterminado, o sistema se *autototaliza*. O ambiente é simplesmente “todo o resto”.¹¹⁷

Outrossim, falar em diferenciação sistêmica é referir a repetição da formação sistêmica no interior dos sistemas. A unidade do sistema, na verdade, acontece na forma de seqüências de operação que reproduzem o sistema autopoieticamente. E, são as operações singulares do sistema que vão distinguir o sistema do

¹¹⁵ LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**: esboço de uma teoria geral. Trad. Antônio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antônio dos Santos Casanova. Rio de Janeiro: Vozes, 2016, p. 202.

¹¹⁶ LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**: esboço de uma teoria geral. Trad. Antônio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antônio dos Santos Casanova. Rio de Janeiro: Vozes, 2016, p. 203.

¹¹⁷ LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**: esboço de uma teoria geral. Trad. Antônio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antônio dos Santos Casanova. Rio de Janeiro: Vozes, 2016, p. 207.

ambiente e de todos os demais sistemas. “É mediante o sistema e somente em relação ao sistema que o ambiente obtém sua unidade. [...] Ele é diferente para cada sistema, já que cada sistema exclui somente a si mesmo de seu ambiente.”¹¹⁸

A Teoria Sistêmica de Luhmann tem uma trajetória marcada por duas fases: na primeira, ele desenvolve uma teoria de sistemas funcional-estrutural, tendo por base a diferenciação entre sistema e ambiente; na segunda, ele substitui a teoria dos sistemas abertos pela dos sistemas autopoieticos.¹¹⁹ Então, nessa segunda fase, Luhmann traz o conhecimento da *autopoiese* dos sistemas definindo-a como a característica de auto-reprodução de seus elementos. “Sistema autopoietico, [...] do grego *auto* (mesmo) e *poien* (produzir), significa a capacidade do sistema de elaborar a partir dele mesmo sua estrutura e os elementos que se compõem.”¹²⁰

Sistema autopoietico é aquele dotado de organização autopoietica, onde há a (re)produção dos elementos de que compõe o sistema e que geram sua organização, pela relação reiterativa (“recursiva”) entre eles. Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente, mas sim por sua organização, isto é, pelo relacionamento entre seus elementos.¹²¹

Nesse pensar, Luhmann define a autopoiese como a capacidade de autoprodução/autorreprodução dos sistemas, ou seja, um sistema autopoietico é o sistema que produz todos os elementos de suas operações e, ainda, que produz seus elementos constitutivos a partir de um regime de fechamento operacional. A conceitualização da autopoiese foi introduzida por Luhmann na Teoria dos Sistemas Sociais por meio de interdisciplinaridade com a Teoria Biológica da Cognição de Humberto Maturana e Francisco Varela (1980). Para Maturana e Varela¹²² “a

¹¹⁸ LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Trad. Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 34.

¹¹⁹ LUHMANN, Niklas. **A nova teoria dos sistemas**. Org. por Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Instut/ICBA, 1997, p.10.

¹²⁰ LUHMANN, Niklas. **A nova teoria dos sistemas**. Org. por Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Instut/ICBA, 1997, p.16.

¹²¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 58.

¹²² ROMESÍN, Humberto Maturana; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**. As bases biológicas do entendimento humano. Trad. Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Editora Psy II, 1995, p. 87.

característica mais marcante de um sistema autopoietico é que ele se levanta por seus próprios cordões, e se constitui como distinto do meio circundante mediante sua própria dinâmica, de modo que ambas as coisas são inseparáveis.”

Traz-se Maturana e Varela porque foram os precursores da ideia de autopoiese (autorreprodução dos sistemas) na contemporaneidade. Embora esse conceito foi abarcado na biologia, sua cognição se espalhou para as demais áreas devido a consistência de suas reflexões, principalmente o ponto de vista que enfatiza que os seres vivos são entidades autônomas. Assim, Maturana e Varela¹²³ entendem que, “para comprender la autonomía del ser vivo, debemos comprender la organización que lo define como unidad.” E, a organização que define o ser vivo como um sistema, é uma organização autopoietica (parte que interessa a pesquisa). Novamente:

[...] A autopoiese é a reprodução fechada (circular) do sistema por meio de si mesmo; ela se realiza ou se interrompe. A estrutura, por sua vez, possibilita um aumento da complexidade desse processo e, assim, eventualmente, uma ampliação do âmbito das situações do ambiente nos quais tal processo é possível. A autopoiese define a individualidade do sistema como fechamento de sua autorreprodução circular. Por meio do desenvolvimento das estruturas as condições sob as quais isso é possível e/ou suficientemente provável em termos evolutivos podem ser ampliadas.¹²⁴

Nesse pensar, observa-se que a autopoiese do sistema veio a substituir o que antes se referia como indivíduo. Para a moderna Teoria Sistêmica, a comunicação vai além da realidade do indivíduo, é uma realidade “*sui generis*” (não é o ser humano que pode comunicar, somente a comunicação pode comunicar) sendo a mesma capaz de construir suas próprias estratégias, as quais, por sua vez, pressupõem a participação de seres humanos.¹²⁵ Assim, o sistema autopoietico produz autonomia própria sobrevivendo independente do ambiente externo, mas atrelado a ele indissociavelmente. Luhmann afirma que “Eles operam, obviamente

¹²³ ROMESIN, Humberto Maturana; VARELA, Francisco. **El Árbol de Conocimiento**. Las bases biológicas del entendimiento humano. Buenos Aires: Lumen, 2003, p. 28. Tradução: “Para entender a autonomia do ser vivo, devemos entender a organização que o define como uma unidade.”

¹²⁴ LUHMANN, Niklas. **Teoria dos sistemas na prática**: Vol I, estrutura social e semântica. Trad. Patrícia da Silva Santos. Petrópolis: Vozes, 2018, p. 147.

¹²⁵ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2007, p. 76.

num mundo sem o qual não poderiam existir e todas as suas operações pressupõem, a cada momento, um acoplamento estrutural a esse mundo.”¹²⁶ Luhmann, então, substituiu a unidade autorreferencial do sistema de Maturana (que é a vida, o indivíduo) para a noção de comunicação na análise da sociedade.

Assim, a “ autopoiese se realiza de momento a momento, de um instante da existência do sistema a outro, por intermédio de suas operações.”¹²⁷ De acordo com esse pensamento, pode-se referir que o sistema tem de levar em conta a sua própria existência a fim de reproduzir suas operações ao longo do tempo, ou seja, independente de ocorrer alguma mudança em suas estruturas, o sistema sobrevive por meio da autopoiese. É a autopoiese que permite a alteração ou a mudança de estrutura no sistema por meio de condicionamentos internos do próprio sistema.

Ademais, um sistema “diferenciado” deve ser ao mesmo tempo aberto e fechado. Cognitivamente aberto para que haja possibilidade de interação com os demais sistemas e o seu ambiente e, operativamente fechado (normatividade) para manutenção da sua unidade (mediante autopoiese). Para Teubner¹²⁸, os subsistemas sociais “constituem unidades que vivem em clausura operacional, mas também em abertura informacional-cognitiva em relação ao respectivo meio envolvente.”

Nesse pensar, todos os sistemas funcionalmente diferenciados possuem unidade própria (código) e fechamento operacional. Sistemas autopoieticos operam, então, abertos e fechados reagindo tanto a situações internas quanto externas. Todavia, esse sistema não pode reagir de modo indiscriminado, deve sempre observar o valor do seu código (condição de abertura e fechamento do seu tipo específico de sistema). A reação decorre da frequência interna do sistema que impõe limites a mecanismo de interdependência com os demais sistemas.¹²⁹ Assim,

¹²⁶ LUHMANN, Niklas. **A nova teoria dos sistemas**. Org. por Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 53.

¹²⁷ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 103.

¹²⁸ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1993, p. 40.

¹²⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 75.

a autopoiese pressupõe um contínuo diálogo entre repetição e estabilidade permitindo que o Direito construa sua realidade e se afirme como unidade.¹³⁰

Na perspectiva sistema/ambiente, o sistema transaciona informações com o meio ambiente denominando-se de *input* a entrada de informações no sistema e *output* a produção de informações no ambiente externo ao sistema. Isto é, o operador do Direito olha para o meio ambiente (como, por exemplo, para interesses sociais, políticos, religiosos, econômicos, morais e etc.) e converge esses interesses em interesses jurídicos fechando-se operacionalmente para produção de uma decisão jurídica (produto do sistema jurídico).

É o esquema *input/output* que vai estabelecer os limites entre o sistema e o ambiente. O sistema pode até oscilar de operação em operação, isto é, entre a referência interna e externa de seus limites, mas jamais irá suspender a simultaneidade inevitável do sistema com o mundo a se observar.¹³¹ Nesse pensar, a relação entre sistema e ambiente é sempre analisada simultaneamente. É nesse sentido que Luhmann relaciona o Direito e a sociedade pela oposição entre sistemas abertos e sistemas fechado (abertura/clausura) ou ainda, entre autorreferência e heterorreferência.

A diferenciação ente autorreferência e heterorreferência, na verdade, reflete o contraste entre o sistema e seu ambiente. “Essas análises mostram que a autorreferência e heterorreferência em forma de fechamento normativo e abertura cognitiva devem atuar em conjunto, tendo, com efeito, o fechamento normativo como base.”¹³² A diferenciação entre autorreferência e heterorreferência é decorrente da própria autopoiese dos sistemas modernos, e isso significa que ao mesmo tempo que um sistema opera em um ambiente aberto ele se orienta internamente pelos efeitos de suas operações.¹³³

¹³⁰ ALVES, Paulo Roberto Ramos. Sociedade policontextual, sentido jurídico e efetividade. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 11, n. 02, p. 880-898, 2018, p. 885.

¹³¹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger e trad. em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p.124. Título original: *Das Recht der Gesellschaft*.

¹³² LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger e trad. em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p.111. Título original: *Das Recht der Gesellschaft*.

¹³³ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger e trad. em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 71. Título original: *Das Recht der Gesellschaft*.

Nesse pensar, a dimensão aberta do sistema jurídico possibilita a alteração e acompanhamento do sistema ao ambiente externo e, ainda, a evolução do sistema. Para Neves¹³⁴, a dimensão cognitivamente aberta do sistema se trata da capacidade de aprendizagem que existe para que esse sistema consiga se adaptar ao ambiente complexo e veloz das sociedades modernas. São os critérios internos e específicos de cada sistema que vai permitir que o sistema aprenda a se adaptar e reciclar o seu ambiente circundante. “Nesse aspecto, a abertura sistêmica sempre ocorre mediante a necessidade de integrar o caso particular à prática jurídica presente.”¹³⁵

Já a dimensão fechada do sistema isola o sistema do ambiente. “Chamamos esses sistemas de “operativamente fechados”, pois eles se fiam em sua própria rede de operações para a produção de suas próprias operações e, nesse sentido, reproduzem-se.”¹³⁶

La clausura operativa trae como consecuencia que el sistema esté determinado a la autoorganización. Sus propias estructuras pueden construirse y transformarse únicamente mediante operaciones propias. Por ejemplo, el lenguaje sólo puede modificarse con la comunicación y no de forma inmediata con el fuego, los terremotos, las radiaciones espaciales, o con las prestaciones perceptivas de una conciencia particular.¹³⁷

Assim, o fechamento operativo nada mais é que a criação de seus elementos somente pelas suas próprias operações do sistema. Também, resulta o fechamento operativo da não-operação do sistema no ambiente, isto é, o sistema não pode estar ligado ao ambiente usando suas próprias operações.

¹³⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 82.

¹³⁵ ALVES, Paulo Roberto Ramos Ales; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. Multiculturalismo e alteridade: observações sistêmicas sobre um discurso da diferença. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 8, n. 2, p. 174-182, maio/ago. 2016. p. 176.

¹³⁶ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger e trad. em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 59.

¹³⁷ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Cidade do México: Herder, 2006, p. 67. Tradução: “O fechamento operacional resulta no sistema sendo determinado para auto-organização. Suas próprias estruturas podem ser construídas e transformadas apenas por meio de suas próprias operações. Por exemplo, a linguagem só pode ser modificada com a comunicação e não imediatamente com o fogo, terremotos, radiação espacial ou com os benefícios perceptivos de uma determinada consciência.”

Para reduzir a complexidade e resolver o paradoxo, o sistema precisa fechar-se operacionalmente, por isso, num processo de repetição e diferenciação simultânea, o sistema fecha-se para a tomada de decisão e redução de complexidade (operativamente fechado); por outro lado, o sistema precisa abrir-se para o ambiente, porque seria impossível a sua autorreprodução somente nele mesmo, ou seja, sem a busca de informações por meio da irritação com o ambiente (cognitivamente aberto), produzindo assim, a sua autorreferência e desempenhando a sua diferenciação funcional.¹³⁸

Ademais, convertendo o sistema os fatores externos em dados próprios (geralmente adaptados e devidamente selecionados através de acoplamentos estruturais e operacionais), o sistema jurídico pode ser alterado ou reciclado, todavia, essa alteração ou reciclagem do sistema tem que estar dentro dos limites já estabelecidos na dimensão fechada do próprio sistema. Para tanto, toda a alteração e mutação de estrutura de um sistema tem que ser produzida operacionalmente dentro do próprio sistema. O fechamento operacional do sistema é fruto do resultado de suas operações. Somente o próprio sistema pode auto-organizar-se. Nesse pensar, é o próprio Direito quem estabelece o que é direito/não direito.

Assim, sempre que se refere ao código lícito/ilícito, trata-se do Direito. É nesse sentido que o sistema é fechado operacionalmente. Se é lícito ou ilícito, deve-se seguir o ordenamento jurídico. Desse modo, o sistema do Direito pode levar em consideração fatores externos, contribuir com o ambiente atribuindo-lhe conhecimento, mas, não pode atribuir normas ao ambiente.¹³⁹ As normas somente dizem respeito ao sistema fechado operacionalmente.

A comunicação entre os diferentes sistemas é designada por Luhmann de acoplamento estrutural. Cada sistema tem elementos próprios que o constituem e o permitem diferenciar de outro sistema e a ligação (comunicação) entre um sistema e outro na perspectiva ambiente é feita por estruturas acopladas entre si.

¹³⁸ AGUIAR, Daiane Moura. RITTER, Letícia Mousquer; GERVASONI, Tássia Aparecida. Globalização, crise e policontextualidade: desafios e perspectivas do Estado e do Direito. In: GORCZEVSK, Clovis (org). **Constitucionalismo contemporâneo: concretizando direitos/organização** de Clovis Gorczevski e Mônia Clarissa Heninng Leal. Curitiba: Multideia, 2013, p. 146.

¹³⁹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger e trad. em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 113. Título original: *Das Recht der Gesellschaft*.

Em outras palavras, o sistema opera em forma de encadeamento de acontecimentos.

O acoplamento estrutural se dá, então, quando dois ou mais sistemas ocasionalmente executem operações autopoieticas (autorreferenciais) que tenham por base os mesmos valores – valores comuns – ou valores complementares, os quais em certas condições conduzem a que os sistemas operem de modo unificado.¹⁴⁰

Para a Teoria Sistêmica do Direito a “comunicação” tem o significado de tornar comum algo entre diferentes sistemas. Trata-se do diálogo feito entre um sistema e outro por meio de um acoplamento estrutural. O conceito de acoplamento estrutural refere-se à relação que deve dar-se entre o sistema e os pressupostos do ambiente com base na continuidade da autopoiese. Assim, deve haver a adaptação do sistema ao seu ambiente. “Porém, como sempre acontece nos avanços de complexidade, os acoplamentos estruturais jamais introduzem normas do ambiente no sistema do direito, só fazem provocar irritação.”¹⁴¹ “O entorno é colocado como condição de possibilidade de abrir links para permitir que a comunicação se acople e saia de sua clausura operacional.”¹⁴² E, para que haja a comunicação entre o ambiente e o sistema há a necessidade de um agente que tenha a intenção de comunicar-se e um receptor que receba ou não esta informação.

Note-se que o acoplamento estrutural está na perspectiva cognitiva do sistema e é por meio desse processo de comunicação com o sistema que o próprio sistema adquire novos conhecimentos que logo serão internalizados por ele de modo autorreferencial.

Pelo processo de produção de comunicação no sistema social, pode-se compreender que a circulação da comunicação entre os sistemas só é possível dentro do próprio sistema, estando, assim, fechado ao ambiente externo. A própria evolução social implica uma adequação do sistema, pois, com a evolução em todas as áreas da sociedade, tem-se uma sociedade de mudança e de adequação.¹⁴³

¹⁴⁰ VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 145.

¹⁴¹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger e trad. em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 596. Título original: *Das Recht der Gesellschaft*.

¹⁴² PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e direito à saúde**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007, p. 57-58.

¹⁴³ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e direito à saúde**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007, p. 59.

Esse é o entendimento que Luhmann retrata no tocante à comunicação. A comunicação entre os sistemas deve ocorrer se fazendo compreensível sob as condições de cada caso analisado. Para o Direito, a simples existência de comunicação é insuficiente para a formação de um sistema jurídico. Este somente passa a existir com uma comunicação orientada pelo código binário lícito/ilícito. Trata-se de um tipo especial de comunicação: a comunicação jurídica. Ademais, para que o sistema comunicativo passe a ser recursivo há a necessidade de ele próprio produzir os seus elementos individuais:

Por todo esto, un sistema de comunicación sólo se mantiene en el momento en que está operando; al utilizar el médium del sentido para la determinación de sus operaciones se vuelve capaz de referirse desde sí selectivamente a otras operaciones dentro de horizontes que le presentan al mundo confluyendo simultáneamente.¹⁴³Toda duración tiene que producirse en el paso hacia otros acontecimientos. Los sistemas comunicativos son sólo posibles como sistemas recursivos dado que sólo pueden producir sus operaciones individuales recurriendo y anticipando otras operaciones del mismo sistema.¹⁴⁴

Ou seja, quando se fala em irritação do sistema (estimulação desse sistema pelo seu ambiente) pode ocorrer a transformação dos estímulos recebidos em conhecimento (cognição), o que pode ocasionar alteração evolutiva de seus programas dentro do próprio sistema. Assim, a abertura sistêmica sempre ocorre para que seja possível a integração da situação fática à prática jurídica.

Luhmann aponta que a Constituição é o norte do acoplamento entre os sistemas jurídico e político sendo a Constituição, também, responsável pela diferenciação funcional entre os sistemas sociais. “[...] Num sentido pleno, contudo, a Constituição, como aquisição evolutiva, cumpre sua função unicamente sob o pressuposto da diferenciação funcional e do fechamento operativo dos sistemas político e jurídico.”¹⁴⁵ Nesse pensar, a Constituição é compreendida como um

¹⁴⁴ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Cidade do México: Herder, 2006, p. 51. Tradução: “Por tudo isso, um sistema de comunicação só é mantido no momento em que está operando; Ao usar o meio de sentido para determinar suas operações, ele se torna capaz de se referir seletivamente a outras operações dentro de horizontes que o apresentam simultaneamente ao mundo. Toda a duração tem que ocorrer no passo em direção a outros eventos. Os sistemas comunicativos só são possíveis como sistemas recursivos, uma vez que eles só podem produzir suas operações individuais recorrendo e antecipando outras operações do mesmo sistema.”

¹⁴⁵ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger e trad. em latim Alexandre

produto evolutivo da sociedade moderna, sendo “fator e produto da diferenciação funcional entre política e direito como subsistemas da sociedade.”¹⁴⁶ No entanto, é necessário que exista a separação entre os sistemas político e jurídico e, conseqüentemente, o fechamento operacional de cada sistema. Dessa forma, é possível garantir a orientação de cada sistema por seu próprio código não reconhecendo como suas as comunicações que não forem produzidas em seu interior. Para a Política, a Constituição é vista como um compromisso expresso de manutenção das garantias dos cidadãos. Já para o Direito ela é vista como uma norma superior hierarquicamente onde todas as outras normas buscam fundamento e validade. “Em última instância, a Constituição permite que o direito trate de questões afetas primordialmente ao subsistema político, à luz de seu código próprio, lícito/ilícito, sem que, com isso, perca sua identidade e seu fechamento estrutural.”¹⁴⁷

Em outras palavras, a junção da Política e do Direito é transmitida por meio da Constituição, como forma de acoplamento estrutural de seus elementos comuns, criando assim ambientes selecionados para debater suas estruturas. “A Constituição assume a forma de acoplamento estrutural, na medida em que possibilita influências recíprocas permanentes entre o direito e a política, filtrando-as.”¹⁴⁸ Na verdade, há uma irritabilidade recíproca entre os sistemas jurídico e político resultante em grande possibilidade do sistema jurídico registrar decisões políticas dotadas de formas jurídica ou, em contrapartida, da Política utilizar do sistema jurídico para implementação de seus objetivos.

Podemos então dizer, em suma, que a Constituição provê soluções políticas para o problema da autorreferência do direito e soluções jurídicas para o problema da autorreferência política. Trata-se de uma Constituição do “Estado”, isto é, supõe-no como objeto real que demanda uma Constituição.¹⁴⁹

-
- Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 642. Título original: *Das Recht der Gesellschaft*.
- ¹⁴⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 97.
- ¹⁴⁷ PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 47.
- ¹⁴⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 97.
- ¹⁴⁹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger e trad. em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 641. Título original: *Das Recht der Gesellschaft*.

No fundo, é na Constituição que está a responsabilidade de todo o Direito. Entretanto, é através do acoplamento estrutural que as Constituições causam “irritações” entre os sistemas político e jurídico na forma de comunicação externa entre eles possibilitando soluções políticas na perspectiva aberta do sistema jurídico e soluções jurídicas na perspectiva fechada do mesmo. Na verdade, a Constituição não transforma operações políticas em importâncias jurídicas, ela apenas permite que haja irritações políticas no sistema jurídico e assim reciprocamente.¹⁵⁰

Ao mesmo tempo que a Constituição estabelece dependência entre os sistemas acoplados, ela os torna autônomos. Trata-se de uma via de duas mãos. De um lado, a Política se autolegitima por referência ao Direito, ou seja, basta o Poder ser exercido de acordo com o texto constitucional para que seja legítimo. De outro, a Constituição permite que o Direito faça uso de programas fornecidos pela Política como, por exemplo, de leis emanadas do sistema político.¹⁵¹

Já no plano das operações internas dos sistemas jurídicos e políticos, tem-se a Política produzindo Política e o Direito produzindo Direito. Para o sistema jurídico, a Constituição representa uma lei fundamental, superior. Já para o sistema político, trata-se de um instrumento político. Mesmo que esses significados denotem contradição, eles são compatíveis mediante a dimensão fechada os sistemas. Para Neves, a Constituição:

[...] impede que critérios externos de natureza valorativa, moral e política tenham validade imediata no interior do sistema jurídico, delimitando-lhe, dessa maneira, as fronteiras. Conforme enfatiza Luhmann, “a Constituição fecha o sistema jurídico, enquanto o regula como um domínio no qual ela mesma reaparece. Ela constitui o sistema jurídico como sistema fechado através do reingresso do sistema”^{80, 152}

Nesse pensar, tem-se o fechamento operacional dos sistemas como indispensável a própria manutenção do Estado de Direito onde embora o sistema jurídico esteja aberto ao meio ambiente por meio de acoplamento estruturais, necessita estar fechado para manter sua unidade.

¹⁵⁰CORREIA, José Gladston Viana. **Sociologia dos direitos sociais: escassez, justiça e legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 48-49.

¹⁵¹CORREIA, José Gladston Viana. **Sociologia dos direitos sociais: escassez, justiça e legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 51.

¹⁵²NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 99.

Para a Teoria Sistêmica do Direito, o fechamento operacional do sistema jurídico está na sua positividade, ou seja, nos comandos juridicamente existentes e vinculantes o que permite a autopoiese do Direito. Assim, quando estamos diante de situações de fato, motivos, interesses e etc., volta-se aos conceitos pré-existentes no Direito, positivados. Ou seja, o Direito possui uma estrutura predeterminada e organizada para atender as demandas independentemente do que venha a acontecer. A validade do Direito é fruto dessas operações pré-estabelecidas. É a positividade do Direito que leva ao fechamento operacional do sistema jurídico e é responsável pela manutenção do próprio Estado de Direito. Para Neves¹⁵³ “positividade significa que a decisão, mesmo se vier a alterar radicalmente o direito, receberá o seu significado normativo do próprio sistema jurídico.”

A positivação para o Direito significa a exclusividade do código lícito/ilícito pelo sistema jurídico com o fechamento operacional do mesmo. Nesse pensar, a positividade é autodeterminidade. Segundo Luhmann, o fechamento operativo de um sistema pode ser chamado de “autonomia” e acrescenta: “Autonomia significa então, literalmente, autolimitação. Vista dessa maneira, a autonomia não tem outro significado que não o de ser consequência de um fechamento operativo⁴³.”¹⁵⁴

A autonomia jurídica é muito mais que a capacidade do Direito de criar seus próprios princípios, é também a capacidade de autoconstituição de ações jurídicas e a criação de institutos jurídicos-doutrinários.¹⁵⁵ Salienta-se também que é a autonomia autopoietica do Direito, conquistada através da positividade do Direito, que permite analisar um interesse (do ambiente externo ao sistema) com o código operacional de direito/não direito. Se há uma comunicação entre sistemas e essa não se identifica com o código lícito/ilícito, é porque não pertence ao sistema direito e sim, pertence a um fato do ambiente circundante ao sistema jurídico. Note-se que para fins da Teoria Sistêmica do Direito, o conceito de autonomia está intimamente ligado ao de autopoiese o que significa dizer que o sistema operando fechado é autônomo.

¹⁵³ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 80.

¹⁵⁴ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger e trad. em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 84. Título original: *Das Recht der Gesellschaft*.

¹⁵⁵ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989, p. 72.

Avançando um pouco mais na teoria sistêmica, Luhmann afirma que um sistema fechado pode ser designado como autorreferencial. “[...] Nessa linguagem, é preciso entender “referir” como “designar” no contexto de uma diferenciação que tem outro lado alternativo (e, em todo caso, capaz de fazer referência) à sua disposição.”¹⁵⁶ Com a premissa, afirma-se que o sistema vem a designar a si próprio em contraste com o seu ambiente. É o que evidencia os ensinamentos de Luhmann¹⁵⁷:

[...] O sistema do direito é um sistema no qual se encontram atreladas operações como auto-observação, com a condição de que a diferença entre sistema e ambiente, produzida por esse operar, seja reintroduzida no sistema e observada com o auxílio da diferenciação entre sistema (autorreferência) e ambiente (heterorreferência). Por isso, toda observação e descrição externa desse sistema deve ser levado em conta, uma vez que o próprio sistema controla a distinção entre autorreferência e heterorreferência.

“O conceito de autorreferência designa a unidade que um elemento, um processo ou o que um sistema é para si mesmo. “Para si mesmo” significa independentemente do corte realizado pela observação de outros.”¹⁵⁸ A autorreferência é aplicável somente ao interior do sistema o que nos permite afirmar que não é possível utilizar esse processo na interação entre sistema e ambiente ou entre sistemas. Todavia, havendo uma descrição de si mesmo, a autorreferência acaba por apresentar a diferença entre sistema e ambiente em seu interior. Note-se que o ambiente é um correlato necessário para os sistemas autorreferenciais. Nesse patamar da teoria, é preciso adentrar na auto-observação e autodescrição dos sistemas.

[...] Por conseguinte, auto-observação é a introdução da diferença sistema/ambiente no sistema, o qual se constitui com auxílio dessa diferença; e ela é também fator operativo da autopoiese, porque na reprodução dos elementos tem de ser assegurado que eles sejam

¹⁵⁶ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger e trad. em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 69. Título original: *Das Recht der Gesellschaft*.

¹⁵⁷ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger e trad. em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 70. Título original: *Das Recht der Gesellschaft*.

¹⁵⁸ LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Trad. Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 52.

reproduzidos como elementos dos sistemas e não como outra coisa qualquer.¹⁵⁹

Para a Teoria Geral dos Sistemas, a auto-observação é componente necessário da reprodução autopoietica onde o seu objeto passa a ser auto-observado e identificado pelo próprio sistema. Já a autodescrição, na verdade, é a textualização da operação do sistema. “[...] trata-se de uma descrição que, além da reflexão, reflete que ela é parte do sistema que descreve e, por conseguinte, tem de satisfazer ao sistema, mostrar consideração por ele, se quiser ser vista como pertencente a ele.”¹⁶⁰ Assim, a autodescrição é a elaboração de um texto que refere a si mesmo, uma descrição de si.

Conforme evidenciado, um sistema autorreferencial exige que ele mesmo seja identificado nas operações atuais do sistema denotando diferença entre ele e os demais sistemas. Portanto, identificados os seus elementos e operações intra-sistêmica, pode-se falar em reflexão, isto é, há um Direito reflexivo com a auto-observação das suas próprias operações dentro do sistema apenas se, dessa autoidentificação se extrai consequências operacionais.¹⁶¹

Nesse pensar, o sistema produz e reproduz autodesignando-se, independente do que venha a acontecer. Ademais, como a sociedade é formada por sujeitos, ela permite auto-observar-se. Nesse cenário, o ponto de partida da teoria de Luhmann é a compreensão de que os seres humanos, limitados, causam a complexidade do mundo e, são destinados a reduzir tal complexidade. Essa afirmativa exige uma reflexão sobre a complexidade. Esta, “entendida como presença permanente de mais possibilidades (alternativas) do que as que são suscetíveis de ser realizadas”¹⁶². Essas possibilidades são apresentadas simultaneamente de forma complexas e contingentes. A complexidade, conforme referido anteriormente, representa para o Autor que sempre há novas

¹⁵⁹ LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Trad. Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 56.

¹⁶⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger e trad. em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 670. Título original: *Das Recht der Gesellschaft*.

¹⁶¹ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989, p. 138-139.

¹⁶² NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 15.

possibilidades além daquelas que podem ser realizadas. Já a contingência se refere às possibilidades apresentadas para aquelas demais experiências poderiam ser diferentes daquelas que foram esperadas, ou seja, um risco inevitável.¹⁶³

Os sistemas complexos, além de adaptarem ao seu ambiente, têm de adaptar-se à sua própria complexidade. Conforme já mencionado, para Luhmann os sistemas têm a função de reduzir a complexidade do mundo permitindo que a vida e a ação humana possam se orientar (autopoiese). A complexidade do mundo – seus tipos e espécies, suas formações sistêmicas – surge, portanto, somente mediante redução de complexidade e mediante condicionamento seletivo dessa redução.¹⁶⁴

“O sistema, conforme Luhmann, é o mediador entre a extrema complexidade do mundo e a pequena capacidade do homem em assimilar as múltiplas formas de vivência.”¹⁶⁵ Mesmo que o desenvolvimento dos sistemas ocorra mediante a autopoiese (criando, recriando e extinguindo seus elementos a partir de suas próprias operações), dentro de um sistema autorreferente e operacionalmente fechado, há situações em que determinados sistemas necessitem operar em conjunto com outros subsistemas ou até mesmo se interpenetrem nesses sistemas havendo uma abertura cognitiva.

[...] A interpenetração pressupõe que os sistemas se distingam e que, apesar disso, entrecruzem-se ou seja: que tenham algo em comum. No caso de sistemas pessoais e sociais, esse “algo” pode ser ações singulares. Uma pessoa interpenetra nesse ou naquele sistema social com suas ações singulares. E, inversamente, aquela quantidade de ações que constitui um sistema social, é efetivada apenas na medida em que uma pluralidade de pessoas está à sua disposição com suas ações. A diferença dos sistemas permanece preservada.¹⁶⁶

Nesse pensar, é possível afirmar que tanto a interpenetração em diverso sistema quanto o acoplamento estrutural entre sistemas diferentes surgem com a

¹⁶³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1983, p. 47.

¹⁶⁴ LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Trad. Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 43.

¹⁶⁵ LUHMANN, Niklas. **A nova teoria dos sistemas**. Org. por Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997. p. 12.

¹⁶⁶ LUHMANN, Niklas. **Teoria dos sistemas na prática: Vol I, estrutura social e semântica**. Trad. Patrícia da Silva Santos. Petrópolis: Vozes, 2018, p. 83.

necessidade de evolução dos subsistemas sociais envolvidos. Ademais, a interpenetração entre sistemas somente é possível mediante um sentido, isto é, um propósito. Quando pensamos em interpenetração de um sistema em outro sistema logo chega-se à co-evolução de ambos. Na verdade, é por meio da interpenetração que podem ocorrer processos de intercâmbio entre sistemas e, posterior evolução dos mesmos.

Para Luhmann, a sociedade complexa é guiada por “sentidos” e o sentido advém da comunicação entre as operações dos sistemas: “A sociedade diferenciada funcionalmente tem sua complexidade intensificada, a contingência de suas operações torna-se, assim, ainda mais ampla, e a isso “responde” a semântica, oferecendo “sentidos”².”¹⁶⁷ Em diversas palavras, a sociedade contemporânea complexa se torna cada vez mais complexa quando há inúmeras possibilidades a serem apresentadas a partir da diferenciação funcional das operações dos sistemas e, isso somente é possível se houver algo em comum (sentido) nessa comunicação.

Logo em seguida, Luhmann fala em evolução de ideias remetendo-nos à sua teoria da evolução - as ideias vão evoluindo e se transformando e, ainda, adquirindo novos sentidos, o que, por sua vez, possibilita a redução de complexidade e as operações do sistema. Assim, a inovação da teoria luhmanniana está em pensar o Direito como operações, isto é, operações decisórias que produzem e reproduzem o sentido do próprio Direito, este fechado operacionalmente.¹⁶⁸

O Direito é, na verdade, um mecanismo que regula a sociedade e, a sociedade está sempre adaptando-se ao seu ambiente que, por sua vez, está sempre em constante evolução. Portanto, Luhmann adota essa perspectiva evolutiva.¹⁶⁹ Para a Teoria Sistêmica, “evolução” compreende um sistema estruturalmente determinado que pode alterar sua estrutura, por meio de suas

¹⁶⁷ LUHMANN, Niklas. **Teoria dos sistemas na prática**: Vol I, estrutura social e semântica. Trad. Patrícia da Silva Santos. Petrópolis: Vozes, 2018, p. 10.

¹⁶⁸ VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 138.

¹⁶⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 23 destaca: “Evolução é o resultado de um processo constante de variação, seleção e estabilização de estruturas. A chave do modelo evolutivo de Luhmann reside na noção de diferenciação social.”

próprias operações. Nesse pensar, o Direito afirma-se como um sistema comunicativo que é capaz de limitar suas próprias operações.

A evolução do direito não é determinada por fenômenos externos, mas por suas próprias escolhas. Em outras palavras, o sistema jurídico evolui às cegas, sem nenhum projeto ou planificação, mas conforme a incerteza em relação à consistência e à adequação de suas seleções.¹⁷⁰

Assim, para a Teoria Sistêmica, a evolução do Direito não se dirige a realização de um fim determinado ou a um ideal ou ainda, a um valor. Ela não é planejada, embora pareça ser. São as escolhas realizadas pelo Direito no contexto social que vão permitindo a evolução dos sistemas sem um planejamento pré-estabelecido. Quando se refere à construção do futuro, cabe repensar as consequências das decisões judiciais. Nessa seara, Luhmann trata do problema do risco. Sobre a questão, Rocha, Schwartz e Clam referem:

[...] pois, cada vez que tomamos uma decisão com relação ao futuro - e sabemos que não é fácil tomá-la, porque existe muita complexidade -, temos que pensar no problema do risco, a possibilidade que ela não ocorra da maneira como estamos pensando. É preciso levar-se em consideração todas as consequências, toda a complexidade que está por trás da produção de uma decisão diferente, isso provém da Administração, da Economia, de outras áreas. O risco é a contingência: uma decisão sempre implica a possibilidade de que as suas consequências ocorram de maneira diferente.¹⁷¹

Paradoxalmente, estamos diante de uma sociedade estável (pois o Direito diz o que é direito/não direito) e, mediante sua moderna complexidade, de uma sociedade instável pois há o risco de a decisão jurídica ocorrer de maneira diversa ao previsto. Pensando na insegurança em relação ao futuro e de um possível dano, pode-se falar em risco “quando qualquer dano seja imputado a uma decisão, isto é, quando esse dano deva ser tratado como consequência de uma decisão (ou daquele que decide ou de outros).”¹⁷²

¹⁷⁰ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade** na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 99.

¹⁷¹ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 39.

¹⁷² GIORGI, Raffaele De. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998, p. 227.

Nos sistemas diferenciados da sociedade moderna, o risco é a condição estrutural da auto-reprodução; de fato o fechamento operativo dos sistemas singulares determinados pelas estruturas e unidos estreitamente, torna possível o controle do ambiente, ou seja, torna improvável a racionalidade e por isso constringe os sistemas a operar em condições de incerteza.¹⁷³

Assim, não há como deixar de referir que a policontexturalidade social, ou seja, a realidade difusa e plural das modernas sociedades, estão inerentes a problemática do risco. Isto é, de uma decisão jurídica ser prolatada de diferente forma de seu planejamento. Para que o inerente risco seja evitado, é preciso controlar tanto o fechamento operativo do sistema quanto sua abertura cognitiva. É controlando o fechamento dos sistemas que se controla a abertura ao ambiente, esta responsável pela incerteza das operações jurídicas.

Evoluindo na análise do sistema social luhmanniano, para o Autor, os sistemas sociais têm uma dupla função, eles são os mediadores entre a extrema complexidade do mundo e a pequena capacidade do homem em assimilar as múltiplas formas de vivência. Tentando reduzir complexidade, os sistemas sociais utilizam-se da dupla seletividade, ou seja, selecionar as possibilidades do mundo a partir de critérios internos ao sistema.¹⁷⁴ Dessa forma, os sistemas são orientados por suas funções, considerando-se a função o principal elemento do sistema.

De outra parte, as exigências da percepção do direito como um sistema, axiologicamente orientado, importam na necessidade do intérprete-aplicador atentar para a existência de normas principiológicas implícitas e para a circunstância de que as normas, institutos e conceitos jurídicos que os expressam não estão simplesmente justapostos no ordenamento, havendo entre todas essas categorias vínculos funcionais que a correta operação do sistema jurídico pressupõe.¹⁷⁵

Quando se refere na teoria luhmanniana à uma sociedade diferenciada funcionalmente quer-se dizer que a sociedade contemporânea é composta por diversos sistemas de funções próprias e, por sua vez, com codificação própria por

¹⁷³ GIORGI, Raffaele De. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998, p. 197.

¹⁷⁴ MADEIRA, Lígia Mori. O Direito nas Teorias Sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 19-39, 2007. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/2907/2197>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

¹⁷⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 326.

sistemas específicos. Assim, os conflitos são sistemicamente internalizados sendo substituídos por comunicações específicas. No caso do sistema jurídico, as comunicações são transformadas em comunicações jurídicas, não sendo possível, por exemplo, buscar explicações econômicas ou políticas, por exemplo, para uma realidade jurídica.¹⁷⁶

Por fim, mesmo diante de um sistema altamente complexo como é o Direito, temos a sociedade como uma comunicação empiricamente observável. O princípio de toda percepção e reconhecimento do mundo é o estabelecimento de uma referência, um guiar que cria uma distinção a partir da qual um observador pode identificar algo. Somente através de uma referência a algo é possível observá-lo e descrevê-lo. Da observação, emerge uma diferença entre dentro e fora.¹⁷⁷ Nesse pensar, a realidade das situações é o que pode ser observado, ou seja, somente o observador é capaz de dizer quais funções compõem um sistema. Da análise das funções chega-se ao problema dos sistemas mediante a diferenciação entre sistema e ambiente.

[...] É evidente que o sistema jurídico opera dentro do sistema da sociedade. Mas, com cada operação de suas operações próprias, ele realiza a autopoiese do sistema jurídico ao renovar a comunicação e delimitá-la em relação a todo o restante. Mas também o sistema do direito realiza a sua própria autopoiese ao seguir única e exclusivamente o código jurídico ou não seguir o código algum, delimitando-se, assim, em relação ao ambiente interno da sociedade.¹⁷⁸

Todavia, o Direito, por si só, não é capaz de produzir comunicações diretas – o que significa dizer que ele depende de outras instituições que possuem capacidade decisória como, por exemplo o Poder Judiciário.¹⁷⁹ De mesma sorte, a sociedade contemporânea complexa desenvolve mecanismos para que seja possível a transformação dessa complexidade desorganizada em um complexidade

¹⁷⁶ ALVES, Paulo Roberto Ramos. Sociedade policontextural, sentido jurídico e efetividade. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 11, n. 02, p. 880-898, 2018, p. 884.

¹⁷⁷ LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais: esboço de uma teoria geral**. Trad. Antônio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antônio dos Santos Casanova. Rio de Janeiro: Vozes, 2016, p. 84.

¹⁷⁸ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger e trad. em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 747. Título original: *Das Recht der Gesellschaft*.

¹⁷⁹ ALVES, Paulo Roberto Ramos. Sociedade policontextural, sentido jurídico e efetividade. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 11, n. 02, p. 880-898, 2018, p. 881.

organizada, isto é, produzindo comunicações cujo o sentido é possível mediante a atuação de racionalidades sistêmicas específicas.¹⁸⁰

Assim, a sociedade para Luhmann é uma sociedade policontextural, isto é, caracterizada multiculturalmente. Nesse ínterim, destacam-se dois aspectos: o primeiro, que o Direito necessariamente possui contato com outros sistemas constantemente como, por exemplo a política, economia, religião, moral e etc. e, o segundo, que o próprio código jurídico (direito/não direito) possibilita discursos paralelos à centralidade estatal na medida em que amolda-se no âmbito do interno dos sistemas jurídicos.¹⁸¹

Contudo, para fins da Teoria Sistêmica do Direito, falar em sociedade é falar em sistemas. A teoria dos sistemas sociais autopoieticos considera além da abordagem sistema/ambiente (abordagem diferencial-teorética), o intercâmbio de comunicações com o objeto e não apenas com o ser humano. É por meio da estruturação sistêmica que pode ser identificado a real problemática entre o social e o jurídico. Ademais, é por meio da Teoria Sistêmica do Direito que se analisa a comunicação entre a sociedade e a norma jurídica, fornecendo-nos importantes elementos para uma teoria do Direito mais apta a interpretações das atuais sociedades complexas. Apresentado pontualmente algumas referências quanto ao sistema social de Niklas Luhmann, passa-se a relacioná-lo com a caracterização do fenômeno do ativismo judicial presente na sociedade brasileira.

2.2 A contextualização do ativismo judicial no “sistema” jurídico brasileiro

Retorna-se ao ponto principal da Teoria Sistêmica, isto é, a diferenciação entre o sistema e o ambiente. Tem-se o sistema como a parte interna do que será analisado e o ambiente a parte externa. O que não pertence ao sistema, é ambiente e, sobretudo, o sistema é formado principalmente por comunicações. A

¹⁸⁰ ALVES, Paulo Roberto Ramos. Sociedade policontextural, sentido jurídico e efetividade. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 11, n. 02, p. 880-898, 2018, p. 883.

¹⁸¹ ALVES, Paulo Roberto Ramos. Sociedade policontextural, sentido jurídico e efetividade. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 11, n. 2, p. 880-898, 2018, p. 886.

comunicação, por sua vez, se desenvolve na sociedade e esta, como um sistema comunicativo, é também um sistema autopoietico, ou seja, produtor de seus próprios elementos.¹⁸² Esse é o ensinamento de Luhmann:

[...] um sistema é a forma de uma diferenciação, possuindo, pois, dois lados: o sistema (como o lado interno da forma) e o ambiente (como o lado externo da forma). Somente ambos os lados constituem a diferenciação, a forma, o conceito. O ambiente, pois, é tão importante para esta forma, tão indispensável, quanto o próprio sistema. Como diferenciação a forma é fechada. [...] tudo o que se pode observar e descrever com esta diferenciação pertence ou ao sistema ou ao ambiente.¹⁸³

Ademais, dentro da Teoria Sistêmica, sempre que se falar no código binário lícito/ilícito, a comunicação é atribuída ao sistema do Direito dentro da sociedade. Da mesma forma vale para a Ciência quando se fala em verdadeiro/não verdadeiro, por exemplo.

Entretanto, o sistema pode desenvolver os seus próprios limites traçando até onde quer ou não adentrar. O Direito não pode ser fundamentado pela Moral, por exemplo, e sim pelas suas próprias leis, ou seja, pelo resultado que o seu sistema produz. É o próprio sistema que limita a comunicação com si mesmo e com os outros sistemas, isto é, expandindo-se ou retraindo-se. Um sistema que liga o passado e o futuro simultaneamente é um sistema autopoietico. Aberto cognitivamente e fechado operacionalmente, é um sistema que tem repetição e diferença.

Dentro do sistema jurídico, os fatos deixam de ser apenas fatos convertendo-se para fatos jurídicos. No entanto, os fatos não podem modificar as normas. Quando relacionado a fatos políticos, o Direito deve “despolitizar” os problemas para que os interesses possam ser tratados com critérios jurídicos. Somente o Direito pode reproduzir suas operações, delimitar seus limites e dizer o que é lícito ou ilícito. O sistema jurídico tido como um sistema autopoietico é capaz de autorreprodução

¹⁸² PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e direito à saúde**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007, p. 38: “Desde a superação do conceito de ação, a compreensão da sociedade como um sistema comunicativo abre espaço à sua consideração como um sistema autopoietico, isto é, um sistema produzido por seus próprios elementos, no qual o resultado de suas operações reverte sempre na permanente construção sistêmica.”

¹⁸³ LUHMANN, Niklas. O Conceito de Sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). **Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997, p. 78.

produzindo ele mesmo os elementos necessários para a sua reprodução o que possibilita a independência do meio ambiente e, por sua vez, sua própria evolução.

A autorreprodução do Direito é possível mediante a existência de tribunais. É a partir da capacidade que os tribunais possuem em delimitar seus próprios problemas, limites e formas do exercício do Poder que é possível manter a continuidade das comunicações jurídicas.¹⁸⁴

“E, no Direito tradicional, as consequências das nossas ações já estão dadas antecipadamente. Se alguém matar e for comprovado isso num processo, vai sofrer determinada pena que já está determinada na legislação. O Direito dá o sentido do futuro.”¹⁸⁵ Qualquer decisão jurídica reenvia ao resultado operações jurídicas anteriores.

Todavia, o ordenamento jurídico tem que encontrar dentro do sistema jurídico a solução para resolução de seus problemas sendo que o atual constitucionalismo não valida interpretações discricionárias. Os limites estruturais de cada sistema são obtidos através da análise da possibilidade da ação do sistema. Diante de ausência e divergências de textos constitucionais, é dever do magistrado encontrar elementos (critérios jurídicos) no seu sistema e emanar constitucionalmente adequada a sua decisão.

Nesse contexto, o sistema jurídico é a chave para definir os limites de atuação dos magistrados e tribunais. O que está fora dele pode ser caracterizado como ativismo judicial.

Para fins deste trabalho, o sistema jurídico é analisado em separado do sistema político, ambos sistemas operacionalmente fechados e autorreferenciais, mas, acoplados estruturalmente. Também, é evidente a sensibilidade do sistema jurídico ao ambiente do sistema político, mas essa sensibilidade tem limites a serem respeitados, estes caracterizados na positividade pré-estabelecida estruturalmente.

Para o sistema político, o direito é uma forma de implementação de suas decisões. Para o direito – que olha para a política desde o código direito/não direito-, o problema reside nas operações e conexões que permitam, com referencias aos seus próprios programas e decisões,

¹⁸⁴ ALVES, Paulo Roberto Ramos. Sociedade policontextural, sentido jurídico e efetividade. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 11, n. 2, p. 880-898, 2018, p. 892.

¹⁸⁵ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 39.

construir premissas que sirvam também para futuras decisões jurídicas. Enquanto para o sistema político a orientação para as consequências da decisão tem natureza política, para o sistema jurídico essas consequências devem ser avaliadas em termos jurídicos. Mesmo quando se fala na jurisdição constitucional – e, portanto, no momento por excelência do necessário acoplamento estrutural entre direito e política – o sistema jurídico deve pensar nos problemas da democracia, da representação política e da correção das decisões políticas a partir de suas referências. O sistema político é separado do sistema jurídico, mas não vive sem ele. Do mesmo modo, o sistema não se confunde com o ambiente, mas não pode ser concebido sem este. Quanto mais profunda a diferenciação entre os dois sistemas, mais evidente a grande interdependência que os vincula.

¹⁶⁶186

Acoplados a Política e o Direito na perspectiva do ambiente de cada um deles, estes sistemas distintos possuem um necessário acoplamento. Quando as decisões do Judiciário são emanadas fora do “sistema” do Direito, poder-se-ia dizer que o ativismo judicial está na dimensão aberta do sistema jurídico, no sentido de uma decisão advinda de critérios não jurídicos. A abertura cognitiva ocorre para fins de integração do caso particular (ou de uma norma modificada) com a normatividade do sistema. Se esse dado interesse não-jurídico não for convertido em interesse jurídico, fala-se em corrupção do sistema. Referindo-se à sistemas, é possível caracterizar que no Estado de Direito há comunicação entre o sistema do Direito e o sistema do Poder. “Mas a circularidade típica do Estado de Direito significa sobretudo uma acentuada interpenetração entre os sistemas jurídico e político”¹⁸⁷ onde o Direito normatiza, por exemplo, procedimentos eleitorais e parlamentares e, o político decide através do legislativo a entrada de novas normas no sistema jurídico.

É necessário, portanto, que o sistema jurídico seja funcionalmente diferenciado dos demais para garantir direitos fundamentais, controlar o arbítrio dos Poderes políticos e econômicos e assegurar o Estado de Direito. Mas essa autonomia funcional vem sempre acompanhada de uma crescente interdependência em relação aos vários subsistemas sociais. Nisso reside a precariedade da autonomia do sistema jurídico e o risco de que o direito não seja capaz de assegurar a contínua diferenciação que caracteriza as sociedades complexas.¹⁵²¹⁸⁸

¹⁸⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 161.

¹⁸⁷ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 92.

¹⁸⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 146.

Conforme evidenciado acima, o Direito é necessário para a manutenção das estruturas da sociedade bem como dos conflitos que surgem nela. Assim, fala-se de um novo modelo de Judiciário pós promulgação da Constituição Federal de 1988. Um judiciário que tem o dever, sobretudo, de garantir a concretização dos direitos fundamentais além de controlar os decisionismos dos poderes Executivos e Legislativos. Entretanto, o sistema jurídico pós-moderno não pode ser designado a operar simploriamente apenas com o código direito/não direito. E, também não significa dizer que o conceito sistêmico do Estado de Direito abarca uma relação entre o jurídico e o político. Em princípio, o político não avalia suas decisões de acordo com o código jurídico do Estado. Há nas sociedades complexas independência entre os poderes estatais.

[...] embora a ordem jurídica prescreva deveres, ônus e responsabilidades dos indivíduos e organizações perante o Estado, também lhes atribui direitos e garantias fundamentais de natureza individual e coletiva. Nesse sentido, o direito não se apresenta simplesmente como mecanismo de justificação do poder ou como instrumento de dominação, mas também serve à delimitação e ao controle do poder.¹⁸⁹

Entretanto, o atual sistema jurídico não possui limites operativos rígidos, tanto que um certo ativismo judicial faz parte da operatividade do sistema. A “politização” dos Tribunais de fato ocorre na sociedade moderna e, por sua vez, o Direito acaba por resolver os problemas surgidos nos outros subsistemas. Entretanto, fala-se em um certo ativismo judicial. A dificuldade reside em limitar esse “certo” ativismo porque o que não pode ocorrer é o Judiciário resolver problemas atinentes ao sistema político, ao sistema econômico e assim por diante. A solução jurídica deve ser sempre jurídica como premissa.

A preocupação sistêmica com a política – na qual o Estado assume um papel organizativo central – reside exatamente na identificação das operações que resgatem a capacidade decisória do sistema político. O Estado produz instabilidades. Deve continuamente responder a demandas e problemas que ele próprio cria e compensar os efeitos gerados por sua incompetência. Assim, a função do Estado é implementar decisões coletivamente vinculantes. A dificuldade decorre da inadequação dos

¹⁸⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 91.

meios disponíveis ao Estado para a ativação de suas decisões. Especialmente os Estados expansivos não reconhecem os limites impostos por códigos externos ao sistema político.¹⁹⁰

Maior falta de segurança jurídica ocorreria se o sistema jurídico abandonasse o seu código direito/não direito e passasse a operar com códigos políticos, científicos, econômicos, morais e etc. É por isso que se defende que as competências decisórias do sistema jurídico devem desempenhar suas funções jurídicas de modo atrelado adequadamente as operações internas do próprio direito, se posicionando contra o fenômeno do ativismo judicial.

A clausura operacional tem função ímpar no sistema jurídico, todavia, o sistema jurídico necessita de realização de acoplamento estrutural com os demais sistemas sociais para acompanhamento das novas demandas sociais.

E qual seria a relação entre o fechamento do sistema (autonomia do Direito) e o ativismo judicial? Entende-se que o ativismo judicial se manifesta sempre que a decisão jurídica comporte um critério político, econômico, moral e assim por diante. Ou seja, sempre que a decisão contenha um critério não-jurídico e, portanto, fora do fechamento do sistema jurídico.

Essas circunstâncias fazem do Judiciário a unidade do sistema legal que, por definição, opera de forma recursiva (i. e., numa relação auto-referencial) somente com elementos desse sistema, o que torna um sistema “funcional diferenciado”. Embora hajam elementos a serem encontrados nesse ambiente que também pertençam a outros – da moral, da economia, da política etc. -, enquanto eles são usados pelo Judiciário para justificar decisões, como por um “toque de Midas” eles são convertidos em elementos do sistema jurídico: o sistema é fechado com e não para o meio^{53 54, 191}

O problema, tanto na vertente do ativismo judicial quanto na judicialização da política, reside na competência atribuída constitucionalmente às cortes e à sobrecarga de decisões sobre questões estritamente políticas. Tem-se a interveniência abusiva do Judiciário em questões estatais de um lado e o excesso de invocação do Judiciário em conflitos políticos de outro. A solução da questão não ocorre apenas com a redução de competências ou com a aplicação de remédios

¹⁹⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 74-75.

¹⁹¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 81-82.

constitucionais. Esses fenômenos são condizentes ao Estado Democrático de Direito sendo que os tribunais constitucionais sempre estarão envolvidos com os conflitos entre o sistema jurídico e político cabendo as suas regulamentações à Constituição.

[...] a política e o direito criam dependência recíprocas. Interrompem-se o circuito da força para o sistema político e o circuito do arbítrio para o sistema jurídico. Nesse contexto, separação de poderes, independência da magistratura e imparcialidade do juiz são condições essenciais de atuação dos dois sistemas.¹⁹²

Assim, uma decisão que seria considerada ativista, baseada em critérios não jurídicos (como por exemplo, baseada em interesses políticos, econômicos, religiosos, morais, científicos e etc.) deve converter tais interesses em interesses jurídicos dando juridicidade e validade a decisão jurídica futura. Caso contrário, isto configura, no caso de um ato de autoridade (não-jurídico), violação ao sistema jurídico.

Nessa medida, não cabe(ria) ao Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro, em sede de jurisdição constitucional, avançar questões não suscitadas pelo Legislativo. Deve, sim, pautar sua atuação por intermédio da legislação democraticamente produzida, principalmente a norma constitucional, atribuindo sentido(s) aos textos e respeitando os seus limites, inclusive semânticos. Do contrário, transformá-lo-ia em verdadeiro poder constituinte reformador, com competências para modificar não só a legislação infraconstitucional, como também o próprio sentido da Constituição, a partir da construção de normas infringentes de sua(s) limitação(ões).¹⁹³

Mesmo que o Poder Judiciário não possa ser omissor quando provocado, a ele não cabe ultrapassar os limites funcionais constitucionais senão passaria de um poder “julgador” (com a prerrogativa de julgar) à um poder constituinte reformador. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, nos ditames estabelecidos na Constituição Federal, profere decisões (ativistas) que extrapolam sua função típica, mas que, são pautadas na força que possui a própria Constituição e a omissão dos outros Poderes, justamente com a justificativa de cumprimento de sua função. Entretanto,

¹⁹² CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 94.

¹⁹³ RAUPP, Maurício Santos. **Ativismo Judicial: características e singularidades do voluntarismo à concretização de direitos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 123.

não há a possibilidade de negar a necessidade do protagonismo do Judiciário para efetivar os direitos fundamentais previstos no texto constitucional. Todavia, querer justificar um alto grau de ativismo judicial - que acaba de transformar o Poder Judiciário em um poder constituinte reformador ao invés de um poder constituído - sim é uma postura contrária à democracia constitucional. O excesso é que deve ser vedado.

Passados mais de 30 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, carece-se de evolução. O Superior Tribunal de Justiça não se configura como um Tribunal Constitucional, muito embora boa parte de seus membros “façam política” emanando decisões proferidas a partir de posicionamentos isolados de vontade, sobretudo, decisões mascaradas em prol do exercício democrático e efetivação de direitos constitucionais. É nesse sentido que se defende que a sociedade pós-moderna necessita de uma instituição que venha a tratar em conjunto o Direito e Política das grandes questões constitucionais, mantendo o equilíbrio entre os Poderes estatais e o comando do Estado Democrático de Direito. O primeiro passo doutrinário a se constituir para tal fim é a construção de uma Teoria do Direito preocupada com a decisão jurídica em si e o modo de interpretar constitucionalmente as decisões judiciais. Somente assim seria possível avançar na concretização dos direitos e garantias consagrados na Magna Carta de 1988.

2.3 Apontamentos à teoria da decisão jurídica como forma de limitar o ativismo judicial no constitucionalismo contemporâneo

Atualmente, vivemos diante de uma espécie de realismo jurídico inconsciente na “motivação” dos juízes nos processos judiciais onde a experiência dos juristas e o raciocínio lógico deles advém de um processo de formação psicológica deixando de lado toda a capacidade motivadora do sistema jurídico.¹⁹⁴ Essa forma de pensar é também uma das causas do atual protagonismo judicial. A

¹⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 322.

discricionariedade, entendida como o agir do aplicador a interpretar uma lei ou a emanar uma decisão sem que se realize o dever de fundamentação constitucional e legal faz parte de todos sistemas jurídicos. Há inclusive em alguns sistemas permissões legais, onde os juízes, diante de omissões legislativas por exemplo, podem vir a realizar (legalmente) seu ato de vontade como forma de decisão. Esse movimento contemporâneo de fortalecimento do Poder Judiciário (o que por ora é retratado no ativismo judicial) precisa ser contido.

Permitir que o juiz faça “escolhas” significa dizer que o Direito pode aceitar diferentes soluções para um mesmo caso. “[...] A obrigação de decidir – imposta pela lei ao sistema jurídico – permite observar que decidir é escolher entre alternativas. Isso não é reconhecer direitos; é criar direitos.”¹⁹⁵ A existência da possibilidade de “escolha” entre diferentes decisões, na verdade, se configura como um ato de criação de Direito transparecendo um arbítrio judicial para o Estado Democrático de Direito. Foi pensando na preocupação com o modo como devem decidir os juízes e tribunais que Lênio Streck vem buscando, através do movimento reconhecido pela Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), a construção de uma Teoria da Decisão Judicial para que, em um Estado Democrático de Direito, a decisão judicial seja completamente fundamentada em pressupostos constitucionais para ser considerada legítima. “Trata-se de um movimento que surge como superação ao positivismo jurídico, numa perspectiva de “descontinuidade”, implicando um novo olhar sobre o fenômeno jurídico.”¹⁹⁶ Trata-se do dever que os juízes e tribunais tem de prolação de decisões constitucionalmente adequadas (corretas). E acrescenta: “[...] não há como aceitar, no interior de um constitucionalismo democrático, que haja uma tomada de decisão “meio fundamentada” ou “meio legitimada”.¹⁹⁷ “Se ficarmos a mercê da razão prática para superar o formalismo exegetista, estaremos substituindo o juiz boca-da-lei pelo “proprietário dos sentidos da lei.”¹⁹⁸ Nesse pensar, não adianta defender

¹⁹⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 162.

¹⁹⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.88.

¹⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 328.

¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 328.

a substituição do formalismo exacerbado que estava presente no nosso passado pelo raciocínio lógico e experimental dos juízes como forma de motivação das decisões judiciais. É preciso exigir que a decisão judicial seja fundamentada com os devidos pressupostos constitucionais para que seja, sobretudo, legitimamente democrática.

Com a promulgação da Constituição de 1988, os princípios passaram a ter eficácia de regras, valendo-se como regras de conceitos indeterminados. Assim, nos casos omissos, temos as regras e princípios para guiarem os processos interpretativos do Direito onde é necessário demonstrar que a decisão tomada é baseada primeiramente em critérios jurídicos (legais e constitucionais).

A diferença entre a regra e o princípio é que este está contido naquela, atravessando-a, resgatando o mundo prático. Na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo – porque sempre sobra algo – *o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro* (aqui, o antidualismo entra como condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno).¹⁹⁹

Enfim, a regra não existe sem o princípio e vice-versa. Todavia, o que ocorreu na prática é que a Constituição ficou sensível a interpretações, passando os juristas a atribuírem sentidos às vaguezas dos princípios aplicando-os ao caso concreto. Essa forma de pensar levou à fragilização do Direito, ao invés de dar suporte a ele.

Em Estados Democráticos, a função da Suprema Corte é dar significados aos valores constitucionais além das expectativas comuns de justiça e padrões éticos. Todavia, nossa realidade acaba trazendo a Corte Suprema também interesses políticos onde os interesses políticos analisados pelos Tribunais, passam a ser interesses jurídicos. A problemática evidenciada é a impossibilidade de o interesse político se transformar em interesse jurídico. O questionamento que perdura é se assim mesmo os Tribunais devem apreciação de tal interesse?

Como é possível guiar a interpretação constitucional já que a sociedade é dinâmica? Diante do fato de que a Constituição de um país é aplicada a todos os seus cidadãos, há a necessidade de haver uma teoria hermenêutica consistente no sentido de compreender a intenção do constituinte bem como de efetivar os

¹⁹⁹STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 145.

valores esculpidos na Carta Constitucional.²⁰⁰ Outrossim, no Constitucionalismo contemporâneo é necessário fundamentar a decisão jurídica em critérios de legalidade e constitucionalidade sendo a hermenêutica (interpretação) a responsável por preservar a força normativa da Constituição e, também, a autonomia do Direito para que seja possível perpassar pelas tentativas infringentes da Política no Direito.

A liberdade do intérprete não é absoluta e a interpretação não é uma subsunção mecânica do fato à norma. Juízes não são livres para atribuir qualquer significado que desejem às leis. Quanto mais se distanciam dos textos legais, mais abusos podem cometer. Os limites da discricionariedade, porém, são porosos. Como os tribunais são reativos, só agindo quando acionados, os juízes têm de responder às demandas que lhes são encaminhadas.²⁰¹

Nesse pensar, a Constituição é o norte interpretativo de qualquer decisão proferida no Estado Democrático de Direito. Acionado o Judiciário, os juízes devem guiar suas interpretações de acordo com o texto legal vigente. Para que seja possível a implementação de uma Teoria da Decisão Jurídica, Lênio Streck propõe a observância de 5 princípios²⁰²: preservar a autonomia do direito; o controle hermenêutico da interpretação constitucional; o efetivo respeito à integridade e à coerência do direito; o dever fundamental de justificar as decisões ou de como motivação não é igual a justificação e; o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada. Todos esses princípios evidenciados nos retratam o *dever ser* da moderna forma de interpretar.

Preservar a força normativa da Constituição é o primeiro passo para a concretização da Teoria da Decisão. A Constituição preserva a autonomia do Direito frente a outras dimensões infringentes, como, por exemplo, a economia, a política e a moral. Na modernidade, temos um Direito produzido democraticamente que

²⁰⁰ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MAGALHÃES, Caroline Porto. Jurisdição constitucional aberta, ativismo judicial e judicialização: o princípio da proporcionalidade como instrumento de resolução de conflitos entre direitos fundamentais. In: GORCZEVSK, Clovis (org). **Constitucionalismo contemporâneo**: concretizando direitos/organização de Clovis Gorcevski e Mônia Clarissa Heninng Leal. Curitiba: Multideia, 2013, p. 53.

²⁰¹ FARIA, José Eduardo. A adjudicação em tempos de incertezas. 24 jan. 2018. **O Estadão**. Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

²⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 330-348.

institucionalizará as outras dimensões. “Em outras palavras, a autonomia do direito e sua umbilical ligação com a dicotomia “democracia-constitucionalismo” exigem da teoria do direito e da Constituição uma reflexão de cunho hermenêutico.”²⁰³ “A integridade está umbilicalmente ligada à democracia, exigindo que os juristas construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito.⁹⁰ Trata-se, pois, de “consistência articulada.”²⁰⁴ Entende-se que haverá coerência quando forem aplicados os mesmos princípios nas decisões sobre casos idênticos sendo assegurado também a integridade do Direito a partir da força normativa da Constituição onde a decisão jurídica não emana da colisão de valores e sim do respeito à integridade e coerência do Direito.

Cabe à crítica doutrinária auxiliar o Poder Judiciário a encontrar o equilíbrio entre a ousadia e criatividade, imprescindíveis à tarefa de concretização de uma Constituição social-democrática, e a observância dos limites decorrentes da adequada interpretação do próprio texto que se pretende ver transformado em realidade.²⁰⁵

Nesse referencial, para tarefa de concretização de uma Constituição democrática, a doutrina (mais, a crítica doutrina) tem papel de destaque nas decisões que serão produzidas nos tribunais não esquecendo os ensinamentos de Corsi, Esposito e Baraldi²⁰⁶: “A decisão jurídica não pode ser auto-observada como boa ou má, mas sim conforme o direito ou desconforme o direito.”

Assim, questiona-se: como controlar o ativismo judicial? Não se imagina melhor resposta a este questionamento de que com o controle hermenêutico é possível controlar o poder discricionário. Entretanto, a hermenêutica no Estado Democrático de Direito exige que os juízes e tribunais fundamentem as suas decisões. Fundamentar é muito mais que motivar, é justificar/explicar os motivos da tomada da decisão jurídica porque decisões de caráter individualistas são, sobretudo, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

²⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 334.

²⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 336.

²⁰⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 289.

²⁰⁶ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Barcelona: Antrophos, 1996, p.154.

[...] A “vontade” e o “conhecimento” do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos e tão pouco para a atribuição de sentidos arbitrária (que é decorrência da discricionariedade). E uma Teoria da Decisão deve assumir esse compromisso de evitar o arbitrário. Não há *ad libitum* em uma democracia.²⁰⁷

Nesse pensar, a hermenêutica (tida aqui como processo interpretativo) não autoriza o intérprete a escolher o sentido que ele quiser à norma - essa forma de agir configura um ato de discricionariedade. Uma decisão não pode separar o texto da norma. A pré-compreensão no plano hermenêutico é anterior a qualquer distinção reflexiva entre regras e princípios, por isso “o círculo hermenêutico é condição de possibilidade e não um ornamento para justificar posturas interpretativas.”²⁰⁸ Para Streck então, a Teoria da Decisão e seu cunho hermenêutico é tida como uma condição de evitar que os juízes e tribunais decidam de forma arbitrária. Controlar democraticamente as decisões dos juízes para o autor, reside na necessidade de motivação/justificação das decisões judiciais.²⁰⁹ “Os princípios funcionarão como uma blindagem contra arbitrariedades, apontando o modus operativo que deve ser seguido pelo intérprete, buscando, assim a coerência e a integridade do direito.”²¹⁰ Por isso, os princípios são contemplados como limitadores da discricionariedade de qualquer um dos Poderes estatais, bem como, acabam por reforçar a integridade do Direito.

Afinal, a detalhada fundamentação das decisões jurídicas permite um certo controle das mesmas. O ato de interpretar possui o ato de fundamentar. Além de um dever que o Estado (na figura dos juízes ou tribunais) tem com a sociedade moderna de atribuir fundamentos (sentido) as suas decisões, o cidadão tem o direito de obter do Estado uma resposta constitucionalmente adequada²¹¹, coerente e totalmente integrada ao sistema jurídico brasileiro. Somente a decisão jurídica

²⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 334.

²⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 641.

²⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 343.

²¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 317.

²¹¹ Nesse pensar, Lenio Streck passou a chamar a melhor decisão de uma “resposta constitucionalmente adequada” que comporta uma ampla e fundamentada decisão.

nesses termos é que pode representar uma blindagem contra decisões discricionárias. Uma resposta adequada, então, deve respeitar a autonomia do Direito (este produzido democraticamente) evitando qualquer discricionariedade e, inclusive, deve respeitar a coerência e integridade com as normas jurídicas a partir de uma detalhada fundamentação.²¹²

Ademais, a democracia é o sistema de vida e de governo que envolve a todos, onde é proibido fomentar diferenças. Teoricamente, se algo falta na democracia, falta a todos. O sentido evidenciado de que pertencemos a um todo e a consciência de que ninguém pode se isolar em um mundo separado, é a força que torna possível o melhoramento comum.²¹³

Todavia, a democracia há de ser, sobretudo, crítica.

Somente a democracia crítica não degrada a democracia a um instrumento; um instrumento que vale até quando for eficaz para o fim que lhe foi determinado. A decisão popular não tem nada de previamente constituído fora de si, a que deva estar sujeita. Na democracia crítica, a democracia é função de si mesma. Já que propõe os seus fins sempre a si mesma, ela é ao mesmo tempo meio e fim. E, sendo simultaneamente meio e fim, a democracia crítica não pode criar para si mesma uma contradição da qual para sair seja necessário colocar a alternativa de salvaguardar os fins, renunciando à democracia como meio, ou salvaguardar a democracia como meio, renunciando aos fins.²¹⁴

Com a intenção de orientação da interpretação crítica constitucional, prima-se pela democracia crítica tão bem evidenciada por Zagrebelsky. A democracia crítica almeja tirar o povo da passividade, dotada de mera reatividade. Segundo Gustavo Zagrebelsky: “Não se trata de querer o impossível, mas nem por isso deve-se renunciar a buscar o melhoramento, mesmo conhecendo seus limites”²¹⁵. A democracia que não é crítica ou acrítica, pode-se referir, é um sistema de governo contrário ao Estado de Direito. É nesse sentido que há que se limitar, sobretudo, a interferência de um Poder estatal em outro para que haja, inclusive, harmonia entre eles.

Novamente, para a Teoria Sistêmica do Direito, nenhum sistema é mais

²¹² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 344.

²¹³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e democracia**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 137.

²¹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e democracia**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 132-133.

²¹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e democracia**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 143.

representativo do que o outro, não havendo sobreposição de um quanto aos demais. A democracia, como organização política de interesses advinda da participação popular, extingue privilégios e iguala os indivíduos. Assim, o conceito de democracia está intimamente ligado à pluralidade de decisões possíveis tendo em vista a diferenciação que caracteriza a sociedade moderna.

Contudo, no constitucionalismo contemporâneo, os princípios constitucionais são o cerne de toda e qualquer interpretação.²¹⁶ Toda a decisão no Estado Democrático de Direito deve ter como cunho e norte a Constituição. Decidir ativamente, porém, nos ditames constitucionais, faz parte da realidade da sociedade moderna. Na sociedade moderna, diferenciada funcionalmente em sistemas especializados, não pode haver sobreposição de um código (jurídico, político, moral e etc.) a outro sob pena de corrupção em algum deles. Para que a comunicação entre diferentes sistemas seja possível operacionalmente, é fundamental a abertura cognitiva dos sistemas e, ainda, à adoção de princípios como fundamentos de decisões jurídicas.

²¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 642.

3 ATIVISMO JUDICIAL COMO FORMA DE RETROCESSO SOCIAL

“A partir de uma análise hermenêutica, o sentido do texto constitucional somente adquire sentido a partir (do sentido) do princípio.”²¹⁷

A atuação mais intensa do Poder Judiciário é uma das causas dos recentes decisionismos jurídicos. Toda a decisão jurídica que vai além dos limites impostos pelo sistema jurídico brasileiro é considerada uma decisão ativista. Partindo do contexto que no Estado Democrático de Direito toda a interpretação jurídica deve estar de acordo com o texto constitucional, a decisão que está fora deste sistema é entendida como um retrocesso para a sociedade. Por conseguinte, nesse capítulo analisar-se-á, primeiramente, o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, seu surgimento e caracterização no ordenamento jurídico brasileiro para, em um segundo momento, finalizar a pesquisa com uma leitura sistêmica do ativismo judicial e do Princípio da Proibição do Retrocesso Social denotando a ligação entre o protagonismo judicial e esse princípio implícito no ordenamento jurídico brasileiro onde, sobretudo, uma decisão ativista não pode vir a causar nenhum retrocesso à sociedade brasileira.

3.1 O princípio da proibição de retrocesso social

No ordenamento jurídico brasileiro, o Princípio da Proibição de Retrocesso Social está implícito da Carta Magna de 1988. Para Ingo Sarlet, o princípio decorre tanto da noção constitucional de Estado Democrático de Direito quanto do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana:

[...] a proibição de retrocesso assume [...] feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito, que pode ser reconduzido tanto ao

²¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 640.

princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica), quanto ao princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos da segurança social alcançados sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana.²¹⁸

Nesse pensar, a vedação de retrocesso trata-se de uma medida de proteção à pessoa e à ordem jurídica em relação aos novos preceitos que viessem a reduzir ou suprimir normas jurídicas já incorporadas ao texto constitucional. É um princípio que, ainda, pode ser mitigado pois vários direitos fundamentais que carecem de complementação posterior denotando certa liberdade ao legislador.

Autores como José Afonso da Silva e Luís Roberto Barroso admitem a existência do Princípio da Proibição do Retrocesso Social no ordenamento jurídico brasileiro. José Afonso da Silva foi o pioneiro a enfrentar a questão na doutrina do Direito Constitucional Brasileiro entendendo que “a lei nova não pode desfazer o grau de efeitos da norma constitucional já alcançado através de lei anterior.”²¹⁹ Já Barroso evidencia que, embora o princípio não esteja expresso na Constituição Federal, ele decorre do próprio sistema jurídico-constitucional e, qualquer lei ou mandamento que venha a regulamentar um dispositivo constitucional e institui determinado direito este passa a incorporar o patrimônio jurídico da cidadania.²²⁰ Reconhecer que determinado direito não possa ser extinto, por exemplo, é contribuir com a afetividade constitucional.

O princípio, dessa maneira, estabelece uma proteção efetiva de todas as normas de direitos fundamentais sociais, impedindo que os órgãos estatais disponham livremente do poder de tomar decisões que suprimam ou restrinjam um direito fundamental social. Então, o princípio do não retrocesso social, deve ser observado e aplicado de maneira a proporcionar uma justiça social.²²¹

²¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 422.

²¹⁹ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 168.

²²⁰ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 57.

²²¹ FARIA, Josiane Petry; SILVA, Laércio Augusto. A proibição de retrocesso e os direitos fundamentais sociais: proteção e garantia do empoderamento e da emancipação nas relações sociais. In: GORCZEVSK, Clovis (org). **Constitucionalismo contemporâneo: desafios e perspectivas/organização de Clovis Gorcevski e Mônia Clarissa Heninng Leal**. Curitiba: Multideia, 2012, p. 258.

A Constituição Federal de 1988 consagrou aos direitos sociais status de autênticos direitos fundamentais e, por sua vez, estabeleceu-lhes também a função de defesa.²²² Mais do que justificar os direitos fundamentais, é preciso protegê-los. Nesse pensar, pode-se afirmar que os deveres de proteção do Estado Constitucional estão alicerçados no compromisso jurídico-constitucional e político de promoção dos direitos fundamentais bem como, de sua proteção. Mas, o que é na verdade um direito fundamental?

Entre a variedade de direitos contidos na Constituição dos Estados há aqueles que são básicos aos cidadãos, sem o qual não poderia se viver dignamente. Materialmente, os direitos fundamentais são definidos segundo os valores e os princípios de uma dada sociedade, variando de Estado para Estado. Formalmente, são os direitos contidos na Carta Política dos Estados, dotados proteção especial onde as Constituições estabelecem procedimentos rígidos para sua modificação.²²³ Para Sarlet²²⁴, direitos fundamentais são:

[...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância, (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos fundamentalidade formal, bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados agregando-se à Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).

O principal objetivo desta pesquisa é verificar a possibilidade da utilização do Princípio da Proibição do Retrocesso Social como um instrumento para proteger um direito social já assegurado impedindo que a atividade restritiva do legislador e do

²²²FARIA, Josiane Petry; SILVA, Laércio Augusto. A proibição de retrocesso e os direitos fundamentais sociais: proteção e garantia do empoderamento e da emancipação nas relações sociais. In: GORCZEVSK, Clovis (org). **Constitucionalismo contemporâneo: desafios e perspectivas/organização de Clovis Gorcevski e Mônia Clarissa Heninng Leal**. Curitiba: Multideia, 2012, p. 245.

²²³GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O princípio da proibição do retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais. **v. 1 n. 1 (2011) Anais do Seminário Nacional de Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/seminarionacionaldedimensoes/article/view/906>. Acesso em: 09 jan. 2020, p. 278.

²²⁴SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 85.

intérprete o aniquile do ordenamento jurídico. “Por isso, os princípios, mesmo não inscritos textualmente na Constituição, servem para fazer a conformação dos textos normativos infraconstitucionais como o texto da Constituição.”²²⁵ É preciso conformar a realidade social e promover os valores da comunidade política por meio da interpretação principiológica do texto constitucional.

Havendo o reconhecimento constitucional de uma efetiva proteção aos direitos fundamentais sociais, rechaça-se a ideia de vedamento de qualquer supressão ou restrição a um direito fundamental assegurado por parte do Estado. “Há que se reconhecer a existência de um comando constitucional que impeça a supressão de direitos tão arduamente conquistados ao logo da História do país.”²²⁶ Para tanto, invoca-se o Princípio da Proibição do Retrocesso Social para proteção dos direitos sociais já assegurados não serem retirados pelas correntes políticas que chegarem ao poder.

A Proibição do Retrocesso Social não se trata apenas de impedir que o legislador venha a reduzir, de forma arbitrária ou desproporcional o desenvolvimento infraconstitucional de um direito fundamental social e sim, também quando a Constituição cria para o legislador a obrigação de editar leis que concretizem os direitos fundamentais sociais sem revogar as leis que cuidam dessa concretização.²²⁷ Com efeito, frisa-se que a hipótese de retrocesso social pressupõe um ato comissivo e contrário aos preceitos constitucionais.²²⁸

O princípio da vedação e/ou proibição do retrocesso social, é não apenas uma fonte de interpretação, mas, fundamentalmente, um pensamento estruturante de uma proteção plena e integral dos direitos sociais e de patrimônio jurídico das pessoas.²²⁹

²²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 640.

²²⁶ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 4.

²²⁷ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 5.

²²⁸ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 266.

²²⁹ PACHECO, Júlio César de Carvalho. **Os direitos sociais e o desenvolvimento emancipatório: globalização, crise do Estado-Nação, flexibilização, mandado de injunção, proibição do retrocesso social e outros temas jurídicos**. Passo Fundo: Ed. IMED, 2009, p. 166.

Um dos maiores defensores deste princípio é o português José Joaquim Gomes Canotilho²³⁰ que preconiza que uma vez obtido um certo grau de realização dos direitos sociais e econômicos (por exemplo o direito dos trabalhadores), esses direitos passam a constituir ao mesmo tempo uma garantia constitucional e um direito subjetivo.

Assim, assegurado um direito como garantia constitucional, este começa a fazer parte do sistema jurídico integrando-se ao rol dos chamados direitos fundamentais. Sob esse prisma, como direito fundamental incorporado constitucionalmente, reconhece-se que esses direitos sociais conspiram a favor da realização humana, no sentido de garantir uma vida mais digna ao cidadão. Obviamente, reduzir esses direitos resultaria em um retrocesso para a sociedade bem como, eliminaria a concretização de políticas voltadas a realização da dignidade da pessoa humana.²³¹

No atual modelo de Estado, sempre exposto a desafios, a dignidade da pessoa humana se constitui como postulado primário para compreensão do alcance dos objetivos de proteção da sociedade contemporânea.²³²

A dignidade humana, situada enquanto primado que condiciona a realização das tarefas estatais, adquire um significado diferenciado quando contextualizada perante um conjunto de valores de uma sociedade plural e de uma comunidade moral axiologicamente complexa, [...].²³³

Nesse pensar, a dignidade da pessoa humana somente é possível a partir de um modelo de cultura constitucional para que seja proporcionado uma proteção a todos seus cidadãos.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana é compreendida

²³⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e a teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003, p. 338.

²³¹PACHECO, Júlio César de Carvalho. **Os direitos sociais e o desenvolvimento emancipatório: globalização, crise do Estado-Nação, flexibilização, mandado de injunção, proibição do retrocesso social e outros temas jurídicos**. Passo Fundo: Ed. IMED, 2009, p. 170.

²³²AYALA, Patryck de Araújo. Direito fundamental ao ambiente e a proibição de retrocesso nos níveis de proteção ambiental na Constituição Brasileira. In: **SENADO FEDERAL**. O princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2011. p. 207-246. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>> Acesso em: 17 dez. 2019, p. 213-214.

²³³AYALA, Patryck de Araújo. Direito fundamental ao ambiente e a proibição de retrocesso nos níveis de proteção ambiental na Constituição Brasileira. In: **SENADO FEDERAL**. O princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2011. p. 207-246. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>> Acesso em: 17 dez. 2019, p. 214.

como a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato degradante e desumano, como a garantia de condições existenciais mínimas para uma vida saudável.²³⁴

Para impedir que tais direitos já consagrados sejam suprimidos tanto pelo legislador quanto pelo intérprete, o Princípio da Proibição de Retrocesso passa a ser importante instrumento evitando, conseqüentemente, que ocorra o retrocesso na área social da referida tutela positivada.²³⁵ Nesse pensar, o campo dos direitos incorporados pela sociedade tende a ser ampliativo e não restritivo.

Trata-se de proibição de retrocesso, ou seja, uma vez garantido ao indivíduo determinados direitos fundamentais, estaria o Legislador vedado em retroceder na concessão desses direitos, pois já teriam sido incorporados nos direitos e garantias daquele indivíduo beneficiado pela norma de direito fundamental. Assim, o não retrocesso é uma decisão que tenta tornar indisponível a decisão de reduzir certos direitos.²³⁶

Com nascedouro em solo europeu, traz-se para análise parte de importante decisão do Tribunal Constitucional de Portugal²³⁷ no tocante à aplicação do Princípio da Proibição de Retrocesso Social:

“... a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.”

Isto é, quando um direito é incorporado ao texto constitucional, nasce para o

²³⁴SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 62.

²³⁵GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O princípio da proibição do retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais. **Revista Justiça do Direito**. Passo Fundo, v. 14, n. 14, p. 29-39, 2000.

²³⁶BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013, p. 176.

²³⁷PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 39/84. **Acórdãos do Tribunal Constitucional**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, v. 3, 1984, p. 95-131. O acórdão n. 39/84 reconheceu a violação ao princípio da proibição do retrocesso social pelo ato normativo que extinguiu o Serviço Nacional de Saúde, garantia institucional necessária ao exercício, pelos indivíduos, do direito fundamental à proteção da saúde.

Estado a obrigação de sua proteção (obrigação positiva) bem como, a obrigação de abster-se que não ocorra também a satisfação desse direito (obrigação negativa). A ação positiva do Estado pressupõe a implantação das liberdades e garantias fundamentais (direito à vida, livre desenvolvimento da personalidade e etc.) onde sua versão negativa engloba também a remoção dos “obstáculos” de ordem econômica, social e cultural que impeçam a evolução da pessoa humana.²³⁸ Nesse sentido, o dever de proteção do Estado toma a forma de dever de evitar riscos, autorizando os entes estatais a exercerem a defesa do cidadão com a adoção de medidas de proteção ou de prevenção.²³⁹

Destaca-se que a dupla dimensão do Princípio de Vedação de Retrocesso Social, ou seja, as dimensões positiva e negativa, funciona tanto para proteger os direitos fundamentais como para promovê-los.²⁴⁰ Para Felipe Derbli²⁴¹:

O retrocesso social se traduz no descumprimento por ato comissivo, de imposição legiferante, traduzido na violação do dever jurídico concreto de editar as leis que regulamentem as normas constitucionais definidoras de direitos sociais.

Seguindo esse pensar, trata-se de um dever de não revogar, de não retirar essa lei ou prestação material, convertendo-se em um direito de defesa do cidadão perante o Estado, um direito positivo que passa a ser um direito negativo.²⁴²

Cumprir observar que os casos particulares do Brasil e de Portugal se inserem entre as poucas Constituições do mundo que pretendem “congelar” o Direito Constitucional, vedando expressamente qualquer alteração constitucional relativa ao conteúdo dos direitos humanos. “A intangibilidade dos direitos fundamentais existe dentro de certas constituições como intangibilidade

²³⁸ PÉREZ NUÑO. Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 214.

²³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

²⁴⁰ ROTHENBURG, Walter Claudius. Não retrocesso ambiental: direito fundamental e controle de constitucionalidade. In: **SENADO FEDERAL**. O princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2011. p. 247-270. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>> Acesso em: 17 dez. 2019, p. 248.

²⁴¹ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 296.

²⁴² BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013, p. 178.

constitucional absoluta ou cláusula “de eternidade”.²⁴³

Um dos pioneiros na criação do Princípio da Não Regressão foi o francês Michel Prieur, da Universidade de Limoges na França, citando o referido princípio em matéria de direito ambiental com a vedação do recuo dos Estados no grau de proteção ambiental já alcançado. A recente interpretação da Constituição Brasileira de 1988 é adepta ao Princípio do Não Retrocesso em caráter ambiental onde mesmo que o meio ambiente não configure no título dos direitos e garantias fundamentais, a doutrina o considera como direito fundamental e, portanto, um direito adquirido à população brasileira.

Nesse diapasão, a finalidade do Princípio da Vedação do Retrocesso é de que o grau de densidade normativa dos direitos fundamentais sociais já alcançados não seja suprimido, ao menos de modo desproporcional ou irrazoável, isto é, volte-se mais para que não se retorne a um estado indesejável de coisas.²⁴⁴ Para Felipe Derbli²⁴⁵, o Princípio de Proibição de Retrocesso Social é um princípio constitucional com caráter retrospectivo, “na medida em que se propõe a preservar um estado de coisas já conquistado contra a sua restrição ou supressão arbitrária.”

Retornando ao acórdão português, o Relator, Conselheiro Vital Moreira conclui:

Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa – a criação de uma instituição, uma alteração na ordem jurídica –, então, quando ela leva a cabo, o resultado passa a ter a proteção direta da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não poder tornar a colocar-se na posição de devedor. [...]

Há que se ressaltar que este princípio se refere a situação normativa do direito tutelado, ou seja, a norma que assegurou esse direito não pode sofrer redução ou extinguir o direito já incorporado ao ordenamento jurídico. Não se trata de um direito, mas de um princípio que protege a concretização de um direito já assegurado (ou seja, a não redução ou supressão desse direito). Ademais, a

²⁴³ PRIEUR, Michel. O Princípio da “Não Regressão” no coração do direito do homem e do meio ambiente. **Novos Estudos Jurídicos**, 17(1), 2012, p. 06-17.

²⁴⁴ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 201.

²⁴⁵ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 202.

Proibição de Retrocesso não vincula apenas o legislador. A mesma é aplicável também aos órgãos do executivo, principalmente em relação as políticas públicas e sua execução.²⁴⁶ Ressalta-se também, que o Princípio da Proibição de Retrocesso não limita a atividade do legislador (criação de lei), apenas visa coibir o abuso de poder da atividade jurisdicional que vem a prejudicar os direitos fundamentais sociais já adquiridos.²⁴⁷

Para Ingo Sarlet²⁴⁸, verifica-se no ordenamento jurídico constitucional ao menos uma vedação relativa de retrocesso referindo-se à preservação do núcleo essencial dos direitos sociais. Sarlet aponta que o alcance dessa proteção só será verificada no momento de análise do caso concreto, mediante a ponderação de bens e interesses jurídicos envolvidos e, observada a proporcionalidade. Com a afirmativa de relatividade do Princípio da Proibição de Retrocesso Social (isto é, a sujeição a um juízo e ponderação na análise do caso concreto), é admissível que outros princípios, possam vir a prevalecer sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Social. Assim, é permitido a modificação da disciplina infraconstitucional de um direito fundamental social, desde que preservado o nível de concretização legislativo já alcançado anteriormente por esse direito fundamental – o que denota a ponderação acima evidenciada.

Fala-se em relatividade da aplicação prática do Princípio da Vedação de Retrocesso pois configuraria um exagero admitir tanto a liberdade irrestrita do legislador como a inteira vedação de revisibilidade das leis que elabora ou edita.²⁴⁹

No entanto, mesmo que o legislador possua um certo grau de liberdade e

²⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 452.

²⁴⁷ FARIA, Josiane Petry; SILVA, Laércio Augusto. A proibição de retrocesso e os direitos fundamentais sociais: proteção e garantia do empoderamento e da emancipação nas relações sociais. In: GORCZEVSK, Clovis (org). **Constitucionalismo contemporâneo**: desafios e perspectivas/ organização de Clovis Gorcevski e Mônia Clarissa Heninng Leal. Curitiba: Multideia, 2012, p. 258.

²⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. v. 5 – Direito Constitucional. p. 131-150. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 146-147.

²⁴⁹ BENJAMIN, Antônio Hermann. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: **SENADO FEDERAL**. O princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2011. p. 55-72. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>> Acesso em: 17 dez. 2019, p. 69.

revisibilidade de suas decisões, ele jamais poderá atingir o núcleo essencial do retrocesso social que veda o legislador de suprimir pura e simples da concretização de norma constitucional que permite um indivíduo usufruir de um direito fundamental social. Em diversas palavras, ao legislador é permitido alterar os meios escolhidos para se atingir determinada finalidade constitucional, desde que preserve o núcleo essencial do direito em questão como, por exemplo, com a implementação de medidas compensatórias. Além, se o princípio em questão permite ponderação, significa que em nenhuma hipótese pode haver completa extinção da regulamentação infraconstitucional de uma garantia constitucional ou de um direito social.²⁵⁰ E, caso isso não ocorra, o Poder Judiciário está autorizado a reconhecer a inconstitucionalidade da nova medida. Assim, vale afirmar que a “ponderação” (ou colisão principiológica de princípios constitucionais) somente será “resolvida” com a análise do caso concreto pois somente analisando caso a caso é possível identificar se o núcleo essencial do direito fundamental foi mantido e se as medidas compensatórias no caso são suficientes.

O que se impede é, bem entendido, o completo descumprimento da imposição legiferante, com o retorno de um estado de ausência de concretização legislativa da norma constitucional, correlato à omissão legislativa – será defeso ao legislador restabelecer vácuo normativo no nível de lei ordinária, que deixe o núcleo essencial de direito fundamental descoberto de regulamentação legal e, com isso, impeça o seu exercício. Para além desse núcleo essencial, é possível admitir que se altere o grau de concretização legislativa da norma constitucional.²⁵¹

Ademais, o Princípio da Proibição de Retrocesso não impede que o legislador reveja as leis anteriormente editadas mas, pode-se afirmar que, exige que o fundamento para a revisão venha a prevalecer sobre um grau de concretização legislativa que já tenha alcançado o consenso básico na sociedade.²⁵² Em diversas palavras, quando o legislador tiver a intenção de modificar alguma lei que regulamenta um direito fundamental social, essa lei modificante terá que ser evolutiva, no sentido de ter o conteúdo mais desenvolvido e apenas reduzindo em

²⁵⁰ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 281.

²⁵¹ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 281.

²⁵² DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 291.

alguma medida, o nível de concretização desses direitos mas, veda-se a supressão completa da regulamentação infraconstitucional.

Vale frisar ainda que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. Ela irá atingir a sua essência quando a situação por ela regulada for concretizada na realidade.

Nesse patamar, há que se mencionar que o Professor Ingo Sarlet trouxe novidade à doutrina brasileira ao fazer a associação dos direitos fundamentais sociais com o Princípio da Proibição de Retrocesso Social. Recentemente, Sarlet afirmou que a proibição de retrocesso social não é aplicada somente aos direitos fundamentais sociais e sim a todos direitos fundamentais.²⁵³ Para Sarlet²⁵⁴, as normas constitucionais expressas no tocante à proteção contra a retroatividade de um direito são insuficientes para alcançar todas as situações que podem ocorrer. Assim, denota a importância do Princípio de Vedação de Retrocesso Social, mesmo que implícito no ordenamento jurídico brasileiro.

Interessa também mencionar que a Constituição não traz somente um *ser*, mas também um *dever ser*, adquirindo forças no momento em que seus comandos são realizados em sede legislativa onde a proibição de retrocesso social passa a ser consequência natural ao legislador para não frustrar a efetividade e a eficácia já alcançada pela Constituição mediante a revogação de lei que regulamente seus comandos.²⁵⁵

Há que se referir também que a proibição de retrocesso possui íntima ligação com a noção de segurança jurídica retomando o exposto no início da pesquisa: o Estado Democrático de Direito requer um Estado de *segurança jurídica* para que seja possível evitar arbitrariedades e decisionismos. “Com efeito, a doutrina

²⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (org). **Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.101.

²⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (org). **Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.116-118.

²⁵⁵ MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do Retrocesso: o que é e como perder o medo. In: **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. v. XII. p. 205-236. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.222-223.

constitucional contemporânea tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito²⁵⁶, um princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito.

Ademais, justamente pelo período que se vivencia, isto é, de instabilidade institucional, social e econômica (nacional e internacionalmente), o direito à segurança assume cada vez mais importância entre os princípios e direitos fundamentais onde a segurança jurídica (englobante da proibição de retrocesso) não quer significar a impossibilidade de alteração de atos do poder público e sim como uma proteção existente.²⁵⁷ A proteção aqui evidenciada não é apenas uma proteção relacionada a situações supervenientes, mas sim, uma proteção de retrocesso a garantias já adquiridas e incorporadas ao ordenamento jurídico.

Se, contrariamente, fosse admitido a ausência de vinculação ao núcleo essencial do direito concretizado pelo legislador, estar-se-ia incorrendo em fraude à Constituição no sentido que o legislador poderia pura e simplesmente desfazer o que já estava protegido na Constituição.²⁵⁸ Suprimir pura e simplesmente um direito social consagrado acarreta em afetar inclusive a própria dignidade da pessoa humana e, além, o próprio Princípio Democrático e da Separação de Poderes.

Ademais, a presença deste princípio aparece nas recentes decisões como fonte de controle de constitucionalidade, coibindo, por meio do Poder Judiciário afrontas ao exercício de consagrados direitos sociais. Há que se ressaltar que todo ato do Judiciário é, sobretudo, um ato de jurisdição constitucional. Isso quer dizer que devemos fundamentalmente um respeito à Constituição e à normatividade por

²⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 433.

²⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível - formato PDF. **Revista Páginas de Direito**. Porto Alegre, ano 6, n. 371, 17 de janeiro de 2006. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/93-artigos-jan-2006/4613-proibicao-de-retrocesso-dignidade-da-pessoa-humana-e-direitos-sociais-manifestacao-de-um-constitucionalismo-dirigente-possivel-formato-pdf>. Acesso em: 08 Fev. 2020. p. 5.

²⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível - formato PDF. **Revista Páginas de Direito**. Porto Alegre, ano 6, n. 371, 17 de janeiro de 2006. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/93-artigos-jan-2006/4613-proibicao-de-retrocesso-dignidade-da-pessoa-humana-e-direitos-sociais-manifestacao-de-um-constitucionalismo-dirigente-possivel-formato-pdf>. Acesso em: 08 Fev. 2020. p. 19.

ela imposta. Segundo Streck²⁵⁹, “a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados.” Desse modo é que podemos garantir, através da utilização dos princípios constitucionais, a manutenção das conquistas sociais.

Partindo do princípio que um dos deveres democráticos dos Estados modernos é evitar privações de direitos, pode-se afirmar que, muito maior é a obrigação do Estado em não interferir na redução de direitos já garantidos aos cidadãos - o que representaria um efetivo retrocesso para a sociedade.²⁶⁰ Destarte, o Princípio da Proibição de Retrocesso Social apresenta-se como uma ferramenta importante na garantia de assegurar aos cidadãos o patamar de direitos fundamentais já adquiridos diante das novas modalidades de exclusão social que surgem dia a dia com o avanço da economia globalizada.

Outrossim, no Estado Democrático de Direito o Judiciário, através do controle de constitucionalidade das leis, não pode, na ausência ou ineficiência funcional dos Poderes Executivo e Legislativo, causar à sociedade retrocesso social ou ineficácia de direitos individuais ou sociais já assegurados constitucionalmente. A consolidação da democracia ocorre quando todos os Poderes estatais denotam que a Constituição é a explicitação do contrato social e o estatuto jurídico do político.²⁶¹ Nesse patamar da história, vislumbra-se que o Princípio da Proibição de Retrocesso assume posição de verdadeiro princípio constitucional implícito onde representa a segurança jurídica e estabilidade das relações jurídicas do Estado de Direito, bem como representa também condição de garantia de manutenção de direitos sociais já assegurados no Estado Social na busca pela máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais.²⁶²

Um exemplo da singela utilização do Princípio da Proibição do Retrocesso social no Supremo Tribunal Federal é o voto do ministro Carlos Britto na ADI

²⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 67.

²⁶⁰ PACHECO, Júlio César de Carvalho. **Os direitos sociais e o desenvolvimento emancipatório**: globalização, crise do Estado-Nação, flexibilização, mandado de injunção, proibição do retrocesso social e outros temas jurídicos. Passo Fundo: Ed. IMED, 2009, p. 169.

²⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 366.

²⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 450.

4.104/DF, de 26.09.2007²⁶³ que tratou das cláusulas pétreas:

Um dos sentidos das cláusulas pétreas é impedir o retrocesso. É garantir o avanço. A nova Constituição traz uma conquista política, social, econômica e fraternal, de que natureza for, e a petrealidade passa a operar como uma garantia do avanço, então obtido. Uma interdição ao retrocesso.

Há que se ressaltar que, muito embora a temática ainda não tenha assumido contornos mais expressivos no Supremo Tribunal Federal, a tendência é que logo venham a existir referências na nossa jurisprudência. Há inclusive, indícios de aceitação desse princípio nos tribunais inferiores, em específico, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Por fim, é de ser salientado que a regressão não deve nunca ignorar a preocupação de tornar cada vez mais concretos os direitos protegidos no sentido de o recuo de um direito não poder ir aquém de um certo nível.²⁶⁴

Não admitir a existência do Princípio da Proibição do Retrocesso Social é, de certa forma, admitir uma ampla liberdade de conformação do legislador no que concerne aos direitos fundamentais sociais, ou seja, significaria permitir que o legislador abolisse providências anteriormente adotadas em razão de cumprimento de imposições constitucionais, o que acabaria por igualar o legislador ao constituinte, concedendo-lhe a faculdade de escolher quais imposições poderia ou não cumprir.²⁶⁵

Entretanto, a aceitação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social se sobressai às críticas impostas pela doutrina. Sua invocação, no Estado Democrático de Direito, é perspicaz e contribui para a finalidade de alcance de uma sociedade justa e igualitária. É nesse sentido a conclusão de que o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, tanto por preceitos expressos na Carta Magna quanto por princípios implícitos nela, deixa claro a impossibilidade de redução dos direitos

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI nº 4.104, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Brasília, DF. 26 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 29 fev. 2020.

²⁶⁴ PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: **SENADO FEDERAL**. O princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2011, p. 11-54. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>> Acesso em: 17 dez. 2019, p. 45.

²⁶⁵ MARTINS, Patrícia do Couto Villela. A Proibição do Retrocesso Social como Fenômeno Jurídico. In: GARCIA, Emerson (org.). **A Efetividade dos Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 405-406.

fundamentais já consagrados no sistema jurídico.

A defesa da existência do Princípio da Proibição de Retrocesso Social ocorre justamente para que no atual cenário de constantes alterações de ideologias políticas no governo, o cidadão possa salvaguardar seus direitos adquiridos, transformando o princípio, nada mais, nada menos, que um mecanismo de defesa em face do exercício do poder político e das alterações de governo.

Ademais, para que se firme as condições de autonomia do Direito, há que se reconhecer na Constituição, além de seu “olhar” para o futuro, a função de preservação dos direitos já conquistados. A autonomia do Direito possibilita o combate de ação de maiorias políticas eventuais que almejam alterar a legislação e, com isso, retirar as conquistas sociais da guarida constitucional, denotando-se também aqui a importância da aplicação da cláusula de proibição de retrocesso social no Estado Democrático de Direito.²⁶⁶

Por força do Princípio da Vedação do Retrocesso, os mandamentos constitucionais se tornam intocáveis por normas e preceitos infraconstitucionais que visam reduzir os direitos ou suprimi-los por reformas constitucionais ou por via de emenda à Constituição. Nesse pensar, as conquistas sociais devem ser defendidas como algo que as sociedades não podem abrir mão e, retroceder, nessas situações, seria retroceder em termos de humanidade e de condições digna de existência. Sendo assim, não há como falar em direitos sociais e não referir à cláusula de não retrocesso.²⁶⁷ E mais, na seara de aplicação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, não há como escapar de uma interpretação tópico-sistemática na busca não pela a única, mas pela melhor interpretação hermenêutica compatível com a dignidade da pessoa humana.²⁶⁸ Passa-se então, a uma tentativa de sistematização do Princípio da Proibição do Retrocesso Social com sustentação teórica e aplicabilidade no contexto do Direito Constitucional brasileiro.

²⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 250-251.

²⁶⁷ BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2013, p. 180.

²⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 454.

3.2 Uma leitura sistêmica do ativismo judicial e da proibição de retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro

Caracterizado o ativismo judicial (do ponto de vista de proferida uma decisão com critérios não-jurídicos e, portanto, fora do sistema jurídico vigente), essa decisão, sobretudo, não pode vir a causar nenhum retrocesso à sociedade. A Constituição Federal de 1988 veda *implicitamente* a supressão ou a redução de direitos fundamentais sociais a níveis inferiores aos já alcançados e garantidos aos brasileiros. Todavia, a supremacia constitucional não se restringe aos direitos fundamentais. Todas as normas do ordenamento jurídico não podem ser derogadas, modificadas ou ab-rogadas por quaisquer outros dispositivos sem vinculação constitucional.²⁶⁹

Para o atual constitucionalismo “os Direitos Fundamentais são, desde suas formulações, *indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransponíveis e personalíssimos.*”²⁷⁰ E, de nada adianta toda essa conceitualização formal se os direitos fundamentais não forem assegurados. A realidade é que esses direitos, no Estado Democrático de Direito, deveriam surgir nas esferas políticas. Entretanto, na inefetividade dos Poderes Legislativos e Executivo, coube ao Judiciário a efetivação dos mandamentos constitucionais.

A dogmática jurídica procura evidenciar, *a priori*, respostas aos problemas jurídicos e um controle relativo das decisões judiciais. Todavia, a sociedade complexa, gera a possibilidade de tomada de decisões diferentes em iguais contextos. O Direito moderno não é mais imutável, ao contrário, é um direito positivo que vai se construindo no momento que as decisões vão sendo prolatadas, o que gera uma insegurança jurídica inerente ao sistema.

Ademais, “a redemocratização e o novo marco constitucional deram maior credibilidade ao uso da via judicial como alternativa para alcançar direitos”²⁷¹ - o que

²⁶⁹ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF.** Curitiba: Juruá, 2014, p. 258.

²⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais.** Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 21.

²⁷¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça.** 3. ed. São Paulo:

justifica o aumento funcional da atividade judiciária conforme exposto ao longo desta pesquisa. Todavia, há limites substanciais a serem observados pelo Judiciário no exercício de sua função típica que se concentram justamente na atividade de interpretação e aplicação de sua função.²⁷²

Se a interpretação-aplicação de natureza jurídica consiste na construção de normas reguladoras de conduta a partir de textos prescritivos, que vinculam a atividade do intérprete-aplicador, é absolutamente inaceitável que a norma por este concretizada não revele aderência à textualidade do dispositivo aplicado. O texto normativo é, pois, ao mesmo tempo, o ponto de partida do processo hermenêutico e o mais expressivo balizador da adequação de seus resultados^{434, 273}

“Mesmo assim, toda e qualquer evolução de teorias jurídicas deve considerar a aceitação do sistema”.²⁷⁴ – no sentido que as teorias evoluem e se adaptam à fatos novos, todavia, deve haver uma recepção dessa alteração pelo sistema ou uma modificação de algo que já exista. Falar em proibição de retrocesso não significa imutabilidade de uma situação jurídica já tutelada e sim, evidencia uma “evolução” na ordem de melhoria da tutela, evitando que eventuais reformas provoquem a destruição ou o enfraquecimento de um direito consagrado.

A tais visões vale contrapor um terceiro argumento tendente a melhor observar a dinâmica evolutiva e que servirá de ponto de partida para as construções posteriormente realizadas: Sociedade e Direito evoluem tão somente a partir de determinadas condições estruturais que lhes permitam a continuidade de suas operações, assegurando sua unidade e existência em condições de dupla contingência, na qual a complexidade é internamente reconstruída na forma de constantes processos seletivos que apenas existem no circuito comunicativo da sociedade e como operações próprias dessa mesma sociedade.²⁷⁵

Cortez, 2011, p. 25.

²⁷² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 142.

²⁷³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 171.

²⁷⁴ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger e trad. em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 13. Título original: *Das Recht der Gesellschaft*.

²⁷⁵ ALVES, Paulo Roberto Ramos. **Tempo, direito e evolução**: a diferenciação do biotecnodireito no sistema jurídico e o desenvolvimento endógeno de elementos para a gestão do risco biotecnológico. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2015, p. 70-71.

Para uma leitura sistêmica tanto do fenômeno do ativismo judicial quanto da proibição do retrocesso social é necessário tomar como premissa a análise do conceito de decisão. Para Luhmann, o processo de decidir se trata de uma reflexão que servirá de preparação para a execução de uma decisão.²⁷⁶ Nesse pensar, Luhmann não evidencia uma união entre a ação e a decisão e sim:

Las decisiones se diferencian de las acciones por un punto distinto de relación de su identificación y por una forma diferente de enfrentar la contingencia. Para conocer la acción basta la imputación a un portador, que no necesariamente actuar así, quem – em certo sentido – pone a disposición la limitación de su variedad¹². A diferencia de las acciones, que han de ser consideradas como dadas o esperadas em su desarrollo típico, las decisiones no tienen su identidad en el desarrollo de un acontecer determinado, sino en la elección entre varias posibilidades (alternativas), que sólo se documenta en la alternativa elegida (pero que no consiste em la alternativa elegida).²⁷⁷

Poder escolher entre várias alternativas retrata a contingência na qual tem-se mais de uma alternativa e, sobretudo, a alternativa escolhida. A contingência faz parte da sociedade moderna. “Contingência significa que algo não é necessário e nem impossível. O Direito moderno tem esse perfil.”²⁷⁸ Assim, o Direito retrata um sistema dinâmico e mutável. A sociedade e o Direito somente evoluem a partir de estruturas que permitam a continuidade de suas operações na forma de um sistema autopoietico comunicante onde ela se adapta ao seu meio circundante. Esse constante ambiente de evolução social acaba por exigir uma (re)construção dos novos sentidos do texto constitucional para que seja possível a adaptação da Constituição as novas demandas sociais. “Quanto mais complexo um sistema for,

²⁷⁶LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo**. Introducción de Darío Rodríguez Mansilia. México: Anthropos Editorial, 1997, p. 8.

²⁷⁷LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo**. Introducción de Darío Rodríguez Mansilia. México: Anthropos Editorial, 1997, p. 9. Tradução: As decisões diferem das ações por um ponto de relação diferente de sua identificação e por uma maneira diferente de enfrentar a contingência. Para conhecer a ação, basta atribuí-la a um portador, que não precisa agir dessa maneira, o que de qualquer forma - disponibiliza a limitação de sua variedade¹². Diferentemente das ações, que devem ser consideradas dadas ou esperadas em seu desenvolvimento típico, as decisões não têm sua identidade no desenvolvimento de um determinado evento, mas na escolha entre várias possibilidades (alternativas), documentadas apenas em a alternativa escolhida (mas que não consiste na alternativa escolhida).

²⁷⁸CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 200, p. 156.

maior será sua capacidade de reação diante de influxos externamente produzidos.”²⁷⁹ Esse é o ensinamento abstraído da Teoria Sistêmica do Direito, isto é, a percepção da evolução tanto do Direito (sistema jurídico) quanto do seu meio ambiente circundante (sociedade) com o impulso de (re)construção de sentido dos textos constitucionais em adaptação às novas demandas sociais.

Outrossim, o próprio Direito nos define o que é Direito/não-Direito e a circularidade das operações jurídicas permite a continuidade das comunicações entre sistemas sempre por meio da relação (acoplamento estrutural) entre o Direito e a sociedade. É nesse pensar que se relaciona o ativismo judicial recorrente no sistema jurídico brasileiro (não somente nele, mas em outros ordenamentos jurídicos) com o incipiente princípio constitucional da Proibição de Retrocesso Social onde, uma decisão ativista não deve, sobretudo, violar, suprimir ou reduzir direitos fundamentais sociais já assegurados aos brasileiros. Nesse sentido, a inter-relação entre o processo jurídico e a cultura jurídica deve ser vista como a interação entre esses dois ciclos comunicativos onde o Direito, por meio da centralidade dos tribunais, produz decisões baseadas em decisões anteriores e que servirão, de igual maneira, como base para outras decisões denotando a autorreferencialidade do sistema jurídico.²⁸⁰ É o que denota Luhmann²⁸¹:

Una decisión puede existir, aun cuando la elección sea impuesta o haya sido influenciada por otras decisiones. También el actuar completamente rutinario puede ser comprendido como repetición de una decisión ya adoptada, como repetición con un motivo dado en un momento determinado. Se hace nuevamente notorio que se trataba de una decisión en las desviaciones, errores y omisiones.

²⁷⁹ ALVES, Paulo Roberto Ramos. **Tempo, direito e evolução**: a diferenciação do biotecnodireito no sistema jurídico e o desenvolvimento endógeno de elementos para a gestão do risco biotecnológico. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2015, p. 77.

²⁸⁰ ALVES, Paulo Roberto Ramos. **Tempo, direito e evolução**: a diferenciação do biotecnodireito no sistema jurídico e o desenvolvimento endógeno de elementos para a gestão do risco biotecnológico. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2015, p. 79-80.

²⁸¹ LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo**. Introducción de Darío Rodríguez Mansilla. México: Anthropos Editorial, 1997, p. 12. Tradução: Uma decisão pode existir, mesmo quando a escolha é imposta ou foi influenciada por outras decisões. Também agir de maneira completamente rotineira pode ser entendido como uma repetição de uma decisão já tomada, como uma repetição com uma determinada razão em um dado momento. Sabe-se mais uma vez que foi uma decisão sobre desvios, erros e omissões.

A reflexividade jurídica, ou seja, a referência a outras operações jurídicas realizadas anteriormente, na verdade, permite a continuidade do sistema jurídico. O Estado Democrático de Direito está se desenvolvendo juntamente com novos problemas de ordem jurídica e de política mundial e, independentemente de cunho crítico-ideológico é através dele que se deve conciliar o Poder eficiente com o Direito legitimador possibilitando uma reprodução construtiva da sociedade moderna enquanto heterogênea.

Na realidade, os sistemas organizacionais são sistemas sociais constituídos por decisões mutualmente relacionadas. Conforme já mencionado no capítulo segundo deste estudo, um sistema complexo é aquele cujos elementos não podem mais serem combinados entre si, com a necessidade de seleção de suas relações.²⁸² Isto é, há o caráter seletivo das relações entre as decisões. Assim, quanto mais complexo um sistema se torna, maior é a intensidade da seletividade de associação de seus elementos constitutivos.²⁸³

Com o crescimento desenfreado nas sociedades complexas, os sistemas jurídicos por vezes, na luta recente por direitos, consolidam os mesmos de forma sistêmica. Nesse pensar entra a questão bem enfatiza por Luhmann²⁸⁴: os Tribunais ficam excluídos da participação na ação política justamente por não serem passíveis de responsabilização política como consequência de suas decisões. Todavia, essa afirmativa não significa que os Tribunais sejam menos favorecidos na participação de transformação do Direito, principalmente, nas áreas as quais o legislador se demonstra inativo.

O juiz, constitucional, está sim vinculado à lei, havendo necessária interpretação dos juízes e tribunais quando demandado. A questão aqui evidenciada é como proceder quando essa questão se trata de questão não-jurídica? E, ainda, como proceder quando uma decisão causar um possível retrocesso social?

²⁸²LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo**. Introducción de Darío Rodríguez Mansília. México: Anthropos Editorial, 1997p. 14.

²⁸³LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo**. Introducción de Darío Rodríguez Mansília. México: Anthropos Editorial, 1997, p. 24.

²⁸⁴LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista de Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul - Ajuris**, Porto Alegre, n. 49, ano XVII, p. 149-168, jul/1990, p. 152.

Esta foi a problemática norte da pesquisa. Primeiramente, como já explanado exaustivamente em páginas anteriores, é preciso judicializar o não-jurídico. Isto é, o operador do Direito olha para o ambiente circundante (como, por exemplo, para um interesse social, político, religioso, econômico, moral e etc.) e tem o dever de convergir esse interesse em interesse jurídico fechando-se operacionalmente para emanção de uma decisão jurídica. Dentro do sistema jurídico, os fatos deixam de ser apenas fatos passando a ser fatos jurídicos.

Diante de um fato jurídico, mesmo que esse fato venha a exigir uma postura ativista de um juiz, este tem o dever constitucional, segundo o sistema jurídico brasileiro, de prolatar uma decisão jurídica que não cause nenhum retrocesso social aos direitos e garantias já assegurados no ordenamento jurídico brasileiro. O atual constitucionalismo não valida interpretações discricionárias. Em diversas palavras, mesmo que diante de ausência e/ou divergência no texto constitucional, é dever do magistrado encontrar critérios jurídicos dentro do sistema e prolatar uma decisão constitucionalmente adequada. Nesse sentido, a dever de não regressão, de um direito já consagrado, imposto ao poder público, configura-se muito mais que um princípio, trata-se de um mandamento constitucional.

Na prática, é a Constituição quem delimitará que o Direito evidenciado no caso *sub judice* está ou de acordo com o texto constitucional adquirindo forças no momento em que seus comandos são realizados em sede legislativa onde a proibição de retrocesso social passa a ser consequência natural ao legislador para não frustrar a efetividade e a eficácia já alcançada. Assim:

Acontece que onde a Constituição constitui e restringe as competências da legislação, surge a pergunta por quem deve tomar a decisão nesse caso. Cada transferência dessa tarefa ao legislador tornaria a restrição de modificações da Constituição sem sentido, embora ela pertença ao Direito vigente. Por isso só os Tribunais podem ser competentes. Mas isso só pode ser tolerado se os próprios Tribunais foram constituídos pela Constituição, obrigados ao respeito do seu texto e destarte limitados.²⁸⁵

Conforme denotado nos ensinamentos de Luhmann, a questão jurídica ou política será resolvida nos Tribunais. Todavia, o Autor acrescenta um fator: “o

²⁸⁵ LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista de Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul - Ajuris**, Porto Alegre, n. 49, ano XVII, p. 149-168, jul/1990, p. 157-158.

sistema funcional social do Direito e as organizações formadas no âmbito desse sistema não são distinguidos com suficiência.”²⁸⁶ Assim, nem sempre, o núcleo sistêmico e organizado do Direito e seus profissionais conseguem resolver situações de conflito sem incorrerem em ativismo judicial. É nesse sentido que o Princípio da Proibição de Retrocesso Social apresenta-se como uma ferramenta importante na garantia de assegurar aos cidadãos o patamar de direitos fundamentais já adquiridos diante das novas modalidades de exclusão social que surgem dia a dia com o avanço da economia globalizada. Ademais, “a não-decisão não é permitida”²⁸⁷. Quando demandado, o Judiciário precisa emanar uma decisão.

[...] O sistema funciona como sistema operativo fechado, à medida em que ele somente precisa reproduzir suas próprias operações; mas ele é, exatamente nessa base, um sistema aberto ao mundo circundante, à medida em que ele deve estar disposto a reagir a proposições (*Anregungen*) de qualquer espécie, contanto que elas assumam uma forma jurídica. Assim, a proibição da recusa da Justiça garante a abertura por intermédio do ‘fechamento’ (*Geschlossenheit*).²⁸⁸

Assim, novamente refere-se que é preciso judicializar o fato não-jurídico para ingressá-lo no sistema jurídico. O mundo circundante existe e abre a possibilidade para a tomada de novas e diferentes decisões. Essa é a contingência luhmanniana: a possibilidade de uma expectativa ocorrer diferente do planejado. E, nesse contexto, é que se reforça a proibição da recusa da Justiça. A teoria sistêmica concebe a unidade do sistema como reprodução autopoietica e, com isso, permite a análise sempre de dois lados – um como sistema e outro como ambiente circundante isto é, como Direito e não-Direito.

Não basta o ordenamento jurídico ser pleno e válido. É preciso haver efetividade na aplicabilidade dos direitos assegurados constitucionalmente. Ao Judiciário cabe a função de criação e interpretação dos preceitos constitucionais, mas ao Legislativo cabe a adequação e regulamentação de tais preceitos. Sobre a efetividade dos direitos, acerta Bobbio²⁸⁹:

²⁸⁶ LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista de Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul - Ajuris**, Porto Alegre, n. 49, ano XVII, p. 149-168, jul/1990, p. 158.

²⁸⁷ LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista de Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul - Ajuris**, Porto Alegre, n. 49, ano XVII, p. 149-168, jul/1990, p. 160.

²⁸⁸ LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista de Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul - Ajuris**, Porto Alegre, n. 49, ano XVII, p. 149-168, jul/1990, p. 160.

²⁸⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro:

O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

É nesse sentido que se defende que mais do que se assegurar um direito juridicamente, é preciso haver o acoplamento estrutural do jurídico com o político traçando limites no próprio ordenamento com o fim de evitar decisionismos judiciais e, por fim, o retrocesso de direitos sociais já garantidos e assegurados. Um exemplo que se pode mencionar de acoplamento entre os sistemas é a declaração de inconstitucionalidade de uma lei política onde o sistema político enfrenta perturbações produzidas pelo sistema do Direito na forma de decisões jurídicas.

Fato é que o sistema político-jurídico brasileiro tem evidenciado que a legislação infraconstitucional é cheia de omissões e falhas tanto que o Supremo Tribunal Federal tem exercido uma postura mais ativista para que os direitos fundamentais assegurados possam ser efetivados para os cidadãos. Nesse sentido seguem as palavras do Ministro Gilmar Mendes: “Não é por razões ideológicas ou pressão popular. É porque a Constituição exige. Nós estamos traduzindo, até tardiamente, o espírito da Carta de 88, que deu à corte poderes mais amplos.”²⁹⁰

De encontro as palavras do Ministro Gilmar Mendes, o ativismo judicial é visto como um instrumento necessário para que os direitos fundamentais possam ser concretizados. Contudo, a atual manifestação proativa do Poder Judiciário pode vir a causar danos aos interesses democráticos. É preciso haver um ponto de equilíbrio entre o que pode ser benéfico ou maléfico para a sociedade, isto é, o que pode vir a causar retrocesso ou não para a sociedade. Esse equilíbrio começa a partir do Princípio da Separação de Poderes, cláusula pétrea do ordenamento jurídico brasileiro, onde por meio desse princípio pode ser assegurado a conciliação tanto os interesses de segurança jurídica quanto de legalidade.

Segundo o Ministro Celso de Mello, “é essa função que permite ao tribunal

Campus, 1992, p. 25.

²⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. A calma é só aparente. **Revista Veja**, Edição 2075, São Paulo, 27 de agosto de 2008. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/270808/p._060.shtml>. Acesso em: 25 set. 2019.

atualizar e ajustar a Constituição às novas circunstâncias históricas e exigências sociais, atuando como coparticipe do processo de modernização do Estado brasileiro”²⁹¹ Prima-se pelo exercício de um certo ativismo prudente, aliado aos princípios constitucionais da Separação de Poderes e Proibição de Retrocesso Social. Todavia, o Judiciário não deve ser visto como o único Poder a exercício da democracia. Sozinho ele nada pode, é impossível que o Judiciário decida, legisle e ainda execute em prol da “concretização dos direitos fundamentais.” É preciso que os outros Poderes cumpram suas funções para que não sofram o constrangimento de serem submetidos à apreciação do Poder Judiciário.²⁹² As decisões proferidas no Estado Democrático de Direito, precisam ser racionalizadas e fundamentadas com o ideal de reduzir a complexidade da sociedade moderna. Assim, o processo precisa ser democrático de modo a se buscar o diálogo e a efetiva participação da população.

Por fim, restou evidenciado que a aplicabilidade do Princípio da Proibição do Retrocesso Social no ordenamento jurídico brasileiro tem como finalidade a concretização legislativa dos direitos sociais contidos na Constituição frente aos avanços do Estado Social e Democrático de Direito. Há, contudo, a obrigação constitucional do Estado em adotar as medidas legislativas cabíveis para a promoção e execução dos direitos fundamentais e, na ocorrência de omissão ou atuação insuficiente do Estado, cabe ao Judiciário, mediante invocação do Princípio da Proibição de Retrocesso Social, coibir ou corrigir violações aos direitos fundamentais já assegurados, pois no atual contexto social de instabilidade das relações sociais, torna-se imprescindível a defesa da dignidade da pessoa humana de maneira crescente e gradativa, impedindo-se sua trivial retração.

²⁹¹ MELLO, Celso de. Entrevista realizada em 15 de março de 2006 ao Ministro Celso de Mello, **Consultor Jurídico**, São Paulo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2006-mar-15>>. Acesso em: 25 set. 2019.

²⁹² MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos Direitos Fundamentais. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 172.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa almejou apresentar a relação existente entre o intrigante instituto do ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro com o princípio constitucional implícito da Proibição do Retrocesso Social, no intuito da promoção de reflexões didático-acadêmicas.

Valendo-se da teoria sistêmica do direito como aporte teórico base, em toda e qualquer reflexão empreendida, utilizou-se dos ensinamentos de Niklas Luhmann como orientação da pesquisa. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann é, sobretudo, uma teoria complexa. A complexidade evidenciada torna a teoria adequada ao grau da sociedade atual. Portanto, trata-se de uma construção aqui manejada que cabe ser futuramente retomada e aperfeiçoada diante do dinamismo que se destaca.

Primeiramente, foi delimitado o estudo à caracterização do ativismo judicial após a promulgação da Constituição Federal de 1988, momento histórico em que nasce no ordenamento jurídico brasileiro o Estado Democrático do Brasil. O Estado Democrático de Direito é uma conquista e também um paradigma de compreensão do Direito. O constitucionalismo pós 1988 se firma no Brasil como uma teoria que tem a Constituição como início e fim de toda interpretação jurídica onde, as Constituições, nessa quadra da história, além serem dotadas de um amplo rol de direitos fundamentais, passam a traçar também fins políticos a serem perseguidos pelos Estados. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 é um marco histórico de profundas transformações no Direito brasileiro expressando um extenso rol de direitos fundamentais, individuais e sociais que, acabaram por exigir do Estado uma postura prestacional mais ativa. Todavia, vivencia-se uma crise de pressupostos dogmáticos e uma crise político-institucional dentro de um cenário de insegurança jurídica.

Foi o surgimento dessa nova realidade que levou ao aumento funcional do Poder Judiciário e, conseqüentemente, ao surgimento do chamado protagonismo judicial. O juiz constitucional após 1988, no exercício de sua função, passou a portar o dever constitucional de implementar os novos direitos assegurados. À medida que os novos anseios sociais não são atendidos pelos Poderes Legislativos e

Executivos, recorre-se ao Poder Judiciário para cumprimento dos preceitos constitucionais, que passa a intervir principalmente em questões de natureza política, invadindo as funções típicas dos demais Poderes, caracterizando o fenômeno da judicialização da política.

O ativismo judicial foi um fenômeno jurídico que surgiu e se desenvolveu nos Estados Unidos a partir de uma decisão judicial proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento do caso *Marbury vs. Madison* em 1803. A partir desse caso emblemático de atuação da Corte Constitucional dos Estados Unidos, o ativismo judicial difundiu-se passando a fazer parte da cultura jurídica de diversos países.

No Brasil, pode-se afirmar que a prática do ativismo judicial foi fomentada com a promulgação da Constituição brasileira de 1988 seja pela previsão de um extenso rol de direitos fundamentais seja pelo fortalecimento da função jurisdicional. Parte da doutrina brasileira tenta justificar o ativismo judicial devido a ideia que a Constituição propicia uma abertura principiológica que permite a produção de decisões que extrapolem o texto constitucional.

Para Luis Roberto Barroso, o ativismo judicial retrata uma forma mais ampla de participação do Judiciário na realização de valores e fins constitucionais com a interferência na atuação dos demais Poderes. Na realidade, essa mudança paradigmática restou por acentuar a criatividade na atividade judiciária na interpretação dos direitos fundamentais.

Para Lenio Luiz Streck tanto o ativismo judicial quanto a judicialização da política fazem parte do gênero protagonismo judicial e não se confundem. Na judicialização da política, o poder de decisão do Legislativo e do Executivo é transferido ao Judiciário e, no ativismo judicial é o próprio Judiciário que extrapola suas funções na busca por solucionar fins sociais contidos na Constituição Federal.

Assim, a judicialização da política se caracteriza com a intervenção do Poder Judiciário nos Poderes Executivo e/ou Legislativo em relação às políticas públicas. Ou seja, nos casos em que os Poderes Executivo e Legislativo não encontram soluções para suas demandas, esses Poderes transferem ao Poder Judiciário a solução desses conflitos judicializando suas políticas. Nesse sentido, a judicialização da política é considerada forma de protagonismo judicial mais ampla

que o ativismo judicial pois importantes decisões políticas do Executivo e Legislativo passam a ser decididas pelo Judiciário.

Outrossim, a judicialização de demandas políticas é um fenômeno que faz parte das democracias contemporâneas, onde na ineficiência dos outros Poderes e na busca pela concretização dos direitos fundamentais, o Judiciário é invocado para solucionar os problemas sociais. Isto é, em situações eventuais de retração e instabilidade política, as demandas sociais não atendidas satisfatoriamente pelo Legislativo e Executivo, serão analisadas pelo Judiciário circunstancialmente.

Já o ativismo judicial ocorre quando o exercício da função jurisdicional ultrapassa os limites impostos pelo ordenamento jurídico o que acaba por levar a uma descaracterização da função típica do Poder Judiciário. Luis Roberto Barroso caracteriza o ativismo judicial um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Há uma disfunção do Poder Judiciário. Para Elival Ramos interpretar a Constituição de maneira criativa é bem diferente de inventar normas. Interpretar de uma maneira evolutiva, dentro de um contexto normativo é positivo, todavia, quando o juiz transcende a norma para sobrevalorizar princípios constitucionais, ele invade a competência do Poder Legislativo caracterizando uma disfunção do Poder Judiciário.

Mesmo sendo o ativismo considerado como consequência do aumento de relevância política ao Poder Judiciário devido ao momento de constitucionalização democrática a que se vive, evidenciou-se que o ativismo judicial não se assenta com o Estado Democrático de Direito. Não se pode permitir uma decisão fundamentada por convicções pessoais do juiz para concretizar direitos em favor da democracia, embora muitos autores entendam que o ativismo judicial é indispensável a implementação dos direitos fundamentais.

Entretanto, uma decisão ativista que esteja em plena conformidade com o ordenamento jurídico vigente não é considerada errada. O erro ocorre quando essa decisão judicial é fundamentada em argumentos que transcendem o meio jurídico, retratando uma falsa juridicidade a esta decisão. Não é função do Judiciário legislar. O Congresso é que tem competência para tanto. Permitir que um juiz “crie” leis é, sobretudo, destruir o Estado de Direito.

Também, vislumbrou-se que o ativismo judicial não pode ser confundido com

a proatividade interpretativa. O ativismo é proibido já a proatividade interpretativa aonde o juiz tem o dever de “desvelar” o significado constitucional de um preceito jurídico é um dever estatal. Um dever democrático de interpretar de acordo com o texto constitucional.

Contudo, as complexas sociedades atuais exigem um novo enquadramento dos Poderes estatais para a efetivação dos direitos assegurados. Aliás, o próprio Estado moderno exige que os Poderes estatais sejam intensamente atuantes para dar conta dos compromissos que a ordem constitucional-democrática impõe. Assim, abandona-se a ideia tradicional de Separação de Poderes nas sociedades modernas.

Portanto, o que a Constituição define no Estado Democrático de Direito não é uma hierarquia de Poderes e sim uma repartição orgânica de competências. Tem-se decisões políticas que são, sobretudo, decisões constitucionais e normas jurídicas que são, inclusive, normas constitucionais. Outrossim, observa-se que um Poder Judiciário mais atuante é reflexo de um Legislativo mais inerte. Conforme evidenciado anteriormente, foram as sucessivas omissões legislativas que levaram a atuação mais proeminente do Judiciário.

Ademais, resta rechaçado que a utilização do ativismo judicial por parte dos membros do Supremo Tribunal Federal ainda não está definida. Há confusão de nomenclatura nas decisões judiciais o que aumenta ainda mais o papel da doutrina (e teoria) para compreensão da realidade jurisdicional. Também, foi constatado que a expressão ativismo judicial permanece relacionada a ideia de aumento dos poderes do Judiciário (judicialização da política) que deságua igualmente no gênero protagonismo judicial.

A judicialização da política, mediante a invocação do Judiciário, na maioria das vezes, por omissão do Legislativo ou Executivo, faz parte da atual forma de democracia exercida na atualidade. O ativismo judicial, sob o prisma não somente de concretização de direitos fundamentais, mas com a extrapolação das funções judiciais com a respectiva invasão nas políticas públicas, por exemplo, se caracteriza, na verdade, como uma patologia constitucional.

Assim, muito embora o ativismo judicial seja praticado com a justificativa de efetivação de alguns direitos constitucionais, sua prática é, sobretudo, preocupante

pelo fato de desequilibrar a construção do princípio da Separação e de Poderes. Entretanto, há que se mencionar que certa discricionariedade é inexorável no processo hermenêutico, o que não significa, desde que legítima, risco a lógica da Separação de Poderes.

Contudo, independentemente da forma de protagonismo exercida, não há como ignorar que a prática do ativismo judicial no Brasil ocorre e, ainda, que ocorre com potencialidade de crescimento no sentido de justificativa para efetivar os direitos garantidos na Constituição da República.

Para compreensão do ativismo judicial recorrente no Brasil optou-se por adentrar no estudo da teoria sistêmica do direito. Aponta-se como sistema um conjunto de elementos que formam um todo ordenado. Para o direito, seria um conjunto ordenado de regras. Entretanto, para a Teoria Sistêmica do Direito, o sistema não é um conjunto de regras ordenadas e sim um conjunto de operações comunicativas que acontecem na sociedade. As operações comunicativas ocorrem na sociedade e evidenciam um paradoxo, ou seja, o que não é sistema na sociedade, é ambiente. De um lado, temos a sociedade como o ambiente do direito e, de outro, todas as operações do direito, advindas da comunicação, ocorrem na sociedade. Assim, se pode afirmar que não há direito fora da sociedade, apenas direito na sociedade.

Desta feita, tudo que não é comunicação é ambiente. Sem comunicação não há sociedade. A sociedade é um grande sistema social que compreende todas as formas de comunicação. O Direito é um subsistema social que, de acordo com a teoria sistêmica, nada mais são que sistemas comunicativos, formadores de um todo ordenado, que se reproduzem (autopoietico).

Inicialmente, a teoria sistêmica de Luhmann desenvolvia uma teoria de sistemas funcional-estrutural, tendo por base a diferenciação entre sistema e ambiente. Posteriormente, Luhmann substitui a teoria dos sistemas abertos pela dos sistemas autopoieticos trazendo o conhecimento da *autopoiese* dos sistemas. Luhmann define a autopoiese como a capacidade de autoprodução/autorreprodução dos sistemas, ou seja, um sistema autopoietico é o sistema que produz todos os elementos de suas operações e, ainda, que produz seus elementos constitutivos a partir de um regime de fechamento operacional. A

conceitualização da autopoiese foi introduzida por Luhmann na Teoria dos Sistemas Sociais por meio de interdisciplinaridade com a teoria biológica da cognição de Humberto Maturana e Francisco Varela (1980).

Ademais, um sistema “diferenciado” deve ser ao mesmo tempo aberto e fechado. Cognitivamente aberto para que haja possibilidade de interação com os demais sistemas e o seu ambiente e, operativamente fechado (normatividade) para manutenção da sua unidade (mediante autopoiese).

Assim, todos os sistemas funcionalmente diferenciados possuem unidade própria (código) e fechamento operacional. Sistemas autopoieticos operam, então, abertos e fechados reagindo tanto a situações internas quanto externas. Todavia, esse sistema não pode reagir de modo indiscriminado, deve sempre observar o valor do seu código (condição de abertura e fechamento do seu tipo específico de sistema).

Na perspectiva sistema/ambiente, o sistema transaciona informações com o meio ambiente denominando-se de *input* a entrada de informações no sistema e *output* a produção de informações no ambiente externo ao sistema. Isto é, o operador do Direito olha para o meio ambiente (como, por exemplo, para interesses sociais, políticos, religiosos, econômicos, morais e etc.) e converge esses interesses em interesses jurídicos fechando-se operacionalmente para produção de uma decisão jurídica (produto do sistema jurídico).

É o esquema *input/output* que vai estabelecer os limites entre o sistema e o ambiente. O sistema pode até oscilar de operação em operação, isto é, entre a referência interna e externa de seus limites, mas jamais irá suspender a simultaneidade inevitável do sistema com o mundo a se observar.²⁹³ Nesse pensar, a relação entre sistema e ambiente é sempre analisada simultaneamente.

Desta feita, sempre que se refere ao código lícito/ilícito, trata-se do direito. É nesse sentido que o sistema é fechado operacionalmente. Se é lícito ou ilícito, deve-se seguir o ordenamento jurídico.

A comunicação entre os diferentes sistemas é designada por Luhmann de acoplamento estrutural. Cada sistema tem elementos próprios que o constituem e

²⁹³ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger e trad. em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p.124. Título original: *Das Recht der Gesellschaft*.

o permitem diferenciar de outro sistema e a ligação (comunicação) entre um sistema e outro na perspectiva ambiente é feita por estruturas acopladas entre si. Em outras palavras, o sistema opera em forma de encadeamento de acontecimentos. É através do acoplamento estrutural que as Constituições causam “irritações” entre os sistemas político e jurídico na forma de comunicação externa entre eles possibilitando soluções políticas na perspectiva aberta do sistema jurídico e soluções jurídicas na perspectiva fechada do mesmo.

Os sistemas complexos, além de adaptarem ao seu ambiente, têm de adaptar-se à sua própria complexidade. Para Luhmann os sistemas têm a função de reduzir a complexidade do mundo permitindo que a vida e a ação humana possam se orientar (autopoiese).

Paradoxalmente, estamos diante de uma sociedade estável (pois o direito diz o que é direito/não direito) e, mediante sua moderna complexidade, de uma sociedade instável pois há o risco de a decisão jurídica ocorrer de maneira diversa ao previsto.

Contudo, para fins da teoria sistêmica do direito, falar em sociedade é falar em sistemas. A teoria dos sistemas sociais autopoieticos considera além da abordagem sistema/ambiente (abordagem diferencial-teorética), o intercâmbio de comunicações com o objeto e não apenas com o ser humano. É por meio da estruturação sistêmica que pode ser identificado a real problemática entre o social e o jurídico.

Apresentado pontualmente algumas referências do sistema social de Niklas Luhmann, passou-se a relacioná-lo com a caracterização do fenômeno do ativismo judicial presente na sociedade brasileira.

Acoplados a política e o direito na perspectiva do ambiente de cada um deles, estes sistemas distintos possuem um necessário acoplamento. Quando as decisões do Judiciário são emanadas fora do “sistema” do direito, poder-se-ia dizer que o ativismo judicial está na dimensão aberta do sistema jurídico, no sentido de uma decisão advinda de critérios não jurídicos. A abertura cognitiva ocorre para fins de integração do caso particular (ou de uma norma modificada) com a normatividade do sistema. Se esse dado interesse não-jurídico não for convertido em interesse jurídico, fala-se em corrupção do sistema.

Assim, uma decisão que seria considerada ativista, baseada em critérios não jurídicos (como por exemplo, baseada em interesses políticos, econômicos, religiosos, morais, científicos e etc.) deve converter tais interesses em interesses jurídicos dando juridicidade e validade a decisão jurídica futura. Caso contrário, isto configura, no caso de um ato de autoridade (não-jurídico), violação ao sistema jurídico.

Permitir que o juiz faça “escolhas” significa dizer que o direito pode aceitar diferentes soluções para um mesmo caso. “[...] A obrigação de decidir – imposta pela lei ao sistema jurídico – permite observar que decidir é escolher entre alternativas. Isso não é reconhecer direitos; é criar direitos.”²⁹⁴ A existência da possibilidade de “escolha” entre diferentes decisões, na verdade, se configura como um ato de criação de direito transparecendo um arbítrio judicial para o Estado Democrático de Direito.

Sob este enfoque e pensando na preocupação com o modo como devem decidir os juízes e tribunais, Lênio Streck, através do movimento reconhecido como a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), propõe a construção de uma Teoria da Decisão Judicial para que, em um Estado Democrático de Direito, a decisão judicial seja completamente fundamentada em pressupostos constitucionais para ser considerada legítima. Trata-se do dever que os juízes e tribunais têm de prolação de decisões constitucionalmente adequadas (corretas). É preciso exigir que a decisão judicial seja fundamentada com os devidos pressupostos constitucionais para que seja, sobretudo, legitimamente democrática.

Preservar a força normativa da Constituição é o primeiro passo para a concretização da Teoria da Decisão. A Constituição preserva a autonomia do direito frente a outras dimensões infringentes como, por exemplo, a economia, a política e a moral. Na modernidade, temos um direito produzido democraticamente que institucionalizará as outras dimensões.

Para que seja possível falar em controlar o ativismo judicial é preciso falar em controle da interpretação jurídica. A hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito exige que os juízes e tribunais fundamentem as suas

²⁹⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 162.

decisões. Fundamentar é muito mais que motivar, é justificar/explicar os motivos da tomada da decisão jurídica porque decisões de caráter individualistas são, sobretudo, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. Afinal, a detalhada fundamentação das decisões jurídicas permite um certo controle das mesmas. O ato de interpretar possui o ato de fundamentar. Somente a decisão jurídica nesses termos é que pode representar uma blindagem contra decisões discricionárias.

“A Democracia é um valor que deve ser cultivado perenemente, exigindo atenção constante para seu exercício e impedimento de retrocessos.”²⁹⁵ Nesse patamar da pesquisa, chega-se à relação entre o ativismo judicial e o princípio da Proibição de Retrocesso Social. No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da proibição de retrocesso social está implícito da Carta Magna de 1988. Para Ingo Sarlet, o princípio decorre tanto da noção constitucional de Estado Democrático de Direito quanto do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse pensar, a vedação de retrocesso trata-se de uma medida de proteção à pessoa e à ordem jurídica em relação aos novos preceitos que venham a reduzir ou suprimir normas jurídicas já incorporadas ao texto constitucional. É um princípio que, ainda, pode ser mitigado pois vários direitos fundamentais que carecem de complementação posterior denotando certa liberdade ao legislador.

Autores como José Afonso da Silva e Luís Roberto Barroso admitem a existência do princípio da proibição do retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro. José Afonso da Silva foi o pioneiro a enfrentar a questão na doutrina do Direito Constitucional Brasileiro. Já Barroso evidencia que, embora o princípio não esteja expresso na Constituição Federal, ele decorre do próprio sistema jurídico-constitucional e, qualquer lei ou mandamento que venha a regulamentar um dispositivo constitucional e institui determinado direito este passa a incorporar o patrimônio jurídico da cidadania. Reconhecer que determinado direito não possa ser extinto, por exemplo, é contribuir com a afetividade constitucional.

Nesse sentido, o texto constitucional, especialmente no que tange à proteção dos direitos fundamentais, não pode ser considerado apenas constante no rol de direitos e garantias, precisa ganhar aplicabilidade. Mais do que isso, os direitos

²⁹⁵ SILVA, Denival Francisco da. **De guardião a vilão**: a contribuição do poder judiciário no desmonte da democracia no Brasil. Florianópolis: EMais, 2018, p. 305.

fundamentais necessitam ser preservados na medida em que forem concretizados com prevalência do Princípio da Proibição de Retrocesso. Assim, denotou-se que a eficácia dos direitos fundamentais está relacionada com o conceito de proibição do retrocesso social, pois em uma sociedade marcada pela instabilidade das relações sociais torna-se evidente garantir que a dignidade da pessoa humana seja concretizada de maneira crescente e gradativa, não se admitindo a sua retração.

Havendo o reconhecimento constitucional de uma efetiva proteção aos direitos fundamentais sociais, identificou-se o vedamento de qualquer supressão ou restrição a um direito fundamental assegurado por parte do Estado com o chamamento do Princípio da Proibição do Retrocesso Social para proteção dos direitos sociais já assegurados não serem retirados pelas correntes políticas que chegam ao poder. Assim, a proibição do retrocesso social não se trata apenas de impedir que o legislador venha a reduzir o desenvolvimento infraconstitucional de um direito fundamental social e sim, também, quando a Constituição cria para o legislador a obrigação de editar leis que concretizem os direitos fundamentais sociais sem revogar as leis que cuidam dessa concretização.

O português José Joaquim Gomes Canotilho é um dos maiores defensores deste princípio preconizando que uma vez obtido um certo grau de realização dos direitos sociais e econômicos (por exemplo o direito dos trabalhadores), esses direitos passam a constituir ao mesmo tempo uma garantia constitucional e um direito subjetivo. Nesse sentido, assegurado um direito como garantia constitucional, este começa a fazer parte do sistema jurídico integrando-se ao rol dos chamados direitos fundamentais. Sob esse prisma, como direito fundamental incorporado constitucionalmente, reconhece-se que esses direitos sociais conspiram a favor da realização humana, no sentido de garantir uma vida mais digna ao cidadão. Obviamente, reduzir esses direitos resultaria em um retrocesso para a sociedade.

Para impedir que tais direitos consagrados sejam suprimidos tanto pelo legislador quanto pelo intérprete, o Princípio da Proibição de Retrocesso passa a ser importante instrumento evitando, conseqüentemente, que ocorra o retrocesso em um direito contido no texto constitucional.

O Princípio da Proibição de Retrocesso Social tem nascimento em solo europeu, difundindo-se, posteriormente, em vários países. No Brasil, Ingo Wolfgang

Sarlet diz ocorrer no ordenamento jurídico constitucional ao menos uma vedação relativa de retrocesso referindo-se à preservação do núcleo essencial dos direitos sociais. Sarlet aponta que o alcance dessa proteção só será verificada no momento de análise do caso concreto, mediante a ponderação de bens e interesses jurídicos envolvidos e, observada a proporcionalidade. Com a afirmativa de relatividade do Princípio da Proibição de Retrocesso Social (isto é, a sujeição a um juízo e ponderação na análise do caso concreto), é admissível que outros princípios, possam vir a prevalecer sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Social.

No entanto, mesmo que o legislador possua um certo grau de liberdade e revisibilidade de suas decisões, ele jamais poderá atingir o núcleo essencial do retrocesso social que veda o legislador de suprimir pura e simples da concretização de norma constitucional que permite um indivíduo usufruir de um direito fundamental social.

Se, contrariamente, fosse admitido a ausência de vinculação ao núcleo essencial do direito concretizado pelo legislador, estar-se-ia incorrendo em fraude à Constituição no sentido que o legislador poderia pura e simplesmente desfazer o que já estava protegido na Constituição.²⁹⁶ Suprimir pura e simplesmente um direito social consagrado acarreta em afetar inclusive a própria dignidade da pessoa humana e, além, o próprio Princípio Democrático e da Separação de Poderes.

Não admitir a existência do Princípio da Proibição do Retrocesso Social é, de certa forma, admitir uma ampla liberdade de conformação do legislador no que concerne aos direitos fundamentais sociais, ou seja, significaria permitir que o legislador abolisse providências anteriormente adotadas em razão de cumprimento de imposições constitucionais, o que acabaria por igualar o legislador ao constituinte.

Entretanto, verificou-se que a aceitação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social se sobressai às críticas impostas pela doutrina. Sua invocação, no Estado Democrático de Direito, é perspicaz e contribui para a finalidade de

²⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível - formato PDF. **Revista Páginas de Direito**. Porto Alegre, ano 6, n. 371, 17 de janeiro de 2006. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/93-artigos-jan-2006/4613-proibicao-de-retrocesso-dignidade-da-pessoa-humana-e-direitos-sociais-manifestacao-de-um-constitucionalismo-dirigente-possivel-formato-pdf>. Acesso em: 08 fev. 2020. p. 19.

alcance de uma sociedade justa e igualitária. É nesse sentido a conclusão de que o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, tanto por preceitos expressos na Carta Magna quanto por princípios implícitos nela, deixa claro a impossibilidade de redução dos direitos fundamentais já consagrados no sistema jurídico.

A defesa da existência do Princípio da Proibição de Retrocesso Social ocorre justamente para que no atual cenário de constantes alterações de ideologias políticas no governo, o cidadão possa salvaguardar seus direitos adquiridos, transformando o princípio, nada mais, nada menos, que um mecanismo de defesa em face do exercício do poder político e das alterações de governo.

Caracterizado o ativismo judicial (do ponto de vista de proferida uma decisão com critérios não-jurídicos e, portanto, fora do sistema jurídico vigente), essa decisão, sobretudo, não pode vir a causar nenhum retrocesso à sociedade. A Constituição Federal de 1988 veda *implicitamente* a supressão ou a redução de direitos fundamentais sociais a níveis inferiores aos já alcançados e garantidos aos brasileiros.

A realidade é que os direitos fundamentais, no Estado Democrático de Direito, deveriam surgir nas esferas políticas. Entretanto, na inefetividade dos Poderes Legislativos e Executivo, coube ao Judiciário a efetivação dos mandamentos constitucionais. A dogmática jurídica procura evidenciar, *a priori*, as respostas aos problemas jurídicos e um controle relativo das decisões judiciais.

Entretanto, a sociedade complexa, gera a possibilidade de tomada de decisões diferentes em diferentes em iguais contextos. O Direito moderno não é mais imutável, ao contrário, é um direito positivo que vai se construindo no momento que as decisões vão sendo prolatadas. Há limites substanciais a serem observados pelo Judiciário no exercício de sua função típica que se concentram justamente na atividade de interpretação e aplicação de sua função.

Contudo, “toda e qualquer evolução de teorias jurídicas deve considerar a aceitação do sistema”.²⁹⁷ – no sentido que as teorias evoluem e se adaptam à fatos novos, todavia, deve haver uma recepção dessa alteração pelo sistema ou uma modificação de algo que já exista. Falar em proibição de retrocesso não significa

²⁹⁷ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger e trad. em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 13. Título original: *Das Recht der Gesellschaft*.

imutabilidade de uma situação jurídica já tutelada e sim, evidencia uma “evolução” na ordem de melhoria da tutela, evitando que eventuais reformas provoquem a destruição ou o enfraquecimento de um Direito consagrado.

De encontro novamente com as palavras do Ministro Gilmar Mendes, o ativismo judicial é visto como um instrumento necessário para que os direitos fundamentais possam ser concretizados. Entretanto, a atual manifestação proativa do Poder Judiciário pode vir a causar danos aos interesses democráticos. É preciso haver um ponto de equilíbrio entre o que pode ser benéfico ou maléfico para a sociedade, isto é, o que pode vir a causar retrocesso ou não para a sociedade. Esse equilíbrio começa a partir do Princípio da Separação de Poderes, cláusula pétrea do ordenamento jurídico brasileiro, onde por meio desse princípio pode ser assegurado a conciliação tanto os interesses de segurança jurídica quanto de legalidade.

Segundo o também Ministro Celso de Mello, “é essa função que permite ao tribunal atualizar e ajustar a Constituição às novas circunstâncias históricas e exigências sociais, atuando como coparticipe do processo de modernização do Estado brasileiro”²⁹⁸ Prima-se pelo exercício de um certo ativismo prudente, aliado aos princípios constitucionais da Separação de Poderes e Proibição de Retrocesso Social. Todavia, o Judiciário não deve ser visto como o único Poder a exercício da democracia. Sozinho ele nada pode, é impossível que o Judiciário decida, legisle e ainda execute em prol da efetivação dos direitos fundamentais. É preciso que os outros Poderes cumpram suas funções para que não sofram o constrangimento de serem submetidos à apreciação do Poder Judiciário.²⁹⁹

As decisões proferidas no Estado Democrático de Direito, precisam ser racionalizadas e fundamentadas com o ideal de reduzir a complexidade da sociedade moderna. Assim, o processo precisa ser democrático de modo a se buscar o diálogo e a efetiva participação da população.

Por fim, corroborou-se com a compreensão que a aplicabilidade do Princípio

²⁹⁸ MELLO, Celso de. Entrevista realizada em 15 de março de 2006 ao Ministro Celso de Mello, **Consultor Jurídico**, São Paulo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2006-mar-15>>. Acesso em: 25 set. 2019.

²⁹⁹ MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos Direitos Fundamentais. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 172.

da Proibição do Retrocesso Social no ordenamento jurídico brasileiro tem como finalidade a concretização legislativa dos direitos sociais contidos na Constituição frente aos avanços do Estado Social e Democrático de Direito. Há, contudo, a obrigação constitucional do Estado em adotar as medidas legislativas cabíveis para a promoção e execução dos direitos fundamentais e, na ocorrência de omissão ou atuação insuficiente do Estado, cabe ao Judiciário, mediante invocação do princípio da Proibição de Retrocesso Social, coibir ou corrigir violações aos direitos fundamentais já assegurados, pois no atual contexto social de instabilidade das relações sociais, torna-se imprescindível a defesa da dignidade da pessoa humana de maneira crescente e gradativa, impedindo-se sua trivial retração.

Finalmente, assevera-se que a pretensão compreendida não foi no sentido de esgotar o tema estudado, nem realizar uma exposição teórica sobre o assunto, mas, discuti-lo de forma crítica a fim de despertar o interesse em continuidade de pesquisa frente as recorrentes e atuais decisões judiciais capazes de impedir a redução ou supressão de garantias já asseguradas no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MAGALHÃES, Caroline Porto. Jurisdição constitucional aberta, ativismo judicial e judicialização: o princípio da proporcionalidade como instrumento de resolução de conflitos entre direitos fundamentais. In: GORCZEVSK, Clovis (Org). **Constitucionalismo contemporâneo**: concretizando direitos/organização de Clovis Gorczewski e Mônia Clarissa Heninng Leal. Curitiba: Multideia, 2013.

AGUIAR, Daiane Moura. RITTER, Leticia Mousquer; GERVASONI, Tássia Aparecida. Globalização, crise e policontextualidade: desafios e perspectivas do Estado e do Direito. In: GORCZEVSK, Clovis (Org). **Constitucionalismo contemporâneo**: concretizando direitos/organização de Clovis Gorczewski e Mônia Clarissa Heninng Leal. Curitiba: Multideia, 2013.

ALVES, Paulo Roberto Ramos. **Tempo, direito e evolução**: a diferenciação do biotecnodireito no sistema jurídico e o desenvolvimento endógeno de elementos para a gestão do risco biotecnológico. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2015.

ALVES, Paulo Roberto Ramos. Sociedade policontextual, sentido jurídico e efetividade. **Revista Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, vol. 11, n. 02, p. 880-898, 2018.

ALVES, Paulo Roberto Ramos Ales; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. Multiculturalismo e alteridade: observações sistêmicas sobre um discurso da diferença. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 8, n. 2, p. 174-182, maio/ago. 2016.

AYALA, Patryck de Araújo. Direito fundamental ao ambiente e a proibição de retrocesso nos níveis de proteção ambiental na Constituição Brasileira. In: **SENADO FEDERAL**. O princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2011. p. 207-246. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>> Acesso em: 17 dez. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2008-dez-22>> Acesso em: 19 fev. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BENJAMIN, Antônio Hermann. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: **SENADO FEDERAL**. O princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2011. p. 55-72. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>> Acesso em: 17 dez. 2019.

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF, de 29 de abril de 2004. Rel. Min. CELSO DE MELLO. **Notícia veiculada pelo informativo/STF nº 345/2004**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.104, **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**, Brasília, DF. 26 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 29 fev. 2020.

BRITTO, Carlos Ayres. Poder Judiciário: ativismo versus proatividade. In: **Estadão**. Disponível em: <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,poder-judiciario-ativismo-versus-proatividade-imp-,1693122>>. Acesso em: 24 set. 2019.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES, Rudinei. Talcott Parsons e a configuração do estrutural-funcionalismo. **Revista Parâmetro**, abr. 2011. Disponível em: <<https://revistaparametro.wordpress.com>> Acesso em: 01 jul. 2019.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e a teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. Título original: *Giudici legislatori?*

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, 23, p.115-126, nov. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

CORREIA, José Gladston Viana. **Sociologia dos direitos sociais: escassez, justiça e legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Barcelona: Antrophos, 1996.

COSTA, Andréa Elias da. Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FARIA, José Eduardo. A adjudicação em tempos de incertezas. 24 jan. 2018. **O Estadão**. Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

FARIA, Josiane Petry; SILVA, Laércio Augusto. A proibição de retrocesso e os direitos fundamentais sociais: proteção e garantia do empoderamento e da emancipação nas relações sociais. In: GORCZEVSK, Clovis (Org). **Constitucionalismo contemporâneo: desafios e perspectivas/organização de Clovis Gorcevski e Mônia Clarissa Heninng Leal**. Curitiba: Multideia, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GIORGI, Raffaele De. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O princípio da proibição do retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais. **Revista Justiça do Direito**. Passo Fundo, v. 14, n. 14, p. 29-39, 2000.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O princípio da proibição do retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais. **v. 1 n. 1 (2011) Anais do Seminário Nacional de Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/seminarionacionaldedimensoes/article/view/906>. Acesso em: 09 jan. 2020.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUERRA, Gustavo Rabay. O Papel Político do Judiciário em uma Democracia Qualificada: a outra face da Judicialização da Política e das Relações Sociais. In: **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Disponível em: <www.revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/>. Acesso em: 24 set. 2019.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política**: ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014.

LUHMANN, Niklas. **Teoria dos sistemas na prática**: Vol I, estrutura social e semântica. Trad. Patrícia da Silva Santos. Petrópolis: Vozes, 2018, p. 214.

LUHMANN, Niklas. **A nova teoria dos sistemas**. Org. por Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**: esboço de uma teoria geral. Trad. Antônio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antônio dos Santos Casanova. Rio de Janeiro: Vozes, 2016.

LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. México DF: Antrhopos, 1996.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Cidade do México: Herder, 2006.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger e trad. em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Título original: *Das Recht der Gesellschaft*.

LUHMANN, Niklas. O Conceito de Sociedade In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). **Niklas Luhmann**: A nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo**. Introducción de Darío Rodríguez Mansilla. México: Anthropos Editorial, 1997.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista de Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul - Ajuris**, Porto Alegre, n. 49, ano XVII, p. 149-168, jul/1990.

MADEIRA, Lígia Mori. O Direito nas Teorias Sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 19-39, 2007. Disponível em:

<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/2907/2197>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

MARTINS, Patrícia do Couto Villela. A Proibição do Retrocesso Social como Fenômeno Jurídico. In: GARCIA, Emerson (Org.). **A Efetividade dos Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. A calma é só aparente. **Revista Veja**, Edição 2075, São Paulo, 27 de agosto de 2008. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/270808/p._060.shtml>. Acesso em: 25 set. 2019.

MELLO, Celso de. Entrevista realizada em 15 de março de 2006 ao Ministro Celso de Mello, **Consultor Jurídico**, São Paulo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2006-mar-15>>. Acesso em: 25 set. 2019.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do Retrocesso: o que   e como perder o medo. In: **Revista de Direito da Associa o dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. v. XII. p. 205-236. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MIL CIO, Gláucia. Ativismo judicial estica limites da Justiça. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12>>. Acesso em: 26 set. 2019.

MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo Judicial: Um caminho para concretiza o dos Direitos Fundamentais. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma rela o difícil. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

PACHECO, Júlio César de Carvalho. **Os direitos sociais e o desenvolvimento emancipatório**: globaliza o, crise do Estado-Na o, flexibiliza o, mandado de injun o, proibi o do retrocesso social e outros temas jurídicos. Passo Fundo: Ed. IMED, 2009.

PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. São Paulo: Pioneira, 1974.

PASSOS, Daniel Silva. **Interven o judicial nas políticas públicas**: o problema da legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014.

PÉREZ NU O. Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e direito à saúde**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 39/84. **Acórdãos do Tribunal Constitucional**. Lisboa: Imprensa Nacional – Cada da Moeda, v. 3, 1984, p. 95-131.

PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: **SENADO FEDERAL**. O princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2011, p. 11-54. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>.> Acesso em: 17 dez. 2019.

PRIEUR, Michel. O Princípio da “Não Regressão” no coração do direito do homem e do meio ambiente. **Novos Estudos Jurídicos**, 17(1), 2012.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais**: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na constituição brasileira. Curitiba: Juruá, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAUPP, Mauricio Santos. **Ativismo Judicial**: características e singularidades do voluntarismo à concretização de direitos. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

ROMESÍN, Humberto Maturana; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**. As bases biológicas do entendimento humano. Tradução de Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Editora Psy II, 1995. Título original: *El árbol del conocimiento. Las bases biológicas del entendimiento humano*.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Não retrocesso ambiental: direito fundamental e controle de constitucionalidade. In: **SENADO FEDERAL**. O princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2011. p. 247-270. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>.> Acesso em: 17 dez. 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. v. 5 – Direito Constitucional. p. 131-150. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível - formato PDF. **Revista Páginas de Direito**. Porto Alegre, ano 6, n. 371, 17 de janeiro de 2006. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/93-artigos-jan-2006/4613-proibicao-de-retrocesso-dignidade-da-pessoa-humana-e-direitos-sociais-manifestacao-de-um-constitucionalismo-dirigente-possivel-formato-pdf>. Acesso em: 08 fev. 2020.

SILVA, Denival Francisco da. **De guardião a vilão: a contribuição do poder judiciário no desmonte da democracia no Brasil**. Florianópolis: EMais, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, constitucionalismo e as necessárias críticas à dogmática jurídica. **Revista Culturas Jurídicas**, Niterói, v. 1, n. 1, p. 73-98. Disponível em: <http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/51/6>. Acesso em: 17 jul. 2019.

TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 31-46, jul./dez. Disponível em: <http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume282/02.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, Andre Ramos. **Manual do poder judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 53, p. 137-164, 2011. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/30764/19872>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

VALLE, Vanice Lirio do (org). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal** – Laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV 8**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul. – dez. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35158/33963>>. Acesso em: 11 out. 2019.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e democracia**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia**. Trad. Marina Gascón. 4. ed. Madrid: Editoria Trotta, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces Constitucionales. Tradução de Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007.