

# Norma Processual e Sua Dupla Função de Abertura e Fechamento do Sistema Jurídico<sup>1</sup>

Camila Pirovani Paixão<sup>2</sup>

David Diogo Haddad<sup>3</sup>

## 1. Introdução

Pouco antes de assumir a vaga do ministro Ayres Britto no Supremo Tribunal Federal, quando ainda havia sido apenas indicado pela presidente Dilma Rousseff, o atual ministro do Supremo LUIZ ROBERTO BARROSO<sup>4</sup> comentou, em entrevista acerca do tema que parece ser a pedra de toque quando se analisa o Poder Judiciário brasileiro no século XXI, de maneira sucinta, sua opinião sobre o ativismo judicial praticado pela corte judiciária máxima brasileira nas suas recentes decisões. Foi direto ao dizer que “decisões políticas devem ser tomadas por aqueles que tem voto. Essa é a primeira regra” e completou “o judiciário tem que ser deferente para com as escolhas feitas pelo legislador e para com as decisões tomadas pela administração pública”. Em seguida, disse o eminente ministro que as situações que prescindem de atuação do Judiciário seriam aquelas onde haveria uma violação da Constituição e de direitos fundamentais, onde, aí sim, por exceção à regra, seria legitimada uma atuação do poder Judiciário.

De fato, o Brasil passa por uma expansão do Judiciário, a qual acreditamos que seja, entre outros, motivada pela descrença da população no poder Legislativo e em sua capacidade de legislar sobre demandas socialmente presentes. Essa enorme latência do legislativo diante de necessidades efetivas demonstradas pelos cidadãos vai até, proporciona um ambiente perfeito para a atuação de um outro poder, que, movido por uma suposta afronta ao direito positivado, o que o legitimaria, satisfaz aos anseios do povo, discutindo e decidindo sobre tema inédito, caindo nas graças de grande parcela da população. Este fenômeno, denominamos *ativismo judicial*, quando o poder judiciário abdica de sua função para “fazer política”.

---

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido sob à orientação do Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem.

<sup>2</sup> Graduanda em direito pela UFES; Pesquisadora do grupo “Precedentes judiciais”; participa do grupo de estudos “A Teoria Geral do Direito na Atualidade”.

<sup>3</sup> Graduando em direito pela UFES; participa do grupo de estudos “A Teoria Geral do Direito na Atualidade”.

<sup>4</sup> Jornal O Globo. 24/05/2013. Disponível in: <<http://oglobo.globo.com/brasil/para-barroso-decisoes-politicas-devem-ser-tomadas-por-quem-tem-voto-8493723>>, acesso em: 23/10/2015.

## 2. Desenvolvimento

O presente estudo procura analisar os subsistemas sociais do direito e da política, ambos, segundo a teoria de Niklas Luhmann, pertencentes ao sistema social.

O sistema social possui, como principal característica, a natureza comunicacional e constitui o universo cultural, em oposição ao universo físico, também chamado de ambiente<sup>5</sup>, ambos habitados pelo homem.

Voltados ao ambiente, os sistemas atuam como redutores de complexidades<sup>6</sup>, ou seja, retiram dali, selecionando por meio de suas estruturas internas, aquilo que lhes é compatível. Vale destacar que os subsistemas político e jurídico são autopoieticos<sup>7</sup>, e que, embora fechados estruturalmente, estão acoplados cognitivamente.

Diante disso, pode-se concluir que o Direito é um subsistema social, constituído por operações internas de seleção das perturbações (fatores externos a um sistema, advindos do ambiente), através de um código próprio, de modo que toda operação se constitui numa autoreprodução<sup>8</sup>.

No mesmo sentido, o subsistema político também apresenta códigos e operações próprias. Como sistema complexo, caracteriza-se pela multiplicidade de possibilidades de processo decisório e pela contingência, acarretada pela possibilidade de resultados diferentes quando feita a opção por uma dessas possibilidades. É um sistema que constantemente se renova, onde cada decisão da origem a novas alternativas e demandas para outras futuras decisões. Isso é inerente a função do processo democrático do próprio sistema<sup>9</sup>.

Então, os subsistemas do direito e da política se mostram estruturalmente diferentes, mas é inegável que existe um acoplamento entre os dois sistemas, de modo que o subsistema político fixa as premissas argumentativas dos sujeitos participantes das relações comunicacionais do sistema jurídico, ou seja, o conteúdo argumentativo utilizado pelo segundo existe em consequência da atuação do primeiro sistema. Encontram-se conectados por necessidade pragmática, respectivamente por fundamentação e efetivação.

---

<sup>5</sup> Cf. MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em Matéria Tributária*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 8.

<sup>6</sup> Sobre o conceito de *complexidade*, cf. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. I, pp. 45-46.

<sup>7</sup> Acerca do sentido atribuído ao termo *autopoiese*: LUHMANN, Niklas *apud* NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. *Lua Nova*, São Paulo, N°. 37, p. 93-106, 1996, p. 95.

<sup>8</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema jurídico e Decisão judicial*. 2ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 29.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 71.

SAMUEL MEIRA BRASIL JR<sup>10</sup>, acerca do tema acima discutido, sustenta, acertadamente, que “para Luhmann, o que une e separa o Direito e a Política - ou seja, o acoplamento entre o sistema jurídico e o político – é a Constituição . Ela estabelece os limites políticos ao direito e os limites jurídicos à política.” Esta observação é de grande importância pois delimita a atuação dos poderes, impedindo que ocorra o que o mesmo autor chama de *desdiferenciação* entre os referidos subsistemas, ou seja, uma fusão de ambos os sistemas gerada justamente pela confusão de funções.

É a partir das operações praticadas pelo juriciário, em resposta às perturbações sofridas pelo Sistema jurídico, e com base no princípio do *non liquet*, que se caracteriza o fechamento autopoietico<sup>11</sup>.

Em outras palavras, pode-se dizer que a negativa por parte de Estado, personificado através do poder judiciário na figura do julgador, de adentrar ou de se fundamentar para interferir em certos espaços onde entende que extrapola os limites de sua legitimidade, impede o fenômeno da desdiferenciação.

E isso não afeta a completude, como observa LOURIVAL VILANOVA<sup>12</sup>, porque, na realidade, não é característica, e nem deve ser, a completude do sistema jurídico, já que não reserva a si exacerbada prepotência, mas sim a completabilidade, ou seja, a capacidade de responder com normas ao fato social que se tornou relevante ao sistema jurídico. Deve, portanto, julgar o juiz os conflitos de interesse que cheguem processualmente ao seu conhecimento, de acordo com o código próprio do subsistema jurídico e não do político.

Portanto, a norma que prevê a atuação do poder judiciário nos casos de descumprimento da norma de direito material funciona como um verdadeiro paradoxo no sistema na medida em que constitui, ao mesmo tempo, condição de abertura (quando se abre para a análise dos conflitos) e de fechamento (quando se limita aquilo que está previamente constituído) do sistema. Por este motivo é que pode ser considerada o fato de diferenciação entre o direito e os demais subsistemas sociais.

### 3. CONCLUSÃO

---

<sup>10</sup> Os Limites Funcionais do Poder Judiciário e a Judicialização das Políticas Públicas. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (FDV)*, op. cit. p. 108.

<sup>11</sup> *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, 2ª ed. Op. cit., p. 81.

<sup>12</sup> Cf. VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas do Sistema do Direito Positivo*. 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2010, p. 207.

Como pôde ser observado, o subsistema do direito e o subsistema político, apesar de comporem zonas de contato e até de interseções (semântica e pragmática), não se confundem, devido ao funcionamento interno de tais sistemas, visto que suas operações ao mesmo tempo se apresentam como interdependentes (falando aqui em plano pragmático, onde a dependência é relacionada à efetividade) são estruturalmente diferentes.

O estudo destas características através da teoria da linguagem nos permite identificar o liame onde ambos os subsistemas incidem e, com isso, elaborar um entendimento que impeça o movimento de desdiferenciação, algo que materialmente podemos enxergar na realidade contemporânea através do inchaço do poder judiciário e do fenômeno conhecido como ativismo judicial.

Através de análise mais detida de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, é possível pinçar onde os limites sistemáticos foram extrapolados para dar margem a presente investigação. A Constituição positiva, instrumento limitador responsável pelo acoplamento dos subsistemas jurídico e político tem fundamentado tais atitudes e decisões, de modo que surge também um questionamento acerca da utilização deste instrumento pela referida Corte e da relativização dos entendimentos para favorecer esse tipo de decisão.

Por fim, a sociedade, em grande parte, parece, em primeiro momento, aprovar a atitude do poder judiciário que traz à tona temas que carecem de discussões no Congresso quando, ao mesmo tempo, fazem parte da rotina dos cidadãos brasileiros. Resta, portanto, a dúvida de saber até onde essa atuação invasiva e aparentemente beneficente pode ruir uma estruturação sistemática, trazendo enormes prejuízos a toda uma organização societária, esta que nos é ofertada desde os tempos de Montesquieu.

#### **4. BIBLIOGRAFIA**

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. Os Limites Funcionais do Poder Judiciário e a Judicialização das Políticas Públicas. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (FDV)*, v. 7, p. 97-131, 2010.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema jurídico e Decisão judicial*. 2ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

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

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em Matéria Tributária*, 2ª ed., São Paulo: Noeses, 2011.

NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. *Lua Nova*, São Paulo, Nº. 37, p. 93-106, 1996.

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas do Sistema do Direito Positivo*. 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2010.