

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE DOUTORADO EM DIREITO**

ANDRÉ GALVÃO VASCONCELOS DE ALMEIDA

**JURISDIÇÃO, COMPLEXIDADE E CONTINGÊNCIA:
O DESAFIO DA TUTELA DE DIREITOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

Recife, 2020.

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

**JURISDIÇÃO, COMPLEXIDADE E CONTINGÊNCIA:
O DESAFIO DA TUTELA DE DIREITOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

Aluno: André Galvão Vasconcelos de Almeida

Orientador: João Paulo Allain Teixeira

Tese de Doutorado apresentada ao PPGD-UNICAP (Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco), como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Linha de pesquisa: Jurisdição, Cidadania e Direitos Humanos.
Tema: Jurisdição Constitucional, Direito e Sociedade.

Recife, 2020.

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Folha de Aprovação

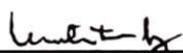
Aluno: André Galvão Vasconcelos de Almeida

**JURISDIÇÃO, COMPLEXIDADE E CONTINGÊNCIA:
O DESAFIO DA TUTELA DE DIREITOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

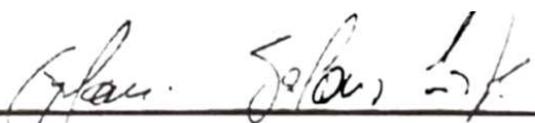
Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito. A presente tese foi defendida e aprovada em 22 de abril de 2020 pela banca examinadora constituída pelos professores:



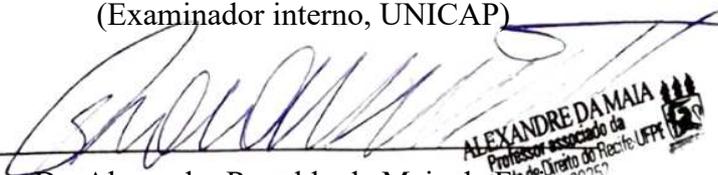
Dr. João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira
(Orientador, UNICAP)



Dr. Gustavo Ferreira Santos
(Examinadora interno, UNICAP)



Dr. Glauco Salomão Leite
(Examinador interno, UNICAP)



Dr. Alexandre Ronaldo da Maia de Sá
(Examinador externo, FDR-UFPE)

ALEXANDRE DA MAIA
Professor associado da
União de Direito de Recife UFPE
150752



Dr. Jadson Correia de Oliveira
(Examinador externo, UNIRIOS E UCSAL)

Aos meus amados sobrinhos Lucas, Luana e
Guguinha.

AGRADECIMENTOS

A produção de um trabalho acadêmico é constituída por um paradoxo insuperável: a necessidade de nos isolarmos para momentos de reflexão sobre o que estamos pesquisando é, ao mesmo tempo, a dependência de estarmos permanentemente abertos ao nosso entorno. É possível pensar, na esteira da fundamentação teórica adotada na nossa pesquisa, que caminhamos como uma forma, uma forma de dois lados. Cada momento de isolamento promove a ligação entre os pontos de reflexão, formando tematizações que desaguam no surgimento de uma identidade.

No entanto, essa identidade apenas pode se apresentar como tal a partir do momento em que é confrontada com a diferença, com o diverso, o outro lado da forma. Observe-se, eu apenas posso me apresentar como sou a partir do momento em que me confronto com aquilo não me é próprio. E, a partir daí, ocorrem constantes *crossing* de observações e distinções. Assim, em última análise, o lado de fora da forma, o diferente, o diverso, é tão importante quanto o lado de dentro, a identidade. Ambos são faces de uma mesma moeda, um sustenta o outro, um é elemento constitutivo do outro, são interdependentes, reciprocamente condicionados.

E como o presente trabalho é fruto de pesquisa de Doutorado, no âmbito do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, é importante lembrar e agradecer a todos aqueles que fizeram parte dessa jornada. Todos foram imprescindíveis. Eles estão presentes, ainda que de maneira oculta, não marcada. Eles constituem o outro lado dessa forma, que sustenta a própria forma.

Não encontro palavras que possam traduzir o sentimento de agradecimento a minha esposa, Daniela Moser. Sem ela, nada disso seria possível. Uma companheira para todas as horas e minha principal interlocutora, esteve presente desde a primeira fagulha de pensamento até a última palavra deste trabalho. Obrigado. Por tudo.

Agradeço o apoio da minha família, em especial, dos meus pais e irmãs, que me garantiram a base para que eu pudesse seguir meu caminho.

Meus agradecimentos a todos os funcionários da Universidade Católica de Pernambuco. De uma forma ou de outra, todos contribuíram para que eu chegasse a este momento.

Ao meu orientador, professor João Paulo Allain, pela amizade e compreensão nos momentos de dificuldade, assim como pela confiança e estímulo depositados no meu desenvolvimento acadêmico.

Agradeço também aos professores Gustavo Ferreira Santos e Érica Babini e Glauco Salomão Leite, pela acolhida nos momentos difíceis e pelas contribuições na fase final de elaboração deste trabalho.

Também sou grato ao professor Alexandre Da Maia, pelas preciosas contribuições durante essa jornada, bem como pelo exemplo de profissionalismo e comprometimento com o ensino jurídico.

A todos os professores que compõem o corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, em especial aos que fazem parte do Grupo REC (Recife Estudos Constitucionais), todos foram importantes na minha formação acadêmica.

Aos órgãos de fomento que contribuíram com financiamento durante o período de produção da presente pesquisa.

Sou grato, ainda, a todos os juristas citados neste trabalho. Sem suas obras, o caminho trilhado seria impossível.

Por fim, agradeço aos meus colegas turma (primeira turma do Doutorado em Direito da Unicap), em especial aqueles de primeira hora, tão importantes nos momentos mais difíceis desta caminhada.

Muito obrigado.

André Galvão de Almeida

“Com o direito pode fazer-se muito, mas não se pode fazer tudo”
(N. Luhmann).

Resumo

O presente trabalho, a partir de um olhar sociológico-sistêmico, descreve e analisa as condições estruturais que envolvem a relação entre direito e sociedade, tendo como pano de fundo a hipercomplexidade e a contingência que caracterizam a sociedade contemporânea policontextualizada. Busca-se, ainda, fazer uma reflexão acerca das consequências advindas da positividade do direito moderno e do aumento da dinâmica social inaugurada a partir dessa positividade, sobretudo quando se fala no surgimento de "novos direitos" e da atuação dos movimentos sociais na busca por reconhecimento e tutela desses direitos no poder judiciário. Nesse contexto, a pesquisa tem como problemática inicial compreender como o direito da sociedade contemporânea pode ser capaz de estabilizar expectativas normativas no presente, criando vínculos com um futuro incerto e, ao mesmo tempo, se estabelecer enquanto sistema socialmente adequado ao seu ambiente. Em outras palavras, busca-se observar como o sistema pode compatibilizar estabilização e variação estrutural, consistência jurídica e adequação social. Nesse sentido, os precedentes judiciais e a figura do *amicus curiae* são apresentados como instrumentos importantes na promoção de tal compatibilização. Tendo em vista a problemática apresentada, nosso objetivo geral concentra-se em identificar, dentro do contexto da Teoria dos Sistemas Sociais de Comunicação de Niklas Luhmann, o papel do *amicus curiae* e das audiências públicas na construção do precedente judicial, no âmbito da jurisdição constitucional. Os principais conceitos do referencial teórico citado servirão como pontos de partida para verificar se o *amicus curiae* e as audiências públicas podem figurar como mecanismos que possibilitam a abertura cognitiva e a adequação social do precedente judicial, canalizando a pressão exercida pelo ambiente social, evitando a formação daquilo que denominaremos de precedentes meramente simbólicos ou, dito de outra forma, precedentes com rigidez normativa socialmente inadequada.

Palavras-chave: Complexidade. Direito. Jurisdição Constitucional. Precedentes Judiciais. *Amicus Curiae*. Teoria dos Sistemas.

ABSTRACT

This study, from a sociological-systemic perspective, describes and analyzes the structural conditions that involve the relationship between law and society, with the hypercomplexity and contingency that characterize contemporary poly-contextual society as a backdrop. It also seeks to reflect on the consequences arising from the positivity of modern law and the increase in the social dynamics inaugurated from this positivity, especially when it comes to the emergence of "new rights" and the role of social movements in the search for recognition and protection of these rights in the judiciary. In this context, the research has as its initial problem understanding how the law of contemporary society may be able to stabilize normative expectations in the present, creating links with an uncertain future and, at the same time, establishing itself as a socially adequate system in the environment in which it operates. In other words, it seeks to observe how the system can make stabilization and structural variation compatible, legal consistency and social adequacy. On this sense, the judicial precedents and the figure of the *amicus curiae* are presented as important instruments in promoting such compatibility. On the view of presented problems, our aim is to identify, within the context of Niklas Luhmann's Theory of Social Communication Systems, the role of *amicus curiae* and public hearings in the construction of judicial precedent, within the scope of constitutional jurisdiction . The main concepts of the aforementioned theoretical framework will serve as starting points for verifying whether *amicus curiae* and public hearings can figure as mechanisms that enable the cognitive opening and social adequacy of the judicial precedent, channeling the pressure exerted by the social environment, avoiding the formation of what we will call merely symbolic precedents or, to put it another way, precedents with socially inadequate normative rigidity.

Keywords: Complexity. Law. Constitutional Jurisdiction. Judicial precedents. Amicus Curiae. Systems Theory.

RESUMEN

El presente trabajo, desde una perspectiva sociológico-sistémica, describe y analiza las condiciones estructurales que implican la relación entre el derecho y la sociedad, con la hipercomplejidad y la contingencia que caracterizan a la sociedad poli-contextual contemporánea como telón de fondo. También busca reflexionar sobre las consecuencias derivadas de la positividad del derecho moderno y el aumento de la dinámica social inaugurada a partir de esta positividad, especialmente cuando se trata de la aparición de "nuevos derechos" y el papel de los movimientos sociales en la búsqueda de reconocimiento y protección de estos derechos en el poder judicial. En este contexto, la investigación tiene como problema inicial comprender cómo la ley de la sociedad contemporánea puede estabilizar las expectativas normativas en el presente, creando vínculos con un futuro incierto y, al mismo tiempo, estableciéndose como un sistema socialmente adecuado en el entorno en el que opera. En otras palabras, busca observar cómo el sistema puede hacer compatibles la estabilización y la variación estructural, la coherencia legal y la adecuación social. En este sentido, los precedentes judiciales y la figura del *amicus curiae* se presentan como instrumentos importantes para promover dicha compatibilidad. En vista de los problemas presentados, nuestro objetivo general es identificar, dentro del contexto de la Teoría de los sistemas de comunicación social de Niklas Luhmann, el papel de los *amicus curiae* y las audiencias públicas en la construcción de precedentes judiciales, dentro del alcance de la jurisdicción constitucional. Los conceptos principales del marco teórico mencionado servirán como puntos de partida para verificar si los *amicus curiae* y las audiencias públicas pueden figurar como mecanismos que permitan la apertura cognitiva y la adecuación social del precedente judicial, canalizando la presión ejercida por el entorno social, evitando la formación de lo que llamaremos precedentes meramente simbólicos o, para decirlo de otra manera, precedentes con rigidez normativa socialmente inadecuada.

Palabras clave: Complejidad. Derecho. Jurisdicción constitucional. Antecedentes judiciales. Amicus Curiae. Teoría de sistemas.

SOMMARIO

Questo progetto, dal punto di vista sociologico-sistemico, descrive e analizza le condizioni strutturali che coinvolgono il rapporto tra legge e società, con l'ipercomplessità e la contingenza che caratterizzano la società polivalente contemporanea come sfondo. Cerca inoltre di riflettere sulle conseguenze derivanti dalla positività del diritto moderno e dall'aumento delle dinamiche sociali inaugurate da questa positività, soprattutto quando si tratta dell'emergere di "nuovi diritti" e del ruolo dei movimenti sociali nella ricerca di riconoscimento e protezione di questi diritti nel settore giudiziario. In questo contesto, la ricerca ha come problema iniziale la comprensione di come la legge della società contemporanea possa essere in grado di stabilizzare le aspettative normative nel presente, creando collegamenti con un futuro incerto e, allo stesso tempo, affermandosi come un sistema socialmente adeguato nell'ambiente in cui opera. In altre parole, cerca di osservare come il sistema può rendere compatibili la stabilizzazione e la variazione strutturale, la coerenza giuridica e l'adeguatezza sociale. In questo senso, i precedenti giudiziari e la figura dell'*amicus curiae* si presentano come strumenti importanti per promuovere tale compatibilità. Alla luce dei problemi presentati, il nostro obiettivo generale è quello di identificare, nell'ambito della Teoria dei sistemi di comunicazione sociale di Niklas Luhmann, il ruolo di *amicus curiae* e audizioni pubbliche nella costruzione di precedenti giudiziari, nell'ambito della giurisdizione costituzionale. I concetti principali del suddetto quadro teorico serviranno come punti di partenza per verificare se gli *amicus curiae* e le audizioni pubbliche possano figurare come meccanismi che consentono l'apertura cognitiva e l'adeguatezza sociale del precedente giudiziario, incanalando la pressione esercitata dall'ambiente sociale, evitando la formazione di quelli che chiameremo semplicemente precedenti simbolici o, per dirla in altro modo, precedenti con rigidità normativa socialmente inadeguata

Keywords: Complessità. Diritto. Competenza costituzionale. Precedenti giudiziari. Amicus Curiae. Teoria dei sistemi.

LISTA DE ABREVIATURAS

- ADI** - Ação Direta de Inconstitucionalidade
- ADO** - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
- ADPF** - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
- AMC** - Associação dos Magistrados Catarinenses
- AFROBRAS** - Sociedade Afrobrasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural
- ANAAD** - Associação Nacional dos Advogados Afrodescendentes
- ANAJUR** - Associação Nacional dos Advogados da União e dos Advogados das Entidades Federais
- ANAJURE** - Associação Nacional de Juristas Evangélicos
- ANDES** - Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior
- ANFIP** - Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social
- ANAPE** - Associação de Procuradores do Estado
- ANPR** - Associação Nacional dos Procuradores da República
- ANTRA** - Associação Nacional de Travestis e Transexuais
- CC** - Código Civil
- CEMICAMP** - Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas
- CESPE** - Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília
- CEPE** - Conselho de Ensino Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília
- CF** - Constituição Federal
- CFP** - Conselho Federal de Psicologia
- CNBB** - Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
- CNTS** - Confederação Nacional dos Trabalhadores Na Saúde
- COBIM** - Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas
- CONAMP** - Associação Nacional dos Membros do Ministério Público
- CONEN** - Coletivo Nacional de Entidades Negras
- CPC** - Código de Processo Civil
- DEM** - Partido Democratas
- DPDF** - Defensoria Pública do Distrito Federal
- FENAFISP** - Federação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social
- FENAJUFE** - Federação Nacional dos Sindicatos dos Trabalhadores do Judiciário Federal e do Ministério Público da União;

GADVS - Grupo de Advogados pela Diversidade

GELEDÉS - Instituto da Mulher Negra de São Paulo

GGB - Grupo Gay da Bahia

IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

ICCAB - Instituto Casa da Cultura Afro-brasileira

IDDH - Instituto de Defensores dos Direitos Humanos

LGBTQ+ - Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Queer e Outros Grupos de Gênero e Sexualidade.

LICC - Lei de Introdução ao Código Civil

MI - Mandado de Injunção

MNS - Movimento Negro Socialista

MNU – Movimento Negro Unificado

MPMB – Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro

ONGS - Organizações Não Governamentais

PLC - Projeto de Lei da Câmara

PPS - Partido Popular Socialista (Atual Cidadania)

PSTU - Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado

SINDIJUS/DF - Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal

SINDIPOL - Sindicato dos Policiais Cíveis de Londrina e Região

STF - Supremo Tribunal Federal

UNAFISCO SINDICAL - Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal

UnB - Universidade de Brasil

UERJ - Universidade do Estado do Rio de Janeiro

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Ações com atuação de <i>amicus curiae</i> no STF por Ministro.....	127
Tabela 2 - Audiências públicas convocadas por Ministro.....	133
Tabela 3 - Tematizações das audiências públicas x quantitativo de participantes.....	134

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	18
1 PONTOS DE PARTIDA PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA EM UMA PERSPECTIVA SISTÊMICA LUHMANNIANA.....	26
1.1 A SOCIEDADE DA COMUNICAÇÃO E O DESLOCAMENTO DO HOMEM PARA O SEU AMBIENTE: CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	27
1.1.1 A sociedade de comunicação e o “anti-humanismo” metodológico de Niklas Luhmann.....	30
1.1.2 O conceito de comunicação na concepção luhmanniana.....	36
1.1.3 Comunicação como superação da metáfora da “transmissão de informação” e da necessidade de formação de “consenso substancial”.....	38
1.1.4 A comunicação, sua improbabilidade e o papel dos meios de comunicação simbolicamente generalizados.....	41
1.1.5 Breves considerações acerca do Direito como meio de comunicação simbolicamente generalizado.....	44
1.2 COMPLEXIDADE E CONTINGÊNCIA COMO ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....	48
1.3 POSITIVIDADE DO DIREITO COMO INSTRUMENTO DE ABERTURA PARA O FUTURO.....	55
2 NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS.....	63
2.1 OS MOVIMENTOS SOCIAIS E SUAS TRANSFORMAÇÕES.....	63
2.2 CONTRADIÇÕES, CONFLITOS E A FORMA DOS MOVIMENTOS.....	67
2.3 POTENCIALIDADES CONTRIBUTIVAS DOS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS NUMA PERSPECTIVA SISTÊMICA.....	72
2.3.1 A tematização dos movimentos sociais no Brasil.....	74
3 NOVOS DIREITOS, MOVIMENTOS SOCIAIS E O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO: UM CAMPO FÉRTIL PARA O FORTALECIMENTO DE UM SISTEMA DE RESPEITO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	77

3.1 PRIMEIRAS OBSERVAÇÕES SOBRE O PRECEDENTE JUDICIAL NO CONTEXTO DE FRAGMENTAÇÃO JURÍDICA.....	82
3.2 DO PRECEDENTE JUDICIAL AO RISCO DO PRECEDENTE SIMBÓLICO...	84
3.3 A MATRIZ LUHMANNIANA DA JUSTIÇA E O PRECEDENTE COMO “FÓRMULA DE CONTINGÊNCIA”	95
4 CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO COMO ATENUAÇÃO DO DÉFICIT DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E ABSORÇÃO DO RISCO DO PROCESSO DECISÓRIO.....	102
4.1 <i>AMICUS CURIAE</i> E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO MECANISMOS DE ABERTURA COGNITIVA E ADEQUAÇÃO SOCIAL DO PRECEDENTE JUDICIAL A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA PROCEDIMENTAL.....	103
4.2 POR UMA CONCEPÇÃO SOCIOLÓGICO-SISTÊMICA DO RISCO: DA DISTINÇÃO RISCO/ SEGURANÇA À DISTINÇÃO RISCO/ PERIGO.....	114
4.3 PROTESTAR E REIVINDICAR: A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NO PROCEDIMENTO.....	119
4.3.1 Breves considerações sobre os mecanismos formais de acesso dos movimentos sociais ao Supremo Tribunal Federal: o <i>amicus curiae</i> e audiências públicas.....	124
4.3.2 Das possíveis dificuldades de acesso ao STF por parte dos movimentos sociais..	136
5 OBSERVAÇÃO DA CONSTRUÇÃO SOCIOLÓGICO-JURÍDICA DO PRECEDENTE JUDICIAL.....	146
5.1 A ADO 26 E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA.	146
5.1.1 O movimento social e a pauta LGBTQ+.....	147
5.1.2 Intervenção dos <i>amici curiae</i> no julgamento da ADO 26.....	152
5.2 A ADI 4275 E A ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL PARA PESSOA TRANSGÊNERO.....	164
5.2.1 O movimento social e a pauta relacionada aos transgêneros.....	166
5.2.2 Intervenção dos <i>amici curiae</i> no julgamento da ADI 4275.....	167
5.3 A ADPF 186 E O SISTEMA DE COTAS ÉTNICO- RACIAIS.....	180
5.3.1 O movimento social e a pauta relacionada a questões de natureza étnico-racial..	182

5.3.2 As intervenções nas audiências públicas e dos <i>amici curiae</i> no julgamento da ADPF 186.....	183
5.4 CONSIDERAÇÕES GERAIS: ENTRE TEORIA E PRÁTICA.....	210
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	215
7 REFERÊNCIAS.....	218
ANEXO A – ROTEIRO ESTUDO DE CASO.....	229

INTRODUÇÃO

Na atual sociedade contemporânea, hipercomplexa, contingente, policontextual e funcionalmente diferenciada, a intensidade das relações entre os sistemas sociais promove o aumento de possibilidades e, conseqüentemente, da produção normativa por parte do direito. Ocorre, dessa forma, o aumento da intensidade da cadeia circular (e, portanto, não hierárquica) entre fatos sociais, legislação e jurisdição, sendo o poder judiciário chamado com mais frequência para dar resposta aos problemas que vão sendo apresentados.

Esse processo resultou em um novo desenho institucional onde, agora, os tribunais, compelidos pela obrigatoriedade de decidir (proibição da pronúnciação do *non liquet*), se posicionam no centro do ordenamento jurídico e são responsáveis por dizer em último grau o que está e o que não está conforme o direito. Transfere-se a importância da legalidade estrita, traduzida em segurança, outrora cerrada nos códigos, para a ideia de “justiça”, construída no âmbito jurídico-processual. As decisões jurídicas observam a sociedade e passam a ser o lugar para onde são direcionadas as expectativas sociais.

Instalou-se, assim, um protagonismo judicial que, com o passar dos anos, provocou uma reconfiguração do papel do poder judiciário, sobretudo da jurisdição constitucional, no processo de tutela de direitos fundamentais.

Ocorre que essa transferência funcional, embora importante para reconhecimento e tutela de direitos, face ao vácuo institucional deixado pelos outros poderes, produziu o efeito colateral de nos levar a uma situação de insegurança jurídica e de desconfiança, com o conseqüente enfraquecimento da capacidade de promover estabilização de expectativas normativas, direcionando o foco para os problemas decorrentes da ausência de um sistema de racionalização das decisões judiciais.

A partir desse contexto, e em nítida aproximação com a cultura do *common law*, os precedentes judiciais encontram acomodação no sistema jurídico brasileiro como importante fonte de comunicação e como potencial instrumento de dogmatização/estruturação de direitos fundamentais, tradicionalmente de tessitura aberta, produzindo unidade e consistência jurídica.

Ressalte-se, no entanto, que essa busca por racionalização do processo decisório não pode ser confundida com um ideal de previsibilidade e de segurança jurídica absoluta, causando invariância estrutural e uma espécie de solipsismo cognitivo. O sistema jurídico deve buscar seu fechamento operacional, porém, não pode prescindir de abertura cognitiva

para que o direito não se torne estéril e deixe de corresponder aos estímulos do seu ambiente social.

É justamente para evitar a esterilização do direito e garantir adaptabilidade que o processo de construção de precedentes judiciais não pode deixar de observar a circularidade argumentativa e hermenêutica que lhe é intrínseca.

Nesse sentido, apesar de trazer benefícios à prestação jurisdicional, o precedente nos ressalta ainda mais a preocupação com a implementação de instrumentos que garantam sua oxigenação e permitam uma maior legitimação da sua normatividade vinculativa através da ampliação da participação do entorno social no seu processo de formação e aplicação, sobretudo em casos de ampla repercussão social envolvendo direitos fundamentais sensíveis a grupos vulneráveis que tradicionalmente ocupam a periferia da tutela jurídica, buscando evitar a formação daquilo que denominaremos de precedentes meramente simbólicos¹ ou, dito de outra forma, “precedentes com rigidez normativa socialmente inadequada”.

Dessa forma, o deslocamento do debate público acerca da efetivação dos direitos fundamentais para o âmbito do poder judiciário levanta a luz sobre suas limitações funcionais e estruturais e abre espaço para a importância de ampliação da participação do entorno social no processo de construção da decisão judicial.

Nesse contexto, pretende-se apresentar a figura do *amicus curiae*, incluindo a possibilidade de sua atuação quando convocadas audiências públicas, como elemento potencialmente atenuador da ausência de “legitimidade democrática” da normatividade produzida nos tribunais. Assim, o “amigo da corte” e as audiências públicas, mecanismos processuais exercidos por pessoas, órgãos, movimentos sociais e demais entidades da sociedade civil, que podem ser requisitados ou solicitar participação, com direito a voz, em julgamentos do STF, quando determinada matéria se apresenta relevante ao interesse social, podem figurar como instrumentos de legitimação pelo procedimento que resulta na decisão jurídica com potencialidade de formar um precedente, responsável por absorver as incertezas e indeterminações do ambiente, estabilizando as expectativas sociais.

¹ Destaque-se que nosso argumento sobre os riscos da formação de precedentes meramente simbólicos tem como base a abordagem feita por Marcelo Neves em sua obra “A constitucionalização simbólica”, porém de forma bem menos abrangente. Tal esclarecimento se faz importante uma vez que o referido autor utiliza o termo simbólico e, posteriormente, legislação simbólica, como fundamento de partida para discorrer sobre problemas estruturais e duradouros que envolvem a relação entre o direito e o sistema social como um todo, e não diretamente ligado aos problemas da decisão judicial nos tribunais, como é o caso da presente pesquisa. Para uma visão mais abrangente: NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013a.

Além dos diversos dispositivos normativos previstos no nosso ordenamento jurídico, como por exemplo, a Lei n. 9.868/1999 e a Lei n. 9.882/99, cumpre-nos destacar importantes avanços promovidos pelo atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que, através do seu artigo 138, positivou a ampliação das possibilidades de atuação do *amicus curiae* em outros níveis de jurisdição.

Porém, é de se ressaltar que, para além da possibilidade de atenuação do déficit de “legitimidade democrática”, a qual, diga-se de passagem, não pode ser vista como uma busca por consensos substanciais e sim de canalização e de absorção de dissensos, essa abertura cognitiva também pode funcionar como ampliação da capacidade de observação por parte do sistema jurídico e, conseqüentemente, atenuar os riscos produzidos por suas próprias decisões. Isso porque, se em sociedades pré-modernas existiam recursos externos para a solução de conflitos, hoje existe apenas a necessidade de decisão face a uma miríade de possibilidades incrementadas pela complexidade e pela contingência. Em breves palavras, o comportamento do direito na sociedade de risco pode ser caracterizado pela necessidade de decidir para estabilizar expectativas normativas e pela ausência de previsibilidade sobre as conseqüências do resultado dessa decisão, tendo em vista a limitada capacidade de conhecimento do ambiente social altamente diferenciado e complexo². Portanto, decide-se no presente sem o pleno conhecimento do futuro e, dessa forma, toda decisão é proferida em condições de incerteza acerca dos efeitos que ela mesma pode produzir³.

Assim, busca-se defender que a abertura cognitiva através da intervenção do *amicus curiae* funciona como uma aquisição evolutiva do procedimento decisório, através do qual o ambiente social passa a contribuir para o aprofundamento de certas questões, proporcionando uma decisão com o máximo de conhecimento possível acerca de suas implicações e repercussões na esfera social, evitando a formação de precedentes com rigidez normativa socialmente inadequada.

Como observado, a própria dinâmica social atual imprescinde de estruturas normativas que compatibilize estabilização e variação estrutural, consistência jurídica e adequação social. Embora bastante incomum na produção acadêmica atual, o contexto aqui descrito pode ser desenvolvido sob o aporte teórico da Teoria dos Sistemas de Niklas

²CORSI, G, ESPÓSITO, E.; BARALDI, C. (Eds.). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana-ITESO/Anthropos. 1996, p. 141-143.

³ Nesse sentido, ver: DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 28.

Luhmann, sobretudo a partir de conceitos como os de “comunicação”, “complexidade”, “contingência”, “risco”, “movimentos sociais”, “procedimento”, “justiça”, “evolução”, dentre outros⁴.

A partir do contexto da Teoria dos Sistemas, o direito como sistema *da* sociedade, inserido *na* sociedade, encontra-se dentro de um processo interdisciplinar, onde os diversos sistemas sociais se comunicam, interagem, “irritam” e influenciam uns aos outros. Esse contato permite que o sistema se atualize, promovendo a retroalimentação dos seus elementos e, portanto, maior dinamicidade em sua relação com o ambiente.

Porém, ressalte-se, essa comunicação não se dá de forma direta. O direito sofre “irritações” e passa a traduzir os fatos sociais a partir de suas próprias estruturas, selecionando-os. Seu desafio é, portanto, estabelecer uma aproximação com essa semântica social, como dito, policontextual e hipercomplexa, e isso pressupõe o estabelecimento de zonas de contato, tal como “acoplamentos estruturais”, que possibilitem o condicionamento e ajustamento de seus discursos, quase sempre concorrentes. Dessa forma, nem o direito pode “desdiferenciar-se” adotando um discurso que não é jurídico, perdendo sua capacidade estabilizadora, nem a sociedade pode ser olvidada do processo constitutivo do direito.

Embora o presente trabalho tenha uma característica predominantemente teórica, também buscamos fazer uma análise qualitativa e documental acerca da influência dos *amici* e das audiências públicas como instrumentos legitimadores do procedimento com potencialidade para formação de precedentes. Esta análise foi realizada através do voto dos Ministros, dos memoriais apresentados pelos *amici curiae* e por suas respectivas sustentações orais apresentadas em plenário do STF ou em audiências públicas.

Importa destacar que, nos últimos 10 anos, 26 audiências públicas foram realizadas no Supremo Tribunal Federal, das quais 20 tiveram a participação dos *amici*⁵, bem como outros 350 casos foram julgados com a participação desses “terceiros”. Assim sendo, por uma questão de opção metodológica, a seleção dos casos levou em consideração três aspectos: (a) ações cujo objeto tenha grande repercussão social; (b) ações que tenham tido ampla tematização e atuação de movimentos sociais relacionados a grupos vulneráveis; e (c) ações que tenham suas peças disponíveis *on-line*. Destaque-se, ainda, que não pretendemos

⁴ Além disso, produções de outros autores, tais como Raffaele de Giorgi, Gunther Teubner e Marcelo Neves, também apresentam elementos teóricos importantes na compreensão dos problemas apresentados.

⁵ Ressalta-se que, nos últimos dez anos, os *Amici* atuaram em mais de 350 casos julgados no STF, a saber: 6 ADCs, 319 ADIs, 6 ADOs, 36 ADPFs.

exaurir o estudo, mas lançar uma nova forma de observação sobre a temática.

Destacamos, por fim, que os movimentos sociais podem ser considerados tipos de ações coletivas na esfera pública que buscam alcançar mudanças em uma sociedade ou em um contexto específico. Os “novos” movimentos sociais, ou movimentos de “protesto”, geralmente atuam sob a cortina de temas universalistas (tendo em sua origem um forte caráter identitário) com o objetivo de conquistar adeptos/seguidores/envolvimento. Atualmente, eles podem ser observados através da atuação de movimentos populares, sindicais e também das organizações não governamentais (ONGs). Como não há mais posição privilegiada para uma visão geral da sociedade atual, uma das funções que os movimentos sociais assumem é a autodescrição crítica da mesma, permitindo a sociedade observar suas próprias contradições. Como veremos adiante, essa é uma das suas importantes contribuições para evolução das normas constitucionais.

Assim, sob o pano de fundo da sociologia jurídica e a partir de três preocupações comuns a qualquer pesquisador contemporâneo, quais sejam: (i) o processo de fragmentação do direito diante de uma sociedade complexa e contingente; (ii) o protagonismo judicial; e (iii) a importância de serem estabelecidos critérios racionais ao processo de decisão que compatibilizem consistência jurídica e adequação social; buscaremos analisar o papel do *amicus curiae* e das audiências públicas na construção do precedente judicial, com ênfase na atuação dos movimentos sociais, no âmbito da jurisdição constitucional.

Para seguir o caminho proposto, fez-se necessário a apresentação dos principais pontos de partida para compreensão do direito numa perspectiva sistêmica luhmanniana, sobretudo com a abordagem do conceito de comunicação e da formação dos meios de comunicação simbolicamente generalizados. Esses pontos de partida nos permitiram seguir com a observação da complexidade e da contingência como elementos caracterizadores da sociedade contemporânea, bem como observar a positividade do direito e as dinâmicas sociais que surgem em decorrência dessa positividade (Capítulo 01).

Tendo como base a configuração dessa dinâmica social, passamos a discorrer sobre importância dos movimentos sociais, ressaltando suas transformações históricas e capacidades contributivas face aos demais sistemas sociais (Capítulo 02).

Ainda, a dinâmica social identificada a partir da positividade do direito moderno também nos permitiu observar o surgimento do chamados “novos direitos”, que tratamos de apresentar como “projeções de expectativas normativas” em busca de estabilização, bem como a observação da atuação dos movimentos sociais na luta por reconhecimento e tutela

desses direitos no âmbito do poder judiciário, identificando, aqui, um deslocamento do campo de disputa, que antes se direcionava para o poder político e atualmente se volta para o poder judiciário.

Diante de tal contexto, destacamos os fatores que contribuíram para o crescimento do protagonismo judicial e que construíram um campo fértil para a adoção de uma doutrina de respeito aos precedentes judiciais face a um sistema jurídico brasileiro fragmentado. Buscamos analisar os precedentes judiciais e os seus limites operacionais, considerando o precedente judicial como instrumento de redução de complexidade e estabilização de expectativas normativas. No entanto, a partir de uma visão sociológico-sistêmica, nossa abordagem seguiu para enquadrar o precedente judicial como uma “fórmula de contingência” do sistema jurídico, de modo a destacar que ele não deve ser considerado um instrumento de engessamento, ocasionando invariância estrutural, mas sim um instrumento que busque a construção de uma “complexidade adequada” para lidar com contingência do entorno social que, por sua vez, não deve ser evitada e sim administrada. Identificamos que o precedente funciona como uma tentativa de estabelecer a segurança de um estado presente como distinção para que se torne possível o reconhecimento de posterior variação, possibilitando, assim, a operacionalização do princípio da igualdade. Em última análise, o precedente é considerado como uma fórmula de abertura para lidar com a contingência do ambiente (Capítulo 03).

A perspectiva adotada para discorrer sobre o papel do precedente judicial nos termos da sociologia do direito de Niklas Luhmann, nos permitiu observar que seu processo de construção e aplicação não pode ser dissociado da utilização de mecanismos que possibilitem sua abertura cognitiva e adequação social. Nesse sentido, nos direcionamos para a observação da importância de um contraditório participativo com vistas a atenuação do déficit de legitimidade democrática e absorção dos riscos do processo de decisório, uma vez que não é possível desconsiderar a inviabilidade do poder judiciário exercer o controle sobre as consequências ambientais de suas próprias decisões. Em outras palavras, o sistema jurídico precisa aproveitar-se da redução de complexidade realizada por outros sistemas sociais para exercer a função de estabilizar de forma congruente as expectativas normativas (Capítulo 04).

Nesse contexto, o *amicus curiae* e as audiências públicas são abordados a partir de uma perspectiva procedimental, de modo a ser destacado que funcionam como uma aquisição evolutiva do próprio procedimento constitucional, tal como acoplamentos estruturais,

possibilitando a influência mútua entres os diversos sistemas sociais (Tópico 4.1).

Também encontramos acomodação de tal abordagem no desenvolvimento de uma sociologia do risco a partir de uma perspectiva sistêmica, capaz de nos oferecer instrumentos teóricos importantes para o enfrentamento dos desafios apresentados. Dessa forma, abrimos o caminho para a proposição de uma visão construtivista do risco social, de modo que essa visão introduz uma mudança de perspectiva em relação da distinção tradicional risco/segurança, para uma distinção risco/perigo mais adequada às sociedades hipercomplexas e policontextuais, delimitando, dessa forma, os *tomadores de decisão* e os *afetados* por ela, no âmbito do procedimento (Tópico 4.2).

No mesmo sentido, os movimentos sociais também são apresentados como instrumentos importantes no enfrentamento das dificuldades do processo de tomada de decisão, pois proporcionam uma vantagem cognitiva ao diversificar os argumentos e assim ampliam as visões e interpretações durante o processo constitucional. Tendo em vista suas características intrínsecas, possuem forte capacidade de canalização do conflito, antecipam o risco e, conseqüentemente, potencializam o seu conhecimento. Portanto, a admissão de sua atuação no procedimento de tomada de decisão com potencialidade de formar precedente, é defendida como uma ampliação e qualificação do contraditório, permitindo maiores possibilidades de estabilização de expectativas socialmente adequadas (Tópico 4.3).

Por fim, como afirmamos anteriormente, embora a presente pesquisa tenha uma característica predominantemente teórica, através de uma análise qualitativa e documental, fizemos observações sobre o procedimento de construção de decisões judiciais, no âmbito da jurisdição constitucional, com objetivo de identificar se os mecanismos de abertura cognitiva do procedimento (*amicus curiae* e audiências públicas) permitiram mobilização do direito por parte dos movimentos sociais, e demais setores da sociedade civil, no sentido de provocarem o sistema jurídico, criando condições para sua variabilidade, bem como se contribuíram para a atenuação do déficit de legitimidade democrática da decisão e maior absorção dos seus efeitos no âmbito social.

Foram escolhidos casos com ampla repercussão social, que tiveram significativas participações de movimentos sociais e cuja temática envolveu a luta por direitos de grupos vulneráveis que tradicionalmente vivem à margem da tutela jurídica, tendo em vista que é a defesa desses sujeitos e interesses que serve de justificativa para legitimação normativa da atuação contramajoritária da jurisdição constitucional (Capítulo 05).

Com base nesses critérios, escolhemos como objeto de estudo a (i) ADO 26, que

tratou da criminalização da homofobia e transfobia, com o seu conseqüente enquadramento como espécie de crime de racismo (previsto na Lei 7.716/1989); a (ii) ADI 4275, que analisou constitucionalidade da possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transgênero, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo; e a (iii) ADPF 186, que tratou da questão relacionada à constitucionalidade das políticas de cotas de natureza étnico-raciais para seleção de estudantes em universidades públicas, mais especificamente, na Universidade de Brasília (UnB).

1 PONTOS DE PARTIDA PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA EM UMA PERSPECTIVA SISTÊMICA LUHMANNIANA

Se tivéssemos que selecionar um desafio a ser destacado para esta pesquisa, certamente seria adotar a Teoria sociológica do direito de Luhmann como o seu principal referencial teórico, visto que há uma dose excessiva de contingências e, conseqüentemente, de riscos para quem deseja se aventurar no labirinto terminológico e metodológico do autor. O trabalho de Luhmann, por si só, é complexo o suficiente para exigir tempo e energia significativos antes mesmo de se saber como usá-lo. Por onde começar? Como conectar cada conceito? Como interpretar uma teoria que durou aproximadamente trinta anos para ser realizada e que, mesmo depois de tanto tempo, sequer demonstra sinais de esgotamento?

Cada palavra, cada frase, cada parágrafo posicionado significam dias de reflexão. Isso porque uma palavra mal colocada ou uma frase equivocadamente interpretada nos fazem pagar altos custos que podem colocar quase tudo a perder. O fato é que é preciso “bastante” proximidade, mas, também, uma “dose” de distanciamento para compreender a teoria sem nos deixar levar pelo fascínio que ela nos causa. Portanto, levamos a sério as advertências iniciais de Artur Stamford, (em suas “10 lições sobre Luhmann”): deixaremos “Luhmann por conta de Luhmann”⁶. Não nos lançaremos em um caminho contra ou a favor da sua teoria, muito menos buscaremos adotar a ideia de que sua teoria seja a única forma de observação da sociedade, visto que ela é apenas uma das diversas formas possíveis, pois “não reclama exclusividade e não sustenta ser a única teoria sociológica correta”⁷. Como toda observação social, ela possui muitos pontos cegos.

Não existe teoria social que suporte o encargo de, *a priori*, se adequar perfeitamente a uma determinada realidade social e qualquer teoria que pretendesse alcançar tal objetivo se tornaria inócua e caduca desde a sua concepção. Adotamos, então, a ideia de que toda teoria é apenas um ponto de partida que deve ser confrontada com diversos pontos de vista e não deve ser tratada como um projeto pronto e acabado em que nele encontraríamos todas as explicações possíveis. Aliás, esse é um pressuposto adotado pelo próprio Luhmann, como podemos observar a partir da seguinte passagem:

⁶ SILVA, Artur Stamford da. *10 lições sobre Luhmann*. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 32.

⁷ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker, México: Anthropos/Universidad Iberoamericana, 1998, p. 15.

Não podemos ter uma só descrição da sociedade, mas várias. A monovalência discursiva ruiu, tornou-se insustentável. A ciência articula-se agora no jogo da diversidade teórica. Nenhuma teoria sozinha tem representatividade ou autoridade suficiente para legislar sobre o concreto ou favorecer esquemas explicativos completos e incontestáveis⁸.

Ademais, como a própria teoria nos ensina, não correr riscos é uma decisão arriscada e não decidir já é um risco assumido. Portanto, decidimos assumir todos os ônus (e, quem sabe, colher alguns bônus) de nos aventurarmos por esse caminho. O próprio Luhmann estimulou a comunidade acadêmica de diversas áreas a colocar sua teoria sob teste⁹, e é sob esse espírito que nós iniciamos a nossa pesquisa.

1.1 A SOCIEDADE DA COMUNICAÇÃO E O DESLOCAMENTO DO HOMEM PARA O SEU AMBIENTE: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Inicialmente, pretende-se descrever os principais aspectos que norteiam o conceito de sociedade desenvolvida na Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann e, para tanto, faz-se imprescindível enfrentar temas caros à referida teoria, tais como o deslocamento do homem para o ambiente/entorno do sistema social, a posição da comunicação como elemento constitutivo da sociedade e o próprio conceito de comunicação e sua improbabilidade face aos desafios da sociedade contemporânea.

A Teoria dos Sistemas de Luhmann surge com o objetivo de superar os limites a que, segundo o autor, as teorias clássicas da sociologia teriam chegado. Tendo como ponto de partida o pensamento do filósofo francês Gaston Bachelard, Luhmann chama essas limitações de *obstáculos epistemológicos*¹⁰, o que, em breves palavras, significam amarras que obstruem o desenvolvimento científico-social e que impossibilitam descrições mais adequadas para as sociedades modernas hipercomplexas.

De forma exemplificativa, o referido autor discorre sobre alguns obstáculos que

⁸ LUHMANN, Niklas. A estabilidade instável. Em entrevista concedida a Juremir Machado da Silva. In: SILVA, Juremir Machado da. *O Pensamento do Fim do Século*. Porto Alegre: L&P, 1993, p. 218.

⁹ MONTEAGUDO, Jorge Galindo. *La Teoría Sistémica de la Sociedad de Niklas Luhmann: Alcances y Límites*. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2007a, p. XXIV.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2007a, p. 11-20.

considera como determinantes para a obstrução desse desenvolvimento:

(I) Obstáculo “geográfico” – de acordo com o pressuposto geográfico da sociologia clássica, a sociedade seria dividida/delimitada em territórios, tais como unidades regionais. Nesse sentido, o Brasil seria uma sociedade, os EUA seriam outra etc. e, adotando essa concepção, uma sociedade poderia ser eliminada a partir da simples extinção da sua posição no espaço geográfico. Luhmann rechaça esse pressuposto, pois acredita que a sociedade atual não comporta mais esse tipo de divisão física e considera o sistema social como uma sociedade mundial de comunicação. Nesse contexto, ele não desconsidera as inúmeras diferenças que existem entre as diversas condições de vida dentro desses territórios, mas destaca que “Essas diferenças precisam ser explicadas como diferenças na sociedade e não serem pressupostas como diferenças entre sociedades”¹¹.

O fato é que a complexidade social atual não comporta uma forma útil de descrição através da geografia, pois, como veremos mais à frente, o conceito de comunicação supera os limites territoriais e a ideia de que existe uma multiplicidade de sociedades regionais. Observe-se então que, apesar de a comunicação ser dependente e estar inserida dentro de um contexto territorial, ela em si mesma não é determinada diretamente por esses espaços. Assim, o processo de evolução sociocultural da sociedade contemporânea, tendo em vista o surgimento e o aperfeiçoamento da linguagem, da escrita e dos diversos meios de difusão, “diminuiu tanto o significado das relações espaciais ao ponto de reverter o princípio: é a comunicação que determina o significado restante de espaço, e não o contrário, o espaço que libera e limita a possibilidade de comunicação”¹²;

(II) Obstáculo da “teoria do conhecimento” – a sociologia tradicional analisa a sociedade a partir de um ponto externo a ela, tal como se estivesse em um plano privilegiado, *ab extra*. Trata-se da busca do conhecimento social com base na velha dicotomia sujeito/objeto (sociedade). Segundo Luhmann, esse pensamento é insustentável tendo em vista que a sociedade se tornou hipercomplexa e policontextual, de modo que todo conhecimento é construção de um observador e esse observador está inserido dentro da sociedade e não fora dela. Dessa forma, sujeito e objeto confundem-se, pois não existe mais

¹¹ LUHMANN, Niklas; O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Baeta e SAMIOS, Eva M. B. (Coords.) *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997e, p. 76.

¹² FEDOZZI, Luciano. A nova Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann: uma leitura introdutória. In: NEVES, Clarissa Baeta e SAMIOS, Eva M. B. (Coords.) *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 31; e LUHMANN, Niklas; *O conceito de sociedade*. *Op. Cit.*, 1997e, p. 82.

um sujeito racional, objetivo, asséptico e protegido da realidade que ele mesmo observa. A sociedade é um sistema social que se autodescreve recursivamente e de forma contingencial, considerando-se que todo sujeito (ou sistema social) ao mesmo tempo em que modifica/influência é modificado/influenciado pela sociedade em que vive/atua¹³;

(III) Obstáculo do “consenso” - em breves palavras, segundo a teoria do consenso, a sociedade seria fruto da concordância entre os homens em relação a suas opiniões e a seus objetivos. Aqui, Luhmann é categórico ao afirmar que para que haja sociedade não é necessário (nem desejável) que as pessoas concordem sempre umas com as outras. De acordo com o pensamento luhmanniano, a sociedade se fundamenta mais em trazer os dissensos para níveis socialmente aceitáveis e mantê-los como tradição (e aqui a institucionalização dos procedimentos decisórios específicos e os meios de comunicação simbolicamente generalizados possuem papel imprescindível) do que na formação de consensos substanciais¹⁴.

(IV) Obstáculo “humanista” – segundo essa concepção, a sociedade é formada por seres humanos e toda busca por conhecimento deve ter o indivíduo como elemento constitutivo de todo o sistema social. Segundo Luhmann, essa concepção humanista é incapaz de abarcar todas as potencialidades evolutivas da sociedade moderna, que não mais se centra em questões puramente antropológicas, focadas exclusivamente no postulado da consciência do sujeito particular. Para o autor, o elemento constitutivo da sociedade é a comunicação e, dessa forma, ele considera que o homem, enquanto sistema psíquico, não faz parte da sociedade, mas constitui apenas o seu ambiente. Observe-se que um pensamento não pode sair de si para unir-se a outros pensamentos, visto que é preciso que o homem transcenda a clausura da sua própria consciência para que possa seguir em direção ao sistema social, e isso apenas é possível através dos meios de comunicação, como por exemplo, a linguagem. Portanto, o homem é o suporte biológico e psíquico da comunicação, mas com ela não se confunde. Conforme veremos adiante, a comunicação adquire vida própria e não possui mais vinculação de identidade com “aquele sujeito” que comunica, ela é uma construção do

¹³ Nesse sentido: “A estrutura social da sociedade moderna não dispõe mais de posições a partir das quais se pudesse, com autoridade, fazer pronunciamentos sobre o mundo. O mundo retirou-se para o inobservável. O corte que um observador estabelece entre si mesmo e aquilo que observa precisa ser traçado contingencialmente, surgindo assim uma fronteira primordial, a qual, no entanto, só é válida relativamente ao observador, podendo ser traçada, de modo diferente, por qualquer outro observador” (LUHMANN, Niklas. Por que uma teoria dos sistemas?. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva M. B. (coords.) *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997d, p. 37).

¹⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005b, p. 58.

próprio sistema social, ou seja, da própria comunicação¹⁵.

Para cada um desses obstáculos, Luhmann elabora uma proposta teórica, tal como uma trilha na busca pela desconstrução das teorias clássicas. No entanto, não é o objetivo deste tópico discorrer profundamente acerca de todos eles, considerando-se que a indicação feita serve apenas como uma forma de introdução aos principais pontos de partida do pensamento luhmanniano. Portanto, por uma opção metodológica, no momento destacaremos apenas a proposta de superação do obstáculo “humanista”, ponto que serve de fundamento para o desenvolvimento do tema ora proposto, qual seja: a análise da sociedade formada por comunicação e o deslocamento do indivíduo para o seu entorno/ambiente, abrindo, assim, os caminhos para o entendimento, ainda que de forma introdutória, do papel exercido pelo Direito como sistema social.

1.1.1 A sociedade de comunicação e o “anti-humanismo” metodológico de Niklas Luhmann

Como dito antes, a Teoria dos Sistemas surge com o objetivo de superar os limites aos quais, segundo Luhmann, as teorias clássicas da sociologia teriam chegado. Por se nutrirem de uma visão excessivamente antropológica, ele discorre que as teorias sociais clássicas consideram o homem como elemento último e o centro da sociedade. Para o autor, esse pensamento se tornou insuficiente diante da “hipercomplexificação” da sociedade moderna¹⁶.

Luhmann, então, propõe uma quebra de paradigma em relação a essas teorias e argumenta que os homens não fazem parte da sociedade, mas constituem apenas seu ambiente. Para o autor, os indivíduos são representados pelos sistemas vivos/orgânicos, que promovem sua autopoiese (capacidade de autorreprodução)¹⁷ através das reações celulares,

¹⁵ Para mais esclarecimentos sobre tais *obstáculos epistemológicos*, ver LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad. Op. Cit.*, 2007a, p. 11-20; e LUHMANN, Niklas; *O conceito de sociedade. Op. Cit.*, 1997e, p. 75-76.

¹⁶ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2. Nesse sentido, remetemos o leitor aos seguintes textos: IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo. Barcelona: Anthropos Editorial, 2008, p. 230; LUHMANN, Niklas. Iluminismo Sociológico. In: SANTOS, José Manuel (Org.). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã (Portugal): Universidade da Beira Interior, 2005c, p. 19-70.

¹⁷ Luhmann desenvolve a ideia de que os sistemas sociais modernos são sistemas autopoieticos. A palavra *autopoiese*, que vem do grego, significa autoprodução. A fração *auto*, quer dizer por si próprio e *poiese* quer dizer produção, criação. A Teoria da Autopoiese do Sistema Social desenvolvida por Luhmann teve como base

orgânicas e corpóreas, e também pelos sistemas psíquicos, os quais promovem sua autopoiese através da consciência e dos pensamentos. O sistema social, por sua vez, é representado pela sociedade mundial, constituída por sistemas sociais parciais (ou subsistemas) que promovem sua autopoiese através da comunicação¹⁸.

Cumprir observar que não se trata de pregar uma sociedade que prescindir do homem, mas de promover um deslocamento deste para fora do sistema social, ou seja, para o seu ambiente. Também não se trata de promover um “anti-humanismo”, no sentido de desconsiderar o homem como ser vivente e pensante, mas, antes, de superar de forma inequívoca a ideia da sociologia tradicional que analisa a sociedade através de uma dicotomia segundo a qual cada indivíduo é considerado parte constituinte de um todo (sociedade). Luhmann mantém a concepção do indivíduo dotado de consciência e intenção, porém, desconsidera a possibilidade de que esse indivíduo possa ser considerado elemento constituinte da própria sociedade, de modo que, através dele, pudéssemos chegar a uma unidade racional ou consciência coletiva. Nesse sentido, a sociedade moderna, hipercomplexa, contingente e policontextual, não pensa, não come, não faz regime, não tem olhos claros (ou escuros), não sai para cortar os cabelos, bem como não pesa o mesmo que a totalidade dos homens e, também, não muda o peso à medida em que os homens nascem ou morrem¹⁹. A sociedade apenas se comunica. Todas as características que fazem parte da constituição dessa sociedade (e de seus subsistemas sociais) decorrem da comunicação.

Segundo Luhmann, a modernidade provocou a incapacidade de se formular enunciados sobre a natureza essencial do homem, de modo que não existe mais uma

a teoria dos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela. Luhmann adotou o conceito da biologia para afirmar que os sistemas sociais são uma rede de produção de elementos que produzem seus próprios elementos. Para que isso ocorra, os sistemas devem ser capazes de operar de maneira autorreferente, provocando, dessa forma, sua diferenciação em relação ao ambiente. Assim, os sistemas são dotados de capacidade de auto-organização, gerando, conseqüentemente, autonomia e autodiferenciação. O sistema autopoietico é considerado autônomo porque nele o que se opera não é e não pode ser determinado por nenhum componente localizado em seu ambiente, mas tão somente pelos elementos produzidos pelo próprio sistema. Dessa forma, afirma-se que os sistemas autopoieticos são sistemas operacionalmente fechados e funcionalmente diferenciados. Ressalte-se, porém, que essa autonomia e fechamento operacional não significam isolamento do sistema em relação ao seu ambiente. Ao contrário, Luhmann considera que os sistemas são operacionalmente fechados, porém, cognitivamente abertos. A clausura operacional é condição para a abertura cognitiva e estratégia de convivência com a instabilidade do ambiente. Sobre o conceito de autopoiese em Luhmann e sua relação na sociedade complexa, ver: LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. *Op. Cit.*, 1997e, p. 65; LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad. Op. Cit.*, 2005b, p. 31; ROCHA, Leonel Severo. Autopoiese e teoria do direito. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Jurisdicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 16.

¹⁸ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 3-4; LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: Op. Cit.*, 1998, p. 236.

¹⁹ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad. Op. Cit.*, 2007a, p. 13.

racionalidade comum inerente a todos eles²⁰. Antes, “Cada sujeito formava parte de um sistema social único, segmentado primeiro, estratificado depois, do qual recebia sua identidade como consequência de sua posição nele”²¹, mas isso tende a desaparecer nos sistemas funcionais modernos. Assim, não há mais como delegar ao homem “um poder pleno para ser o elemento a partir do qual se explica a sociedade”²².

Explicar a sociedade moderna a partir dos indivíduos e de suas consciências particulares seria inexecutável, pois, como a sociedade poderia ser explicada a partir da soma de cada sujeito particular? Como analisar de forma fiel o produto dessa soma, tendo em vista as peculiaridades de cada indivíduo?²³. Essas teorias sociais terminavam por desconsiderar a importância do próprio indivíduo na sociedade, já que o colocavam dentro de uma fórmula generalizante pouco plausível e, ao mesmo tempo, incapaz de resguardar a individualidade de cada sujeito. Uma vez inserido no centro do sistema social, o homem passa a ser determinado aprioristicamente por certas racionalidades, estruturas classificatórias (segmentárias e hierárquicas) e instituições, limitando seu horizonte de possibilidades.

Ao se deslocar o homem para o ambiente dos sistemas, cada indivíduo passa a ser simultaneamente meio envolvente de todos os sistemas. Cada indivíduo, ao mesmo tempo em que permanece encerrado autopoieticamente no âmbito de sua consciência, também decanta como elemento emergente da comunicação, através da linguagem, estimulando/“irritando” os sistemas sem restrições a partir de uma igualdade ortogonal, de modo que se potencializa em figurar como sujeito de direitos de forma simultânea nos diversos sistemas sociais. Ou seja, ele pode ser, ao mesmo tempo, consumidor, eleitor, político, professor, advogado, motorista, religioso, marido (ou esposa), pai (ou mãe) etc. “Colocar o homem no ambiente significa emancipá-lo; concebê-lo como produtor de suas próprias ações, como máquinas históricas autorreferenciais”²⁴. Isso, para Luhmann, é levar mais a sério a individualidade.

²⁰ LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade *Op. Cit.*, 1997e, p. 83.

²¹ AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Org.) *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 326.

²² MACHADO, Mateus Renard. *A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann e a retirada de foco do sujeito*. III EICS Encontro Internacional de Ciências Sociais: crise e emergência de novas dinâmicas sociais. PPGCS Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais. UFPel: Pelotas, RS, 2012, p. 16. Disponível em: http://www2.ufpel.edu.br/ifisp/ppgs/eics/dvd/documentos/gts_IIIeics/gt18/GT18mateus.pdf. Acessado em: 08 abr. 2018.

²³ *Ibidem*, p. 8.

²⁴ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. *Op. Cit.*, p. 55; LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. *Op. Cit.*, 1997e, p. 87.

Sobre esse deslocamento, discorre o autor:

Quando se parte da distinção sistema/entorno temos que colocar o ser humano (como ser vivente e consciente) ou no sistema ou no entorno; dividi-lo ou fracioná-lo em pedaços não é viável empiricamente. Tomando-se o homem como parte da sociedade, a teoria da diferenciação teria que mostrar-se como teoria da classificação dos seres humanos – seja por estratos sociais, por nações, por etnias, por grupos. Porém, isto entraria em evidente oposição com o conceito de direitos humanos, em especial com o de igualdade. Tal ‘humanismo’ fracassaria ante suas próprias ideias. Dessa forma, não resta outra possibilidade que a de considerar o homem por inteiro – em corpo e alma – como parte do entorno do sistema sociedade²⁵.

Ainda, nas palavras do Luhmann:

Graças à distinção entre sistema e meio é possível conceber o homem como parte do meio social, de maneira mais complexa e, ao mesmo tempo, mais livre, do que se ele fosse concebido como parte da sociedade, uma vez que o meio, comparativamente ao sistema, constitui o campo de distinção de maior complexidade e menor ordem. Assim, concede-se ao ser humano mais liberdades em relação ao seu meio; sobretudo, certas liberdades de comportamento irracional e imoral²⁶.

E é nesse mesmo sentido que Marcelo Neves aponta para uma compreensão equivocada desse “anti-humanismo” metodológico luhmanniano. Esclarece Neves:

O anti-humanismo metodológico foi mal compreendido. Não se trata de um anti-humanismo ético, mas antes lhe subjaz um “humanismo ético”, ao não incluir o homem como parte da sociedade: ele é um problema para a sociedade, que deve ser enfrentado considerando-se a autonomia do sistema psíquico e do sistema biológico nele envolvido. É evidente que não pode haver sociedade (pois não pode haver comunicação) sem que haja o homem. O homem é uma condição de possibilidade da comunicação e da sociedade. A sociedade depende do homem como condição ambiental para existir. Assim como o homem precisa de determinadas condições atmosféricas para viver, sem que a atmosfera seja parte do homem. E a consciência precisa de certos processos neurais para reproduzir-se como sistema com sentido, mas esses processos não são parte da consciência. Ou seja, sociedade e homem são interdependentes, mas se diferenciam um do outro. Não vejo nenhum problema nisso. É muito claro²⁷.

Portanto, Luhmann propõe uma reformulação de um contexto sociológico ao se

²⁵ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad. Op. Cit.*, 2007a, p. 16.

²⁶ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 260.

²⁷ NEVES, Marcelo. A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. Em entrevista concedida a Rômulo Figueira Neves. *Plural*, São Paulo, v. 11, p. 121-133, 2004.. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/ds/plural/edicoes/11/entrevista_2_Plural_11.pdf>. Acessado em: 10 dez. 2018.

libertar da dicotomia tradicional do todo constituído por partes, para adotar o conceito de sistema baseado na diferenciação sistema/ambiente (*System/Umwelt*)²⁸. A unidade do sistema ocorre pela diferença que o sistema faz de si mesmo em relação a seu ambiente, e a operação que produz e reproduz o sistema é justamente a recursividade dessa distinção. O sistema passa a promover uma autorreferência e a cada operação se fortalece enquanto sistema diferenciado, especificando sua forma de comunicação, tematizando-a. Porém, ressalte-se, mais uma vez, que sistema e ambiente são interdependentes, pois um é elemento constitutivo do outro, de modo que é inconcebível haver consciência sem comunicação e muito menos comunicação sem consciência. Portanto, corpo e mente humana são o suporte biopsíquico da comunicação (sociedade), mas com ela não se confundem. A comunicação é, assim, o elemento constitutivo do sistema social. Nas palavras de Garcia Amado: “Ali onde existe comunicação há sociedade; onde não se opera mediante comunicação não existe sistema social”²⁹.

A comunicação, conforme lembra Amado, é a própria constituição da sociedade, pois serve de “ponte para a transmissão intersubjetiva de critérios de seleção” (interação entre sistema psíquico e sistema social). Ela apenas se torna possível quando se transforma em um evento que “transcende a clausura da consciência, como síntese de algo mais que o conteúdo de uma única consciência”³⁰. Assim, quando falamos em comunicação, estamos falando na sociedade reproduzindo-se a si mesma, autonomamente, o que quer dizer que é a sociedade que se comunica e não os pensamentos e as consciências individuais, pois nenhum organismo ou pensamento pode sair de si para unir-se a outros. A sociedade, enquanto sistema fechado de comunicações, não se compõe de pessoas, mas sim de comunicações oriundas de pessoas.

²⁸ O termo *Umwelt* já foi traduzido de diversas formas, como por exemplo: *ambiente, meio ambiente, entorno, meio circundante ou mundo circundante*. Seja qual for o termo utilizado, para evitar esbarrarmos em distorções interpretativas, não devemos analisá-lo de forma isolada. Conforme ressalta Guilherme Leite, devemos entender a tradução do termo *Umwelt* em conjunto com a importância da diferenciação na Teoria Sistêmica. Segundo o autor, “A diferenciação é, para Luhmann, condição para criação de identidade. Assim, um sistema só se constitui quando se distingue daquilo a que ele não se refere. Ele reconhece como identidade ao se observar como diverso. Essa observação estabelece uma fronteira entre aquilo que é e não é sistema. *Umwelt* é tudo aquilo que não é sistema. Isso não significa que *Umwelt* é descartado. Ele é condição de existência do sistema: sem um dos lados da diferença, não há diferença. Nesse sentido, parece plausível entendê-lo como ‘ambiente’ do sistema, ou seja, aquilo que é externo e está em volta do sistema. Obviamente, não se pode entender ‘ambiente’ em seu sentido coloquial, como ‘atmosfera’, já que, desse modo, ele se identifica com o lado interno de alguma coisa. A expressão foi escolhida por seu significado técnico: espaço circundante externo, que envolve algo por todos os lados, sem se confundir ou se misturar” (GONÇALVES, Guilherme Leite. Tradução em teoria dos sistemas: considerações iniciais a partir da obra de Raffaele De Giorgi. In: DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 42).

²⁹ AMADO, Juan Antônio Garcia. A sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. *Op. Cit.*, 2004, p. 309.

³⁰ *Ibidem*, p. 309.

É nesse sentido que a comunicação não se encerra na dimensão psicológica ou individual de cada um, pois a função dela, como veremos adiante, “apenas é cumprida na medida em que a transmissão com pretensões de informação, que um indivíduo leva a cabo, seja seguida por compreensão de, pelo menos, outro indivíduo”³¹.

Observe-se que nesse processo existe uma sutil retirada da importância da participação de apenas um sujeito, visto como transmissor de informação, e o deslocamento da atenção em direção ao processo comunicativo como um todo. Veremos a esse respeito mais adiante.

Assim, um sistema vivo/orgânico pode apenas produzir vida, um sistema psíquico pode apenas perceber ou pensar e um sistema social pode apenas comunicar. Todos esses sistemas são sistemas enclausurados, autorreferentes e constituem ambientes uns para os outros. Porém, essa clausura não é absoluta, esses sistemas estão em permanente contato, “irritando-se” reciprocamente através de uma interpenetração possibilitada por acoplamentos estruturais³².

Nas palavras de Luhmann³³:

Existem laços estruturais entre sistema e ambiente, por exemplo, entre comunicação e consciência, entre consciência e sistema nervoso central e, entre sistema nervoso central e grande número de processos orgânicos, entre estes e condições climáticas que fornecem ao mesmo tempo e numa medida suficiente em grau normal de adaptação e uma irritação, mas que em absoluto serve para melhorar a adaptação do sistema ao seu ambiente.

Assim, embora exista ressonância de elementos do ambiente no interior do sistema, este permanece diferenciado, visto que processos comunicativos não se confundem com os pensamentos dos participantes de determinada comunicação, observando-se que, entre eles, existe uma miríade de possibilidades contingenciais que enriquecem as operações comunicativas em um constante *crossing* de observações e distinções. Um sistema não opera diretamente no seu ambiente, assim como o ambiente não causa interferência direta no sistema, e, dessa forma, é a relação entre o sistema psíquico e o sistema social. O simples pensar não tem significado direto para o sistema social, porém, a externalização desse

³¹ AMADO, Juan Antônio Garcia. A sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. *Op. Cit.*, 2004, p. 309.

³² VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro. Op. Cit.*, 2009, p. 39 e 15.

³³ LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da Comunicação*. Trad. Anabela Carvalho. 4. ed. Lisboa: Passagens, 2006a, p. 128.

pensamento através da *linguagem* (acoplamento entre sistema psíquico e sistema social)³⁴ permite a transcendência da clausura do sistema psíquico em direção ao sistema social.

Essa transcendência trata-se, assim, de um fenômeno “circular de condicionamento recíproco” entre consciência, linguagem e comunicação - vale dizer, sociedade³⁵. Observe-se que, embora o sistema psíquico esteja fora do sistema social, ele constitui o seu meio envolvente e corresponde a um elemento que possibilita a emergência da comunicação. Sem consciência não há comunicação, muito menos formação de expectativas³⁶.

Nesse sentido, por fim, vejamos as palavras de Luhmann³⁷:

Tudo que é possível comunicar deve passar, primeiramente, pelo filtro da consciência, situado no meio do sistema de comunicação. Nesse sentido, a comunicação é totalmente dependente da consciência e, ao mesmo tempo, algo que a exclui completamente, já que a consciência nunca é comunicação.

1.1.2 O conceito de comunicação na concepção luhmanniana

Segundo Luhmann, a construção de um entendimento sobre a Teoria dos Sistemas só pode ser conduzida a partir do conceito de sistemas conjugado com o conceito de comunicação. Essa conjugação “exige um conceito de comunicação que permite afirmar que toda comunicação é produzida somente através de comunicação”³⁸, e o sistema social é o único que possibilita isso. Assim, a comunicação é o aspecto fundamental na dinâmica evolutiva dos sistemas sociais.

No conceito elaborado por Luhmann³⁹, a comunicação é concebida por um processo

³⁴ LUHMANN, Niklas; *O conceito de sociedade. Op. Cit.*, 1997e, p. 85. Pierre Guibentif ressalta que a comunicação não deve ser pensada como um relacionamento entre as “consciências” de vários “sujeitos”, os quais, pela comunicação, se “transmitem conteúdos” de consciência. Observa ainda que “Luhmann admite que a comunicação requer consciências individuais, da mesma forma que requer o ar que transporta as ondas sonoras, ou papel como suporte para escrita. Mas as consciências individuais não são diretamente envolvidas na comunicação” (GUIBENTIF, Pierre. A comunicação jurídica no quotidiano lisboeta. Proposta de abordagem empírica à diferenciação funcional. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Org.) *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.180.)

³⁵ LUHMANN, Niklas; *Sobre os fundamentos teóricos-sistêmicos da teoria da sociedade*. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997b, p. 68.

³⁶ LUHMANN, Niklas; *Sobre os fundamentos teóricos-sistêmicos da teoria da sociedade. Op. Cit.*, 1997b, p. 67.

³⁷ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas. Op. Cit.*, 2009, p. 276.

³⁸ LUHMANN, Niklas; *O conceito de sociedade. Op. Cit.*, 1997e, p. 80.

³⁹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad. Op. Cit.*, 2005b, p. 33.

sintético e simultâneo de seleção de três elementos: *informação, mensagem/ato de informar e compreensão/ato de entender a diferença entre informação e mensagem*. A informação corresponde à própria produção de um conteúdo informativo e à escolha dentre as inúmeras alternativas, por exemplo, que *alter* decide colocar à disposição (O que vou dizer?). Mensagem/ato de informar quer dizer a forma que *alter* escolheu para expressar a sua informação, ou seja, a própria difusão do conteúdo (Como digo? Devo utilizar a fala, a escrita ou, ainda, devo me comunicar por gestos?). E, finalmente, por compreensão entende-se a seleção/eleição feita por *ego* sobre a informação que *alter* pretendeu transmitir, ou seja, quando o receptor consegue distinguir a informação da mensagem⁴⁰.

É nesse sentido que Luhmann entende a comunicação como uma “operação genuinamente social”, de modo que não pode ser imputada apenas a uma consciência ou a uma pessoa, mas a um concurso delas:

A comunicação é uma operação genuinamente social (e a única, enquanto tal), porque pressupõe o concurso de um grande número de sistemas de consciência, embora, precisamente por isso, enquanto unidade, ela não possa ser imputada a nenhuma consciência isolada⁴¹.

Observe-se que não há exigência de que o receptor aceite a informação, basta que ele a compreenda, podendo, posteriormente, aceitá-la ou recusá-la (trata-se de uma quarta seleção)⁴².

Como resultado desse ciclo recursivo - informação/ato de informar/compreensão - ocorre o fechamento operacional e, conseqüentemente, a autopoiese do sistema social. Porém, para que a autopoiese continue, é preciso que esse processo seletivo de comunicação se renove, pois, a comunicação é um encadeamento de eventos seletivos que produz

⁴⁰ Destaque-se a importante observação feita por Artur Stamford acerca do conceito e da variedade de traduções da palavra *Mitteilung*, que tradicionalmente é traduzida do espanhol como “ato de informar” ou “dar a conhecer”. Seguindo a linha adotada por Karl Heinz Efken, Stamford opta por usar a palavra *partilhar* “por considerar que partilha envolve necessariamente *ego* e *alter*”. Por fim, o professor ressalta que o “importante, contudo, é que se tenha em mente que a comunicação, em Luhmann, só se dá se ocorrerem ao mesmo tempo as três seleções: *Information, Mitteilung e Verstehen*” (SILVA, Artur Stamford da. *10 lições sobre Luhmann*. *Op. Cit.*, 2016, p. 48).

⁴¹ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. *Op. Cit.*, 2009, p. 293

⁴² LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: Op.Cit.*, 1998. p. 148. De acordo com as palavras de Dário Rodriguez, a aceitação ou recusa da oferta contida na comunicação não pertence à unidade da comunicação em si (que já acontece quando ocorre a distinção entre informação e mensagem, ou seja, na compreensão), porém indica outra comunicação. É, portanto, um “ato de enlace para outra comunicação, uma condição para que a comunicação continue” (MANSILLA, Dario Rodrigues. *La crisis Teórica de la sociología*. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2007a, p. X); Ver também: VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. *Op. Cit.*, 2009, p. 39 e 41.

redundância, e apenas com a sua renovação (recursividade) ela adquire durabilidade, memória. Dessa maneira, a única forma de passar adiante a comunicação é comunicando, visto que uma comunicação se enlaça/conecta a outra gerando estruturas de sentido, tornando-se reflexiva.

1.1.3 Comunicação como superação da metáfora da “transmissão de informação” e da necessidade de formação de “consenso substancial”

O conceito de comunicação e a possibilidade de bifurcação do resultado promovem um incremento (complexidade/contingência) que permite ao sistema se desenvolver e ficar cada vez mais sofisticado. Ocorrem, dessa forma, uma multiplicação de resultados e a emergência do sistema enquanto sistema diferenciado do meio ambiente.

Segundo Luhmann:

A comunicação está ajustada a uma sequencialidade temporal: não pode ficar estacionada em um único lugar, nem atolada em si mesma; a bifurcação abstrata do *sim* ou do *não* determina tal mobilidade, na medida em que qualquer dessas opções pode dar margem à continuidade da comunicação. (...) Uma mensagem pode ser aceita, ou não. Esta é a primeira alternativa criada pela comunicação e com ela emerge o risco da não aceitação, obrigando a tomar uma decisão que só se torna possível devido à própria comunicação. Nesse sentido, toda comunicação traz implicitamente o risco; ele está na base da comunicação, e é um fator morfo genético de elevada relevância, pois, conseqüentemente, depois surgirão instituições que garantirão a aceitação, mesmo no caso de que uma comunicação seja muito improvável⁴³.

Desse modo, a Teoria da Comunicação desenvolvida por Luhmann nos afasta da ideia de que a comunicação é uma simples (i) “transferência de informação” que busca um (ii) “consenso substancial”.

Primeiro, não há de fato uma transferência de informação, no sentido de que *ego* simplesmente aceita/adquire uma mensagem que *alter* transmite, mas sim a construção da própria comunicação (e podemos, então dizer, do mundo) através desse processo seletivo trifásico (informação/mensagem/compreensão). Não se trata de considerar apenas um sujeito que comunica (teoria da ação), mas de considerar também o contexto comunicacional da atividade como um todo (teoria da comunicação). A comunicação não é, portanto, apenas

⁴³ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Op. Cit., 2009, p. 303-308.

uma ação, mas um encadeamento de acontecimentos.

A Teoria sistêmica contradiz a “metáfora de transmissão” no momento em que retira a atenção exclusiva do emissor (enquanto sujeito dotado de ação e intenção) e a direciona, também, para o receptor que, por sua vez, constrói seu próprio entendimento acerca da operação comunicativa. Emissor e receptor deixam de ser compreendidos como partes de uma simples equação dialógica e transformam-se em dois sistemas autopoieticamente fechados (duas “caixas pretas”) que constroem, cada um, sua própria percepção da realidade a partir de uma multiplicidade de estímulos. Se, por exemplo, *alter* diz: “Acho que este copo está meio cheio”; o que ocorreu não foi uma comunicação, mas apenas uma verbalização do seu pensamento. *Ego*, por sua vez, poderá dizer: “(...) acho que ele está meio vazio”; ou, por outro lado, poderá dizer: “(...) penso que ele está meio cheio”. Isso quer dizer que a informação não entra simplesmente na cabeça de *ego* da forma como foi transmitida por *alter*, mas que *ego*, a partir de sua própria construção, promove a compreensão da distinção entre a informação e a mensagem. *Ego* pode simplesmente interpretar a informação de forma diversa da pretendida por *alter*, mas, ainda assim, o fenômeno comunicativo ocorreu.

Nas palavras de Luhmann: “O ato de entender, tal como requer ser utilizado neste contexto, não deve ser compreendido como um estado substancialmente psíquico, mas somente como condição para que uma comunicação possa seguir adiante”⁴⁴.

Assim, para que a comunicação ocorra, basta que *ego* entenda que *alter* disse algo com finalidade de interação, de partilhar uma informação, apenas isso. Dessa forma, a comunicação apenas se conclui quando *ego* compreende que *alter* quis dizer “algo” e não, necessariamente, “o que” *alter* quis dizer (embora seja importante que isso aconteça). Essa “compreensão/entendimento” não se refere ao conteúdo da informação em si, mas apenas à distinção entre uma informação e a forma como ela foi transmitida (mensagem). Um professor, por exemplo, precisa saber se o aluno está levantando o braço para pedir a palavra ou se está apenas se alongando. Se não houver essa distinção, estaremos diante de simples percepções⁴⁵. Esse fenômeno torna-se mais evidente com o exemplo da escrita e o processo

⁴⁴ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Op. Cit., 2009, p. 302.

⁴⁵ Nesse sentido, a percepção é a simples tomada em conta de elementos do mundo exterior e se coloca em uma situação de interação bastante limitada, como por exemplo: a simples percepção de uma voz conhecida, um barulho ou, até mesmo, um gesto involuntário por parte de alguém que passa em nossa frente. Aqui não existe distinção entre a mensagem e o conteúdo informativo como resultado de uma compreensão. Não há atribuição de “responsabilidade” ao emissor por parte do receptor sobre a seleção daquilo que se supõe ter sido partilhado. Já a comunicação pressupõe que um elemento do mundo exterior seja “percepçionado” como portador de uma mensagem (GUIBENTIF, Pierre. *A comunicação jurídica no quotidiano lisboeta*. Op. Cit., 2004. p. 180). Nesse mesmo sentido, segundo Luhmann, o ato de entender a informação “atesta uma distinção entre o valor da

de interpretação de textos. Um livro contém informações, mas essas informações podem ser interpretadas de diversas formas, dependendo de cada leitor. No entanto, o fato de haver diversas possibilidades de interpretação não exclui a concretização do fenômeno comunicativo, pois o próprio mal entendido já é uma comunicação.

Assim, o ato de partilhar uma informação não passa de uma simples sugestão que apenas é processada como comunicação no momento em que é levada a cabo como forma de compreensão⁴⁶, ou seja, “A validade do que eu digo não depende de mim, mas de quem escuta”. Nesse sentido, “Comunicação é seleção, mas não só seleção como também o a ser selecionado”⁴⁷.

Um segundo ponto a ser abordado é que essa bifurcação, recusa/dissenso - aceitação/consenso nos traz a ideia de imprevisibilidade e, conseqüentemente, de risco, revelando o caráter problemático e eternamente contingente da continuidade do processo comunicativo. A recusa ou aceitação, embora não faça parte da unidade da comunicação em si, é elemento estimulador dela mesma, constituindo-se em atos de enlace da própria comunicação⁴⁸. Dessa forma, “A comunicação não se esgota, ela produz simultaneamente, no caminho da autoprovocação e a cada passo, sobretudo, a bifurcação entre aceitar ou recusar. Cada evento comunicativo abre e fecha o sistema”⁴⁹. Assim sendo, novos contextos surgem a cada comunicação.

informação e seu conteúdo, separando-o das razões que foram selecionadas para partilhar a informação”. A percepção, no entanto, “permanece subjugada no fechamento da consciência, e é totalmente invisível tanto para o sistema de comunicação como para a consciência dos outros”. Ressalta, ainda, que embora seja importante manter a distinção entre comunicação e percepção, a comunicação pode oferecer à percepção diversas possibilidades de acompanhamento, pois: “Toda percepção pode se transformar em uma oportunidade externa para comunicações sucessivas” (LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas. Op. Cit.*, 2009, p. 298).
⁴⁶ *Ibidem*, p. 293-298. Ainda, na mesma obra, segundo Luhmann, “O que se obtém com a comunicação não é o consenso, mas uma bifurcação da realidade. Quem chega a entender a comunicação considera tal entendimento necessariamente como premissa para rechaçá-la, ou para fazer a próxima comunicação. Sob essa consideração abstrata, a comunicação está aberta ao *sim* e ao *não*. E seria terrível que a comunicação basicamente desfavorecesse os *nãos* e se convertesse numa espécie de técnica retórica persuasiva. O processo comunicacional não deve obrigar a considerar a comunicação como um valor, mas deve estar sempre aberto à opção entre o *sim* e o *não*” (p. 307).

⁴⁷ ARNAUD, André-Jean; LOPES, Dalmir Jr. (Orgs.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 14.

⁴⁸ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais: Op.Cit.*, 1998, p. 148.

⁴⁹ LUHMANN, Niklas; *O conceito de sociedade. Op. Cit.*, 1997e, p. 81.

1.1.4 A comunicação, sua improbabilidade e o papel dos meios de comunicação simbolicamente generalizados

A própria sistemática do processo seletivo reconhece a comunicação como um problema a ser resolvido já que a comunicação, ao mesmo tempo, é um problema e uma solução. Sua continuidade é condição para a existência do sistema, porém, Luhmann afirma que ela é tão necessária quanto improvável, apesar de a experimentarmos diariamente⁵⁰. O que acontece é que nós apenas não nos damos conta dessas improbabilidades porque, durante o processo de evolução sociocultural, surgiram meios que facilitaram (mas, por outro lado, também dificultaram) a aceitação da comunicação, como por exemplo: a *linguagem*; a *escrita* e os *meios de difusão*; assim como os *meios de comunicação simbolicamente generalizados*. Vejamos.

Em primeiro lugar, é improvável que alguém entenda perfeitamente o que o outro quis dizer, tendo em vista o isolamento psíquico/intelectual de cada um, ou seja, “O sentido só se pode entender em função do contexto e, para cada um, o contexto é basicamente o que sua memória lhe faculta”⁵¹. Em segundo lugar, o problema reside no aspecto temporal e espacial da interação, considerando-se que é improvável que a comunicação chegue a mais pessoas do que as que se encontram presentes em dada situação. Por fim, como já mencionado, ainda que haja compreensão, não é possível garantir que o receptor aceite o comando emitido e o tome como premissa de comportamento⁵². Assim, essas dificuldades, que têm como pano de fundo a dupla contingência⁵³, aumentam na medida em que aumenta

⁵⁰ LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da Comunicação. Op. Cit.*, 2006a, p. 41.

⁵¹ *Ibidem*, p. 42-43.

⁵² *Ibidem*, p. 42-43.

⁵³ O conceito de dupla contingência é desenvolvido a partir das seguintes perguntas realizadas por Luhmann (sob a influência do pensamento de Talcott Parsons): *Como é possível a ordem social? Como é possível estabelecer uma ordem que transforme o impossível em possível e o improvável em provável?*. A motivação das perguntas reside no entendimento de que, vivendo em uma sociedade hipercomplexa e contingente, onde tudo poderia ser de outra forma, é necessário um instrumento que promova ponto fixo entre as expectativas reciprocamente geradas, por exemplo, por *alter* e *ego* (expectativas de expectativas). Frente à *contingência simples*, erguem-se estruturas de expectativas que se apoiam no simples campo da percepção, postas em uma situação de interação limitada, mais ou menos imunes a desapontamentos. Assim, não posso ter certeza de que em Recife o céu vai escurecer às 18h, mas posso esperar que sim. Posso colocar-me na expectativa de que poderei me casar, de que o carteiro entregará a correspondência, de que meus filhos crescerão, de que irão à escola etc. Porém, quando falamos em *dupla contingência*, estamos tratando da necessidade de construção de outras estruturas de expectativas, cujas construções são muito mais complexas e condicionadas. O nível de interação é mais elevado, tendo em vista que se deve levar em conta a liberdade de comportamento do outro. Além da percepção e sentidos possíveis, outros indivíduos se inserem no meu campo de interação como uma espécie de “fontes eu-idênticas de experimentação”. A partir daí, devo levar em consideração que as possibilidades dos outros são também minhas possibilidades, assim como minhas possibilidades são também possibilidades para os outros, ou seja, a dupla contingência implica a possibilidade de *ego* contar com a

o número de participantes e as formas de comunicação.

Luhmann ressalta que essas improbabilidades tendem a se reforçar reciprocamente, de modo que não há como suprimi-las de forma isolada: “A solução de um problema isolado equivale a dificultar na mesma medida a dos outros”⁵⁴.

Em primeiro lugar, mesmo que uma comunicação seja perfeitamente entendida (com, por exemplo, o auxílio da linguagem, o acoplamento estrutural entre os sistemas psíquico e social), ainda se dispõe de muitos motivos para que ela seja rejeitada. A linguagem, embora importante para a comunicação, “com base exclusivamente em si mesma, pode realizar somente uma escassa parte do que é linguisticamente comunicável”⁵⁵.

Em segundo lugar, quando a comunicação transcende a interação pessoal entre os participantes presentes e atinge um número indeterminado de sujeitos ausentes (com, por exemplo, o auxílio da escrita e dos meios de difusão) surge a questão da interpretação, e é preciso passar a argumentar com o próprio conteúdo. O surgimento da escrita e dos meios de difusão, vale destacar, mudaram radicalmente o conceito de comunicação, pois a ideia de simultaneidade delimitada pelas presenças individuais, de modo que a comunicação oral se tornava dependente do momento presente, foi rapidamente superada. Ocorreu, dessa forma, o desacoplamento do próprio acontecimento comunicacional: o ato de comunicar e o ato de entender, ou seja, emissor e receptor restaram separados no plano espacial e temporal. Dissolve-se, portanto, a relação de identidade pessoal *do que, por quem e para quem* se transmite uma informação, visto que a comunicação passa a se articular, temporal e espacialmente, com o desconhecido⁵⁶.

A sociedade vai se hermeneutizando, convertendo-se em um “*open texture*”⁵⁷,

possibilidade de *alter* agir de forma diversa da que ele pensou e, da mesma forma, *alter* também contar com a possibilidade da variação da conduta de *ego*. Por isso, podemos afirmar que a dupla contingência também pode ser chamada de “contingência socialmente estabelecida”. Observe-se que existe, nesse fato, uma expectativa gerada por ambos acerca de seus comportamentos, ou melhor, existe uma expectativa gerada sobre a expectativa que o outro tem sobre seu possível comportamento, o que faz com que *ego* se coloque na posição de *alter/ego* para tentar identificar a expectativa que *alter* poderia ter em relação a sua ação e, por sua vez, *alter* se coloque na posição de *ego/alter* para identificar a expectativa que *ego* poderia ter, também, em relação a sua ação. Essa expectativa da expectativa pode fazer com que *alter* ou *ego* se antecipem, buscando suprir as incertezas/inseguranças que permeiam suas condutas. No caso do sistema jurídico, por exemplo, ele atua absorvendo essas incertezas/inseguranças através da redução de complexidade e da estabilização dessas expectativas. Nesse sentido, ver: LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983b, p. 40-47; ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. (Des)confiança sistêmica e o direito como generalizador congruente de expectativas normativas. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 54, n. 213, jan./mar. 2017, p. 249-250.

⁵⁴ LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da Comunicação*. *Op. Cit.*, 2006a, p. 44.

⁵⁵ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. *Op. Cit.*, 2009, p. 311.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 303.

⁵⁷ LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da Comunicação*. *Op. Cit.*, 2006a, p. 46-48 e 140.

ampliando e diversificando as possibilidades de compreensão e, conseqüentemente, tornando mais fácil a rejeição, de modo que a prevalência do *não* se potencializa em se sobrepor de forma desproporcional⁵⁸.

Nesse sentido, o próprio surgimento dos sistemas sociais especializados, que resultou na formação de uma sociedade funcionalmente diferenciada, é fruto da necessidade de criação de novos mecanismos que direcionem a aceitação da comunicação selecionada. Tendo em vista que todo sistema representa a síntese da redução e do processamento de complexidade, com a transformação do improvável em provável, o nível de complexidade existente em determinada sociedade também determina o grau de exigência de especialização de mecanismos de formação da comunicação. Nas sociedades modernas, diante dessas dificuldades que se potencializam mutuamente, o direcionamento da aceitação da comunicação é promovido através dos *meios de comunicação simbolicamente generalizados*.

Esses meios de comunicação, segundo Luhmann, são mecanismos adicionais à linguagem cotidiana, cuja função é “promover a capacidade intersubjetiva dos atos de seleção”⁵⁹. Em outras palavras, eles representam a sintetização do processo de seleção da comunicação (informação/mensagem/compreensão) e, de certa forma, respondem ao problema de que mais informação significa, naturalmente, menos aceitação⁶⁰. Como exemplo desses meios, não desconsiderando a existência de outros, podemos citar: a *verdade*; o *amor*; o *dinheiro*; o *poder*; e, principalmente, o *direito*.

É através da capacidade generalizadora e congruente desses meios que os sistemas constroem estruturas de linguagem garantidoras de expectativas e de normas de motivação, convergindo comportamentos e tornando possível que as seleções feitas por um indivíduo sejam pertinentes a outros⁶¹. Em outras palavras: eles transformam as probabilidades do *não* em probabilidades do *sim*, ou seja, eles buscam antecipar a aceitação da mensagem compreendida através de meios técnico-simbólicos. Nas palavras de Luhmann, eles “encorajam a comunicação com a possibilidade de que seja aceita, para assim conquistar, na sociedade, um terreno que, de outro modo, permaneceria sem ser cultivado, por sua natural esterilidade”⁶².

⁵⁸ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Op. Cit., 2009, p. 314.

⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *Confianza*. México: Anthropos, 2005a, p. 82.

⁶⁰ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Op. Cit., 2007a, p. 245.

⁶¹ LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Op. Cit., 2005a, p. 96.

⁶² LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Op. Cit., 2009, p. 312.

1.1.5 Breves considerações acerca do Direito como meio de comunicação simbolicamente generalizado

Diante de todas as propostas de superação dos obstáculos epistemológicos indicados por Luhmann, a proposta de superação do obstáculo humanista é certamente a mais polêmica e cara para sua teoria sistêmica. Afinal de contas, “retirar” as pessoas da sociedade é, antes de tudo, uma ação contra-intuitiva. No entanto, se a finalidade é buscar superar o argumento humanista, excessivamente antropológico, e construir uma sintonia com a sociedade atual, hipercomplexa, policontextual e desterritorializada, considerar a comunicação como seu elemento constitutivo é um passo inegavelmente imprescindível.

Da mesma forma, é inegável reconhecer as múltiplas possibilidades contingenciais que resultam da relação entre sistemas psíquicos e sistemas sociais. Nesse sentido, não cabe mais considerar a comunicação como mera “transferência de informação” que visa a um “consenso comunicativo substancial”. Se pararmos para pensar na distância que existe entre *o que* pensamos, *como* externamos esse pensamento e *qual* o entendimento selecionado acerca dessa informação, chegaremos a conclusões semelhantes às formuladas por Luhmann: a comunicação é extremamente contingente e improvável.

Porém, como vimos, o surgimento e o desenvolvimento dos sistemas sociais modernos apenas foram possíveis por conta dessas improbabilidades. Diante da evolução dos meios de comunicação, desde o surgimento da linguagem até o desenvolvimento dos meios de difusão, a sociedade se transformou em uma “máquina” que busca a transformação do improvável em provável, a transformação da complexidade desestruturada em complexidade estruturada. E é assim, como vimos, que surge a formação dos *meios de comunicação simbolicamente generalizados*, cuja função é tornar a comunicação provável, reduzindo (mas, jamais eliminando) a complexidade social.

Porém, ressalte-se que a formação desses meios de comunicação não garante plenamente a aceitação de comunicação, eles apenas criam condições para que ela seja aceita, assegurando a estabilização das relações sociais de modo a criar uma espécie de autoevidência presumida diante de terceiros. Eliminar a contingência do processo comunicativo definitivamente não possível, muito menos desejável. Assim, não há estabelecimento de certezas, seguranças ou, ainda, busca por consensos substanciais.

Observe-se o caso do direito, por exemplo: as normas jurídicas não só resolvem conflitos como também os produzem. A função primordial do direito não é evitar o conflito,

de modo a assegurar que todos se comportem conforme as regras impostas (isso seria impossível e, inclusive, revela o caráter contingencial da sociedade moderna e, conseqüentemente, da comunicação jurídica), mas sim proteger quem tem essa expectativa⁶³. Ou seja, por mais que o futuro se apresente como expectativa contingencialmente estabelecida normativamente, aquele que depositou confiança na expectativa será protegido. No caso de frustração, o sistema jurídico prevê mecanismos de reparação, como é o caso das penas de prisões, previstas no sistema penal, das indenizações e das mais diversas formas de compensações.

Cabe, nesse ponto, fazer um breve esclarecimento acerca de um problema polêmico na teoria do direito, que é a questão da observância da norma e o aferimento da consistência jurídica a partir do seu cumprimento. Como pôde ser visto, em Luhmann, ao contrário do que se observa em outras teorias, a consistência jurídica não é medida pelo comportamento lícito, ou seja, conforme o direito; mas por comportamentos contrários a ele. Nesse sentido, o ilícito é um elemento que condiciona as expectativas normativas, que devem resistir no aspecto temporal, apesar dos desapontamentos. Aqui, a norma não possui, ao menos *a priori*, a função de integração social, visto que a bifurcação das possibilidades do agir é uma consequência natural da imprevisibilidade do comportamento humano em uma sociedade complexa, imprevisível⁶⁴.

Como será observado mais à frente, o direito apresenta-se como uma forma de dois lados que atua promovendo distinções e, ao mesmo tempo, inclusão e exclusão. O direito de um é, ao mesmo tempo, o “não direito” de outro. Aquele que não obtém sucesso numa demanda específica poderá utilizar essa nova informação como premissa para produzir uma nova comunicação, “provocando” o sistema a produzir novas comunicações, novas decisões, novas distinções. Pense-se na riqueza evolutiva provocada pelo duplo grau de jurisdição, por exemplo, ou, mais especificamente, nas múltiplas possibilidades de comunicação jurídica provocadas pelo processo contínuo de modificação e estabilização de jurisprudência na sistemática dos tribunais. Se formos mais adiante, podemos pensar na importância da atuação do ambiente social, sobretudo dos movimentos sociais, no processo de “irritação” do sistema jurídico em busca de mudanças e estabelecimentos de novas expectativas normativas.

Assim, sempre serão colocadas à disposição as alternativas de agir conforme ou não conforme o direito. À medida em que as escolhas são feitas, o sistema reage se expondo às

⁶³ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad. Op. Cit.*, 2005b, p. 192 e 196.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 187.

pressões sociais e absorvendo os conflitos, ora mantendo as expectativas já estabelecidas, ora se adaptando às novas expectativas, institucionalizando-as, através de procedimentos específicos.

Nas palavras do próprio Luhmann:

(...) a sociedade pode ajustar um compromisso entre a necessidade de adaptação à realidade e de constância das expectativas. Ela institucionalizará cognitivamente expectativas comportamentais, isto é, não censurará seus membros por uma adaptação de expectativa à realidade da ação, se predominar o interesse na adaptação. Ela deslocará e articulará as expectativas ao nível normativo quando forem vitais à segurança e à integração social das expectativas⁶⁵.

Assim, o direito, através de linguagem própria (código operacional lícito/ilícito), atua como *meio de comunicação simbolicamente generalizado*, cuja função é promover a *generalização congruente das expectativas normativas* nas dimensões temporal, material e social de abstração. Ou seja, as normas jurídicas (conforme/não conforme o direito) devem ser respeitadas ao ponto de se manterem relativamente invariáveis no tempo (estabilidade contrafática - dimensão temporal), identificadas no contexto factual por meio da inter-relação dos seus critérios de identificação, como por exemplo: pessoas, papéis, programas normativos e valores (dimensão material) e institucionalizadas através de procedimentos decisórios específicos que ajudam a absorver os conflitos/dissensos (dimensão social)⁶⁶. Isso quer dizer que, em uma frase: o direito se desenvolve através da tensão entre sua consistência jurídica e a adequação social. Em outras palavras: ele promove a manutenção contrafática das expectativas normativas ao longo do tempo. O fortalecimento dessa função permite que o sistema jurídico se mantenha como um sistema funcionalmente diferenciado e que, através da recursividade de suas comunicações específicas, seja produzida uma consistência de modo que a sociedade possa confiar e, portanto, prever quais expectativas normativas comportamentais são postas no convívio social, convergindo e gerenciando suas condutas de acordo com elas.

Conforme lembra Luhmann, a referência contínua ao seu código operacional atribui a tal sistema uma estrutura de comunicação diferenciada, uma estrutura de sentido⁶⁷. Em termos de dogmática jurídica, pode-se afirmar que essa estrutura tem correspondência com

⁶⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito. Op. Cit.*, 1983b, p. 58.

⁶⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito. Op. Cit.*, 1983b, p. 104-105.

⁶⁷ LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Torino: Einaudi, 1996, p. 8.

as ideias de previsibilidade e de consistência nas relações jurídicas.

No entanto, ressalte-se mais uma vez, essa consistência não deve ser entendida como sinônimo de invariância estrutural: “O Direito deve ser estável, mas não pode ser estático”⁶⁸. A comunicação jurídica deve se apresentar estável para que se crie uma identidade e, a partir daí, seja possível identificar novas diferenças. A partir dessa forma de distinção, identidade/diferença, sistema e ambiente atuam em um constante *crossing* de observações e, a cada operação comunicativa, as estruturas normativas passam se perguntar sobre a conveniência da manutenção ou da mudança no direito.

Torna-se oportuno lembrar que, de certa forma, Luhmann propõe um funcional estruturalismo e não um estruturalismo funcional. Isso quer dizer, grosso modo, que não é a estrutura que determina a função; antes o oposto, é a função que determina qual será a estrutura do sistema. Essa concepção implica diretamente considerar, desde já, que o direito, enquanto sistema social especializado, é altamente dinâmico e que sua função determina a preservação ou mudança das suas estruturas normativas em um processo evolutivo para com a sociedade em geral⁶⁹.

Por fim, cabe recordar as palavras do próprio Luhmann:

As frustrações devem ser continuamente reprocessadas no circuito das decisões jurídicas, sendo então absorvidas cognitivamente como informações que darão ensejo à indagação se elas são suficientes para fundamentar uma mudança do direito. Por outro lado, esses processos de apreensão não devem solapar o princípio da resistência à assimilação apresentada no direito. As possibilidades de apreensão não devem perturbar a determinação da persistência. O fato de que tudo pode ser modificado não deve acarretar que não se leve mais nada a sério. A positivação do direito significa que no mesmo ordenamento jurídico têm que ser concomitantemente institucionalizadas as possibilidades de apreensão e não apreensão, de atitudes cognitivas e normativas com respeito às mesmas normas⁷⁰.

⁶⁸ POUND, Roscoe. *What of Stare Decisis*, Fordham Law review, vol.10, 1941. Ver também: RE, Edward D. Stare decisis. *Revista Jurídica*, Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sintese, v. 42, n. 198, 1994, p. 283/285. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176188/000485611.pdf?sequence=3>. Acessado em: 11 nov. 2019.

⁶⁹ Nesse sentido: VIANA, Ulisses Schwarz. *Direito e justiça em Niklas Luhmann*. Op. Cit., 2015, p. 37-39

⁷⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. II. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 166.

1.2 COMPLEXIDADE E CONTINGÊNCIA COMO ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

A hipercomplexidade e a contingência que marcam a construção dos sistemas sociais contemporâneos são elementos que não podem ser ignorados quando se busca fazer qualquer reflexão acerca da relação entre sistema jurídico e sociedade. Isso porque tais elementos condicionam a capacidade estrutural do direito em responder às demandas advindas do seu entorno, assim como também condicionam as formas com as quais ele cria vínculos com o futuro. Tal fato se potencializa quando falamos em uma sociedade fragmentada e policontextual, que desconhece fronteiras territoriais e comunicacionais.

Nesse sentido, o desafio desse tópico será descrever e analisar as condições estruturais que envolvem essa conturbada relação, bem como buscar subsídios iniciais para uma posterior compreensão de como o direito da sociedade moderna pode ser capaz de estabilizar expectativas normativas no presente, criando vínculos com um futuro incerto e, ao mesmo tempo, se estabelecer enquanto sistema socialmente adequado ao seu ambiente. O caminho percorrido para tal investigação, passa, necessariamente, pela compreensão do papel das Constituições modernas no sistema jurídico positivado e dos efeitos decorrentes dessa positivação para o aumento da dinâmica social e da produção normativa, especialmente no tocante à abordagem acerca da característica evolutiva do direito (tema que será levantado no tópico seguinte).

Como já sinalizado, a utilização da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann como nosso referencial teórico se justifica na medida em que o autor descreve a sociedade moderna como resultado do processamento recursivo de complexidade do ambiente social que irá desembocar na formação de uma sociedade funcionalmente diferenciada, composta por diversos (sub)sistemas sociais. Tais sistemas se distinguem, mas jamais se isolam, pois estão em permanente contato, irritando-se reciprocamente. Ao passo que observam a sociedade, eles observam a si mesmos e, em um movimento circular, modificam a sociedade ao mesmo tempo em que se modificam. Ademais, destaque-se que o autor coloca os Tribunais Constitucionais, no nosso caso o Supremo Tribunal Federal, e suas decisões como responsáveis por manter o primado funcional do sistema jurídico⁷¹. Dessa forma, tendo em

⁷¹ LUHMANN, Niklas. *A posição dos Tribunais no sistema jurídico*. Revista da Ajuris. N.º 49. Porto Alegre: Ajuris, julho de 1990, p. 149-168; LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. *Op. Cit.*, 2005b, p. 359-401.

vista que a observação da decisão judicial como construção de novas sociabilidades e sua relação com os demais sistemas sociais a partir da participação do *amicus curiae* e da convocação de audiências públicas, no âmbito da Jurisdição Constitucional, é um dos objetos de estudo da nossa pesquisa, tal escolha se faz ainda mais oportuna.

A descrição da Teoria do Sistemas nos oferece ferramentas importantes para a compreensão da dinâmica social atual, uma vez que o excesso de complexidade passa a cobrar do sistema jurídico a necessidade de internalizar e de administrar as incertezas do ambiente social através de processos decisórios. Assim, a decisão torna-se resultado de escolhas sobre causas aparentemente impossíveis e essas escolhas não são mais feitas por um observador privilegiado, exclusivamente externo, (velha dicotomia sujeito/objeto), mas a partir da(s) perspectiva(s) do(s) observador(es) interno(s). Nesse sentido, o máximo que se pode ter em termos de resultado é um “estado de normalidade provisório”, pois a cada escolha surge uma miríade de possibilidades que se abrem para novos contextos, o que provoca a necessidade de incremento dos processos decisórios para a realização de novas escolhas, estimulando, também, de forma paradoxal, a renovação de incertezas (ou seja, mais contingência). Nesse contexto, o direito segue em busca da difícil compatibilização entre manutenção e variação estrutural, consistência jurídica e adequação social.

Uma das formas de compreensão acerca das condições estruturais da tutela de direitos na sociedade contemporânea pode se dar através da observação do nível de complexidade no qual ela se encontra. A relação entre uma sociedade e a complexidade que lhe é peculiar forma a condição de evolução dos seus próprios sistemas sociais e, conseqüentemente, a sua própria evolução. Antes, cumpre-nos ressaltar que, embora o autor não desconsidere completamente as características do evolucionismo clássico, o termo evolução adotado em sua teoria não assume características diretamente ligadas à ideia de “progresso”, “propagação de felicidade”, de um “otimismo finalístico”, fomentado pelos movimentos evolucionistas do século XIX, ou à relação entre “causa e efeito” em que os sistemas se adaptam ao meio ambiente (este agindo diretamente sobre aquele), como se sua evolução fosse resultado de uma “luta pela vida”, da “sobrevivência do mais forte” ou de uma garantia de condução para um estado de “bem-estar” onde fosse possível encontrar segurança e certezas absolutas. Luhmann promove uma mudança de pensamento, subvertendo o princípio da causalidade natural (sem, contudo, negá-lo completamente) e aponta a complexidade e a contingência como mediadora da relação entre “causa e efeito”, do “antes e depois”. Ativa-se, assim, uma circularidade, intrínseca aos sistemas sociais modernos, em que a todo momento

complexidade e contingência provocam um interminável processo de estabilização e reestabilização de expectativas. Por isso é que, para a teoria de Luhmann, os sistemas sociais modernos são compreendidos como resultados da transformação de uma multiplicidade de eventos, em princípio, incontroláveis, imprevisíveis e improváveis.

Assim, a capacidade de resposta (responsividade) do (sub)sistema jurídico às demandas sociais na busca por efetivação dos direitos fundamentais de determinada sociedade, corresponde, também, à forma com a qual ela lida com a complexidade.

Em sua teoria, Luhmann desenvolve a ideia de complexidade como o excesso de possibilidades/alternativas/variações advindas do mundo moderno; um conjunto de acontecimentos infinitos que podem ou não acontecer e, assim, há sempre mais possibilidades do que a capacidade humana pode realizar⁷². A sociedade moderna é, portanto, marcada por um alto nível de variação incontrolada e, dessa forma, a concepção da complexidade está ligada à limitação da capacidade humana em responder, ponto a ponto, às imensas possibilidades de estímulos do meio social.

Nas palavras do autor:

O homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através de seu organismo. Desta forma, o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente⁷³.

Da concepção de complexidade segue-se a ideia de contingência: os acontecimentos do mundo não são necessários, mas apenas possíveis⁷⁴. Dessa forma, toda realidade existente poderia ser diferente do que é, assim, o futuro trata-se tão somente de uma previsão, que não se pode esperar *quando* ou *como* acontecerá. Em termos mais simples: a contingência é a imprevisibilidade do resultado de uma decisão, visto que toda escolha poderia ter sido diferente e, em um mundo complexo, de possibilidades ilimitadas, a tomada de decisão carrega consigo uma grande possibilidade de conflitos assim como a necessidade de riscos serem assumidos. A complexidade, portanto, significa obrigação à seleção/decisão; obrigação à seleção significa contingência; e contingência significa risco⁷⁵. Tais elementos,

⁷² LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Op. Cit., 2009, p. 179.

⁷³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Op. Cit., 1983b, p. 45.

⁷⁴ ARNAUD, André-Jean; LOPES, Dalmir Jr. (Orgs.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Op. Cit., 2004, p.11.

⁷⁵ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais*: Op. Cit., 1998, p. 48; LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Op. Cit., 1983b, p. 45-46. Trataremos de forma mais detalhada acerca do risco mais à frente, no entanto, no momento, cabe destacar que a própria concepção de risco está ligada à vinculação de um futuro que não se pode

portanto, são considerados como elementos constitutivos da sociedade contemporânea, marcada pela alta indeterminação do futuro.

Porém, ao lançar observações sobre a relação entre a complexidade e o processo de formação dos sistemas sociais, Luhmann discorre, de forma exemplificativa, que em sociedades antigas e pré-modernas (como, por exemplo, as sociedades segmentárias e estratificadas), devido ao baixo nível de complexidade social, as expectativas eram estabilizadas através de fundamentos religiosos, de técnicas primárias como as da experiência prévia, dos costumes, do princípio do parentesco (*paterfamilias*), com base no auxílio mútuo (reciprocidade), na compensação ou, até mesmo, na represália. Dessa forma, o baixo grau de possibilidades/alternativas/variação acarretava uma limitada exigência de estruturas seletivas de estabilização social, pois não havia instrumentos contrapostos (diferenciação) que estimulassem a emergência de subsistemas específicos e complexos, bastava o emprego de uma tradição, da força ou de uma crença para que a ordem se fizesse presente⁷⁶.

Tais sociedades valiam-se de concepções transcendentais (*ab extra*) ou, exclusivamente, do recurso ao passado para compreender e simplificar a vida⁷⁷. Assim, o passado prevalecia sobre o presente e sobre o futuro e se fazia suficiente para a estabilização das expectativas, limitando o horizonte de possibilidades⁷⁸. Aqui, o passado age como neutralizador da contingência e, conseqüentemente, do risco, impondo a concepção de que, no futuro, as coisas permaneceriam estáveis, despertando a crença em um estado de segurança e de certeza absoluta. Em outras palavras, a mudança era vista como um elemento inferior à permanência, pois se vivia em uma sociedade estável, com valores estáveis capazes de controlar uma limitada complexidade social⁷⁹.

Porém, com o advento da sociedade moderna, explode o aumento de complexidade e não é mais possível produzir interpretações universais do mundo, vendo-se que não há mais lugar para cosmovisões, com fundamento em verdades estáticas e absolutas. Na medida em que a complexidade aumenta, o alto nível de indeterminação experimentado faz com que o recurso à familiaridade e à tradição se mostre insuficiente e, assim, “A história deixa de ser recordação das coisas experimentadas e passa a ser simplesmente uma estrutura

controlar, mas que, mesmo assim, vincula-se a ele no presente a partir de uma decisão. Portanto, o risco é caracterizado por um comportamento desprotegido acerca das suas conseqüências negativas.

⁷⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito. Op. Cit.*, 1983, p. 189.

⁷⁷ LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da Comunicação. Op. Cit.*, 2006a, p. 525-537.

⁷⁸ LUHMANN, Niklas. *Confiança, Op. Cit.*, 2005a, p.32.

⁷⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 210.

predeterminada, constituindo apenas a base da confiança, que agora se transforma em confiança nos sistemas sociais”⁸⁰.

De uma desigualdade lastrada em estratos, passamos a uma diferenciação definida através de vários sistemas sociais e suas funções específicas. “Numa época em que não se tem uma unicidade de pensamento, de crenças e de consciências sociais, encontram-se sistemas sociais cada vez mais específicos, altamente diferenciados e com comunicações próprias”⁸¹. Em outras palavras, no lugar de hierarquia, estratos, segmentos e diferenças geográficas, surgem sistemas parciais de comunicação altamente especializados.

Esses sistemas passam a internalizar as incertezas do ambiente, selecionando informações e, com isso, reduzindo complexidade. Ocorre o deslocamento parcial da problemática do aspecto externo, caracterizado pela indeterminação do ambiente, para o aspecto interno, agora caracterizado por uma pretensa e aparente “ordem” sistêmica⁸². No lugar de certas ordens externas unificadoras, surgem ordens parciais redutoras que passam a (re)descrever a sociedade dentro da própria sociedade (recursivamente), agora internalizando e administrando, porém, jamais eliminando a complexidade, a contingência e, conseqüentemente, o risco social.

Observe-se, portanto, que a complexidade se apresenta como um instrumento impulsionador de desenvolvimento e de formação de sistemas sociais funcionalmente diferenciados. Assim, o aumento da complexidade gera diferença funcional e a forma sistema/ambiente ganha força porque o próprio sistema é definido pela diferença que se faz entre ele e o ambiente. É com base na diferença entre sistema e ambiente (este sempre mais complexo que aquele), diferença essa que é resultado das operações comunicativas/específicas do próprio sistema, que se torna possível construir uma unidade (a unidade da diferença). A partir daí, vislumbra-se um processo de evolução em que sistema e ambiente se estabelecem em uma relação de referência e de condicionamento recíprocos⁸³. Dessa forma, a sociedade moderna passa a ser caracterizada por sua policontextualidade.

Nesse sentido, observa Luhmann:

Não existe então mais nenhuma ‘sabedoria’ cuja autenticidade se legitime pela conduta de vida do sábio [...]. Por outro lado, não há nenhuma razão

⁸⁰ LUHMANN, Niklas. *Confianza. Op. Cit.*, 2005a, p. 34.

⁸¹ LIMA, Fernando Rister de Souza. *Sociologia do Direito: O direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. 2. ed. Juará. Curitiba, 2012, p. 30; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 114.

⁸² LUHMANN, Niklas. *Confianza. Op. Cit.*, 2005a, p. 44.

⁸³ VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro. Op. Cit.*, 2009, p. 98.

para temer cair num ‘discurso pós-moderno’ caótico. [...]. A sociedade moderna possibilita uma multiplicidade de descrições do mundo e de si mesma e, por isso, só pode descrever-se, ela própria, de uma forma que leve isso em consideração. Ela é, no sentido de Gotthard Gunther, um sistema policontextual⁸⁴.

Ou seja, ela passa a ser descrita a partir dos olhares de vários observadores, cada um em seu contexto específico, sua própria realidade, sob uma ótica construtivista⁸⁵. Esse construtivismo traz a ideia de que a realidade é uma operação de construção daquele que observa. Em outras palavras, há tantas realidades quantos forem os sistemas observadores e, para que se possa conhecer a realidade, é preciso observar o observador. Assim, ao contrário do que ocorria em relação às sociedades com baixo nível de complexidade, essa concorrência de descrições autônomas provoca o incremento da complexidade e caracteriza a sociedade moderna como uma sociedade altamente conflitante, contingente e, portanto, sempre aberta para novas possibilidades.

Guilherme Gonçalves resume bem essa passagem, afirmando que nas sociedades pré-modernas a variabilidade derivava de relações estáveis, necessárias e certas, visto que ela se apresentava como pressuposto de novas certezas: “Isso faz da certeza um autovalor dessas sociedades”⁸⁶. Já nas sociedades modernas, com o enfraquecimento dos centros externos de certeza, a contingência surge como autovalor e estímulo à evolução social. Ou seja, na medida em que uma realidade é experimentada, abre-se a possibilidade para novas realidades, novos contextos e, conseqüentemente, novas incertezas.

Destaque-se, mais uma vez, que diante da instabilidade provocada pela complexidade os sistemas funcionam como instrumento de redução dessa complexidade, permitindo que os eventos do ambiente sejam apreendidos pelo sistema. Observe-se, no entanto, que a redução da complexidade não significa a eliminação de possibilidades ou a supressão de alternativas, numa tentativa de simplificação da sociedade através de um enquadramento, tal qual ocorria no pensamento iluminista/racionalista; ocorre justamente o contrário. O próprio rompimento com a dicotomia sujeito/objeto já nos remete a um confronto/rompimento entre o pensamento racionalista incorporado pelo Iluminismo e a ideia de autopoiese na Teoria sistêmica de

⁸⁴ LUHMANN, Niklas. *Por que uma teoria dos sistemas Op. Cit.*, 1997d, p. 46. Sobre policontextualidade, ver também: TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: UNIMEP, 2005.

⁸⁵ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Teoria dos sistemas sociais: *Op. Cit.*, 2013, p. 35-40; LUHMANN, Niklas. *O conhecimento como construção*. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva M. B. (Coords.) *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 94-111; LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad. Op. Cit.*, 2005b, p. 77.

⁸⁶ GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva. 2013, p.79-80.

Luhmann. Na medida em que não há mais a possibilidade de se sustentar que todos os sujeitos observem por meio de uma única razão o mesmo mundo⁸⁷, abre-se espaço para a construção da realidade através da variedade de observações.

Conforme nos ressaltam Gonçalves e Villas Bôas Filho,

Se cada estrutura social (objeto) é construção de um observador que dispõe de racionalidade distinta, é possível identificar, nessa nova perspectiva, a negação ao monopólio da observação do racionalismo moderno: a semântica da violência, da opressão das possibilidades⁸⁸.

Trata-se de um postulado contrário ao projeto de modernidade iluminista. Desse modo, quando se fala em redução de complexidade, estamos falando em aumento de possibilidades através da administração da própria complexidade. Nas palavras de Luhmann: “complexidade reduzida não significa complexidade excluída, senão complexidade elevada, ela deixa aberto o acesso a outras possibilidades”⁸⁹.

O fechamento da sociedade como um sistema de comunicação deve ser entendido como um processo recursivo e autorreferencial, a comunicação é um processo interno cujo significado só pode ser entendido porque é identificado como tal pelas operações passadas e contínuas do sistema. Através da comunicação, cada sistema limita ou expande seus horizontes. Considerando esse novo esquema teórico, a instabilidade dos elementos torna-se a regra, em particular devido à contínua dissolução e reconstrução do ato de comunicar como circunstância de reprodução autopoietica. Essa capacidade de o sistema se manter através da reprodução autopoietica não é uma escolha ideológica baseada no conservadorismo, não é uma preferência do sistema em relação ao *status quo*, mas sim uma necessidade sistêmica motivada pela função que o sistema exerce e uma condição essencial para continuar reduzindo complexidade externa e, ao mesmo tempo, aumentar a complexidade interna⁹⁰.

⁸⁷ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando *Teoria dos sistemas sociais Op. Cit.*, 2013, p. 40.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 42.

⁸⁹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais: Op.Cit.*, 1998, p.10.

⁹⁰ Destaque-se, ainda, que campo conceitual da autorreferência, a auto-observação é o primeiro passo. Esse é o processo pelo qual o sistema une seus elementos em uma sequência de operações que são específicas para ele. O segundo passo é a autodescrição; essa fase é adquirida quando a auto-observação adquire um valor estrutural e persiste na ordem sistêmica. A descrição da identidade do sistema é uma condição essencial de autorreferência (no sistema jurídico, esse papel é exercido, sobretudo, pela dogmática jurídica). Nesse sentido, ver: TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste, 1993, p. 40-46.

1.3 POSITIVIDADE DO DIREITO COMO INSTRUMENTO DE ABERTURA PARA O FUTURO

Conforme já visto, dentro desse processo de evolução social que resultou no estabelecimento de uma sociedade funcionalmente diferenciada, multicêntrica, o direito assume a função social de generalizar de forma congruente as expectativas normativas⁹¹. Para tanto, ele promove a redução de complexidade do ambiente, transformando complexidade desestruturada em complexidade estruturada, através de linguagem própria, produzida pelo seu código binário lícito/ilícito. Diante de uma realidade complexa e contingente, potencializada pela dupla contingência (contingência socialmente estabelecida), essa linguagem específica permite que os indivíduos possam prever quais expectativas normativas serão postas no convívio social e gerenciar suas condutas de acordo com elas.

O código (assim com um programa de decisão) age, portanto, atenuando as dificuldades do processo de comunicação e fortalece a autonomia do sistema em relação ao ambiente. Essa autonomia faz com que o direito abandone referências externas com fundamentos em “verdades” transcendentais e passe a depender apenas de si, tornando-se autodeterminado operacionalmente. Assim, a positividade representa a passagem de um direito intangível a um direito “mundano”, disponível, estatuído e vigente por força de decisões. Mas observe-se que sua vigência se dá não apenas por ser estabelecido por decisões, mas também por poder ser modificado por elas. Observe-se, ainda, que essa positividade não está simplesmente ligada à onipotência de um ato legislativo histórico ou de uma decisão jurídica individual imemorável. A história é testemunha de que essa ideia de positividade, mais conhecida como “positivismo jurídico”, pode não ser o melhor exemplo de um direito aberto à alteridade. O critério, como afirma Luhmann, está na constante e atual experimentação do direito:

O direito vige enquanto direito positivo não apenas na lembrança de um ato legislativo histórico - historicidade essa que para o pensamento jurídico tradicional constitui o símbolo da irrevogabilidade-, mas só quando sua própria vigência é referida a essa decisão enquanto escolha entre outras possibilidades sendo, portanto, revogável, modificável⁹².

⁹¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad. Op. Cit.*, 2005b, p.181-223; e LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito. Op. Cit.*, 1983b, p. 109-115.

⁹² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito. Op. Cit.*, 1985, p.9. Nesse sentido, leciona Tércio Sampaio Ferraz: “Se o século XIX entendeu ingenuamente a positivação como uma relação causal entre a vontade do Legislador e o Direito como norma legislada ou posta, o século XX aprendeu rapidamente que o Direito positivo não é criação da decisão legislativa (relação de causalidade), mas surge da imputação da validade do Direito a

Isso quer dizer que o direito, ao mesmo tempo em que se radica em fatos palpáveis, empiricamente possíveis e independentes de qualquer outra ordem, passa a colocar a si mesmo em “situações de constante problematidade, contingência”⁹³. Esse é, inclusive, um dos paradoxos enfrentados pelo direito da sociedade moderna, visto que na medida em que precisa se estabelecer positivamente em fatos objetivos para que possa estabilizar expectativas normativas comportamentais, sendo, portanto, operacionalmente fechado, também se expõe à alteridade a partir do confronto e do tratamento das diversas estruturas vigentes no meio social, tornando-se aberto cognitivamente. Por isso é que, a partir da concepção luhmanniana, direito *autopoietico* não significa isolamento em relação ao ambiente social, antes o contrário, a clausura operacional é condição para a abertura cognitiva e para a estratégia de convivência com a instabilidade do ambiente. Daí, pode-se afirmar que o direito é aberto *porque* (e não *apesar de*) é fechado⁹⁴.

Dentro desse contexto, as Constituições modernas surgem como símbolo dessa positividade: “A positividade constitucional nada mais é do que a expressão da

certas decisões (legislativas, judiciárias, administrativas). Isso significa que o Direito prescinde, até certo ponto, de uma referência genética aos fatos que o produziram (um ato de uma vontade historicamente determinada) e sua positividade passa a decorrer da experiência atual e corrente, que se modifica a todo instante e determina a quem se devam endereçar sanções, obrigações, modificações etc. A positividade representa, assim, uma legalização do câmbio do Direito. Assim, por exemplo, a rescisão de um contrato de locação de imóveis pode ser proibida, de novo permitida, dificultada etc. O Direito continua resultando de uma série de fatores causais muito mais importantes que a decisão, como valores socialmente prevalentes, interesses de fato dominantes, injunções econômicas, políticas etc. Ele não nasce da pena do legislador. Contudo, a decisão do legislador, que não o produz, tem a função importante de escolher uma possibilidade de regulamentação do comportamento em detrimento de outras que, apesar disso, não desaparecem do horizonte da experiência jurídica, mas ficam aí, presentes e à disposição, toda vez que uma mudança se faça oportuna” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 62).

⁹³LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. *Op. Cit.*, 1996, p.7. Ver também: ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.147-149.

⁹⁴ARNAUD, André-Jean; LOPES, Dalmir Jr. (Orgs.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. *Op. Cit.*, 2004, p. 63. Ainda, nas palavras de Luhmann: “De modo muito geral, pode-se dizer que um sistema jurídico diferenciado deve garantir, ao mesmo tempo, o fechamento da operação e a elevada irritabilidade, e, no plano de sua auto-observação, a redundância e variedade”. (LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. *Op. Cit.*, 2005b, p. 425). Em outra ocasião, o autor discorre: “Nós conhecemos o mundo externo porque o acesso a ele é bloqueado. O conhecimento não é um tipo de imagem do ambiente no sistema, mas formação de construções próprias, de complexidade própria que não pode ser estruturada e menos ainda determinada, mas apenas irritada pelo ambiente. A comprovação de uma complexidade cognitiva cada vez maior sob condições puramente internas serve então como substituta para uma orientação através do ambiente, a qual, nessas dimensões, nunca poderia ser obtida diretamente ou na forma de ordenações ponto a ponto. Nós conhecemos a realidade porque somos excluídos dela – como no paraíso. Ou, para formularmos novamente de forma paradoxal: os sistemas cognitivos operam como sistemas abertos ao ambiente porque e na medida em que operam fechados de modo autorreferencial. Ser aberto fundamenta-se em ser fechado” (LUHMANN, Niklas. *Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas*. In: NEVES, Clarissa Baeta e SAMIOS, Eva M. B. (Coords.) *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997c, p. 52).

autodeterminação do sistema jurídico”⁹⁵. Elas reorganizaram e substituíram as referências que davam legitimidade às ações do direito na sociedade, de modo que não há que se esperar mais que um deus, um monarca ou que o apelo à natureza essencial do homem providencie a solução exata para os problemas sociais. Conforme visto anteriormente, o direito agora é positivo, isto é: direito posto. Vive-se em um Estado de Direito⁹⁶, ou melhor, em um Estado Constitucional de Direito. A positivação permite a fixação de sentidos comunitários no texto constitucional, os quais são transformados em elementos internos e, posteriormente, (re)aproveitados no interior do sistema jurídico. Além de figurar como elo (acoplamento estrutural, no sentido de Luhmann) entre direito e política, inaugurando uma relação ortogonal (de tolerância recíproca) entre tais sistemas, é possível observar que a Constituição representa, sobretudo, a possibilidade de abertura do sistema jurídico para o futuro. Isso porque, como referência normativa mais importante do ordenamento jurídico, a Constituição introduz na atividade jurídica a verificação constante se todo ato lícito ou ilícito está em conformidade ou não com ela⁹⁷.

Em outras palavras, a Constituição é um texto autológico. Mas essa autologia não deve ser vista como uma espécie de autarquia/isolamento, pois, ao mesmo tempo em que representa a autodeterminação do direito, no sentido de sua autonomia, a Constituição também promove sua abertura, permitindo seu aprendizado, sua reciclagem. Ela também interrompe a sua autorreferencialidade a partir da previsão da sua própria revisão e mutação, fazendo referência constante ao ambiente social e se mostra como texto aberto, prescrevendo, por exemplo, regras que direcionam o olhar para outras ordens sociais e jurídicas, através da utilização de cláusulas abertas e de conceitos jurídicos indeterminados, além da própria característica principiológica e mutante, intrínseca aos direitos fundamentais.

A existência de uma Constituição juridicamente estabelecida representa, nesse sentido, a capacidade do sistema jurídico para reciclar-se em relação ao que ele mesmo prescreve sem que se recorra a apoios externos⁹⁸. Isto é, a “Constituição fecha o sistema jurídico ao discipliná-lo como um âmbito no qual ela, por sua vez, reaparece”⁹⁹.

⁹⁵ SCHWARTZ, Germano. Duas visões sobre autopoiese e Constituições. In: SCHWARTZ, Germano; TRIBÁN, Jiri; ROCHA, Leonel Severo. *Constituições. Sociologia sistêmico-autopoiética das Constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015, p. 30.

⁹⁶ LUHMANN, Niklas. *A posição dos Tribunais no sistema jurídico*. *Op. Cit.*, 1990, p.151.

⁹⁷ LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. *Op. Cit.*, 1996, p. 11.

⁹⁸ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. *Op. Cit.*, 2013, p. 71-72.

⁹⁹ LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. *Op. Cit.*, 1996, p. 11. Mais a frente, na mesma obra, o autor destaca: “A Constituição tem vigência graças a um *re-entry* da forma na forma e isso graças à distinção entre sistema e ambiente no sistema. A Constituição, quer sob o seu aspecto jurídico, quer sob o

É a partir desse ponto que se deve observar que a positividade do direito constitucionalmente estabelecido provoca uma mudança de perspectiva em relação a observação e a tratamento dos fenômenos sociais, sobretudo no tocante ao aspecto temporal da normatividade. Isso porque o seu aspecto temporal passa a ser condicionado pela capacidade da ordem jurídica em conciliar a tensão entre constância/redundância e variação estrutural, ou como quer De Giorgi, “identidade e diferença”¹⁰⁰.

O Direito da sociedade moderna passa a ser texto escrito, ou seja, “sentido fixado, contínua presença da qual sempre é possível fazer recurso, precisa se fazer presente, ser contrafático, manter-se temporalmente estável. Porém, como positivo que é, esse mesmo texto pode ser “transformado, revisto, reformulado. O texto exprime o Direito, mas não é o Direito”¹⁰¹.

A própria característica de direito estatuído na sociedade complexa se funda em um necessário ato presente de decisão/escolha, a qual poderia muito bem se dar de outra(s) forma(s). Ou seja, o direito positivo pode ser caracterizado através da consciência da sua contingência: “Ele exclui outras possibilidades, mas não as elimina do horizonte de experimentação jurídica para o caso de que pareça oportuna uma modificação correspondente do Direito vigente; o Direito positivo é irrestritamente determinado, mas não irrestritamente determinável”¹⁰².

Isso quer dizer que embora o direito positivo se estabeleça através da diferenciação funcional e sob a função de estabilizar expectativas normativas, essa estabilização não significa invariância absoluta em relação à sensibilidade social e à impossibilidade de abertura para novas possibilidades. “Hoje pode estar em vigor um direito que ontem ainda não existia e amanhã é possível, provável ou até mesmo certamente não mais vigerá”¹⁰³. Nesse ponto, Tércio Ferraz observa que há uma inversão na relação entre mudança e permanência: “O direito positivo institucionaliza a mudança, que passa a ser entendida como superior à permanência, e as penas do legislador começam a produzir códigos e regulamentos que, posteriormente, serão revogados e de novo restabelecidos, num processo sem fim”¹⁰⁴.

É nesse sentido que Luhmann destaca que a disponibilidade temporal do direito

político, não é senão um dispositivo destinado a diferenciar a autorreferencialidade da heterorreferencialidade nas operações internas do sistema”, p. 11.

¹⁰⁰ DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. *Op. Cit.*, 1998, p. 177.

¹⁰¹ DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 176-177.

¹⁰² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. *Op. Cit.*, 1985, p. 11.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 11.

¹⁰⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. *Op. Cit.*, 2015, p. 21.

positivamente estabelecido tende a possibilitar um alto grau de detalhamento de normas jurídicas frente às circunstâncias rapidamente mutáveis e fortemente diferenciadas. Assim, “O direito torna-se cada vez mais um instrumento de mudança planificada da realidade em inúmeros detalhes”¹⁰⁵.

Observe-se, também, que essa característica temporal do direito moderno tem como consequência o aumento da sua complexidade material e social, pois temas passam a ser “estandardizados” e simultaneamente passíveis de tratamento jurídico¹⁰⁶. Isso porque em uma sociedade complexa, quando se busca estabelecer uma ordem, é sempre preciso catalogar, conceituar, assinalar, detalhar, observar, decidir e, portanto, distinguir.

Mas, observe-se, a distinção é apenas uma forma de dois lados, a forma daquilo que foi distinguido daquilo que não foi. Tal como um ponto de partida, ela nos faz atentar para outros contextos de variação, outras distinções, inicialmente não marcadas, provisoriamente ocultadas. O ato de distinguir é, portanto, apenas uma seleção que segue formando uma “rede de condução” em direção à contingência, permitindo autoirritação sistêmica constante (circularidade).

O direito, como qualquer comunicação que produz sentido, opera promovendo distinções. Estabelece aquilo que é sentido atual (temporalmente estável) ao mesmo tempo em que deixa em aberto o sentido possível (temporalmente afastado, não estabelecido, provisoriamente ocultado). A recursividade dessa distinção (ou seja, a reentrada da forma na forma, do sentido no sentido, da atualidade e da possibilidade) forma a unidade da diferença. Essa unidade (contingente) é a margem de latência da própria distinção. É lá onde se encontra a inexorabilidade da variação, onde se encontra o terceiro excluído, que poderá passar a suprir o ponto cego do sistema. Por isso, conforme leciona Bobbio, “Em cada ordenamento há uma zona incerta de casos não regulamentados, mas potencialmente colocáveis na esfera de influência de casos expressamente regulamentados”¹⁰⁷. Assim, o detalhamento material da norma permite o cruzamento/confronto com o outro lado da forma (o outro lado da distinção) e torna possível o surgimento de novas formas de comportamento, antes não positivadas¹⁰⁸.

¹⁰⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito. Op.Cit.*, 1985, p. 11-12.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 11.

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1995, p. 146.

¹⁰⁸ Observe-se, mais uma vez, que a unidade do sistema ocorre a partir da diferença que o sistema faz de si mesmo em relação ao seu ambiente, e a operação que produz e reproduz o sistema é justamente a recursividade dessa distinção. O sistema passa a promover uma autorreferência e a cada operação se fortalece enquanto sistema diferenciado, especificando sua forma de comunicação. Porém, ressalte-se que sistema e ambiente são interdependentes. Um é elemento constitutivo do outro, de modo que é inconcebível haver sistema sem ambiente e ambiente sem sistema. O próprio ambiente, ressalte-se, é uma construção do sistema na medida em

O confronto entre expectativas normativas e cognitivas ¹⁰⁹ (que, é bem verdade, são lados de uma forma que percorrem o mesmo caminho em uma simultaneidade inevitável, sendo um elemento constitutivo do outro) amplia as possibilidades de tratamento jurídico e isso mostra que o direito da sociedade moderna, por ser positivado, ao contrário do que o senso comum poderia supor, muda a si mesmo ao mesmo tempo em que muda a realidade em que atua, tornando-se altamente dinâmico. E ele atua a partir da (re)introdução infinita da artificialidade contingencial que ele mesmo, estrategicamente, produz, a qual pode ser formulada na forma do “como seria se...”¹¹⁰. Essa artificialidade do “como seria se...”, que também responde por imprevisibilidade, incerteza ou, ainda, por indeterminação, permite o confronto constante entre o lícito e o ilícito, atualidade e possibilidade, deixando o futuro sempre em aberto para novos conhecimentos, de modo que em uma sociedade complexa, de possibilidades infinitas, sempre haverá algo a conhecer, pois invariavelmente há sempre algo que se oculta quando se decide¹¹¹.

É possível dizer, portanto, que a normatividade do direito tanto distingue quanto vincula, tanto restringe quanto amplia o horizonte de possibilidades. O caráter oculto do “não conforme o direito” (ou seja, o ilícito, o outro lado da forma, o ambiente) é sempre um direito em perspectiva. A partir desse contexto, levanta-se a importância dos movimentos sociais e a da participação dos diversos setores da sociedade na construção do direito. Posicionados no ambiente do sistema jurídico, como reação ao processo de diferenciação funcional e, conseqüentemente, aos problemas decorrentes do aumento de complexidade, eles provocam variação estrutural e fazem surgir novas possibilidades normativas, oferecendo ao sistema jurídico novas formas de observação. Essa perspectiva será abordada mais a frente.

Esse fenômeno social apenas evidencia que o direito moderno se encontra em constante enfrentamento com o seguinte paradoxo: quanto mais necessidades são

que constitui o outro lado da diferença daquilo que foi distinguido. Dentro desse contexto, surge a importância dos movimentos sociais e a da participação dos diversos setores sociais na construção do direito. Posicionados no ambiente do sistema jurídico, eles estimulam a variação estrutural e fazem surgir novas possibilidades normativas. Tal perspectiva será abordada no decorrer do trabalho.

¹⁰⁹ Por expectativas cognitivas devemos entender aquelas que se adaptam à realidade em caso de desapontamento, ou seja, possuem capacidade de aprendizado. O mesmo não se pode dizer em relação às expectativas normativas. Tais expectativas não estão dispostas à aprendizagem, ou seja, são mantidas independentemente das frustrações e não se adaptam ao fato, valendo dizer, elas são contrafáticas, mantêm-se no tempo. No plano cognitivo, as expectativas relacionam-se com o fator de *curta durabilidade*. Duram até a ocorrência do fato contrário. Já no plano normativo, as expectativas possuem características de *longa durabilidade*. Nesse sentido, ver: LUHMANN, Niklas. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983b, p. 56.

¹¹⁰ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Op. Cit., 2005b, p. 448.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 435.

enfrentadas, mais contingências são descobertas¹¹². Formulando o problema de outra forma: quanto mais direitos são estabelecidos, mais “não direitos” são produzidos e, conseqüentemente, maior será a pressão por variação estrutural e, por sua vez, maior pressão por estabilização dessa variação.

O sistema jurídico passa a ser caracterizado, nos termos da Teoria evolutiva luhmanniana, pela necessidade de se produzir uma estabilidade dinâmica, resultado do processamento recursivo da complexidade social através dos elementos de *variação, seleção e (re)estabilização*.

A variação consiste em uma reprodução desviante de elementos em relação às estruturas já existentes no sistema. Trata-se de elementos sociais que, devido à complexidade e à contingência da vida moderna, traduzem a incerteza do futuro, se apresentam como novidades, como novas possibilidades. Nas palavras de Luhmann, a variação “consiste em uma comunicação inesperada, surpreendente”¹¹³; a seleção corresponde às expectativas que direcionam essa comunicação. Com base na comunicação inesperada, a seleção assume o importante papel de estabelecer as referências de sentido que podem formar estruturas capazes de construir e condensar expectativas¹¹⁴. Trata-se de eleger elementos que, em tese, estariam aptos a ingressar no sistema e serem continuamente reproduzidos.

Porém, o processo de evolução só se completa quando ocorre a estabilização, visto que ela representa a unidade do processo evolutivo, pois assegura durabilidade e resistência ao elemento inovador em um plano maior de abstração. Observe-se, nesse contexto, que a possibilidade de variação de elementos requer seleções já estabilizadas, assim como a estabilização de mudanças apenas é possível com base em mecanismos que assegurem uma seleção das variações que se apresentam. Os mecanismos de variação e estabilização, assim, se apresentam em uma intensa e estreita relação de condicionamento recíproco. Um serve de “engate” para o outro, de modo que, em sistemas sociais mais complexos, como é o caso do sistema jurídico contemporâneo, torna-se, inclusive, difícil a visualização da distinção entre variação e estabilização. É por isso que, na verdade, prefere-se utilizar o termo “reestabilização” ao invés de estabilização¹¹⁵.

¹¹² LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad. Op. Cit.*, 2005b, p. 447.

¹¹³ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad. Op. Cit.*, 2007a, p. 358.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 358.

¹¹⁵ Para uma abordagem detalhada sobre cada fase da questão evolutiva do direito, ver: GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza. Op. Cit.*, 2013, p.77-86; GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando *Teoria dos sistemas sociais: Op. Cit.*, 2013, p. 35-40; LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad. Op. Cit.*, 2005b, p. 301-358; LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad. Op.*

Nas palavras de Luhmann: "Como é típico nos contextos evolutivos, o resultado consolidado é a conclusão de uma fase evolutiva, como também a condição para reconhecer e especificar a variação seguinte"¹¹⁶. Em outras palavras: a estabilização serve ao fechamento operacional do sistema, buscando a manutenção de expectativas; já a variação serve a sua atualização e "adequação" ao ambiente, provocando abertura cognitiva. Assim, "A contingência e a complexidade do direito passam a ser elevadas a um outro plano – com novas condições estruturais, novas possibilidades de organização, novos riscos e problemas"¹¹⁷.

Diante do exposto, verifica-se que a vinculação do direito com o presente não se estabelece mais através do retorno seguro ao passado ou a apoios externos, mas através de um futuro aberto e imprevisível, estabelecido a partir da sua positividade presente:

O passado é desonerado pela função de horizonte de legitimações imaginárias a ser atribuída à pesquisa histórica. Agora é o futuro que, por sua vez, atua (*a fungere*) no espaço imaginário em que deve ser constantemente reproduzida a unidade de autorreferencialidade e de heterorreferencialidade no direito¹¹⁸.

Cit., 2007a, p. 358-399. Ainda, sobre estabilidade dinâmica, afirma De Giorgi: "A imprevisibilidade do agir encontra, no direito, uma referência estável de sentido. Mas se trata de uma estabilidade dinâmica: estável é o recurso sempre possível àquele sentido, mas sempre aberto a resultados interpretativos diversos e às transformações impostas pelo poder político" (DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória. Op. Cit.*, 2006, p.182).

¹¹⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad. Op. Cit.*, 2005b, p. 333.

¹¹⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito. Op. Cit.*, 1983b, p.10.

¹¹⁸ LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva. Op. Cit.*, 1996, p.11.

2 NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS

No presente capítulo pretende-se analisar papel dos movimentos sociais no processo de tematização e canalização de conflitos, bem como também destacar suas características, interesses e estratégias de mobilização e articulação no espaço público, buscando entender seu lugar no contexto das mudanças das estruturas sociais. Tais observações servirão como ponto de partida para tentarmos compreender, em capítulo posterior, o deslocamento estratégico do campo de disputa por direitos e a busca por construção de novas formas de sociabilidades, que antes se voltava para o âmbito político e atualmente se concentra no âmbito jurídico-processual.

2.1 OS MOVIMENTOS SOCIAIS E SUAS TRANSFORMAÇÕES

De modo bastante breve, podemos afirmar que a evolução dos movimentos sociais ocorreu junto com a transformação das relações sociais. Em sociedades antigas, por exemplo, os motivos dos movimentos se resumiam às reações contra a tirania, contra o abuso de poder político do soberano (na maioria dos casos por motivação econômica, devido as cobranças de tributos abusivos) e em defesa da liberdade individual, baseada na garantia da propriedade privada. Após o processo de industrialização e o fortalecimento do capitalismo, as reações passaram a ter natureza de reivindicação com base na diferenciação de classes sociais, com forte resistência a um desenvolvimento econômico desigual e luta por melhores condições de trabalho, um período fértil para os movimentos socialistas que resultou no fortalecimento da doutrina marxista que, por sua vez, moldou por muitos anos a teoria crítica dos direitos sociais.

Segundo o Luhmann, a teoria dos movimentos sociais sempre esteve tradicionalmente atrelada à temática dos movimentos socialistas do século XIX. Embora ainda presentes na sociedade atual, esses tipos de reivindicações perderam sua centralidade e foram fragmentadas para outras temáticas. Um dos motivos que deu início a essa fragmentação foi o surgimento do Estado de “Bem Estar Social” (*Welfare State*)¹¹⁹; nesse contexto, as

¹¹⁹ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad. Op. Cit.*, 2007a, p. 673 e 681; LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker, México: Anthropos Editorial/Universidad Iberoamericana, 2006b, p. 190.

reivindicações tomaram a forma de busca por direitos econômicos e sociais a serem promovidos pelo Estado. Ou seja, aquele que antes era compelido a manter-se inerte, longe de interferências na vida dos cidadãos, passou a ser cobrado para agir de modo proativo em favor deles.

A partir daí, os movimentos sociais tomaram formas mais difusas e heterogêneas, diversificando seu conteúdo, suas temáticas, suas finalidades e, portanto, sendo mais difíceis de conceituar; são frequentemente chamados de “novos movimentos sociais”.

Destaca-se que, embora Luhmann reconheça o termo “novos movimentos sociais”, prefere utilizar a nomenclatura “movimento de protesto” por considerar mais específico e adequado ao contexto atual, pois o protesto nada mais é do que uma forma de “comunicação direcionada ao outro, clamando pelo seu senso de responsabilidade”¹²⁰.

Hoje, pode-se dizer que, independente de sua natureza, uma das suas peculiaridades é que eles estão predominantemente atrelados as questões de inclusão e exclusão no âmbito dos sistemas sociais. O aumento de complexidade social, a positivação dos direitos e a propagação de normas programáticas promoveram excedentes de possibilidades para a sociedade e, conseqüentemente, motivos diversos para os novos movimentos sociais. A partir do momento em que o Estado deixa de ser abstencionista e passa a ser promotor de um “bem estar social”, as reivindicações se voltam contra aqueles que têm o poder de decidir, os chamados “*decison makers*”, que se encontram no centro dos sistemas funcionais. Dessa forma, mais diversos, difusos, heterogêneos, policêntricos e, muitas vezes incongruentes, os “novos movimentos sociais” fazem críticas diversas à sociedade com base nas suas próprias estruturas, adquirindo formas híbridas de ação, onde indivíduos, face à percepção de dano, reivindicam os seus direitos; “argumentam como afetados em favor dos afetados”¹²¹.

É importante também destacar que a visão proposta por Luhmann não é compreender os movimentos sociais exclusivamente pela diferença individual/coletivo. Não se trata de mera agregação de unidades individuais em um coletivo, mas da emergência tanto do individual quanto do coletivo, produzida de acordo com processos de imputação e estruturas capazes de produzir sentido¹²². Essa perspectiva reside no fato de que esses novos

¹²⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Op. Cit., 2006b, p. 179-180.

¹²¹ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Op. Cit., 2007a, p. 674-677; LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Op. Cit., 2006b, p. 190.

¹²² BACHUR, João Paulo. Conflito, Procedimento e os Novos Movimentos Sociais—Uma Perspectiva a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. *VI Encontro Nacional da Associação Brasileira de Ciência Política*, Campinas, 2008, p.16.

movimentos provocam um sentido de “estar juntos” que, na verdade, se encontra fora do “estar juntos”. Trata-se da constatação de problemas inicialmente individuais, de “indivíduos fortemente individualizados” que buscam autorrealização e significado diante das exigências (sucessos e frustrações) experimentadas em suas vidas cotidianas¹²³. Por isso é que os novos movimentos sociais possuem uma forte característica identitária, sob a qual observa-se a gênese de uma emergência de motivações primeiramente individuais, mas que posteriormente se coagulam em uma coletividade; essa é uma outra particularidade dos novos movimentos sociais.

No Brasil, os movimentos sociais sempre estiveram presentes, desde a estrutura escravocrata, hierarquizada e autoritária que fundou a própria sociedade brasileira, caracterizando o período colonial. A Inconfidência Mineira, (1789), as revoltas populares dos mulatos e negros (1797), a Conspiração dos Alfaiates (1798), a Revolução Pernambucana (1817), apenas para citar alguns exemplos¹²⁴, foram constituindo ações coletivas organizadas por segmentos da população em prol de causas e idealismos de determinado período.

Na década de 1970, os movimentos sociais foram intensificados em oposição ao regime militar vigente naquele momento. No final do século XIX, em um processo de construção e consolidação da cidadania, as manifestações, antes rurais, ganham áreas urbanas e nelas se destacam as lutas da classe operária por melhores salários e condições de vida; as lutas por legislações favoráveis em cada classe social, por educação formal, mudança do regime político; e, a partir daí, já na virada para o século XXI, surgem as questões ambientais e aquelas ligadas a um forte caráter de identitário, como por exemplo, as questões de gênero, etnia, raça, caracterizando movimentos sociais relacionados a “novos direitos” em busca da igualdade e inclusão¹²⁵.

Em resumo, os “novos” movimentos sociais, ou movimentos de protesto, são fenômenos gerais, para os quais é difícil encontrar um conceito descritivo ou definidor, e são fenômenos modernos, o que significa que excluem revoltas e rebeliões de camponeses, escravos e nobres. Dessa forma, esses fenômenos não podem ser descritos nos mesmos termos que o movimento socialista, conforme já explicado anteriormente¹²⁶.

¹²³ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad. Op. Cit.*, 2007a, p. 675.

¹²⁴ GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na contemporaneidade. *Revista brasileira de Educação*, v. 16, n. 47, 2011, p. 340.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 341.

¹²⁶ Como dissemos, no presente trabalho utilizaremos o conceito de “novos movimentos sociais” no mesmo sentido de “movimento de protesto” proposto por Luhmann por questões de conveniência metodológica e acadêmica. Luhmann opta por utilizar o conceito de movimentos de protesto pelo fato de que, na sua opinião,

Como pode-se perceber, com o passar do tempo, migramos do conceito de “ilegalidade” para o de “inconstitucionalidade”. Após o advento das Constituições modernas, é seguro afirmar que as noções de direito divino e direito natural foram substituídas por outros conceitos, tais como os de "direitos fundamentais".

Uma vez que o direito se torna puramente positivo, ocorre uma mudança no contexto do conflito e a base para reivindicações e protestos se torna um postulado geral para a igualdade e para a inclusão. Isso, na verdade, apenas significa que a desigualdade e a exclusão não podem mais ser justificadas pela moral e pelo divino, mas precisam de legitimação legal, delimitando de um lado, “tomadores de decisão” e de outro, os possíveis “afetados” pelas consequências dessa decisão, como já ventilamos acima. Esse ponto específico voltará a ser abordado no final do nosso trabalho.

Acrescente-se, ainda, que a partir do final do século XIX, houve duas mudanças sociais importantes, as duas são conectadas e emergem juntas. Uma delas, que já foi mencionada, foi a mudança na ocasião e nos motivos do protesto, e a segunda foi uma mudança no conceito de sociedade em si, que passa a ser configurada como uma sociedade funcionalmente diferenciada, hipercomplexa e policontextual; e é sob essas condições que as definições que norteiam os novos movimentos sociais devem se basear:

O excesso de possibilidades de escolha, de um lado, e os limites operacionais estruturais dos sistemas funcionais, de outro, instauram um jogo entre redundância (recursividade de estruturas) e variação (mudanças nas estruturas) típico de uma ‘sociedade complexa’.

(...) Os movimentos sociais fazem a crítica da sociedade. Logo, seus alvos são as lacunas, as inconsistências, as perversões, o mau funcionamento e os efeitos do próprio funcionamento dos sistemas de função. A sociedade que provoca a mobilização dos movimentos sociais é uma sociedade diferenciada funcionalmente. É nesse ambiente que os protestos são construídos¹²⁷.

Assim, as mudanças nas condições históricas levaram a uma mudança na natureza dos movimentos, pois, à medida que o contexto histórico muda, os motivos e as formas de ação do protesto também mudam.

o termo “abrange áreas amplas do fenômeno do movimento social, de modo que podem ser mais facilmente delimitadas conceitualmente” (LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Op. Cit., 2006b, p. 179-180).

¹²⁷ CAMPILONGO, Celso. *Interpretação do Direito e Movimentos Sociais*. Op. Cit., 2012, p. 62-63.

2.2 CONTRADIÇÕES, CONFLITOS E A FORMA DOS MOVIMENTOS

Para entendermos os movimentos sociais de hoje podemos nos utilizar algumas explicações teóricas no contexto da teoria sistêmica. Nessa perspectiva, movimentos sociais se apresentam como espécies de ações que apontam para uma transformação voltada para a realização de objetivos comuns sob a orientação de princípios e valores, sendo uma das maneiras pelas quais a sociedade seleciona contradições significativas e as conecta a conflitos¹²⁸. Conflitos aparecem quando há uma contradição na comunicação ou quando uma contradição é comunicada, em outras palavras: “Um conflito é a autonomização operacional de uma contradição através da comunicação. Assim, existe um conflito quando as expectativas são comunicadas e a não aceitação da comunicação é comunicada em troca”¹²⁹.

Eles servem à função de ativar o sistema imunológico da sociedade. Nesse sentido, de forma mais explícita:

Conflitos são contradições operacionalizadas que se tornaram comunicação. Eles permitem o condicionamento dos eventos imunizantes. Eles chamam a atenção para os problemas e, assim, permitem uma sensibilidade suficientemente adequada ao futuro, ou seja, estendem temporalmente a síntese de contradições o mais cedo possível¹³⁰.

Dessa forma, o conflito nos sistemas sociais baseia-se em contradições e para que um conflito apareça, a simples oposição de interesses, a comunicação de uma visão, imagem ou demanda diferente não é suficiente: esses elementos precisam ser rejeitados. Há sempre dois polos (*alter e ego*) que se comunicam e respondem um ao outro. Destaque-se, aqui, que seria equivocado atribuir ao conflito é uma falha da comunicação entre os dois, pelo contrário, o conflito é um estímulo à continuação da comunicação. Como vimos no primeiro capítulo, a comunicação sempre deixa em aberto a possibilidade do agir, uma bifurcação de possibilidades sobre o resultado da comunicação (entre um sim e o não; ambos fazem parte da comunicação), e o conflito serve, nesse sentido, para dar continuidade a comunicação por meio do “não”¹³¹.

O conflito também é uma “forma” porque pressupõe duas comunicações contraditórias, portanto, dois lados, e é também um sistema em si que funciona de acordo

¹²⁸ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: Op. Cit.*, 1998, p. 358.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 350.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 354.

¹³¹ *Ibidem*, p. 354.

com o modelo da dupla contingência¹³².

Conflito, na teoria de sistemas, está relacionado às contradições e incongruências verificadas em função da operação concomitante de sistemas autopoieticos que não podem ser submetidos a uma coordenação central: o conflito é, na verdade, uma construção dos sistemas sociais para apreender e reduzir a complexidade gerada pelas contradições da sociedade¹³³.

O aumento da insegurança ocorre quando terceiros estão incluídos no processo comunicativo, pois, embora se saiba que apenas uma desvantagem pode ser esperada de um oponente, o terceiro e suas intenções são desconhecidos. Esse terceiro pode influenciar o conflito e, portanto, sua resolução torna-se mais incerta e a situação mais complexa: “Reintroduzir a insegurança em relação às expectativas no conflito fornece ao sistema possibilidades especiais para formar estrutura, novas contingências e novas chances de fazer seleções”¹³⁴.

Com a transição das sociedades estratificadas para as sociedades modernas e, conseqüentemente, o advento de diferenciação funcional, abre-se espaço para um tipo de processamento moderno de seleção de conflitos: o movimento social. Os movimentos sociais se orientam de acordo com os conflitos na esperança de produzir mudanças sociais, estimular novas seleções e tornar mais claras as expectativas em disputa, a partir da sua tematização e condensação, em situações de grande instabilidade social.

Na medida em que a sociedade se torna mais complexa, ela cria e também reage aos efeitos dessa complexidade, os quais não são controlados pelas “estruturas de expectativa existentes, mas emergem livremente e por si mesmos”¹³⁵. Tal fenômeno se torna um movimento social se tiver uma teoria rica o suficiente para ajudar a superar certa agregação inesperada inicial: “Uma teoria do movimento torna possível distinguir o contexto da ação a partir de simples tumultos, transtornos e episódios violentos aleatórios”¹³⁶. Assim, um movimento social precisa se descrever como um movimento, em outras palavras, precisa de autorreferência¹³⁷. Isso permite identificar corretamente seus objetivos, a resistência e seus

¹³² LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: Op.Cit.*, 1998, p. 351.

¹³³ BACHUR, João Paulo. *Conflito, Procedimento e os Novos Movimentos Sociais. Op. Cit.*, 2008, p. 6.

¹³⁴ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: Op.Cit.*, 1998, p. 356.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 358.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 360.

¹³⁷ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad. Op. Cit.*, 2007a, p. 677-678. Ver também, LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: Op.Cit.*, 1998, p. 360-361; LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo. Op. Cit.*, 2006b, p. 181. Ao fazer uma relação entre direito, consolidação de expectativas, conflito e movimentos sociais, Campilongo adota um caminho, já apontado por Luhmann, descrevendo “o direito e os movimentos sociais

adversários no presente, para orientar a ação e também para se referir a eventos passados como história e usá-los para aumentar o significado, diferenciando, dessa forma, o conflito de um movimento de protesto.

Assim, o movimento de protesto é definido por:

Comunicações dirigidas a outras pessoas, invocando seu senso de responsabilidade. Criticam práticas ou situações provocadas por aqueles que deveriam garantir a ordem, sem se oferecerem para substituí-los. (...) É antes uma expressão de insatisfação, uma demonstração de ofensas e prejuízos sofridos¹³⁸.

Algumas características gerais de um movimento protesto são descritas nessa definição. Em primeiro lugar, o protesto é uma comunicação, faz parte da sociedade e pressupõe dois participantes/sistemas ou dois lados: um que protesta e outro que deve reagir ao protesto. Esses participantes não têm intenção de mudar de lado porque esse não é o propósito do protesto: o próprio protesto necessita dessa distinção estrutural como forma de se caracterizar enquanto unidade. Aqueles que protestam anunciam aos outros que as coisas precisam ser mudadas, e os outros precisam fazer essa mudança, não aqueles que protestam.

O protesto é uma forma e como forma de movimentos de reivindicação, o movimento de protesto funciona da mesma maneira que um código funciona para um sistema social funcional, pois estabelece um interior com aqueles que protestam e um exterior com aqueles contra quem protestam. Assim, o lado de dentro da forma protesta e tenta convencer o lado de fora a agir da maneira que o interior quer. Isso é feito por meio de diferentes táticas, como o emprego de “comunicações” específicas (como por exemplo, a radicalização de posições dentro e fora dos procedimentos, mobilização física ou virtual, greve, paralização de atividades e até mesmo atos violentos como forma de chamar a atenção para importância do problema)¹³⁹.

Os movimentos de protesto surgem atrelados ao fato de que o protesto se tornou uma forma estabelecida na sociedade moderna e pode facilmente passar de um assunto para outro.

como sistemas de comunicação autorreferenciais. Esses sistemas constroem por si mesmos as ações que os constituem. Comunicações formam o elemento essencial dessas ações. São elas que consentem a atribuição de ações. Portanto, no lugar do ator individual ou do sujeito de direito (...), admite-se, pela metodologia da teoria dos sistemas, que a autorreferência é propriedade empírica dos sistemas de comunicação, não construção de um sujeito que observa de fora. Movimentos sociais e direito são sistemas de comunicação constituídos, descritos, observados e atuantes por meio de comunicação” (CAMPILONGO, Celso. *Interpretação do Direito e Movimentos Sociais*. Op. Cit., 2012, p. 73).

¹³⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Op. Cit., 2006b, p. 180.

¹³⁹ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milão: FrancoAngeli, 1992, p. 336; LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Op. Cit., 2007a, p. 678-680.

Através da observação das formas da sociedade, isto é, desigualdade, instabilidade, perigo; cria-se um reservatório infinito de temas (ou “excedentes de alternativas/conhecimento”) que garante que a sociedade tenha “a possibilidade permanente de poder se descrever por meio de um protesto contra si”¹⁴⁰. A forma que é usada funciona no sentido de distinção, então, quando, por exemplo, o protesto apresenta a instabilidade, a desigualdade e o perigo como formas, ele deixa em aberto fato de que há também um lado diferente, que pode ser o da igualdade e o da estabilidade e da segurança. A partir desse reservatório de temas, os movimentos sociais também adotam e se vinculam a outros temas relacionados aos seus próprios interesses, que se apresentam como uma rejeição ao comportamento arriscado dos outros.

Esses temas funcionam como programas que delimitam um conteúdo para o código do movimento de protesto¹⁴¹. Dessa forma, eles deixam claro porque alguém se considera um manifestante de um lado da forma, servindo para sua autocolocação. Portanto, devem ser controversos de modo a poderem "explicar de maneira suficientemente drástica o que deve mudar e por quê"¹⁴².

Os novos movimentos sociais, como observadores da sociedade, vivem escolhendo temas para protesto e observam a sociedade com base em suas consequências. O movimento socialista, por exemplo, observou a sociedade com base nas consequências da industrialização e foi, de fato, o primeiro movimento a observar a sociedade dessa maneira. Vale salientar que pelo fato de que foi o único a fazê-lo, também foi capaz de oferecer uma teoria que pudesse explicar tanto a sociedade quanto os fundamentos do protesto na ocasião¹⁴³.

No entanto, a sociedade funcionalmente diferenciada oferece uma infinidade de temas para protestos, que são heterogêneos e permanecem assim quando agrupados em temas amplos, como meio ambiente, guerra, questões gênero, questões sobre inclusão de minorias, imigração excessiva, dentre tantas outras. Devido ao fato de que as consequências da sociedade moderna se tornaram mais observáveis, essa abundância de temas para o protesto também se tornou visível e isso, por sua vez, levou ao surgimento de uma enorme quantidade de movimentos desse tipo. Assim, tornou-se impossível teorizar a sociedade de forma

¹⁴⁰ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Op. Cit., 2007a, p. 637, 676 e 683; LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Op. Cit., 2006b, p. 197.

¹⁴¹ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Op. Cit., 2007a, p. 678- 680.

¹⁴² LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Op. Cit., 1992, p. 160.

¹⁴³ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Op. Cit., 2007a, p. 681.

homogênea, com base nos mesmos fundamentos do movimento socialista.

Nesse sentido:

A sociedade se torna o tema de fundo de todos os temas, torna-se meio para novas razões de protesto. Uma teoria da sociedade que fosse adequada para esse propósito deveria descrever a sociedade como um sistema funcionalmente diferenciado que produz inúmeros (e então individualmente, não mais atraentes) motivos para protestar.¹⁴⁴

Vistos da perspectiva sistêmica, os novos movimentos sociais podem formar sistemas sociais de tipo muito específico, já que o protesto introduz uma diferença centro/periferia, mas se localiza na periferia, essa que protesta contra o centro do sistema, exigindo dele que a leve em consideração¹⁴⁵. Observe-se, ainda, que a forma desse sistema é o protesto e seu conteúdo é o tema. Isso também significa que ele é formado e estruturado com base em fatores internos e não externos, por isso, ele é fechado em relação a sua forma, o protesto, mas também é aberto em relação a seu tema. A forma, o protesto, faz a distinção entre o sistema e seu ambiente, mas o tema diz respeito a ambos os lados. Assim, tanto a forma de protesto quanto o seu tema asseguram a estrutura do movimento: "juntos, ambos se colocam no caminho de uma reprodução da comunicação que permite ao movimento distinguir entre atividades inerentes e alheias"¹⁴⁶.

Como vimos acima, a forma também é assegurada pelo fato de que o protesto é baseado em um tema, que é a base da criação do movimento de protesto. Como isso acontece? A sociedade desconsidera um tema, muitas vezes sem se dar conta, e, por meio dessa desconsideração, o movimento adquire os motivos para protestar. O movimento se constrói em torno desse tema, procura um "fundo de correspondência" na sociedade e cria uma controvérsia (contradição) onde nenhuma existia antes¹⁴⁷.

A institucionalização de expectativas está na base da diferenciação funcional e na sua possibilidade de generalização simbólica; o problema emerge quando e por que valores generalizados não encontram resguardo nos sistemas da sociedade funcionalmente diferenciada. Isso ocorre quando algo, tal como uma decisão, um precedente, uma lei,

¹⁴⁴ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società. Op. Cit.*, 1992, p. 338; LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad. Op. Cit.*, 2007a, p. 681, 682.

¹⁴⁵ BACHUR, João Paulo. *Conflito, Procedimento e os Novos Movimentos Sociais. Op. Cit.*, 2008, p. 17.

¹⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo. Op. Cit.*, 2006b, p. 181. Ainda, na mesma obra, Luhmann lembra que "O protesto não é um estado de coisas simplesmente importado do mundo exterior ao sistema, senão uma construção do próprio sistema, cujas causas fazem referência ao seu entorno" (p. 181).

¹⁴⁷ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società. Op. Cit.*, 1992, p. 338; LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad. Op. Cit.*, 2007a, p. 679.

contraria as expectativas, tornando-as de difícil aceitação, criando um afastamento do centro decisório, que passa a servir de base para a construção da forma “protesto” (distinção centro/periferia).

2.3 POTENCIALIDADES CONTRIBUTIVAS DOS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS NUMA PERSPECTIVA SISTÊMICA

Na perspectiva de Luhmann, os movimentos de protesto constituem um paradoxo que assume a forma de protesto da sociedade contra a sociedade¹⁴⁸. A forma de protesto dá ao movimento unidade como um sistema, mas essa forma também mostra que esse movimento e seus participantes buscam influência, contudo, eles não o fazem de maneira normal, pois eles não estão inseridos no sistema político e não pretendem ocupar o lugar da oposição política tradicional, não funcionam primordialmente com base na dicotomia governo/oposição (embora possam se atrelar a essa dicotomia diversas vezes). As formas como eles perseguem essa influência mostram que o assunto em questão é considerado urgente e profundo e, portanto, não pode ser tratado de maneira natural; precisam atuar de forma “drástica”, “radical”, apontar dados, se mostrar visível e relevante. Além disso, “embora a comunicação de protesto ocorra dentro da sociedade - caso contrário não seria comunicação - ela procede como se fosse de fora. (...) Ela se expressa por meio de um senso de responsabilidade pela sociedade, mas contra ela”¹⁴⁹.

E o mesmo paradoxo se faz presente mais uma vez: protesto da sociedade contra a sociedade. Em outras palavras: “cabe aos movimentos sociais fazer a crítica da sociedade na sociedade ou autocrítica social”¹⁵⁰. E aqui também surge um dado importante para o presente trabalho, que, ao nosso ver, configura a contribuição mais relevante dos novos movimentos sociais numa leitura sistêmica: esse paradoxo não é necessariamente ruim porque pode ser usado pela sociedade como uma maneira de se observar, de observar suas próprias contradições, como uma forma de construir outra realidade ou outra representação de si mesma. Os movimentos sociais podem servir tal como um espelho invertido, levar a luz para temas tradicionalmente marginalizados.

¹⁴⁸ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Op. Cit., 2007a, p. 672, 676, 683.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 676.

¹⁵⁰ CAMPILONGO, Celso. *Interpretação do Direito e Movimentos Sociais*. Op. Cit., 2012, p. 82.

A sociedade, como todo sistema (e poderíamos até dizer como o mundo), precisa de um limite interno para poder pensar em si mesma. Não pode ser observado e descrito de fora. A única possibilidade é a de uma projeção imaginária com a qual uma autodescrição pode reivindicar para si um ponto de vista externo fictício. Ao fazê-lo, deve aceitar o paradoxo da unidade interna e externa e encontrar uma forma que anule esse paradoxo, isto é, o substitua e assim o oculte, traçando uma distinção. Isto é precisamente o que é alcançado pela forma de protesto contra algo que os outros deveriam fazer melhor¹⁵¹.

Isso significa que, por ser um sistema de comunicação abrangente que inclui toda a comunicação (como vimos no início do primeiro capítulo), a sociedade nunca pode experimentar “a realidade como resistência do meio ambiente” e só pode conhecê-la como “resistência da comunicação a comunicação”. Embora os movimentos sociais não conheçam melhor o ambiente do que outros sistemas da sociedade, eles criam a ilusão de que o fazem e, portanto, criam também a ilusão de resistência do exterior, que se traduz em resistência de comunicação a comunicação. Assim, os movimentos de protesto criam a ficção/ilusão que “fornecem à sociedade uma realidade que, de outra forma, não poderia construir” e a sociedade precisa dessa ilusão para potencializar as possibilidades da operação de auto-observação¹⁵².

Além disso, os movimentos de protesto podem ser vistos como tipo de sistema social específico capaz de canalizar a conflito/dissenso social. O seu papel é alertar o sistema imunológico para as contradições da sociedade e vincular essas contradições a conflitos significativos; nascem para ser temporários, com o objetivo de absorver (não eliminar) um conflito específico: “Os movimentos sociais fazem a crítica da sociedade. Logo, seus alvos são as lacunas, as inconsistências, as perversões, o mau funcionamento e os efeitos do próprio funcionamento dos sistemas de função”¹⁵³.

Os movimentos, importa lembrar, estão amparados na comunicação entre participantes/integrantes, demonstrando a unidade e a força do movimento, assim como o compromisso com as partes e com o tema em questão, demonstrando a condensação das frustrações sociais. Não se trata do simples fato de se reunir, o movimento de protesto necessita da motivação de seus membros direcionadas para o centro dos sistemas parciais em

¹⁵¹ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Op. Cit., 2006b, p. 196.

¹⁵² LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Op. Cit., 2007a, p. 686.

¹⁵³ CAMPILONGO, Celso. *Interpretação do Direito e Movimentos Sociais*. Op. Cit., 2012, p. 63.

forma de crítica¹⁵⁴.

Em resumo, para que o protesto seja catalisado e configure um sistema, ele depende de condições estruturais para estabelecer a sua diferenciação: em relação a sua forma, é preciso que o movimento delimite uma fronteira estabelecendo seus objetivos e seus integrantes: quem protesta, contra quem e o que se protesta¹⁵⁵; e a forma protesto provoca procedimentos reativos¹⁵⁶. Assim, podemos concluir que a opção de um movimento de protesto pela sua participação em um procedimento dentro de um sistema pode, muitas vezes, ocorrer de maneira estratégica, através da participação da discussão de um problema levantado por ele mesmo para chamar a atenção e garantir a legitimidade de uma eventual decisão favorável, impactando, a partir da periferia do sistema, pelo estabelecimento de um tema, que é conteúdo do protesto¹⁵⁷.

Com maior frequência, os novos movimentos sociais estão demandando respostas dos demais sistemas sociais, em especial do sistema jurídico. Tal fato é perceptível a partir da crescente atuação do poder judiciário, que assumiu um certo protagonismo no desenho institucional atual, impulsionado pelo processo de judicialização do direito.

O aumento da judicialização dos temas levantados pelos novos movimentos sociais pode ser observado através das suas atuações por meio de mecanismos procedimentais de ampliação do contraditório, de modo que podem servir à canalização e à absorção do dissenso social, bem como à atenuação dos riscos das decisões face aos demais sistemas sociais e a seus membros que, por sua vez, figuram na posição de possíveis “afetados” pela decisão.

2.3.1 A tematização dos movimentos sociais no Brasil

Como vimos, é impossível protestar contra toda a complexidade social e, portanto, o protesto requer uma tematização que o defina, justifique a razão dos que protestam e contra

¹⁵⁴ NAFARRATE, Javier Torres. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Ciudad de México: Heder Universidad Iberoamericana, 2008, p. 487. Ressaltamos que Luhmann fala em interação entre participantes, no entanto torna-se evidente que com o avanço da tecnologia essa a interação não precisa ocorrer presencialmente. Os participantes em um movimento de protesto não se agrupam simplesmente pelo sentido do estar juntos em um espaço físico, mas através dos mais distintos meios de comunicação atuais. Além disso, o que importa não é apenas a presença física, mas sobretudo a aderência ao tema do protesto. Por isso as demonstrações sociais de todas as formas são relevantes.

¹⁵⁵ *Ibidem*, 2008, p. 487.

¹⁵⁶ BACHUR, João Paulo. *Conflito, Procedimento e os Novos Movimentos Sociais*. *Op. Cit.*, 2008, p. 19.

¹⁵⁷ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. *Op. Cit.*, 2007, p. 676.

quem protestam, auferindo identidade aos participantes¹⁵⁸.

(...) Os movimentos sociais atuam no meio “temas”. Os temas podem ser vários: situação da mulher, meio ambiente, paz. Esses temas se cristalizam na forma protesto/não protesto. Somente com a diferença entre tema, de um lado, e protesto/não protesto, de outro, é possível que sejam delimitados dois lados: os que fazem parte do movimento e os que não fazem parte; os que são “progressistas” e os que são “conservadores” na ótica do movimento; os que querem a mudança e os que desejam a continuidade¹⁵⁹.

A tematização é um processo de seleção realizado pelos movimentos sociais e, para tal, é fundamental a existência de conflito, diferenças sociais, divergências de opinião e expectativas. Onde existe consenso substancial, não existe sentido para o protesto, pois não há contra o que ou quem protestar. A seleção de temas catalisadores, a evolução e a adaptação da sua tematização na sociedade complexa são essenciais para a manutenção do protesto ao longo do tempo¹⁶⁰.

A história do conflito é essencial para compreender o protesto. A conexão com as relações sociais, as motivações individuais de cada participante são importantes para demonstrar a sustentabilidade e a reverberação do tema em protesto. A mídia também funciona como um mecanismo importante nesse processo, influenciando a opinião pública e tornando possível a observação daqueles que alegam serem observadores da sociedade¹⁶¹.

A tematização dos movimentos sociais no Brasil tem sua história marcada por lutas e movimentos populares, vendo-se que eles se tornaram mais ativos a partir da década de 70, com fortes movimentos de oposição ao regime militar da época, contribuindo decisivamente para a conquista de vários direitos sociais que foram traduzidos na Constituição Federal de 1988¹⁶².

Atualmente as temáticas dos movimentos sociais são diversas e estão relacionadas, sobretudo, à defesa de direitos dos portadores de deficiência, direito à igualdade racial, de gênero e direitos relacionados à comunidade LGBTQ+, dentre outros. Esses movimentos lutam por respeito e garantias nos mais diversos setores da sociedade; no entanto, diante da morosidade e inércia do sistema político, terminam por judicializar os seus conflitos, evidenciando um deslocamento do campo de disputa por direitos, conforme veremos de

¹⁵⁸ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Op. Cit., 2007, p. 677.

¹⁵⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 46.

¹⁶⁰ NAFARRATE, Javier Torres. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Op. Cit., 2008.

¹⁶¹ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Op. Cit., 2007a, p. 679.

¹⁶² GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na contemporaneidade Op. Cit., 2011, p. 23.

forma introdutória em alguns casos a seguir.

Em 2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da Universidade de Brasília (UnB). Por unanimidade, os ministros julgaram improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, ajuizada pelo Partido Democratas (DEM). Os Ministros seguiram o voto do Relator do caso, Ministro Ricardo Lewandowski, o qual defendeu que as políticas de ação afirmativa adotadas pela UnB estabelecem um ambiente acadêmico diversificado, e objetivam superar distorções sociais históricas. A ação foi, então, ampliada e a maioria das instituições públicas passaram a adotar o sistema de cotas raciais.

O movimento feminista, atrelado aos movimentos sociais de gênero, tem, ainda, um grande caminho a ser percorrido na busca dos seus objetivos. Recentemente, campanhas a favor da legalização do aborto, como forma de conquista pela autonomia do corpo, e contra a cultura do estupro, que acomete mulheres de todas as idades, se espalharam em todo o mundo. No âmbito do STF, a judicialização da temática de gênero pode ser ilustrada na ADPF 54, a qual tratou do aborto de fetos anencéfalos e na ADPF 442, que trata sobre a possibilidade de descriminalização de atos por parte de mulheres que façam a interrupção voluntária da gestação até a 12ª semana da gravidez, esta última ainda em julgamento.

O movimento social também exerce forte atuação nas tematizações de questões ligadas às comunidades LGBTQ+’s e busca a tutela de direitos, lutando, por exemplo, contra a homofobia, transfobia, intolerância sexual e a discriminação de todas as formas. No âmbito do STF, é possível identificar suas ações ao abordar a questão da união homoafetiva na ADI 4277, bem como a criminalização da homofobia e transfobia na ADO 26.

Os movimentos sociais em defesa das pessoas com deficiência também vêm, ao longo dos anos, lutado para fazer valer os direitos de acessibilidade, garantindo a possibilidade de uma vida digna e com mais oportunidades. No âmbito do STF, também podemos ver a atuação dos movimentos sociais ligados a essas questões na judicialização da possibilidade do uso medicinal da maconha, na ADI 5708, e na ADI 3510, que abordou a pesquisa com células tronco embrionárias.

3 NOVOS DIREITOS, MOVIMENTOS SOCIAIS E O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO: UM CAMPO FÉRTIL PARA O FORTALECIMENTO DE UM SISTEMA DE RESPEITO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Conforme vimos anteriormente, partindo de uma perspectiva luhmanniana, a unidade do sistema ocorre a partir da diferença que o sistema faz de si mesmo em relação ao seu ambiente, e a operação que produz e reproduz o sistema é justamente a recursividade dessa distinção. O sistema passa a promover uma autorreferência e a cada operação se fortalece enquanto sistema diferenciado, especificando sua forma de comunicação. Observe-se que sistema e ambiente são interdependentes. Um é elemento constitutivo do outro, de modo que é inconcebível haver sistema sem ambiente e ambiente sem sistema. O próprio ambiente, ressalte-se, é uma construção do sistema na medida em que constitui o outro lado da diferença daquilo que foi distinguido¹⁶³.

É válido, dentro desse contexto, transcrever a seguinte passagem:

Um sistema é a forma de uma diferenciação, possuindo, pois, dois lados: o sistema (como 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 essa forma, tão indispensável, quanto o próprio sistema. Com essa diferenciação a forma é fechada. *'Distinction is perfect contingency'*, como diz Spencer Brown (1979). Ou seja: tudo o que pode se observar e descrever com essa diferenciação pertence ou ao sistema ou ao ambiente. A unidade do sistema pertence ao sistema ou ao ambiente? E onde se encontra o limite dessa forma? O que separa os dois lados da forma, o limite entre sistema e ambiente, marca a unidade da forma e, justamente por isso, não deve ser concebido nem de um lado nem do outro. O limite existe unicamente como uma indicação para transpassá-lo -seja de dentro para fora, seja de fora para dentro¹⁶⁴.

A partir dessa perspectiva, podemos destacar a importância dos movimentos sociais e da participação dos diversos setores da sociedade na construção do direito, pois, posicionados no ambiente do sistema jurídico, eles pressionam por variação estrutural e fazem surgir novas possibilidades normativas. É o que arvoramos chamar de “novos direitos”, bem como do surgimento dos “novos titulares de direitos” e dos já apontados

¹⁶³ Nesse sentido, CAMPILONGO, Celso. *Interpretação do Direito e Movimentos Sociais*. Op. Cit., 2012, p. 43-44.

¹⁶⁴ LUHMANN, Niklas; O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Baeta e SAMIOS, Eva M. B. (Coords.) *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997e, p. 78.

“novos movimentos sociais” que se formam como uma tentativa de resposta aos desafios universais de uma sociedade complexa, plural, globalizada e mundializada.

Trata-se de um processo de reconhecimento e de tutela de direitos de novos grupos de interesse que assumem de fato relevância, marca da evolução da consciência social, do progresso científico e tecnológico e, sobretudo, das próprias transformações culturais face a uma crescente complexidade social¹⁶⁵. É bem verdade que os novos direitos são tradicionalmente caracterizados pelos juristas como aqueles direitos ligados às questões do avanço tecnológico, à biotecnologia, bem como aqueles ligados ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Mas traduzidos para uma linguagem luhmanniana, independente de sua natureza, podemos considerar que os novos direitos surgem como “projeções de expectativas normativas”¹⁶⁶ que se colocam diante dos procedimentos decisórios em busca de estabilização, mas que muitos ainda não alcançaram o nível evolutivo sistêmico ou, ainda, carecem de maior reconhecimento e efetivação.

Apenas a título de exemplo, no decorrer dos últimos anos, podemos citar como novos direitos: o direito à união homoafetiva; o direito à vida e à morte (fruto do progresso tecnológico da biomedicina); o direito ao aborto; o direito à utilização de pesquisas com células troncos embrionárias; o direito à acessibilidade; o direito à igualdade e à reserva de vagas em instituições de ensino com base no critério étnico-racial; o direito à preservação da cultura indígena face ao desenvolvimento econômico; o direito ao reconhecimento e titularidade de territórios das comunidades remanescentes de quilombos; o direito à dignidade e à igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros (tema que vem ganhando ainda mais relevo e complexidade, tendo em vista a onda de migração em direção à Europa e, inclusive, na América Latina, nos últimos anos); o direito à memória e à verdade, nos casos da chamada “justiça de transição”; o direito ao uso medicinal e recreativo da maconha; os direitos questionados diante de atos discriminatórios em razão da questão de gênero e raça (como por exemplo, a homofobia e a transfobia); dentre tantos outros.

No entanto, ainda é possível questionarmos em que esses novos direitos são distintos dos “velhos” direitos? A resposta pode ser difusa e permear várias áreas do conhecimento,

¹⁶⁵ DAL CANTO, Francesco. Os novos direitos. In: ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Correia de (Orgs). *Justiça constitucional e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes. 2015, p. 488.

¹⁶⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito. Op. Cit.*, 1983b, p. 75, 175, 207, 225.

mas sob o olhar da Teoria do Estado, eles podem ser inseridos a partir do contexto da Teoria do “Estado de Bem-Estar Social”. Os novos direitos, tendo em vista a perspectiva de inclusão legal generalizada no contexto da sociedade, estão ligados à heterogeneidade de indivíduos e à reação de grupos que diferem em suas expectativas e valores normativos e em seus interesses, o que é característico da modernidade.

O problema, vale salientar mais uma vez, reside no fato de que os novos direitos, no contexto da sociedade atual, em contraste com os direitos fundamentais tradicionalmente estabelecidos, constituem expectativas normativas que não são satisfatoriamente institucionalizadas ou que carecem de maior reconhecimento e tutela por parte do Estado; e, como já mencionado, a institucionalização desses direitos, definida como expectativas orientadas para a inclusão jurídica em um contexto de dissenso social, pressupõe a construção de procedimentos democráticos voltados a garantir a coexistência de diversas formas vida política e social, não apenas absorvendo-as, mas também estimulando suas manifestações.

Isso significa que a institucionalização dos novos direitos está vinculada a compreensão dos mecanismos funcionais de tutela em uma sociedade mundial complexa, envolvendo por um lado, a percepção de uma multiplicidade de planos de proteção, e por outro, a percepção de uma pluralidade de concepções a respeito do que se entende por “bem” ou por “justiça”. Em outras palavras, é necessário o estabelecimento de uma base consensual para procedimentos democráticos que, por sua vez, devem garantir a absorção e manutenção do dissenso conteudístico, típicos em sociedades hipercomplexas.

Esses direitos muitas vezes são fomentados por uma relação de acoplamento com os meios de comunicação de massa, trazendo à baila lutas por novas demandas de cidadania e justiça social, na tentativa de construção e ocupação do espaço público de forma mais participativa, mas por outro lado também esbarram na semântica jurídico-positiva dos direitos fundamentais já estabelecidos.

Os novos movimentos sociais atuam, muitas vezes, na proposta de criação, canalizando a demanda por reconhecimento de novos direitos, através de uma agenda emancipatória e denunciando situações a partir de determinada realidade social. Esses movimentos, assim, buscam uma articulação para que, uma vez fortalecidos, possam manifestar seus descontentamentos com relação às estruturas estabelecidas. Eles buscam reconfigurar os espaços de mobilização social através de um novo paradigma atrelado à construção de identidades coletivas por meio de diversos mecanismos sociais, objetivando ocupar efetivamente o espaço público de forma ampla e igualitária.

O processo de judicialização é, muitas vezes, o caminho seguido pela sociedade civil para questionar e tematizar determinadas questões tradicionalmente marginalizadas. Embora adotemos um conceito amplo de movimento social, o foco da análise recai especialmente sobre aqueles cujas pautas de reivindicações envolvem a tutela de direitos fundamentais de grupos vulneráveis que tradicionalmente vivem à margem da proteção jurídica, na medida em que é exatamente a defesa desses sujeitos e interesses que serve de justificativa para legitimação normativa da atuação contramajoritária da jurisdição constitucional.

O deslocamento do campo de disputa em direção ao poder judiciário também é consequência do vácuo deixado pelos outros poderes, sobretudo do poder legislativo, de modo que os movimentos sociais e a sociedade civil em geral encontram no judiciário um campo fértil para debates e possibilidade de construção de novas formas de sociabilidades.

Também é possível identificar que o recurso ao judiciário por parte de movimentos sociais se relaciona com a noção de litígio estratégico, que visa a retratar o recurso ao direito e aos tribunais com o objetivo consciente de promoção de mudanças sociais. Em outras palavras, significa dizer que casos e demandas “são escolhidos como ferramentas para transformação da jurisprudência dos tribunais e formação de precedentes, para provocar mudanças legislativas ou de políticas públicas”¹⁶⁷, estimulando, dessa forma, os diálogos institucionais em sentido amplo.

Como vimos, os movimentos sociais contribuem para a função imunizante através da exposição do conflito aos sistemas sociais, a partir da comunicação da não aceitação de uma expectativa, onde “a reação típica dos protestos é a tradução de divergências”¹⁶⁸, assim como demonstram a possibilidade de um novo direito que surge na periferia do sistema, demonstrando forte capacidade de canalização. Através dessa comunicação, os movimentos “irritam” os sistemas funcionais, sobretudo o sistema jurídico, com o objetivo de provocar variação estrutural.

Tendo em vista sua função de estabilizar as expectativas normativas, o sistema jurídico antecipa, portanto, a possibilidade de conflito, trazendo-o a um formato em que ele possa ser tratado ao nível de expectativas estruturáveis. Não se trata de evitar a existência do conflito, mas sim de combater sua resolução violenta, sua difusão e

¹⁶⁷ CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Cortes supremas e sociedade civil na América Latina: estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia*, 2012. Tese. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-16052013-162225. Acessado em: 01 de fev. 2019, p. 24.

¹⁶⁸ CAMPILONGO, Celso. *Interpretação do Direito e Movimentos Sociais. Op. Cit.*, 2012, p. 87; LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: Op.Cit.*, 1998, p. 388.

disponibilizar novas formas de comunicação¹⁶⁹.

Os movimentos sociais atuam, assim, como negação do sentido anteriormente produzido e propõem uma variação do sistema jurídico que resulte na inclusão dos excluídos que protestam¹⁷⁰.

Por meio da função da memória, o sistema é presente a si mesmo. Isto permite ao sistema isolar, na rede de contínuos reenvio simultâneos de modificações de estados, aquela modificação de estado que pode ser sintetizada como relevante para um novo comportamento e, conseqüentemente, neste momento, como estado momentaneamente capaz de conexão. (...) [assim], através de sua memória, o sistema se estabiliza permanentemente e torna-se continuamente imprevisível para si próprio¹⁷¹.

Diante do exposto, é possível identificar um novo desenho institucional onde, agora, os tribunais, compelidos pela obrigatoriedade de decidir, se posicionam no centro do ordenamento jurídico e são responsáveis por dizer em último grau o que está e o que não está conforme o direito. Transfere-se a importância da legalidade estrita, traduzida em segurança outrora cerrada nos códigos, para uma ideia de “justiça”, agora construída no âmbito jurídico-processual.

As decisões jurídicas observam a sociedade e passam a ser o lugar para onde são direcionadas às expectativas sociais. Instalou-se, assim, um protagonismo judicial que, com o passar dos anos, provocou uma reconfiguração do papel do poder judiciário, sobretudo da jurisdição constitucional, no processo de tutela de direitos fundamentais.

Ocorre que essa transferência funcional, embora importante para reconhecimento e tutela de direitos, produziu o efeito colateral de nos levar a uma situação de insegurança jurídica e de desconfiança sistêmica, direcionando o foco para os problemas decorrentes da ausência de um sistema de racionalização das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro.

A interiorização das contingências sociais em alto nível fez aumentar a complexidade interna do sistema e essa complexidade interna foi potencializada se levarmos em conta o

¹⁶⁹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Op. Cit., 2005b, p. 375. Anote-se, conforme descreve Ulisses Viana, que o conflito, quando tematizado, “serve como instrumento de ‘perturbação’ comunicativa e contribui para que o sistema jurídico coloque as possíveis soluções jurídicas como seletividade de temas e de possíveis soluções, onde se insere a capacidade cognitiva como seleção de possibilidades como processamento de um decidir sobre situações contingentes, que deixa sempre em aberto que ‘poderia ser diferente’, ou melhor, no futuro poderá ser diferente” (VIANA, Ulisses Schwarz. *Direito e justiça em Niklas Luhmann*: Op. Cit., 2015, p. 179).

¹⁷⁰ CAMPILONGO, Celso. *Interpretação do Direito e Movimentos Sociais*. Op. Cit., 2012, p. 140.

¹⁷¹ DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. Op. Cit., 2006. p. 59-60.

desenvolvimento da legislação, que se tornou cada vez mais dinâmica, promovendo uma maior abertura à semântica polissêmica do entorno social, fato potencializado pela crescente presença de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e pela própria elasticidade e característica principiológica da maioria dos direitos fundamentais, submetidos às mais diversas interpretações judiciais.

De fato, quando se tem consciência teórica de que a decisão nem sempre é resultado de critérios previamente normatizados, mas pode constituir regra, fundada em elementos que não estão presentes na legislação, destinada a regular um caso concreto, não há como deixar de perceber que as expectativas que recaíam na lei transferem-se para a decisão judicial. A segurança jurídica passa a estar estritamente vinculada à decisão; essa é responsável pela previsibilidade em relação ao direito, e, portanto, tem que contar com estabilidade¹⁷².

A partir desse contexto, e em nítida aproximação com as culturas do *common law*, os precedentes judiciais surgem no sistema jurídico brasileiro como importante fonte de comunicação e como potencial instrumento de dogmatização/estruturação de direitos fundamentais, produzindo unidade e consistência jurídica¹⁷³. A jurisdição deixa para trás seu papel instituído, cuja função era de mera declaração da vontade do legislador, a jurisdição “*bouche de la loi*” (“boca da lei”), e passa a exercer um papel instituidor, atuando como coprodutora de normas jurídicas coletivamente vinculantes, através da construção de precedentes judiciais.

3.1 PRIMEIRAS OBSERVAÇÕES SOBRE O PRECEDENTE JUDICIAL NO CONTEXTO DE FRAGMENTAÇÃO JURÍDICA

Inicialmente é importante ressaltar que o presente capítulo não tem por objetivo um estudo exaustivo acerca do sistema de precedentes judiciais, muito menos defender sua importação acrítica para a realidade brasileira. Partimos do pressuposto de que o atual ordenamento jurídico pátrio não possui ideal correspondência com o sistema do *common law*,

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme *O precedente na dimensão da igualdade*. Disponível em https://www.academia.edu/218490/O_Precedente_na_Dimensao_da_Igualdade. Acessado em: 11.nov.2019.

¹⁷³ Conforme nos ensina Luhmann, o sistema jurídico não faz outra coisa senão desenvolver a sua função de distinguir mediante contínuas operações o lícito do ilícito, conforme e não conforme o direito. A referência a esse código atribui a tal sistema uma estrutura de comunicação, uma estrutura de sentido (LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. *Op. Cit.*, 1996, p. 8).

tal como é adotado em outros países. Também não desconsideramos o importante debate acerca da conscientização da coletividade sobre as consequências deletérias de um direito produzido predominantemente no âmbito judicial e, conseqüentemente, do debate em torno da tensão entre a jurisdição constitucional e a democracia representativa; termos aparentemente harmônicos entre si, mas que vêm sendo utilizados pela doutrina constitucionalista para evidenciar o excessivo protagonismo da jurisdição constitucional em detrimento de um constitucionalismo popular, baseado no fortalecimento da cidadania ativa, na participação da sociedade na tomada de decisões e, conseqüentemente, na formação de um sentido constitucional popularmente construído¹⁷⁴.

Isso, no entanto, não exclui a possibilidade de aprendizagem e adoção de mecanismos a partir da observação de tal sistema de precedentes, de modo que eles possam auxiliar no processo de (re)estruturação da unidade do sistema jurídico brasileiro, no sentido da tutela de direitos tradicionalmente marginalizados pela comunidade social e política.

O fato é que um dos efeitos da hipercomplexidade social é a incapacidade de o sistema político oferecer ao direito a observação de programas condicionais para tomada de decisão. Tal situação faz com que o poder judiciário seja compelido (tendo em vista a proibição de pronunciamento do *non liquet*) a criar padrões jurisprudenciais reutilizáveis para responder aos questionamentos sobre o que é lícito ou ilícito em relação às expectativas sociais apresentadas. Se por algum motivo as condições políticas, orçamentárias, sociais ou a própria complexidade do tema em questão leva ao sistema político a deixar de decidir, o sistema jurídico não pode se vincular de forma obrigatória a essa inação¹⁷⁵. Bloquear o acesso à tutela

¹⁷⁴Para uma visão mais ampla sobre esses temas, ver: ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. Disfuncionalidade sistêmica e o problema da criação judicial do direito. *Revista Científica da FASETE*, p. 201, 2018; ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. Da onipotência do legislador ao protagonismo judicial: reflexões sobre o problema da efetividade dos direitos na sociedade contemporânea. *Revista da Agu*, v. 17, n. 3, 2018; NIEMBRO O., Roberto. Una mirada al constitucionalismo popular. *Isonomía*, México, n.38, p.191-224, abr. 2013. Disponível em http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182013000100007&lng=es&nrm=iso. Acessado em 14 de dezembro de 2019.

¹⁷⁵Ao discorrer sobre a relação entre a proibição de denegação da justiça e a atuação dos tribunais nos chamados *hard cases* (“casos difíceis”), Luhmann conclui que é justamente essa relação que tornou possível o desenvolvimento do sistema de precedentes judiciais e a instituição de sua *ratio decidendi*. Embora questione que a instituição do precedente resolve o problema apenas em parte, ele reconhece que “Os tribunais não podem se apoiar apenas no direito vigente inquestionável, mas devem criar, postular e pressupor esse direito sem chegar à garantia de que, para além da força jurídica da decisão do caso, a decisão possa valer também como um programa de decisão” (LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad. Op. Cit.*, 2005b, p. 376). Mais a frente, na mesma obra, o autor complementa: “a debilidade lógica, a ‘perda da certeza’, a desintegração das diretrizes dogmáticas e sua substituição por fórmulas de equilíbrio e, não por último, a crescente falta de precisão nos limites entre legislação e jurisprudência e os problemas de regulamentação que pendem de um lado, a depender da constelação em que sejam politizáveis, são conseqüências tardias da obrigatoriedade da decisão. Em uma sociedade cada vez mais complexa e em face da aceleração nas mudanças estruturais, tudo isso tem repercussões

jurídica numa situação de inércia por parte de outro sistema seria deixar os necessitados sem qualquer perspectiva de generalização de expectativa normativa, reduzindo os valores constitucionais a meros papéis simbólicos¹⁷⁶, bem como fortalecendo a construção das redes exclusão social.

Dessa forma, buscamos fazer uma leitura geral do instituto, de modo a fornecer uma interpretação sobre a importância da adoção de um sistema de precedentes no atual contexto jurídico-institucional fragmentado da sociedade contemporânea e abrir espaço para o aprofundamento da análise dos mecanismos que possam contribuir para sua abertura cognitiva e adequação social, tema que será abordado em capítulo posterior.

3.2 DO PRECEDENTE JUDICIAL AO RISCO DO PRECEDENTE SIMBÓLICO

“O direito deve ser estável, mas não pode ser estático”¹⁷⁷

Simplificadamente, poderíamos conceituar o precedente judicial como uma parte da decisão judicial formulada a partir de um caso concreto, ou de um conjunto de casos concretos, cujo núcleo essencial, a *ratio decidendi* (a razão de decidir), se desprende do caso específico e serve de substrato para o julgamento de casos análogos. Assim, os precedentes não se confundem com as decisões judiciais em si, mas nelas estão contidos. Mais especificamente, eles são as razões potencialmente generalizáveis identificadas na justificação das decisões judiciais. Assim, para uma melhor visualização, embora se faça referência à força vinculante dos precedentes, é preciso que se compreenda que o que vincula não é o precedente em si, mas a sua *ratio decidendi*¹⁷⁸.

Nas palavras de Daniel Mitidiero, os precedentes são oriundos das Cortes Supremas

cada vez mais forte em quase todos os âmbitos. Nessa perspectiva, adquirem maior importância o aumento das críticas aos tribunais e, mais recentemente, as investigações jurídicas a partir da sociologia atual” (p. 380).

¹⁷⁶ Tal fato se faz perceptível, por exemplo, quando a doutrina firma posição no sentido de que não existe norma constitucional sem eficácia. Fala-se da chamada “eficácia negativa” das normas constitucionais que se complementa com o princípio da “vedação ao retrocesso”, a exemplo dos casos que envolvem normas programáticas de “eficácia limitada”. Tais normas podem não justificar exigências de prestações imediatas por parte do Estado, no entanto possuem eficácia de impedir um quadro de negação ao ponto de tornar o direito um “vazio normativo”.

¹⁷⁷ POUND, Roscoe. *What of Stare Decisis*, *Op. Cit.*, p. 13. Ver também, RE, Edward D. Stare decisis. *Op. Cit.*, 1994, p. 283. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176188/000485611.pdf?sequence=3>. Acessado em: 11.nov.2019.

¹⁷⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed., v. 2. Salvador: JusPodvim, 2014, p. 381.

(no nosso caso, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça) institucionalmente encarregadas de dar a última palavra a respeito de como determinado desacordo interpretativo deve ser resolvido. E, em termos mais precisos, completa:

Precedentes são razões jurídicas necessárias e suficientes que resultam da justificação das decisões prolatadas pelas Cortes Supremas a pretexto de solucionar casos concretos e que servem para vincular o comportamento de todas as instâncias administrativas e judiciais do Estado Constitucional e orientar juridicamente a conduta dos indivíduos e da sociedade civil¹⁷⁹.

O autor destaca ainda que a importância do precedente judicial não depende apenas de sua positivação no ordenamento jurídico, mas decorre da força institucional da jurisdição como função básica do Estado. O respeito ao precedente é, nesse sentido:

(..) consequência de uma determinada concepção a respeito do que é Direito e do valor que deve ser reconhecido à interpretação. A vinculação ao precedente resulta, pois, da consideração do *ordenamento jurídico como um todo* e, especialmente, do valor que deve ser dado à *liberdade, à igualdade e à segurança jurídica*. (...) O precedente, uma vez formado, integra a ordem jurídica como fonte primária do Direito e deve ser levado em consideração no momento de *identificação da norma aplicável* a determinado caso concreto. Vale dizer: integra o âmbito protegido pela *segurança jurídica objetivamente considerada*, como elemento indissociável da *cognoscibilidade*". Em uma perspectiva lógico-argumentativa – e, no fundo, em toda perspectiva teórica que reconheça a diferença entre texto e norma – é imprescindível a vigência da regra do *stare decisis* como condição *sine qua non* do Estado Constitucional. (...) Essa relação peculiar é muito clara: se o Direito não é apenas revelado pela decisão judicial, se o texto legal não é portador de um único sentido intrínseco que é apenas declarado pelo poder judiciário, mas de algum modo afirmado ("*established*") pelas decisões judiciais, então a *fidelidade ao precedente* é o meio pelo qual a ordem jurídica ganha *unidade*, tornando-se um ambiente *seguro, livre e isonômico*, predicados sem os quais nenhuma ordem jurídica pode ser reconhecida como *legítima*¹⁸⁰.

José Rogério Tucci esclarece que o precedente judicial é formado por duas partes distintas: "(i) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia (chamadas de *obiter dicta*); e (ii) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório (a *ratio decidendi*)"¹⁸¹. É por isso que na doutrina do *stare decisis* torna-se imprescindível identificar, a cada decisão, o que seria uma questão de fato e o que seria uma questão de direito para que se possa extrair o princípio jurídico a ser utilizado no caso que se apresenta.

¹⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.104.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 99-100.

¹⁸¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 12.

E isso, conforme veremos adiante, transforma a aplicação de um precedente em um processo intenso de justificação e argumentação que se reflete em maior transparência, igualdade e segurança.

Nesse sentido, a vinculação do precedente encontra um respaldo natural na exigência de igualdade e de segurança jurídica. Atualmente, não há sistema jurídico que possa se privar de considerar minimamente a força dos precedentes judiciais no processo de interpretação e aplicação do direito, sob pena de promover o enfraquecimento da própria razão de ser do Estado de Direito. Qualquer ordenamento jurídico que pretende se desenvolver em um estado mínimo de racionalidade necessita de um certo grau de aderência ao que foi decidido em momento anterior, garantindo coerência e confiança sistêmica¹⁸².

Nas palavras de Luhmann: “A confiança faz emergir gradualmente expectativas de continuidade, que se formam como princípios firmes, através dos quais podemos conduzir nossas vidas cotidianas”¹⁸³.

Em sua teoria, Luhmann dedica-se a analisar a problemática da confiança sob a ótica do tempo e na dificuldade de se construir uma noção de constância relativa de estados presentes em uma sociedade marcada pela indeterminação. O futuro passa a colocar uma carga excessiva na capacidade do homem de representar as coisas por si mesmo¹⁸⁴. Assim, o problema enfrentado pela confiança é que o futuro possui muito mais possibilidades do que aquelas que poderiam atualizar-se no presente e do presente transferir-se ao passado. Observe que do ponto de vista dos acontecimentos sociais, o presente se coloca em movimento junto com o futuro e com o passado, de modo que estão completamente disponíveis em forma de alternativas, ou seja, como variação incontrolada¹⁸⁵. Porém, base elementar de toda confiança se estrutura no momento presente, considerado como a totalidade dos estados com respeito aos quais os eventos podem ocorrer¹⁸⁶. Trata-se da ideia de duração, que nada mais é do que a possibilidade de se construir um “presente continuamente atual”, que deve persistir, apesar

¹⁸² Nesse sentido, Daniel Mitidiero é enfático ao afirmar que a força vinculante do precedente não depende de uma manifestação específica do Direito positivo: “A vinculação do precedente resulta, pois, da consideração do ordenamento jurídico como um todo e, especialmente, do valor que deve ser dado à liberdade, à igualdade e à segurança jurídica. (...) Isso quer dizer que a recusa à aplicação do precedente judicial constitui recusa de vinculação ao Direito. É preciso que isso seja dito claramente. Em uma perspectiva lógico-argumentativa – e, no fundo, em toda perspectiva teórica que reconheça a diferença entre texto e norma – é imprescindível a vigência da regra do *stare decisis* como condição *sine qua non* do Estado Constitucional” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. Op. Cit., p. 99-100).

¹⁸³ LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Op. Cit., 2005a, p. 41.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 21

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 24

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 20

da variação dos eventos¹⁸⁷. Assim:

Onde há confiança há aumento de possibilidades para novas formas de experiência e de ação. Há possibilidade do aumento de complexidade do sistema social; e também há um aumento do número de possibilidades que podem reconciliar-se com sua estrutura, porque a confiança constrói uma forma efetiva de redução da complexidade¹⁸⁸.

Luiz Guilherme Marinoni observa que o estado de incerteza e imprevisibilidade provocado pela desconfiança sistêmica tem nexos de causalidade com a ausência de um sistema de respeito aos precedentes judiciais. O autor discorre sobre a confiança e lembra que a uniformidade na qualificação das situações jurídicas é imprescindível para que o cidadão espere determinado comportamento ou se poste de determinada forma. A garantia da previsibilidade em relação às consequências das ações é inerente a um Estado que pretende ser considerado um Estado de Direito¹⁸⁹. Nesse sentido:

A tutela da confiança certamente depende de normas. Lembre-se que um ordenamento destituído de capacidade de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas e, assim, de gerar um sentimento de segurança nos cidadãos não pode sobreviver, ao menos enquanto ordenamento ‘jurídico’¹⁹⁰.

Na concepção de Luhmann, os Tribunais Constitucionais atuam como instâncias superiores, aptas a promover a consistência das decisões judiciais e, portanto, o fechamento operacional do sistema jurídico¹⁹¹. Assim, uma vez que é criada tal “norma judicial”, selecionada e consolidada a partir de casos individuais e amplificada para um grupo maior de casos semelhantes, essa norma deve ter habilidades para gerar expectativas, ao menos, relativamente estáveis.

Neste contexto, concluímos que os precedentes judiciais, atuam como instrumentos de agregação e “hipercorreção”, e passam a ser referência para um grupo de decisões

¹⁸⁷ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 326.

¹⁸⁸ LUHMANN, Niklas. *Confianza*. *Op. Cit.*, 2005a, p. 14.

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 123. Sobre os efeitos da desconfiança sistêmica, a partir da Teoria dos Sistemas, ver também: ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. (Des)confiança sistêmica e o direito como generalizador congruente de expectativas normativas. *RIL Brasília* a.54, n. 213, jan/mar 2017.

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. Cit.*, 2010, p. 137-138.

¹⁹¹ Para Luhmann, com base na cibernética de segundo grau de Heinz von Forster, isso ocorre a partir da observação de segunda ordem, ou seja, a observação de como o sistema foi observado. É através dessa observação da observação que o sistema promove a reentrada (*re-entry*) de informações, colocando à prova a consistência da sua interpretação inicial (LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. *Op. Cit.*, 2005b, p. 389).

posteriores. Eles atuam como produto da jurisdição constitucional e se posicionam como fonte primordial de comunicação, permitindo a estruturação semântica de expectativas. Nesse sentido, reduzem a complexidade interna do sistema, na medida em que evitam a disparidade na aplicação das normas e promovem a estabilização das expectativas normativas, atuando, portanto, em sua dimensão temporal de abstração.

Dessa forma:

(...)As decisões, por serem frutos das próprias questões e controvérsias dirimidas pelos Tribunais, transformam-se em referência para a interpretação do próprio código em decisões subsequentes, permitindo, de tal sorte, certa margem de previsibilidade, que contribui para a redução da complexidade do sistema e reafirma a função do Direito como elemento estabilizador de expectativa de comportamento. Assim, Isso explica por que o Judiciário ocupa o centro do Sistema do Direito, como afirma Luhmann, e permite que se vislumbre que o Tribunal Constitucional, em todo caso, apresenta-se como o núcleo desse sistema¹⁹².

Destaque-se, ainda, que para construir, aplicar, não aplicar ou modificar um precedente, o juiz deve buscar extrair de um “acúmulo histórico-normativo-decisional”¹⁹³ a regra jurídica necessária para a solução do caso que se apresenta. As razões que justificam a formação de um precedente devem ser bastante fortes e frutos de um amplo processo de análise material e argumentativa.

Inclusive, este é, sem dúvida, um dos efeitos mais importantes da adoção de um sistema de respeito aos precedentes judiciais: a necessidade (intrínseca) de motivação e fundamentação exaustiva das decisões judiciais. Uma vez que os sistema de precedentes é, por natureza, autorreferencial, isto é, as decisões judiciais referem-se a elas mesmas e a outras decisões do sistema para iniciar o processo comunicativo, provocando circularidade argumentativa, o magistrado não pode construir, aplicar ou deixar de aplicar determinado precedente sem expor as razões que o levaram a fazê-lo. Tais atos devem sempre ser seguidos por um processo de justificação. Dessa forma, a autorreferencialidade, provocada pela vinculação do precedente, funciona também como uma autolimitação da discricionariedade, evitando arbitrariedades na tomada de decisão, o que reflete no aumento de segurança e confiança sistêmica.

Porém, é importante destacar que o juiz não pode se tornar um “escravo do passado e

¹⁹² PEDRON, Flávio Quinaud. A função dos tribunais constitucionais para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Direito Público*, v. 3, n. 11, 2006, p. 18.

¹⁹³ STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Livraria do Advogado, 2Ed. 2014, p. 38.

um déspota para o futuro, vinculado pelas decisões dos mortos que o precederam e vinculador das gerações que estão por vir”¹⁹⁴. É a partir dessa perspectiva, que deve sempre ser ressaltada a importância dos mecanismos processuais que garantam a mobilidade e dinamicidade das interpretações para evitar que, em nome da certeza e segurança jurídica, o direito se torne estéril, estagnando-se¹⁹⁵. No direito moderno, os mecanismos que garantem oxigenação da doutrina vinculante do precedente (*stare decisis*) são resultado do aperfeiçoamento do sistema com vistas a adequá-lo ao desenvolvimento sociocultural de determinado contexto.

Observe-se que a preocupação com a possibilidade de esterilização do direito e com as injustiças advindas da insensibilidade em relação às realidades sociais sempre estiveram presentes na doutrina e nos ordenamentos jurídicos que adotam o sistema de vinculação de precedentes judiciais. Merece destaque as palavras de Benjamin Cardozo, em sua obra “The natural of the judicial process”:

Estou disposto a admitir que a regra de vinculação ao precedente, embora não deva ser abolida, deve ser até certo ponto relaxada. Penso que, quando uma norma, depois de ter sido devidamente testada pela experiência, se revela incompatível com o senso de justiça ou com bem-estar social, deveria haver menor hesitação em admiti-lo e se revogá-la totalmente. Tivemos que fazer isso no campo do direito constitucional. Talvez devamos fazê-lo com maior frequência no campo do direito privado, onde as considerações de ordem social não são tão fortes e prementes. Deveria haver maior disposição a abandonar uma posição insustentável quando não seja possível supor, de modo plausível, que a regra a ser descartada

¹⁹⁴ GOOGHART. Arthur L. Precedent in English and Continental Law - An Inaugural Lecture Before the University of Oxford. Londres, Steves and Sons, 1934, p. 48. Ver também: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 90.

¹⁹⁵ Essa crítica também é oriunda do fato de que adotar um sistema de precedentes seria o mesmo que voltar a outorgar o retorno do dogma da “onipotência do legislador” (no caso atual, poderíamos chamar de “onipotência do precedente”), característica típica dos Estados liberais, onde a segurança jurídica era um valor absoluto e imutável. Tal fato engessaria o sistema jurídico e promoveria decisões não compatíveis com as novas realidades sociais. Marinoni destaca que a ideia de que a força obrigatória (*stare decisis*) com a qual é dotada o precedente promove a imobilidade do sistema jurídico, certamente se dá por causa da ideia que se tem de que o precedente, uma vez estabelecido, não pode mais ser alterado, ilustrada através da máxima latina: “*stare decisis et non quieta movere*” (ou seja, “mantenha-se a decisão e não perturbe o que foi decidido”). Observe, porém, que apenas nas épocas mais primárias do *common law* o precedente chegava a ter força absoluta e insistia-se na sua imutabilidade. A partir de 1966, na Inglaterra, a House of Lords, através do *Practice Statement*, afirmou que poderia passar a contrariar seus precedentes quando se verificasse que sua aderência excessiva pudesse levar à injustiça em um caso concreto e também restringir de forma excessiva o desenvolvimento do direito. De fato, como os ingleses não possuíam legislação codificada propriamente dita, existia a necessidade de “cimentar” os entendimentos para gerar certeza e segurança jurídica. E, como visto, esse “cimento” era refletido na doutrina da força vinculante do precedente. Contudo, atualmente é bastante comum nos países que adotam a doutrina do *common law* (sobretudo na Suprema Corte Americana), a superação e a distinção de precedentes judiciais com vistas a maior adequação do direito em relação ao seu tempo e espaço. Nesse sentido, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Op. Cit., 2010, p. 190.

determinará a conduta dos litigantes, particularmente quando ela fosse, em sua origem, produto de instituições ou condições que ganharam novo significado ou desenvolvimento com o passar dos anos. Em tais circunstâncias, as palavras do juiz Wheeler, em *Dwy vs Connecticut Co.*, 74,99, exprimem o tom e a disposição de espírito com que se devem enfrentar os problemas: ‘tal corte serve melhor ao Direito que reconhece que as regras de Direito que se desenvolveram em uma geração remota, na completude da experiência, podem ser vistas como prejudiciais a uma outra geração; que descarta a antiga norma quando verifica que outra regra de direito melhor representa aquilo que deve ser, de acordo com o que está estabelecido e assente pelo julgamento da sociedade; e que não conhece como direito adquirido relevante embasado na norma antiga. Foi assim que os grandes autores que escreveram sobre o *common law* descobriram a fonte e o método do seu desenvolvimento, e em seu desenvolvimento encontraram a saúde e a vitalidade do Direito. Ele não é nem deve ser estacionário. A mudança desse atributo não deve ficar a cargo do legislativo’. Se os juízes mal interpretam os usos e costumes de sua época, ou se estes já não correspondem aos nossos, eles não devem atar as mãos de seus sucessores, forçando-os a uma imponente submissão ¹⁹⁶.

Lembre-se, ainda, que um entendimento que relacione o sistema de precedentes a uma segurança jurídica moldada em valores absolutos seria adotar uma lógica que impediria a própria evolução do sistema jurídico, pois o próprio conceito de contingência, representado pela possibilidade de a seleção ocorrer de forma diversa da pretendida pelo sistema, nos leva a um caminho de abertura e circularidade. E essa circularidade, como vimos acima, é a força motora que provoca/irrita o sistema a dar respostas às demandas advindas do ambiente e, conseqüentemente, a evoluir enquanto sistema jurídico voltado para estabilizar expectativas sociais. Implementar um sistema de precedentes sob uma visão quantitativa e não qualitativa seria o mesmo que dar a ele um efeito mais administrativo do que jurídico, ocasionando uma verdadeira sobreposição de códigos e a possibilidade de “desdiferenciação” da comunicação do sistema.

A visão que se deve ter do precedente judicial é, predominantemente, jurídica e não apenas administrativa. Não é possível desconsiderar o fato de que a relativa segurança e certeza, gerada pelo respeito ao precedente, trazem benefícios para a celeridade da justiça e para a qualidade da prestação jurisdicional, como por exemplo, a concretização de uma duração razoável do processo, um dos princípios mais caros ao processo judicial brasileiro.

Contudo, não se pode adotar uma postura de “racionalidade mercadológica”, em que fatos sociais trazidos no bojo dos processos são “adversários” do poder judiciário. Não se

¹⁹⁶ CARDOZO, Benjamin N. *The nature of judicial process*. New Haven: Yale University Press, 1921, p. 150-152.

pode ignorar nem interromper as possibilidades de estímulos e “irritações” no interior do sistema, provocadas pelo contraste dos fatos, argumentos, fundamentos e razões utilizadas no procedimento de construção do precedente.

É preciso que isto fique bastante claro: a evolução do sistema decorre da geração de possibilidades que, por sua vez, possibilita novas possibilidades. Portanto, se a redução de complexidade deve permitir o reencontro com a própria complexidade, o sistema deve produzir estruturas capazes de processar novos elementos, fortalecendo e incrementando as próprias operações e não limitando-as, negando o status jurídico do seu código operacional e, conseqüentemente, da própria prestação jurisdicional¹⁹⁷.

Dessa forma, o sistema de precedentes judiciais não pode ser visto como um sistema de aplicação automática de enunciados normativos petrificados, mas um sistema que busca soluções jurídicas para problemas sociais e que possibilitam o desenvolvimento do direito, através da análise das diversas comunicações existentes nas relações processuais. Com efeito, aquele que faz uso da aplicação automática de um precedente está produzindo uma espécie de “ideologia-do-conceito-com-pretensões-de-aprisionar-os-fatos-de-antemão”¹⁹⁸. Trata-se de uma técnica anti-hermenêutica que ignora a história das decisões, igualando texto e norma, lei e direito, tal como ocorria no positivismo exegeticó.

Falar em precedentes judiciais significa compreender o aspecto circular que envolve o seu processo de aplicação. A vinculação do precedente não significa um processo de subsunção, mas um intenso processo discursivo que envolve investigação profunda de fatos e argumentos, inclusive extrajurídicos (ou extraprocessual), tendo também a doutrina como importante fonte de produção.

É preciso compreender, antes de qualquer incursão teórica acerca dos precedentes judiciais, que o precedente deve ser tratado como um ponto de partida. Deve ser visto como um processo dialético onde o juiz, através de análise de casos e comunicações jurídicas, irá retirar um princípio e a partir daí elaborar sua decisão para tratar do presente e, incidentalmente, do futuro. Trata-se de um processo material e argumentativo, e não meramente formal. Observe o aspecto etimológico da palavra princípio que vem do latim

¹⁹⁷ Observe-se, como poderá ser visto mais adiante, não se trata, aqui, de defender uma espécie de superadequação social do direito, no sentido submeter-se diretamente aos sabores das variáveis do ambiente. A assimetria entre sistema e ambiente deve ser assegurada, no entanto ela não pode assumir um caráter imóvel, a partir de uma busca cega por segurança jurídica; ela deve se sustentar sob o ponto de vista de uma estabilidade dinâmica, com base na distinção e reconhecimento recíproco entre identidade e alteridade.

¹⁹⁸ STRECK, Lênio Luiz. ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014, p. 34.

principium, cujo significado vem de início, começo. O precedente, na verdade, é o ponto inicial a partir do qual o trabalho do juiz começa¹⁹⁹. Não se trata de antecipar o futuro como controle absoluto das situações concretas, pois estas apenas serão estabelecidas através do processo interpretativo. Aqui, o futuro está relacionado à confiança que, como vimos é vista como instrumento redutor de complexidade, garantia de continuidade, coerência e racionalidade das relações jurídicas.

Ao adotarmos o precedente como um ponto de partida, estamos concebendo-o como resultado de uma observação/distinção que nos faz atentar ao mesmo tempo para outras observações/distinções, delimitando um arquétipo de argumentação que seguirá formando uma “rede de condução” em direção a contingência, permitindo autoestabilização e autoinstabilização sistêmica constante. Esse é um dos seus paradoxos.

Portanto, o precedente não deve ser tratado como entidade pronta e acabada, limitadora de interpretações e da influência do entorno social. Aliás, conforme lembra Lênio Streck: “não há claridade que dispense interpretação”²⁰⁰. O precedente é texto e como tal apenas atinge a posição de norma quando confrontado com o caso concreto, desempenhando uma dialética com o passado para, assim, desvendar o futuro que, ressalte-se, será sempre provisório, contingente. Em uma frase: o precedente deve ser apenas uma (valiosa) etapa da comunicação jurídica e não o fim dela.

Além disso, como dito acima, sendo a Constituição o instrumento normativo mais importante do ordenamento jurídico, ela introduz, através da jurisdição constitucional, a possibilidade de verificação se todo ato lícito ou ilícito estar em conformidade ou não com ela. Ou seja, uma das funções da jurisdição constitucional e, conseqüentemente, de seus precedentes é “facilitar o diálogo nacional-constitucional sobre o significado e alcance da própria Constituição Federal” e, assim, assegurar a implementação e concretização dos seus valores²⁰¹.

Nesse sentido, tendo em vista que os Tribunais Constitucionais atuam como organizações centrais, aptas a promover a consistência das decisões judiciais e, dessa forma, sua conformidade com os preceitos constitucionais, a automatização no processo de

¹⁹⁹ Observe, nesse sentido, as considerações de RE, Edward D. Stare decisis. *Op. Cit.*, 1994, p. 283. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176188/000485611.pdf?sequence=3>. Acessado em: 11.nov.2019.

²⁰⁰ STRECK, Lênio Luiz. ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* *Op. Cit.*, 2014, p. 62.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 76.

aplicação do precedente pode produzir uma espécie de precedente com características simbólicas hipertrofiadas, instrumentos dotados de rigidez normativa socialmente inadequada e grau de concreção normativo-constitucional “zero”, cujos efeitos seriam extremamente negativos, uma vez que bloquearia as possibilidades de comunicação jurídica para o futuro (ocasionando um solipsismo cognitivo) e, conseqüentemente, sua renovação, sem oferecer respostas concretas e adequadas às necessidades do ambiente social.

Esse precedente simbólico promoveria a negação da vivência/concretização dos valores do próprio texto constitucional e a esterilização do sistema jurídico, além da negativa da prestação jurisdicional nas estruturas do Estado Democrático de Direito; ou seja, do acesso à justiça em seu sentido mais amplo²⁰².

Ademais, guardadas as devidas proporções, como reflexo de um processo de constitucionalização simbólica, nos moldes do que expõe, ainda que de maneira mais abrangente, o professor Marcelo Neves²⁰³, não podemos desconsiderar a possibilidade de que a formação desses precedentes (simbólicos) também se configurem como resultado da ausência de consistência por parte do sistema jurídico, que passaria a ser “colonizado” pela comunicação ambiental, resultado de uma corrupção sistêmica estrutural, sobretudo a partir dos sistemas político e econômico. Nessa hipótese, tais precedentes se apresentariam como

²⁰² Neste ponto, é necessário destacar que nosso argumento sobre os riscos da formação de precedentes com características simbólicas hipertrofiadas tem como base a abordagem feita por Marcelo Neves em sua obra “A constitucionalização simbólica”, porém de forma bem menos abrangente. Tal esclarecimento se faz importante uma vez que o referido autor utiliza o termo simbólico e, posteriormente, legislação simbólica, como fundamento de partida para discorrer sobre problemas estruturais e duradouros que envolvem a relação entre o direito e o sistema social como um todo, e não diretamente ligado aos problemas da decisão judicial nos tribunais, como é o caso do presente tópico. Para uma visão mais abrangente, ver: NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. Op. Cit., 2013.

²⁰³ Na obra citada, Neves destaca a importância da autonomia e diferenciação do sistema jurídico e as consequências negativas causadas pelo seu enfraquecimento no plano da concretização dos preceitos constitucionais. Com referência em Luhmann, o autor ressalta que os sistemas jurídicos que não atingiram um grau de autonomia/consistência adequada (como é o caso dos países que compõem o que chama de “modernidade periférica”), estão suscetíveis a um déficit de consistência jurídica que faz com que os mesmos percam sua capacidade de generalização congruente de expectativas normativas. Esse déficit é exposto por Neves como uma sobreposição radical da comunicação específica do sistema jurídico pela comunicação de outros sistemas, conceituando o fenômeno como uma *alopoiese*. Nesse caso, o termo *állos*, que vem do grego, significa “um outro”, “diferente”. Já o termo *poíesis* significa “produção”. Ou seja, o sistema jurídico passa a se (re)produzir e ser determinado através de códigos, critérios e programas do ambiente (ou de outros sistemas). Levando o problema da autonomia deficitária do sistema jurídico para o plano constitucional, Neves desenvolve a ideia de constitucionalização simbólica, considerando que o bloqueio político ou econômico impediria a reprodução operacionalmente autônoma do sistema jurídico, ocasionando, conseqüentemente, a perda da concretização no plano factual dos preceitos fundamentais contidos no texto constitucional. Ou seja, a ausência de consistência (diferenciação) por parte do sistema jurídico enfraqueceria os comandos do texto constitucional em detrimento de interesses políticos ou econômicos, provocando a incapacidade de se promover generalização congruente de expectativas normativas. Em última análise, a própria autonomia do sistema político seria comprometida, tornando-o suscetível a interesses particularistas (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. Op. Cit., 2013).

meros artefatos retóricos, cobertos por um certo verniz de legalidade, mas que serviriam para encobrir interesses particularistas, dos grupos de pressão, perpetuação dos detentores do poder e, conseqüentemente, para a erosão da força normativa da constituição.

No entanto, no presente caso, embora seja possível vislumbrar os mesmos efeitos da constitucionalização simbólica como resultado, qual seja: déficit de concretização jurídico-normativa do texto constitucional; arvoramo-nos em trabalhar com a hipótese de que essa ausência de concretização também pode advir de um “excesso de consistência jurídica” e “ausência de adequação social” por parte do direito. Em outras palavras, queremos enfatizar o risco do excesso de autorreferência/fechamento operacional e déficit de heterorreferência/abertura cognitiva, no contexto da sistemática de construção e aplicação de precedentes nos procedimentos ocorridos no âmbito da jurisdição constitucional. Nesse caso, um precedente automatizado “tenderia a rigidez do cristal”²⁰⁴ e seria incompatível com a necessidade de certa dose de flexibilidade diante de um contexto social hipercomplexo, sobretudo em face das controvérsias constitucionais problemáticas que exigem do Tribunal uma abertura cognitiva multidisciplinar.

Assim, um sistema que visa promover a estabilidade e a coerência do ordenamento jurídico, estruturando semanticamente as demandas advindas do entorno social, não pode ser utilizado para promover a perpetuação de regras em completa falta de adequação com a realidade existente na sociedade no tempo e espaço em que atuam. As expectativas cognitivas, embora careçam de imediata força de mudança, devem está sempre provocando/irritando o sistema a rever as suas expectativas normativas (como dito, contrafática).

Guerra Filho faz importante observação sobre preservação da integridade e autonomia do sistema jurídico com vistas a sua posterior abertura e adaptabilidade:

O direito não seria absolutamente imutável, já que para realizar sua função social adequadamente tem que, ao mesmo tempo, preservar a integridade do sistema social, evitando mudanças excessivas, e viabilizar as transformações necessárias para evitar sua estagnação – e, conseqüentemente, seu fim. É por isso que cumprir sua função normativa dispõe de uma estrutura cognitiva, a qual o permite dar conta, por exemplo, do constante descumprimento de suas normas, ao que poderá reagir não só insistindo em sua aplicação, mas também revogando-a e/ou editando outra, ou mesmo todo um conjunto de outras²⁰⁵.

²⁰⁴ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Op. Cit.*, 2013b, p. 233.

²⁰⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: Introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 65.

E é a partir desse contexto que o precedente, apesar de trazer benefícios à prestação jurisdicional, nos ressalta ainda mais a preocupação com a implementação de instrumentos que garantam sua oxigenação e adaptabilidade, bem como permitam uma maior legitimação da sua normatividade vinculativa através da ampliação da participação do entorno social no seu processo de formação e aplicação, sobretudo em casos de ampla repercussão social envolvendo direitos fundamentais sensíveis a grupos vulneráveis que tradicionalmente ocupam a periferia da tutela jurídica. Trata-se de um processo de abertura da jurisdição que contempla estratégias que indiquem para o aprimoramento da prestação jurisdicional, no sentido de construir respostas para a crise de identidade funcional do poder judiciário e que estejam comprometidas com uma realização mais democrática do direito.

Ademais, é possível argumentar que a construção de precedentes judiciais através de um procedimento “socialmente adequado” está diretamente ligada à concretização do conceito de justiça desenvolvido na teoria luhmanniana: a “justiça como fórmula de contingência”²⁰⁶. Vejamos a seguir.

3.3 A MATRIZ LUHMANIANA DA JUSTIÇA E O PRECEDENTE COMO “FÓRMULA DE CONTINGÊNCIA”

Como visto, no contexto da teoria sistêmica, os sistemas devem ser autônomos, porém, essa autonomia não deve causar um isolamento em relação ao ambiente. Eles devem ser operacionalmente fechados, porém cognitivamente abertos. O sistema jurídico deve, assim, combinar consistência jurídica e adequação social²⁰⁷.

A relação entre o sistema jurídico, os precedentes judiciais e o entorno social, também pode ser analisada tendo como ponto de partida o conceito paradoxal de justiça como “fórmula de contingência”. Ao referir-se à justiça como fórmula de contingência do sistema jurídico, Luhmann ressalta que sua finalidade seria exatamente promover a consistência das decisões jurídicas diante de uma realidade social extremamente contingente. Nesse sentido, ele rejeita uma conotação valorativa/axiomática do termo “justiça” (inclusive por sua policontextualidade semântica), afastando-se de qualquer ideia de busca por perfeição,

²⁰⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad. Op. Cit., 2005b*, p. 275-301.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 132.

correção, moral, virtude, verdade, valor supremo ou fundamento último, e promove a ideia de justiça ligada ao autocontrole e à consistência das operações internas do sistema com vistas a permitir a efetividade da sua função de estabilização de expectativas normativas sociais congruentemente generalizáveis. A partir daí, vislumbra-se a racionalização de uma igualdade como resultado; ou seja, justiça significa consistência, que permite o funcionamento adequado/”equilibrado” do sistema, que permite a efetivação da igualdade no sentido de capacidade de operacionalização de casos jurídicos em um ambiente em constante variação: casos iguais devem ser tratados de maneira igual e casos desiguais de maneira desigual; aqui o precedente assume uma função de suma importância, reduzindo complexidade interna e possibilitando essa operacionalização.

Porém, ressalte-se que essa consistência não deve ser vista como um elemento invariável, limitador de atualização e de adaptação. A consistência não pode causar um solipsismo cognitivo. A consistência nesse aspecto está ligada à ideia de redundância argumentativa, no sentido de uma confiança na continuidade temporal das ações jurídicas.

Trata-se, em um primeiro momento, da tentativa de se construir uma *complexidade adequada* na estrutura interna do sistema, de modo que se crie uma atmosfera de identidade (*memory function*) que possibilite ao sistema auto-organização e capacidade de reconhecimento de elementos inovadores. A partir do momento em que o sistema adquire consistência interna através da recursividade das suas operações, a resposta para a pergunta pela decisão justa passa a se fundamentar e se desdobrar sob a forma da distinção igual/desigual. A cada operação comunicativa, ou seja, a cada decisão, essa forma é (re)aplicada de modo que passa a ser possível o reconhecimento de outros elementos e, a partir daí, operacionalizá-los com maior propriedade no reconhecimento de suas igualdades e desigualdades, levando em conta, inclusive, as consequências desse reconhecimento, como, por exemplo, a possibilidade de manutenção ou modificação das suas próprias estruturas normativas a partir do tratamento de casos novos (identificação de novas desigualdades).

Em outras palavras, paradoxalmente, a busca por consistência, que em nossa leitura pode ser identificada na adoção dos precedentes judiciais, tem a finalidade de ampliar as possibilidades de contato com o ambiente social extremamente caótico e contingente, ou, para usarmos as expressões do próprio Luhmann, ela se apresenta ao mesmo tempo como “altos muros de indiferença”, necessários para a coerência e estabilização (fechamento), e

como “atratores”, imprescindíveis para a assimilação e adaptação (abertura)²⁰⁸.

Nas palavras de Luhmann,

É possível que precisamente em razão do repertório de casos existentes reconheça-se a novidade de um deles sobre o que agora se deve decidir. Como é típico nos contextos evolutivos, o resultado consolidado é a conclusão de uma fase evolutiva, como também a condição para reconhecer e especificar a variação seguinte²⁰⁹.

Portanto, justiça na concepção luhmanniana significa circularidade entre consistência e contingência: é por se estar inserido em um contexto social contingente que se exige um direito consistente. Apenas a partir dessa consistência é que podemos pensar na justiça como aplicação uniforme de normas jurídicas, ou seja, como igualdade. Trata-se da tentativa de estabelecer a segurança de um estado presente como distinção para que se torne possível o reconhecimento de posterior variação. Assim, em última análise, justiça na concepção luhmanniana também pode ser considerada como uma fórmula de abertura para a contingência do ambiente.

E é precisamente aqui que deve ser destacado que a consistência e a contingência não podem ser desconsideradas como elementos de referência imprescindíveis na configuração da dinâmica entre normatividade, justiça e igualdade no contexto da teoria sistêmica: a relação entre consistência e contingência significa, em outros termos, que as *coisas são/estão assim, mas pode(ria)m muito bem se dar de outra(s) forma(s)*. Em outras palavras, a justiça como fórmula de contingência pode ser definida como a “manutenção contínua das presentes possibilidades de mudanças”²¹⁰.

A normatização da igualdade sob a forma da justiça pensada na confiança a partir da vinculação ao precedente judicial pode (e deve) ser vista sob essa perspectiva.

Assim, a exigência de normatização, constrange o sistema jurídico na busca por um equilíbrio entre a complexidade interna (“adequada complexidade”) e a complexidade externa no momento da tomada de decisão, isso produz confiança; e a dogmatização/tematização/estruturação de termos jurídicos através dos precedentes judiciais, funciona como mecanismo importante nesse processo.

²⁰⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Op. Cit., 2005b, p. 287 e 418.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 333.

²¹⁰ Sobre justiça como fórmula de contingência, ver: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Op. Cit., 2005b, p. 275-301; GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. Op. Cit., p. 120-126. Sobre a consistência do direito como referência de sentido para a possibilidade de mudanças, ver: DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. Op. Cit., p. 182.

Ao tratar sobre o desafio de se manter uma complexidade interna adequada no sistema jurídico, Garcia Amado destaca que a referência descontrolada a valorações externas, provocadas pela pressão ambiental não traria contribuição positiva para o direito, tendo em vista que a única racionalidade possível é a que configure um estado interno de consistência que permita que o sistema cumpra sua função redutora de complexidade e estabilização das expectativas normativas. Nesse sentido, “a complexidade do sistema será adequada e se poderá dizer para Luhmann, que é justo, quando seu grau de complexidade seja o máximo compatível com as consistências das decisões dentro do sistema”²¹¹.

O direito poderá aumentar sua complexidade, mas somente até o ponto em que não impeça que as decisões que nele recaem sejam consistentes, i.e., que se tratem os casos iguais de forma igual. Por exemplo, um direito puramente casuístico, que atendesse a todas as variáveis concorrentes em cada problema que se julga, não cumpriria com esse requisito. E sem ele não seria o direito garantia de expectativas confiáveis e estáveis”²¹².

Por não poder dar conta, ponto a ponto, de toda complexidade existente no ambiente, o sistema jurídico promove redução de complexidade e constrói sua própria complexidade. Porém, é importante lembrar, mais uma vez, que o sistema apenas se mostra capaz de responder à exigência de justiça, ou seja, de igualdade, enquanto sua complexidade interna se apresenta de forma compatível com a consistência no momento da tomada de decisão²¹³.

É que, conforme vimos, existe um natural desnível de complexidade entre o sistema jurídico e o seu ambiente. A todo momento diversas semânticas sociais se apresentam como horizontes de possibilidades, pressionando o sistema jurídico em busca de uma resposta para determinado problema e impondo a ele o estabelecimento de estruturas que abarque um nível cada vez maior de complexidade (ou seja, de variação). O sistema não pode absorver toda a complexidade do ambiente, mas também, não pode ignorar as provocações advindas do seu entorno social.

Assim, tendo em vista que a teoria sistêmica rejeita a ideia de justiça estática, como valor último ou perfeição, ela passa a ser compreendida como a capacidade do sistema jurídico em relacionar-se com seu ambiente de forma “equilibrada” e, a partir daí, produzir uma complexidade interna que consiga manter a função social de estabilizar expectativas e generalizá-las de forma congruente em uma sociedade marcada por constante transformação,

²¹¹ AMADO, Juan Antônio Garcia. A sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. *Op. Cit.*, 2004, p. 338. ver também, LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad. Op. Cit.*, 2005b, p. 287.

²¹² *Ibidem*, p. 338.

²¹³ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad. Op. Cit.*, 2005b, p. 287.

o que Gunther Teubner, com base em Luhmann, chama de "complexidade adequada do decidir consistente"²¹⁴.

Nesse sentido, a justiça estimula a comunicação entre sistema e ambiente, adotando uma perspectiva interna, ligada à tomada de decisão juridicamente consistente (autorreferência), mas também adota uma perspectiva externa, voltada para a viabilização de uma decisão adequadamente complexa às demandas do ambiente social (heterorreferência)²¹⁵, o que nos leva, finalmente, à ideia de responsividade.

No contexto da Teoria Sistêmica, responsividade significa “irritabilidade”, “perturbabilidade”, “alta sensibilidade” e capacidade de ressonância; ou seja, de reconhecer, processar e responder sensivelmente às mais divergentes demandas do ambiente²¹⁶. Mas isso só é possível, repita-se, sob um nível de complexidade interna que permita ao sistema o reconhecimento de suas próprias estruturas e, apenas a partir daí, reconciliar-se com as estruturas do ambiente.

Dessa forma, importa dizer que o conceito de justiça apresentado não opera exclusivamente no plano formal. Não se trata única e exclusivamente de autonomia e consistência. De fato, em um primeiro momento, a teoria sistêmica nos apresenta uma concepção de justiça dotada de extrema formalidade, no entanto, é possível pensar que, na medida em que o sistema jurídico, por meio dos precedentes judiciais, desenvolve estruturas que garantam a consistência das decisões jurídicas, constrói estruturas competentes para adquirir responsividade diante das demandas do ambiente, gerando referências para futuras observações e interpretações e, com isso, garante maiores possibilidades de adaptação, promovendo, assim, a igualdade em seu sentido mais amplo, inclusive com o reconhecimento de certas desigualdades diante da recursividade de casos iguais; ou seja, possibilidade de variação ²¹⁷.

²¹⁴TEUBNER, Gunther. Justiça autosubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do Direito?. *Revista Eletrônica do Curso de Direito—PUC Minas Serro*, n. 4, p. 17-54, 2011. p. 28; LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. *Op. Cit.*, 2005b, p. 287; LUHMANN, Niklas. *Sistema juridico y dogmatica juridica*, trad. Otto Pardo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983a. p. 42.

²¹⁵ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013b, p. 225-226; LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. *Op. Cit.*, 2005b, p. 275-301; TEUBNER, Gunther. Justiça autossuversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do Direito? *Op. Cit.*, p. 28.

²¹⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. *Op. Cit.*, 2005b, p. 287.

²¹⁷ Ao nosso ver, a partir dessa formalidade submetida ao crivo necessário da consistência, é possível vislumbrar a possibilidade de uma materialidade que permanece “em aberto”, indeterminada, em movimento, contingente. Essa materialidade pode observada como o outro lado da forma da redundância, que é a variação. Nesse sentido: “o que se adicionalmente ganha com a distinção entre variedade e redundância é o entendimento de que a questão tem também o outro lado. Esse outro lado não surge cada vez menos das boas razões ou das decisões

Assim, a recursividade das operações internas, considerando sua capacidade de redundância argumentativa, reduz complexidade, produz consistência e impõe ao código operacional do sistema jurídico a ideia de que todo direito ou não direito, ou melhor, todo lícito ou ilícito, deve comportar a seguinte premissa: em um caso concreto, onde se aplicam as mesmas razões, devem se aplicar também as mesmas decisões.

Em outras palavras: se os casos são iguais, devem-se aplicar as mesmas regras (premissa sempre remetida a partir da máxima jurídica no contexto dos precedentes judiciais: “*Treat like cases alike*”) ²¹⁸. Permitir que casos iguais sejam tratados de forma desigual seria o mesmo que permitir que uma lei fosse tratada de forma diferente entre casos iguais, o que seria uma violação ao Estado Democrático de Direito.

A justiça, sob o paradoxo da fórmula de contingência, conforme leciona Marcelo Neves, “é sempre algo que falta, implicando a busca permanente do equilíbrio entre consistência jurídica e adequação social das decisões jurídicas”. O autor destaca, ainda, que esse paradoxo “nunca será superado plenamente, pois é condição da própria existência do Direito diferenciado funcionalmente (...)” ²¹⁹.

Podemos ainda destacar as lições de Ulisses Viana que, ao se aprofundar no contexto da justiça luhmanniana e sob o pano de fundo de um direito regido pelo paradoxo do fechamento operativo combinado com uma abertura cognitiva, propõe a ideia de uma justiça “funcional” ou justiça “mutante”. O autor traz à tona a relação paradoxal entre os elementos de estabilidade e variação para nos apresentar a justiça como um conceito em movimento, na perspectiva dos horizontes da contingência social:

A justiça contingente do direito permite, como fórmula de contingência, que o sistema se (auto)observe como *justo*, regido pelo símbolo da justiça, mas que se opera sob a regência de um código binário rígido, o que, porém, de modo paradoxal, não exclui a alterabilidade (adaptabilidade) de seus programas decisórios diante das mudanças dos horizontes das pretensões multiformes e hipercomplexas de ‘justiça’ que se disseminam em seu ambiente social e às quais o sistema jurídico não dispõe de elementos funcionais, estruturais e mesmo recursos materiais para resolver os conflitos a ele submetidos ²²⁰.

desprovidas de fundamento (‘decisionistas’) que o intérprete do texto viesse a conceber, mas sim das exigências de uma variedade (e sob as condições da modernidade: elevadas) do sistema. Os casos jurídicos que aspiram à decisão aparecem de maneira concreta e, por isso mesmo, diversa. Cada caso provoca o sistema para que este leve em conta a diversidade” (LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Op. Cit., 2005b, p. 438).

²¹⁸ Ver, nesse sentido: *Ibidem*, p. 285.

²¹⁹ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: Op. Cit., 2013b, p. 225-226.

²²⁰ VIANA, Ulisses Schwarz. *Direito e justiça em Niklas Luhmann*: Op. Cit., 2015, p. 228.

Por fim, como vimos, importa ressaltar que permanência e mudança, identidade e diferença, estabilidade e variação, podem ser elementos aparentemente contraditórios, mas estão presentes como objetivos que devem ser articulados, conciliados e harmonizados, sobretudo na sistemática de aplicação dos precedentes judiciais e sua relação com mecanismos de abertura da jurisdição constitucional. Nesse sentido, a estabilidade exige uma vinculação com o passado necessária para garantir a estabilização temporal das expectativas normativas e que os jurisdicionados possam conduzir suas atividades com um mínimo de previsibilidade e confiança. A mudança exige uma variação a partir daquilo que está fixo, estável. Sem variação não pode haver evolução do direito e, com mais razão, sem estabilidade esse direito jamais estaria apto a mudar²²¹.

²²¹ Sobre relação entre redundância e variação como instrumentos complementares no caminho para autopoiese do sistema jurídico: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad. Op. Cit.*, 2005b, p. 422-424, 438-440.

4 CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO COMO ATENUAÇÃO DO DÉFICIT DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E ABSORÇÃO DO RISCO DO PROCESSO DECISÓRIO

É importante destacar que a teoria sistêmica, conforme expõe Marcelo Neves, nos ensina que o isolamento cognitivo do sistema pode ser desastroso para ele próprio e para seu entorno; dessa forma, ele deve buscar sua fundamentação no ambiente e transformá-la em aprendizado para o sistema²²².

Artur Stamford, por sua vez, também enfatiza que a abertura cognitiva é indispensável para a própria autopeise do direito:

Um sistema não adaptado ao seu entorno dedica tanta energia para funcionar que tende a desaparecer. A abertura ao seu ambiente viabiliza o direito de construir sua complexidade interna em contínuo intercâmbio com seu entorno; com isso, o direito se conserva em nível de complexidade alcançado evolutivamente²²³.

Destaque-se que esse nível de complexidade alcançado deve ser traduzido nos termos de produção e preservação de complexidade interna adequada, mantendo-se a assimetria entre sistema e ambiente social. Nesse sentido, quando falamos em adequação social do direito, não estamos falando em um “vale tudo” comunicativo, interferências diretas no sistema e muito menos nivelação de complexidade. As possibilidades do ambiente social são ilimitadas e devem ser condicionadas pela capacidade de absorção do sistema jurídico, que funciona em tempo e tipos de operações diferentes das de outros sistemas. Por isso que destacamos em tópicos anteriores a importância dos precedentes judiciais como instrumentos de estruturação de direitos fundamentais, de modo que funcionem como estabilizadores de expectativas e redução de complexidade.

O próprio entorno social, sobretudo os movimentos sociais, precisam de estabilização de expectativas na dimensão temporal para adquirir capacidade de tematização de disputas sociais. Um direito inconsistente e completamente subordinado aos fatores ambientais, além de produzir comandos normativos meramente simbólicos, não serve sequer como parâmetro para mudanças sociais. Assim, a abertura cognitiva é apenas um dos lados da forma, ela pressupõe o fechamento operativo, que é identificado aqui como consistência, redundância e

²²² NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 81-83.

²²³ SILVA, Artur Stamford da. *10 lições sobre Luhmann. Op. Cit.*, 2016, p.113-114.

confiança no processo de estabilização desempenhado, em nossa leitura, pelo precedente judicial.

Nesse sentido, Luhmann lembra que:

O nível de pretensões relacionado à justiça no sistema jurídico, os graus de abstração da dogmática e na medida em que as questões jurídicas se decidem segundo critérios próprios do direito, não podem fixar-se independentemente das expectativas sociais, do mesmo modo que, em contrapartida, estas expectativas estão orientadas às possibilidades que o sistema jurídico oferece²²⁴.

Não é possível, também, generalizar todos os comportamentos que se colocam como projeções de expectativas normativas, pois existe uma natural concorrência de possibilidades entre eles. Caso contrário, estaríamos diante de uma generalização de conflitos sociais²²⁵, o que provocaria o risco de desdiferenciação do direito.

O fato imprescindível a ser destacado é que as decisões, sobretudo aquelas no âmbito da jurisdição constitucional, abrem um leque de possibilidades para outros sistemas sociais, de modo que é importante reconhecer a inviabilidade do poder judiciário exercer o controle sobre as consequências ambientais de suas próprias decisões. O sistema jurídico não tem a capacidade de refletir adequadamente sobre toda a sociedade, bem como de substituir outros sistemas no desempenho de suas funções. Quando o direito estabiliza temporalmente expectativas normativas, automaticamente cria excedentes de possibilidades/conhecimento por parte do ambiente social e, portanto, para continuar operando, quando os conflitos são tematizados juridicamente, ele precisa aproveitar-se da redução de complexidade realizada por outros sistemas sociais²²⁶. E isso acontece através do procedimento.

4.1 *AMICUS CURIAE* E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO MECANISMOS DE ABERTURA COGNITIVA E ADEQUAÇÃO SOCIAL DO PRECEDENTE JUDICIAL A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA PROCEDIMENTAL

Dentro do contexto apresentado, destaquemos o mecanismo desenvolvido pelo sistema jurídico para o tratamento dos problemas decorrentes do estabelecimento temporal

²²⁴ LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Op. Cit., 1983. p. 96.

²²⁵ GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Op. Cit., 2013, p. 89.

²²⁶ Ver, nesse sentido, CORREIA, José Gladston Viana. *Sociologia dos direitos sociais - escassez, justiça e legitimidade*. São Paulo - SP - Brasil: Saraiva, 2014, p. 183-196.

das expectativas normativas: o procedimento.

Os procedimentos são institucionalizações específicas que possuem a função de decidir sobre o direito de forma vinculante para toda a sociedade²²⁷.

Segundo Luhmann,

O aumento das vinculações temporais mediante expectativas que se estabilizam contrafactualmente encontra-se em contradição com aquilo que se poderia supor conveniente no âmbito social. Na dimensão social, a extensificação e intensificação das vinculações temporais normativas produzem novas oportunidades de consenso/dissenso²²⁸.

Em outras palavras, como vimos, não é possível estabilizar expectativas normativas sem custos sociais, pois inevitavelmente o direito produz decisões observáveis como possíveis danos a partir da perspectiva ambiental e o procedimento é um dos mecanismos responsáveis por promover a absorção desses custos, que se apresentam como conflito/dissenso e também como riscos da decisão²²⁹.

Luhmann mostra como os procedimentos são úteis para o sistema jurídico, pois, na medida em que fornecem apoio institucional para superar a ausência de uma crença superior unificadora, eles também reduzem o risco de indecisão. Os procedimentos jurídicos são observados como sistemas de interação que se autodelimitam para chegar a uma decisão sobre conflitos normativos. Eles se fazem presentes quando existem incertezas sobre o conteúdo da decisão (caso contrário não seriam necessários)²³⁰. Em outras palavras, eles contornam a incerteza de qual decisão (materialmente) ocorrerá, pela certeza de que uma decisão ocorrerá²³¹. Essa incerteza acerca do resultado, além de dar subsistência ao processo, serve de estímulo para que os envolvidos no conflito participem de forma mais ativa.

Na medida em que a complexidade se apresenta demasiada ou desestruturada, o procedimento contorna essa complexidade e a traz ao nível de expectativas definidas a partir da estrutura do procedimento, que pressupõe a atuação de atores delineados, com papéis a serem realizados e, conseqüentemente, as expectativas oriundas desse pensamento devem corresponder às limitações que o próprio procedimento vai criando durante seu desenvolvimento²³².

²²⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito. Op. Cit.*, 1983b, p. 117, 175-179.

²²⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad. Op. Cit.*, 2005b, p. 187-188.

²²⁹ *Ibidem*, p. 188-199.

²³⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito. Op. Cit.*, 1983b, p.175, 178, 207, 179.

²³¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 173-174.

²³² LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UNB, 1980, p. 35.

Em palavras mais simples, o procedimento é uma espécie de história da decisão; e essa decisão deve ser vista como socialmente legítima não porque todos os envolvidos estejam em coordenação plena ou se satisfaçam subjetivamente com o seu conteúdo. Sua legitimação deriva, predominantemente, pelo próprio procedimento na medida em que a participação dos envolvidos é atribuída a papéis delimitados que abrem amplas possibilidades de atuação sob conhecimento da causa em suas mais variadas etapas, tais como produção de prova, perícias técnicas, apresentação de um contraditório, ampla defesa etc. Nesse momento, os participantes adotam uma postura de aprendizado de modo a “conformar-se” com o resultado que vai se revelando, ainda que lhes seja desfavorável.

Observe-se que conforme o decorrer do desenvolvimento histórico de ato processual, uma vez delimitados os papéis, a atuação das partes vai reduzindo as alternativas até o desaguar da decisão. Nesse contexto, a participação dos envolvidos se transforma em um processo de aprendizagem para uma aceitação antecipada da decisão, cujo conteúdo ainda é desconhecido. Porém, é importante destacar que a efetiva atuação dos participantes no procedimento tem reflexos nesse curso de aprendizagem para aceitação da decisão, pois o valor informacional atribuído a cada uma de suas ações é potencializado de acordo com a variedade de possibilidades colocadas a sua disposição²³³.

Com essa participação no procedimento, as expectativas sociais passam a ser tematizadas de forma mais específicas, de modo que figuram não mais como complexidade desestruturada, mas como complexidade passível de estruturação (uma complexidade estruturável). Passam a fazer parte do conjunto de comunicações que deve ser levado em conta no ato processual, sobretudo na fundamentação da decisão, provocando uma espécie de memória seletiva, que poderá sempre ser remetida em futuras situações processuais.

Assim, um procedimento decisório é um mecanismo desenvolvido para enfrentar "situações problemáticas", sabendo-se que a questão não é alcançar uma única decisão correta ou verdadeira, como se procurássemos uma correspondência ou adequação perfeita a uma determinada realidade, como se ela pudesse ser verificada²³⁴. Nesse sentido, o

²³³ BACHUR, João Paulo. *Conflito, Procedimento e os Novos Movimentos Sociais*. Op. Cit., 2008. p. 11.

²³⁴ Nessa senda, importante destacar, mais uma vez, que a perda de referências estáveis coloca em “suspensão” antigas concepções de certeza como valor último ou de justiça como perfeição ou como critério para uma única decisão correta, guiada para o descobrimento de uma suposta “verdade”. Como pudemos perceber, na concepção luhmanniana existe o rechaço da ideia de justiça como unidade imóvel/fixa e o reconhecimento de uma justiça que se insere no contexto da contingência e complexidade, elementos que conferem possibilidade alterabilidade do direito (enquanto direito positivo). Assim, não existe uma perspectiva transcendental que possa conferir a correção de uma decisão; agora é a possibilidade de mudanças na própria sociedade que determina o critério do justo, através do procedimento, configurando a decisão como uma espécie de “solução

procedimento não almeja o consenso, não é garantia de paz social ou de justiça ambiental, pois essas consequências são incontornáveis. O procedimento é garantia da reafirmação ou readequação das expectativas normativas.

Observe-se que o objetivo final do procedimento é conduzir os participantes para uma decisão final, representada por um consenso fictício/suposto e não substancial. Cria-se uma espécie de autoevidência presumida frente a terceiros. Ou seja, aquele que se opõe a expectativa definida passa a ter o ônus de se mobilizar para argumentar e justificar sua insatisfação²³⁵.

De acordo com João Paulo Bachur:

A legitimação pelo procedimento é a reestruturação das expectativas daqueles envolvidos no procedimento com vistas a ajustá-las ao resultado final da decisão, ainda desconhecido, antes mesmo que ela ocorra; trata-se, em síntese, do mecanismo social pelo qual os indivíduos aprendem a aceitar decisões de conteúdo ainda desconhecido. Nesse sentido, ela não tem rigorosamente nada a ver com a convergência de convicções subjetivas relativas ao acerto da decisão tomada ou com qualquer nível de concordância com seu conteúdo²³⁶.

Nesse ponto, faz-se importante expor dois questionamentos que invariavelmente surgem acerca da perspectiva da legitimação procedimental luhmanniana. Advirta-se, desde logo, que não nos cabe, aqui, promover uma ampla revisão dos críticos dessa fase inicial da teoria, pois isso demandaria um reajuste de diretrizes e metodologia que não se enquadraria na proposta adotada no presente tópico. De qualquer forma, tais questionamentos se fazem importantes porque, além de serem oportunos, nos oferecem a possibilidade, quem sabe, de desmistificar alguns preconceitos teóricos enraizados no cotidiano acadêmico.

O primeiro deles se dirige a ideia do “consenso presumido” como resultado final do procedimento decisório. A crítica geralmente aponta para o risco de que esse consenso possa promover a esterilização do sistema e a sua imunização em relação ao dissenso social, desconsiderando a capacidade heterolegitimadora que advém da manutenção e da estimulação de uma esfera pública plural no bojo do procedimento.

Com a devida vênia, pensamos que esse não parece ser o intuito central da perspectiva

contingencialmente estabelecida no tempo”, ou, dito de outra forma, “contingência autoproduzida”. Nas palavras de Luhmann: “um sistema que tenha que assegurar a decisão de todos os problemas levantados, não pode, simultaneamente, garantir a justiça [correção] da decisão” (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. *Op. Cit.*, 1980, p. 24).

²³⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. *Op. Cit.*, 1983b, p. 77, 80-83.

²³⁶ BACHUR, João Paulo. *Conflito, Procedimento e os Novos Movimentos Sociais*. *Op. Cit.*, 2008, p 10-11.

procedimental luhmanniana, sobretudo a partir de uma leitura mais atual de sua teoria. É possível identificar que esse consenso presumido (portanto, não subjetivo e não substancial) não deve ser entendido como uma neutralização absoluta ou desconsideração do dissenso conteudístico, permanente da esfera pública; mas sim como uma tentativa de estancar determinado conflito e fazer com que essa decisão atinja um maior número de pessoas. Um processo não pode durar eternamente em busca de um ideal de perfeição, inalcançável diante da policontextualidade social. Naturalmente, a decisão decorrente do procedimento pode e deve ser objeto de questionamento e tematização para novos conflitos, novos dissensos, de modo que palavras como “redução” ou “neutralização” de alternativas não podem ser interpretadas em seu sentido estrito. O procedimento se apresenta como um mecanismo de estratégia de convivência com a instabilidade do ambiente; ele é um mecanismo de redução de complexidade, mas que produz novas complexidades: “Cada sim implica em muitos não”²³⁷.

A possibilidade de mudança não é neutralizada, no entanto, apenas é possível pensar nela a partir daquilo que é estável. Dentro dessa perspectiva, interpretamos o consenso presumido tendo em vista a necessidade de se promover certa unidade (contingencial) de sentidos que permite, inclusive, a formação de grupos de reação contrários à expectativa temporalmente estabelecida. Trata-se, paradoxalmente, de um pressuposto para a continuidade do próprio conflito, do dissenso social e, conseqüentemente, da evolução do sistema jurídico.

Se passarmos para ideia adotada em nossa pesquisa, esse consenso pode identificar-se com o processo de construção do precedente judicial que, por sua vez, deve ser observado como uma fórmula de contingência do sistema jurídico, tal como uma espécie de ponto de partida; só assim é possível o sistema criar estruturas adequadamente complexas para lidar com a contingência inexorável do ambiente.

Além disso, como dito anteriormente, o próprio entorno social, no qual está inserido a esfera pública em todos os seus aspectos, necessita da tematização de certas demandas para construir estratégias de enfrentamento posterior em busca de novas formas de sociabilidades.

²³⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito. Op. Cit.*, 1983b, p. 226. Ainda, nesse sentido: “O sistema não se imuniza contra o não, senão com o auxílio do não; ele não protege das mudanças, mas com o auxílio das mudanças contra o endurecimento de paradigmas de comportamento não mais adequados ao ambiente. O sistema imunológico não protege a estrutura, ele protege a autopoiese, autorreprodução fechada do sistema. Ou para dizer isso através de uma distinção mais antiga: ele se protege por meio da ‘negação’ contra a ‘aniquilação’” (LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: Op.Cit.*, 1998, p. 335-336).

Se quisermos usar, mais uma vez, a expressão do próprio Luhmann, o consenso presumido pode ser interpretado, paradoxalmente, como “altos muros de indiferença” (uma indiferença relativa), necessários para a coerência e estabilização (fechamento), e como “atratores”, imprescindíveis para a assimilação e adaptação ao ambiente (abertura)²³⁸. Trata-se, em última instância, de se promover uma estabilização dinâmica de expectativas normativas.

Nesse sentido, segundo Luhmann:

Essa redução institucional não pode ser apressadamente compreendida como compulsão social ou mesmo como determinação social do comportamento. Ela simplesmente ocorre. Ela surge obrigatoriamente, mas não atua no sentido de uma compulsão que exclua outra possibilidade. Ela mantém boa parte da variedade das projeções normativas, certas possibilidades de divergência e principalmente possibilidades de modificação na adaptação a condições alteradas. A tematização e a modificação de premissas comportamentais não estão necessariamente bloqueadas por interesses de peso. Esse mecanismo de institucionalização não estabiliza sem mais nem menos, especialmente expectativas normativas, mas inicialmente apenas estabiliza hipóteses de continuidade, cujo *status* normativo ou cognitivo pode permanecer indefinido. (...) Sua função reside em uma distribuição tangível de encargos e riscos comportamentais, que tornam provável a manutenção de uma redução social vivenciada e que dão chances previsivelmente melhores a certas projeções normativas²³⁹.

O segundo questionamento surge no sentido de considerar que a legitimação procedimental nos termos luhmannianos se configura exclusivamente no âmbito formal, desconsiderando a influência qualitativa dos participantes sobre a própria decisão e, com isso, certa inaptidão de aprendizado por parte dos tribunais diante da atuação dos participantes no procedimento²⁴⁰.

Respeitosamente, não concordamos com esse questionamento, pois é evidente que a perspectiva aqui adotada entende procedimento por uma dialética influenciante; a própria incerteza sobre o resultado do processo pressupõe essa possibilidade de influência a partir da ação de uma multiplicidade de atores. Na verdade, a possibilidade de influência no resultado é uma das forças motoras que impulsiona o procedimento até o seu curso final.

O procedimento existe pela busca de traçar um caminho para a melhor solução possível, sem o controle do conteúdo do que se alcançará como certo, mas vendo-se que a

²³⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Op. Cit., 2005b, p. 287 e 418.

²³⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Op. Cit., 1983b, p. 83.

²⁴⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, Trad. Gilmar Ferreira Mendes. v. 11, n. 60, p. 25-50, 2015, nota de rodapé 48, p. 31.

legitimidade está no seguimento de todos os atos daqueles procedimentos autônomos para, conjuntamente, cada qual realizando a sua função, alcançar a decisão legítima, ainda que as convicções pessoais não a reconheçam desse modo. Nesse sentido, a legitimidade da decisão, ou seja, o resultado do procedimento, não pode depender da opinião das partes, pois não há possibilidade de satisfação intersubjetiva nas condições da sociedade atual. No entanto, isso não quer dizer que as partes não influenciam no que vai ser decidido.

O que, de fato, não pode haver é um sentimento generalizado de desconfiança sobre as condições do próprio procedimento, de modo que isso levaria certamente a uma desconfiança igualmente generalizada sobre conteúdo da decisão.

Ademais, como vimos anteriormente, o Tribunal Constitucional, no nosso caso o Supremo Tribunal Federal, tem como uma das suas funções a manutenção do primado funcional do sistema jurídico e, conseqüentemente, dar a última palavra acerca dos conflitos normativos. Como extensão da jurisdição constitucional que é, também está sujeito às pressões e influência do ambiente social, podendo reconhecer o risco que as expectativas possuem quando elas se mantêm inalteradas diante de frequentes frustrações e conflitos. Ele pode, a partir disso, questionar como esse risco pode ser administrado, da mesma forma como pode questionar “o que se esconde por trás da norma” e como pode adequá-la a um formato suportável ²⁴¹.

Nesse sentido:

Decisões e argumentos são funções, no interior do sistema jurídico, de duas formas de comunicações que são ao mesmo tempo separadas e mutuamente ligadas. Ambas comunicações contribuem, cada uma a seu modo, para a reprodução corrente de uma combinação de orientações normativas e cognitivas. Caso se aumente a demanda dessa combinação, então se pode submeter os próprios programas decisoriais às demandas cognitivas, as quais fornecem a estes programas a capacidade de modificação e, com isso, de aprendizagem. Ainda que estes programas decisoriais cumpram sua finalidade, eles devem ser substituídos por outras regulações ²⁴².

Ainda, ao tratar sobre a diferenciação entre os tipos expectativas (cognitivas e normativas), Luhmann destaca:

²⁴¹ LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES, Dalmir Jr. (orgs.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 63. Mais a frente, na mesma obra, o autor lembra: “todo contato com o meio externo seja este um input ou um output, tem que tomar uma outra forma de expectativa, e deverá dessa maneira ser concebida com cognitiva. Um sistema jurídico, no que concerne à reprodução do sistema, deve estar apto a aprender, e por isso é concomitantemente um sistema fechado e aberto” (p. 63).

²⁴² LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: *Op. Cit.*, 2004, p. 75.

Com o auxílio dessa diferenciação a sociedade pode ajustar um compromisso entre a necessidade de adaptação à realidade e de constância das expectativas. Ela institucionalizará cognitivamente expectativas comportamentais, isto é, não censurará seus membros por uma adaptação de expectativa à realidade da ação, se predominar o interesse na adaptação. Ela deslocará e articulará as expectativas ao nível normativo quando forem vitais a segurança e a integração social das expectativas²⁴³.

Também se faz importante lembrar que o próprio conceito de evolução esboçado na teoria sistêmica (tema já abordado no final do tópico 1.3 do nosso primeiro capítulo), promove a possibilidade transformação das estruturas do sistema através da redução de complexidade do entorno social; e isso é representado pela capacidade processamento recursivo dos elementos de *variação, seleção e estabilização*. E é, também, a partir desse processamento recursivo que reside o ponto onde se pode vislumbrar a possibilidade aprendizagem no direito ²⁴⁴.

A abertura cognitiva que ocorre através dos argumentos contrários e das diversas pretensões ambientais no bojo do procedimento, favorece a tomada de decisão socialmente adequada e, conseqüentemente, maiores possibilidades de generalização de expectativas normativas no âmbito/dimensão *social* de abstração, pois a maior participação de grupos com visões diversas, desempenhando seus papéis no percurso do ato procedimental, reduz espaços para questionamentos da decisão tomada. Uma vez que os procedimentos, sobretudo os procedimentos coletivos, são compostos por representantes de uma população em causa, as expectativas normativas discutidas se tornam uma realidade para um número maior de pessoas que se sentem representadas ou, ao menos, tomam conhecimento de que houve um amplo debate em torno de determinada questão; o que faz com que o consenso presumido assumam uma potencialidade social mais elevada. É importante lembrar, ainda, que um procedimento em que se tenha respeitado um amplo contraditório, tende a produzir decisões que estimulem a autocrítica e, conseqüentemente, os diálogos institucionais.

Uma decisão em um processo jurídico, portanto, é resultado de uma observação, ela

²⁴³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito. Op. Cit.*, 1983b, p. 58.

²⁴⁴ O fator de aprendizagem também pode ser observado a partir das lições de Tércio Ferraz, quando afirma que “modernamente, o conceito de decisão tem sido visto como ato culminante de um processo que, num sentido amplo, pode ser chamado de aprendizagem”. Mais a frente, na mesma obra, o autor discorre: “Decidir, assim, é um ato de uma série que visa transformar incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis, que, num contexto seguinte, podem gerar situações até mais complexas que as anteriores. Na verdade, o conceito moderno de decisão liberta-a do tradicional conceito de harmonia e consenso, como se em toda a decisão estivesse em jogo a possibilidade de safar-se de vez de uma relação de conflito” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 88-89).

aparece como “resultado observado”, e não como uma conexão natural em que podemos descobrir a verdade, o real, no sentido estrito da palavra; ela é uma conexão construída²⁴⁵. Dessa forma, ela precisa se apresentar aceitável ou justificável, pois, caso contrário, não iria exercer sua função de estabilizar expectativas; por isso depende de uma sensibilidade social de acordo com diferentes tipos de culturas e contextos²⁴⁶.

O direito concretamente aplicado que se manifesta através da atividade jurisdicional do processo, não pode se restringir tão somente a uma programação que finda o processo por uma pretensa decisão. A necessidade e a obrigatoriedade de se concluir os conflitos jurisdicionais é certamente manifestada; porém, essa conclusão/decisão deve fundar-se em elementos que, além de democráticos, se concretizem por procedimentos amplos e adequados no interstício de uma efetiva tutela dos direitos.

Conforme já descrevemos anteriormente, dinâmica social intensificada pela positividade do direito moderno faz surgir naturalmente os chamados “novos direitos”, bem como os “novos titulares de direitos” e os chamados “novos movimentos sociais” que se formam como uma reação aos desafios universais da sociedade contemporânea. No contexto da teoria sistêmica, identificamos esses novos direitos como “projeções de expectativas normativas”²⁴⁷ que se colocam diante dos procedimentos decisórios em busca de estabilização.

Essa cadeia circular, altamente mutável, levanta a luz sobre as limitações estruturais e funcionais das instituições no reconhecimento e tutela desses direitos. Tal fato passa a ser potencializado se considerarmos que falamos de tutela de direitos em uma sociedade mundializada, que desconhece fronteiras territoriais e comunicacionais.

No entanto, observe-se que tais condições não impedem que o próprio sistema busque a ampliação da sua capacidade cognitiva na construção de um direito mais adequado socialmente, atenuando o déficit de “legitimidade democrática” e absorvendo os riscos da decisão através do seu processo decisório.

A questão que se faz presente mais uma vez é: como o sistema jurídico pode decidir no presente, criando vínculos com um futuro incerto e, ao mesmo tempo, se estabelecer socialmente adequado ao seu ambiente?

²⁴⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo. Op. Cit.*, 2006b, p. 114; LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad. Op. Cit.*, 2007, p. 96 e 259.

²⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo. Op. Cit.*, 2006b, p. 155.

²⁴⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociología do Direito. Op. Cit.*, 1983b, p.75, 175, 207, 225.

Formulando a questão de maneira mais pontual: quais os mecanismos que o poder judiciário dispõe para canalização e absorção do dissenso social e do risco das suas decisões face aos demais sistemas sociais e seus membros que, por sua vez, figuram na posição de “afetados” pela decisão?

Tal resposta pode ser encontrada através da introdução de mecanismos que possibilitam participação do ambiente social, sobretudo dos movimentos sociais, no processo de produção da decisão judicial. Falamos dos mecanismos do *amici curiae* e da convocação de audiências públicas, no âmbito do decisório do Supremo Tribunal Federal, que nos últimos anos, como vimos acima, assumiu o papel de protagonista e, muitas vezes, atua como coprodutor de normas jurídicas coletivamente vinculantes, através da construção de precedentes judiciais, sobretudo a partir do atual Código de Processo Civil. Destaque-se, nesse sentido, os casos de ampla repercussão social em que se discutem direitos de grupos mais vulneráveis e que tradicionalmente vivem à margem da tutela jurídica.

Tais mecanismos podem ser considerados como exemplos de abertura cognitiva e de adequação social do poder judiciário na tentativa de atenuar o déficit de legitimidade democrática e de garantir maior adequação social para suas decisões. Eles se apresentam como uma aquisição evolutiva do próprio procedimento da jurisdição constitucional, tal como acoplamentos estruturais, que permitem a influência mútua entre os elementos jurídicos e a linguagem comunicativa dos interlocutores da sociedade. Essa é uma forma de redução da complexidade a qual o julgamento aspira, porque proporciona a sensação de inclusão e de proximidade da sociedade com sistema jurídico, considerando, de fato, o direito como subsistema social, e não como um sistema isolado em si.

Porém, é de se ressaltar que essa possibilidade de maior legitimação democrática não deve ser vista como uma busca por consensos substanciais e sim como canalização, administração e manutenção de dissensos, preservando uma esfera pública plural, a partir de uma participação social equilibrada dentro do procedimento decisório.

Observe-se que essa abertura cognitiva também funciona como ampliação da capacidade de observação por parte do sistema jurídico-constitucional e, conseqüentemente, atenuação dos riscos produzidos por suas decisões. Criam-se “pontes de comunicação”, através das quais diversos sistemas sociais, somados a atuação dos especialistas em determinado assunto, passam a contribuir para o aprofundamento de certas questões, proporcionando uma decisão com o máximo de conhecimento possível acerca de suas

implicações e repercussões na esfera social²⁴⁸.

No entanto, observe-se que não se deve tratar de enfraquecimento de autonomia do sistema jurídico ou do abandono da sua comunicação específica. Ao contrário, a ampliação da cognição por meio da inclusão de outro(s) observador(es) deve servir para suprir os pontos cegos do sistema jurídico e alertá-lo para situações que, sem essa observação, permaneceriam ocultas, fazendo com que ele busque, dentro dos limites de sua própria comunicação, uma solução mais “adequada” para o caso em análise.

Assim, o “amigo da corte” e as audiências públicas, mecanismos processuais que podem ser exercido por movimentos sociais e demais representantes da sociedade civil, que podem ser requisitados ou solicitar participação, com direito a voz em julgamentos do Supremo Tribunal Federal, quando determinada matéria se apresenta relevante ao interesse social, conforme o § 2º, art. 7º, bem como o § 1º, art. 9º da Lei n. 9.868/1999, passa a ser instrumento de legitimação pelo procedimento que resulta na decisão jurídica com potencialidade de formar um precedente judicial, responsável por absorver as incertezas e indeterminações do ambiente.

Destaque-se, ainda, os importantes avanços promovidos pelo atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) que, através do seu artigo 138, positivou a ampliação das possibilidades de atuação do *amicus curiae* em outros níveis de jurisdição, além de trazer maior precisão na redação que regula o instituto.

De acordo com o art. 138 do CPC:

O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

Além disso, embora não se refira explicitamente ao termo *amicus curiae* na sistemática de aplicação dos precedentes, merece destaque o artigo 927, § 2º do CPC, o qual prevê que, nos casos de alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos, poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese, o que, a partir de uma análise sistemática, representa significativos avanços para a

²⁴⁸ VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 118.

abertura cognitiva e a adequação social do processo.

Tais instrumentos normativos, sem desconsiderar outros semelhantes, reforçam a importância de maior participação social, com a ampliação e o incremento do contraditório, previsto no art. 5º, LV, da CF/1988²⁴⁹, maior fiscalização do processo de decisão, limitando a arbitrariedade judicial e, sobretudo, possibilitam o fornecimento de subsídios ao julgador, aumentando sua capacidade de observação e, conseqüentemente, a possibilidade de absorver riscos decorrentes das suas decisões.

Por fim, destaque-se que na medida em que o direito internaliza expectativas cognitivas e as assegura de forma contrafática, transformando-as em expectativas normativas, ele permite que os demais subsistemas sociais desenvolvam suas próprias críticas internas. E o precedente judicial socialmente adequado por procedimentos amplos de participação, potencializam esses processos críticos de transformação. Ele abre espaço para pontos de reflexão e, conseqüentemente, novas oportunidades de regulação e reformas, estimulando também o debate público acerca de temas marginalizados, bem como os diálogos institucionais.

O contexto de vinculações temporais e dos custos sociais da estabilização das expectativas normativas também encontra acomodação no desenvolvimento de uma sociologia do risco a partir de uma perspectiva sistêmica, podendo nos oferecer instrumentos teóricos importantes para o enfrentamento dos desafios apresentados. Isso, porque, ela introduz uma mudança de perspectiva em relação da distinção tradicional risco/segurança, para uma distinção mais adequada às sociedades hipercomplexas e policontextuais: a distinção risco/perigo; delimitando, dessa forma, os *tomadores de decisão* e os *afetados* por ela, no âmbito do procedimento. Vejamos a seguir.

4.2 POR UMA CONCEPÇÃO SOCIOLÓGICO-SISTÊMICA DO RISCO: DA DISTINÇÃO RISCO/SEGURANÇA À DISTINÇÃO RISCO / PERIGO

Como dito, Luhmann também direcionou sua teoria social, esboçando uma sociologia

²⁴⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

do risco sistêmico. Segundo ele, o progresso técnico e os desastres por si sós não podem explicar a sensibilidade ao risco, visto que ele é gerado pela alta complexidade e pela diferenciação funcional da sociedade moderna, tornando-se uma dimensão constitutiva da modernidade porque o futuro depende agora de decisões cujas consequências são incertas. Temos uma percepção aguda de risco porque a dependência do futuro da sociedade a partir de decisões aumentou.

Observe que nessas condições, a estabilização temporal das expectativas tem grande importância para a condução da vida social: decisões precisam ser (e são) tomadas no presente, ainda que seus resultados sejam incertos e, dessa forma, mesmo diante da incerteza do futuro, mesmo diante da possibilidade de frustração, elas criam uma fonte de apoio generalizada que protege aquele que confiou na expectativa, seja com medidas preventivas ou com medidas compensatórias. Isso gera um ambiente de confiança que permite minimamente o gerenciamento das condutas sociais.

O risco funciona, ao longo do tempo, na medida em que se refere a possíveis danos futuros, pois é "uma forma de lidar com o tempo"²⁵⁰, mais concretamente é "uma forma de descrição presente do futuro", uma forma de antecipação²⁵¹. E na sociedade contemporânea, "o futuro aparece como um risco"²⁵², não como um destino ou como uma providência, não como uma promessa ou como uma utopia, mas como um risco.

O horizonte futuro em que se realizam as operações não inclui certezas. Entende-se que "não se pode saber o futuro" (caso contrário não seria futuro) e que "o futuro só pode ser percebido no meio da probabilidade", com o esboço do provável-improvável²⁵³. Esse é um esquema "sensível à decisão" para operações comunicativas que "se esforçam para transformar o improvável em provável"²⁵⁴. O risco, em sua dimensão temporal é, portanto, "uma forma de formação de formas no meio do provável-improvável"²⁵⁵ e sempre pressupõe a acomodação de suas consequências na dimensão social.

Nesse sentido, é necessário admitir que o risco é socialmente construído. Desenvolve-se uma abordagem construtivista do risco como a construção de uma sociedade de auto-

²⁵⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo. Op. Cit.*, 2006b, p. 97;

²⁵¹ *Ibidem*, p. 95; LUHMANN, Niklas; *Observaciones de la modernidad racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Paidós: Barcelona, 1997a. , p. 133.

²⁵² LUHMANN, Niklas; *El derecho de la sociedad. Op. Cit.*, 2005b, p. 629; LUHMANN, Niklas; *Observaciones de la modernidade. Op. Cit.*, 1997a, p. 132.

²⁵³ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo. Op. Cit.* 2006b, p. 94.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 274.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 116.

observação, uma forma pela qual a sociedade se descreve e se relaciona com seu futuro. O risco, nessa ótica, está imbricado com a observação de segunda ordem, isto é, ele observa como a sociedade moderna observa suas próprias observações acerca de determinado problema. Dessa forma, os sistemas sociais são, de fato, sistemas que observam; mas essa observação não deve ser entendida em seu sentido usual de mera percepção²⁵⁶.

A observação tem importantes consequências epistemológicas, pois implica, antes de mais nada, que os sistemas sociais não têm contato imediato com seu ambiente, porque ela é uma construção feita a partir do modo operacional do sistema. Um sistema social não pode se comunicar com seu ambiente; ele só pode observá-lo, comunicando sobre o ambiente²⁵⁷. Além disso, qualquer observação tem um ponto cego, visto que, como uma observação não pode observar ao mesmo tempo as duas faces de sua distinção, ela não pode, no momento em que observa, observar-se. Essa distinção pode, no entanto, ser observada, mas com outra distinção e é precisamente isso que Luhmann chama de “observação de segunda ordem”²⁵⁸.

Se o risco é socialmente construído de acordo com essa lógica, a abordagem racionalista se mostra insuficiente, porque continua descrevendo-o como um fato independente de observação. A avaliação objetiva do risco por especialistas científicos, por exemplo, aparece como uma questão relativa por causa da ausência de critérios universalmente aceitos. Como consequência disso, os conflitos oriundos dos riscos não podem ser removidos por uma ciência, racionalidade ou ética mais elevada²⁵⁹.

Luhmann desconstrói a abordagem tradicional do risco, visto que os sistemas e os meios de comunicação de massa aprendem com maior frequência a tratar o risco a partir da distinção risco/segurança. Tal distinção sugere que os riscos poderiam ser evitados adotando-se medidas de segurança apropriadas, assim como também teria a vantagem para aquele que ousa se afirmar como defensor de um conhecimento ou valor socialmente estimado²⁶⁰. No entanto, o fato de que o futuro permanece desconhecido, que qualquer decisão gera riscos e que o risco aumenta com o conhecimento não pode ser ignorado. A distinção risco/segurança é, além disso, uma observação que possui um ponto cego, não consegue ver que é impossível

²⁵⁶ LUHMANN, Niklas. Riesgo y peligro. In: BELL, Daniel. *Las contradicciones culturales de la modernidad*. México. Anthropos Editorial, 2007b, p. 358-403.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 358-403.

²⁵⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Op. Cit., 2006, p. 79-91; LUHMANN, Niklas. Como se podem observar estruturas latentes? In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter *El Ojo Del Observador*. Contribuciones al Construtivismo. Barcelona: Gedisa, 1989, p. 60-62; CAMPILONGO, Celso. Interpretação do Direito e Movimentos Sociais. Op. Cit., 2012, p. 47- 50.

²⁵⁹ LUHMANN, Niklas. Riesgo y peligro. Op. Cit., 2007b, p. 358-403.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 358-403.

alcançar uma segurança absoluta, o que obviamente não significa que seja preciso desistir de procurar atenuar a insegurança. Nesse sentido, a própria função do direito como sistema social é “reduzir a insegurança a níveis socialmente aceitáveis”²⁶¹.

O observador de segunda ordem, por outro lado, pode ver que o outro lado do risco não proporciona segurança, mesmo que observadores vejam uma situação como segura, pois isso pode não ser um ponto de vista objetivo, considerando-se que ele será observado de forma diferente por outro observador. Assim, a complexidade sistêmica e a indeterminação do futuro tornam impossível evitar riscos buscando segurança, ou até mesmo decidindo não decidir²⁶², porque a única coisa que é assegurada é que não há segurança absoluta e que a sociedade moderna depende de decisões.

Como resultado, propõe-se observar a sociedade a partir de outra distinção: a distinção risco/perigo. Essa distinção se refere à diferença entre a autorreferência e a heterorreferência, sistema e ambiente, pois "os riscos são atribuídos às decisões; os perigos são externamente atribuídos"²⁶³. Pode-se falar em risco quando os possíveis danos são considerados como consequência da própria decisão e uma questão de perigo é considerada quando um dano possível é produzido externamente pelo ambiente, por eventos naturais ou por decisões de outras pessoas ou organizações, e foge a seu próprio controle.

O risco assumido por alguns, dessa forma, representa um perigo para os outros. Um bom exemplo, citado pelo próprio autor, é o caso do fumante ativo e do fumante passivo: aquele que decide fumar um cigarro está assumindo os riscos dessa decisão; já aquele não fumante, que eventualmente sofre com a fumaça do cigarro de outrem, está sujeito ao perigo produzido por aquele que decide fumar perto dele.

A distinção risco/perigo traz uma contribuição particular para esta pesquisa porque essa distinção leva à configuração de dois grupos sociais diferentes, dependendo se a atribuição é interna ou externa: (i) os *tomadores de decisão*, que são aqueles que assumem o risco; e (ii) as pessoas *afetadas*, que estão expostas aos perigos, isto é, aos danos causados pelas decisões de outras pessoas ou organizações, visto que elas podem se considerar vítimas e procurar culpar os que consideram responsáveis.

De certo modo, os apontamentos de Luhmann podem aparentar ter consequências

²⁶¹ ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A Verdade sobre a Autopoiese no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 19.

²⁶² LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Op. Cit., 2006, p. 118.

²⁶³ *Ibidem*, p. 75-76.

práticas limitadas, pois sua análise conclui que é impossível evitar o risco e pode, assim, à primeira vista, parecer pessimista.

Porém, destaque-se que uma comunicação de risco é, no entanto, possível, e se não puder levar a uma conciliação das diferentes observações, deve pelo menos permitir sua coexistência. Ela nos possibilita criar condições para que a comunicação de riscos evite a exacerbação de conflitos entre os tomadores de decisão e os afetados por ela. Embora os tomadores de decisão e os afetados entendam o risco de maneira diferente, eles podem tornar-se conscientes da importância e da validade entre os mais diversos modos de observação, tomar vantagem disso e evitar, assim, potencializar o risco.

E é através do procedimento que isso pode ocorrer. Assim, embora estejam longe de repelir o problema do risco, os mecanismos que permitem maior participação social no processo de tomada de decisão trazem diferentes perspectivas em relação ao tema em questão, fornecendo ao tomador de decisão melhores condições de promover a estabilização das expectativas.

Além disso, conforme lembra Alfons Bora, a observação do risco feita exclusivamente pelo recurso dos chamados “Experts” (ou “modelo de expertise”) não vem surtindo o efeito desejado nos últimos anos. Segundo Bora, em casos relacionados à temas muito específicos que requerem cada vez mais a participação da ciência (como a atuação dos peritos e experts em determinados assuntos) no processo de decisão, é possível ser observada uma relação de acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema científico. No entanto, o autor destaca os problemas de ambos os sistemas utilizarem unicamente suas premissas para apoiarem-se mutuamente na regulação e tratamentos do tema em questão, ocasionando o que chama de *technoscientific normativity* (“normatividade tecnocientífica”) como resultado²⁶⁴.

O autor expõe que pesquisas empíricas comprovam que a produção da decisão com base apenas no modelo de “assessoramento tecnocientífico”, acusam uma defasagem em relação ao tratamento do risco ambiental, de modo que por si só, não é capaz de evitar ou minimizar os possíveis danos decorrentes das decisões. Ademais, esse tipo de modelo termina por excluir da comunicação político-social do debate. Nesse sentido, impõe-se uma ampliação da participação no processo de tomada de decisão, de modo a possibilitar aos diversos sistemas e demais atores sociais a atuarem e contribuírem no processo decisório.

²⁶⁴ BORA, Alfons. Technoscientific Normativity and the “Iron Cage” of Law. *Science, Technology, & Human Values*, v. 35, n. 1, 2010, p. 3-28.

Ocorre, assim, a ampliação e o confronto das diversas formas de observação acerca do problema em questão e, conseqüentemente, o oferecimento de um conhecimento multidisciplinar ao julgador, que terá mais informações sobre os efeitos da sua própria decisão²⁶⁵.

Ainda, tendo em vista a perspectiva primordial da distinção entre sistema e ambiente, (auto e heterorreferência), o pensamento sobre risco pode ser centrado na noção de ressonância, que se refere a situações em que os eventos ambientais têm efeitos em um sistema. Dessa forma, a questão em torno das ameaças e danos devem questionar as condições em que os fatos e transformações do ambiente societal encontram ressonância na sociedade, bem como em seus subsistemas específicos²⁶⁶.

Assim, a partir da distinção risco/perigo, as possibilidades de aproximação entre as diversas partes envolvidas são potencializadas ao ponto de fazer com que a indeterminação do futuro seja aproveitada para além da própria ignorância e, "ao aceitar riscos, são obtidas oportunidades que, em outro caso, escapariam"²⁶⁷. Descobrir riscos é, portanto, também, descobrir oportunidades. Não é que o futuro se torne previsível, nem que seja controlável, ele simplesmente une as operações comunicativas na confiança de aproveitar o que temos ao máximo, tornando-o mais gerenciável e mais suportável.

Os movimentos sociais também se mostram como instrumentos importantes no enfrentamento das dificuldades do processo de tomada de decisão, pois, tendo em vista suas características intrínsecas, possuem forte capacidade de canalização do conflito, antecipam o risco e, conseqüentemente, potencializam o seu conhecimento. Portanto, a admissão de sua atuação no procedimento de tomada de decisão com potencialidade de formar precedente, constitui verdadeira ampliação do contraditório, permitindo maiores possibilidades de estabilização de expectativas socialmente adequadas.

4.3 PROTESTAR E REIVINDICAR: A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NO PROCEDIMENTO

O surgimento de protestos testemunha essa elevada sensibilidade ao risco; dado à atual dificuldade de identificar tomadores de decisão, como por exemplo no caso de desastres

²⁶⁵ BORA, Alfons. *Technoscientific Normativity and the "Iron Cage" of Law*. *Op. Cit.*, 2010, p. 3-28.

²⁶⁶ CAMPILONGO, Celso. *Interpretação do Direito e Movimentos Sociais*. *Op. Cit.*, 2012.

²⁶⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. *Op. Cit.*, 2006b, p. 117.

naturais ou das consequências das crises econômicas, a preocupação pode ser expressa na forma de um protesto sem oponentes específicos.

Como vimos anteriormente, os movimentos sociais são reações à diferenciação funcional da sociedade moderna. Como não há mais posição privilegiada para uma visão geral dessa sociedade, a função dos movimentos sociais é a autodescrição crítica da mesma; eles estão, portanto, preocupados essencialmente com os problemas que os sistemas funcionais não podem resolver estruturalmente ou que eles resolvem mal; destacam a diferenciação funcional e suas possíveis disfuncionalidades e, conseqüentemente, são capazes de ativar sistema imunológico da sociedade²⁶⁸. Eles protegem contra o endurecimento de estruturas que não são mais adequadas ao meio ambiente.

Esses movimentos estão na periferia do sistema, o qual irritam tratando de temas e se utilizando, por exemplo, de acoplamentos com os dos diversos meios de comunicação de massa²⁶⁹. Assim, compensam a falta de reflexão na sociedade contemporânea, introduzindo, a partir da esfera pública, temas que não podem ser comunicados ou são ignorados nos vários sistemas funcionais. Dessa forma, eles favorecem a novidade, os conflitos, o dissenso, a variação etc.

Os movimentos sociais clássicos denunciavam as disfunções dos sistemas da sociedade, enfatizando as diferenças de classes e com forte influência dos movimentos socialistas do século XIX; já os “novos” movimentos sociais atuam sob uma forte perspectiva indenitária, de modo que isso proporciona ações de forma transversal nos sistemas funcionais específicos da sociedade; eles concentram-se em observar essas disfunções com base na distinção risco/perigo, apontando as situações em que podem ser vítimas de comportamentos de risco de indivíduos e, sobretudo, de organizações, tornando-se, assim, os porta-vozes da população em causa²⁷⁰. Em outras palavras, a particularidade desses novos movimentos sociais encontra-se no fato de que eles se organizam sob o enfoque de interesses que delimitam a relação entre os “*decision makers*” e os “*affected*” pelas decisões.

Ulrich Beck vê nesses novos movimentos sociais os vetores de uma modernidade reflexiva, os criadores de um espaço público global e de uma nova cultura política,

²⁶⁸ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: Op.Cit.*, 1998, p. 354; CAMPILONGO, Celso. *Interpretação do Direito e Movimentos Sociais. Op. Cit.*, 2012, p.15.

²⁶⁹ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad. Op. Cit.*, 2007a, p. 683-684.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 673 e 681; LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo. Op. Cit.*, 2006b, p. 190; CAMPILONGO, Celso. *Interpretação do Direito e Movimentos Sociais. Op. Cit.*, 2012, p .94-96.

reivindicando uma democracia mais participativa²⁷¹. Por sua vez, Luhmann resiste em aceitar uma efetiva capacidade de transformação, por si só, a partir desses movimentos, demonstrando que existe uma dose de ingenuidade em acreditar que observam o sistema social do lado de fora, ao mesmo tempo em que podem ser um produto puro, de modo a contribuir efetivamente para sua adaptação e estabilização. No entanto, apesar de considerar tais limitações, Luhmann reconhece que esses movimentos alternativos têm a capacidade de “irritar” os sistemas a fim de que eles possam estimular a modificação das estruturas estabelecidas²⁷².

O movimento protesto, nessa linha, toma a forma de reivindicações à política e, conseqüentemente, ao direito²⁷³. Diante dessas expectativas em relação ao perigo dos riscos, o Estado precisa reagir tomando decisões que se impõem coletivamente, embora geralmente não haja consenso racional. Como resultado, ele se torna a autoridade máxima para transformar perigos em riscos e deve agir em uma situação de incerteza sem poder decidir de uma maneira totalmente racional²⁷⁴.

Destaca-se, mais uma vez, que Luhmann prefere utilizar o termo “movimento de protesto” por considerar mais específico e adequado ao contexto moderno, pois o protesto nada mais é do que uma forma de comunicação direcionada ao outro, “clamando pelo seu senso de responsabilidade”²⁷⁵.

Além disso, conforme vimos antes, embora a comunicação de protesto ocorra dentro da sociedade, caso contrário não seria comunicação, ela procede como se fosse de fora. Ela se expressa na forma de um senso de responsabilidade pela sociedade, mas “contra” ela e se utilizando de suas próprias estruturas comunicativas²⁷⁶.

Observe-se que esse paradoxo não é necessariamente ruim, pois os estímulos provocados pelos movimentos sociais podem proporcionar ao sistema social global uma função que nenhum outro sistema parcial pode proporcionar: ser uma forma de observação crítica externa à própria sociedade, uma forma de a sociedade se observar, de construir outra realidade ou outra representação de si mesma, ainda que essa observação/representação seja uma ficção, uma ilusão. Numa sociedade funcionalmente diferenciada, sem vértice e sem

²⁷¹ BAUMAN, Zygmunt; BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LUHMANN, Niklas. *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Jostxo Berain (Comp), Barcelona, Anthropos, 1996, p. 221-232.

²⁷² LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Op. Cit., 2007a, p. 686.

²⁷³ LUHMANN, Niklas. *Riesgo y peligro*. Op. Cit., 2007b, p. 358-403

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 358-403. Ver também, LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Op. Cit., 2006b, p. 92.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 179-180

²⁷⁶ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Op. Cit., 2007, p. 676.

centro, os movimentos sociais assumem a função de serem um ponto reflexão para as contradições e conflitos e, não invariavelmente, levantam a luz para questões tradicionalmente marginalizadas pelos demais sistemas funcionais.

Vale anotar, mais uma vez, a seguinte passagem:

A sociedade, como todo sistema (e poderíamos até dizer como o mundo), precisa de um limite interno para poder pensar em si mesma. Não pode ser observado e descrito de fora. A única possibilidade é a de uma projeção imaginária com a qual uma autodescrição pode reivindicar para si um ponto de vista externo fictício. Ao fazê-lo, deve aceitar o paradoxo da unidade interna e externa e encontrar uma forma que anule esse paradoxo, isto é, o substitua e assim o oculte, traçando uma distinção. Isto é precisamente o que é alcançado pela forma de protesto contra algo que os outros deveriam fazer melhor²⁷⁷.

Mas observe-se que não se trata de uma visão melhor ou mais verdadeira que qualquer outra. Ela é apenas uma visão diferente. Os movimentos sociais também podem oferecer ao sistema jurídico possibilidades de hetero-observação e, dessa forma, fornecer dados, antes desconhecidos, e que podem minimamente possibilitar a compreensão por meio de uma outra perspectiva²⁷⁸.

No mesmo sentido:

A hetero-observação (Fremdbeobachtung) permite adquirir uma posição mais independente em relação ao objeto. As propriedades do objeto, no caso do sistema jurídico, distinguem-se de maneira mais precisa de seu ambiente, de sua história, e se emancipam de sua apreciação (Wertschätzung) no interior do sistema. Diferentemente da auto-observação, a hetero-observação pode contemplar, no mínimo, a diferença entre as estruturas latentes e manifestas, da mesma forma que possibilita enxergar o que não se pode ver no interior do sistema²⁷⁹.

Cabe, aqui, ressaltar mais uma vez a particular contribuição que a distinção risco/perigo traz ao debate, pois, como vimos, essa distinção leva à formação de dois grupos sociais diferentes: os tomadores de decisão; e as pessoas possivelmente afetadas, que estão expostas aos perigos, isto é, às decisões de outras pessoas ou organizações.

Essa perspectiva também nos ajuda a compreender o risco como um ponto de partida para a observação de como os movimentos sociais tematizam e canalizam os conflitos em outros sistemas sociais, sobretudo no sistema jurídico. Dessa forma, essa distinção tem

²⁷⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo Op. Cit.*, 2006b, p. 196.

²⁷⁸ LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: *Op. Cit.*, 2004, p. 24.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 53.

grande repercussão para o presente trabalho, uma vez que existe um nítido deslocamento do campo de disputa por reconhecimento e tutela de direitos, que antes se direcionava unicamente para o poder político e hoje se volta para o âmbito do poder judiciário, mais especificamente para o Supremo Tribunal Federal.

Assim, a relação entre os tribunais e os movimentos sociais pode ser frutífera no sentido de que estes últimos podem potencializar a capacidade de observar os conflitos de modo “a ver o que os sistemas sociais diretamente envolvidos não veem: os paradoxos, as latências e as possibilidades tanto internos aos sistemas quanto condensados em razão do conflito”²⁸⁰.

A resolução de conflitos no âmbito dos tribunais se apresenta como terreno fértil para produção de variabilidade no próprio sistema jurídico. Nesse sentido, também é possível identificar que os movimentos sociais vislumbram a unidade do sistema jurídico a partir da diferença entre variação e redundância. Eles observam o sistema com o objetivo de promover variação; no entanto, usam sua capacidade de redundância operacional para garantir expectativas e, dessa forma, reconhecem a força da validade de suas decisões: “Observam as observações do sistema jurídico e seus enlaces internos”²⁸¹. Por outro lado, também observam o sistema jurídico de modo que este lhes permitam almejar a vantagem característica da positividade do direito: a possibilidade de variação. Nesse sentido, “a inquietude dos movimentos sociais é fixada nos tribunais”²⁸² (ainda que momentaneamente) e a possibilidade de variação/mudança do direito é possibilitada/potencializada pelos movimentos sociais.

Os movimentos sociais se utilizam de mecanismos de abertura para participação social no procedimento de tomada de decisão, como é o caso do *amicus curiae* e das audiências públicas, e, devido a sua característica de atuação, podem contribuir para a atenuação do déficit de legitimidade democrática, com a pluralização do debate, bem como para potencializar o conhecimento dos riscos da decisão.

Ademais, a atuação dos movimentos sociais através desses procedimentos se configura como uma estratégia de ampliação e construção de novas formas de sociabilidades, invariavelmente marginalizadas pela comunidade social e política.

²⁸⁰ CAMPILONGO, Celso. *Interpretação do Direito e Movimentos Sociais*. Op. Cit., 2012., p. 35.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 87-88.

²⁸² *Ibidem*, p. 89.

4.3.1 Breves considerações sobre os mecanismos formais de acesso dos movimentos sociais ao Supremo Tribunal Federal: o *amicus curiae* e audiências públicas

Não é de hoje que as questões que giram em volta da “relativização” do monopólio da hermenêutica constitucional se tornou uma realidade mundial, tendo em vista a complexidade e a pluralidade da sociedade atual. Nesse contexto, a diversificação dos intérpretes formais e, sobretudo, dos intérpretes informais, consiste a base fundamental da doutrina protagonizada por Peter Häberle, segundo a qual deve-se ter em mente que a sociedade em geral, que “vivencia” as normas constitucionais, também deve ser considerada copartícipe da interpretação da Constituição²⁸³. Essa doutrina teve grande influência no constitucionalismo brasileiro e foi uma das fontes responsáveis por estimular o desenvolvimento de mecanismos de abertura da jurisdição constitucional, como é o caso do *amicus curiae* e das audiências públicas, com vistas a uma maior participação social no processo de decisão.

A intervenção do *amicus curiae* tem sua origem no direito romano e é um instituto originalmente típico de sistemas que adotam a cultura do *common law*, mas, ao longo do tempo, tornou-se cada vez mais comum nos países cujo sistema se baseia na cultura do *civil law*²⁸⁴. Com ampla utilização no direito inglês e posteriormente adotada no direito norte-americano (frequentemente chamados de “*Friend of The Court*”), no Brasil, o ingresso do *amicus curiae* no processo pode advir de um pedido do próprio terceiro ou mesmo de uma das partes, como também pode ser solicitado por ofício expedido pelo juiz. Portanto, essa é uma modalidade de intervenção que tanto pode ser voluntária, espontânea, quanto mediante requisição. Sem excluir outros dispositivos, atualmente sua regulamentação tem como base principal o art. 138 do atual Código de Processo Civil e o art. 7, §2º da Lei 9.868/99²⁸⁵.

Historicamente previsto em legislações esparsas, sua primeira utilização no Brasil se

²⁸³HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. *Op. Cit.*, 2015, p. 13-15, 41.

²⁸⁴ WAMBIER, T. A. A. *Amicus curiae: afinal, quem é ele?* Direito e Democracia, v. 8, n. 1, jan.-jun.2007. Canoas: Universidade Luterana do Brasil, 2007, p. 257.

²⁸⁵ Nesse sentido, segue o art. 7º, §2º da Lei 9.868/99, que assim dispõe: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. Além disso, anote-se a disposição do art. 138 do atual Código de Processo Civil (2015): “O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”.

deu por intermédio da Lei nº 6.616 de 16 de dezembro de 1978, que inovou na redação do art. 31 da Lei 6.385/76, que tratava de matérias relacionadas a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), prevendo que a referida comissão deveria ser intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo quinze dias a contar da intimação. Semelhante previsão também estava contida na Lei 8.884/94, que, em seu art. 89, previa a intervenção do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) para atuar como terceiro nos processos em que tivessem como objeto de discussão a aplicação ou não da referida Lei.

O §2º do art. 3 da Lei no 11.417/2006, previu hipótese de atuação dos amigos da corte nos procedimentos de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante. Da mesma forma, a Lei no 11.418/2006 acrescentou o art. 543-A ao Código de Processo Civil de 1973, que, em seu §6º, admitiu a manifestação de terceiros na análise da repercussão geral em recurso extraordinário pelo STF. Por sua vez, a Lei 11.672/2008 acrescentou ao CPC/73, o art. 543-C, estabelecendo procedimento a ser seguido no julgamento de recursos repetitivos pelo STJ, o qual previu, em seu §4º, também a atuação desses terceiros²⁸⁶.

Em 2014, no parágrafo primeiro do art. 23, da Resolução nº 390 de 17 de setembro de 2004 do Conselho da Justiça Federal, o qual dispõe sobre o Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, foram detalhados os atos normativos que traziam explicitamente o termo “*amicus curiae*” no direito brasileiro:

Art. 23. As partes poderão apresentar memoriais e fazer sustentação oral por dez minutos, prorrogáveis por até mais dez, a critério do presidente.
 § 1º O mesmo se permite a eventuais interessados, a entidades de classe, associações, organizações não governamentais, etc., na função de “*amicus curiae*”, cabendo ao presidente decidir sobre o tempo de sustentação oral.

Já em 2015, com a reformulação do Código de Processo Civil, o mecanismo do *amicus curiae* passou a ter um marco regulatório mais definido, superando formalmente possíveis lacunas e trazendo uma delimitação maior a utilização do referido mecanismo. Em

²⁸⁶ §2º do art. 3 da Lei 11.417/2006: “no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”. § 6º do art. 543-A do CPC/73: “O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”. § 4º do art. 543-C do CPC/73: “O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia”.

seu art. 138, o CPC/2015 trata de hipóteses específicas de intervenção de *amicus curiae*, que podem ser coordenadas com os outros dispositivos, tais como: art. 927, § 2º; art. 950, § 2º e §3º; art. 976; e art. 1.035, § 4º²⁸⁷.

A intervenção do *amicus curiae*, dessa forma, é cabível quando houver relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia (art. 138 do CPC/2015)²⁸⁸, podendo também ser utilizada em todos os níveis de jurisdição e causas de qualquer natureza em que eles se fizerem necessários. O juiz, ao solicitar ou admitir a participação do “amigo da corte”, determinará de forma concreta os poderes que lhe são conferidos (art. 138, § 2º do CPC/2015²⁸⁹).

Não existe um consenso sobre a natureza jurídica do *amicus curiae*, sendo ele frequentemente considerado “um terceiro de natureza especial”, “assistente atípico”, “colaborador da justiça”, “interventor especial” e, em sentido amplo, “representante da sociedade” no controle de constitucionalidade das normas.

A ausência de consenso sobre sua natureza jurídica decorre do fato de que ele não é considerado testemunha, não se sujeita às regras de suspeição, também não se sujeita as mesmas condições formais de um perito processual, ainda que atue na condição de entidade

²⁸⁷ Art. 927 do NCPC/15 - Os juízes e os tribunais observarão: § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

Art. 950 do NCPC/15 - Remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento. § 2º A parte legitimada à propositura das ações previstas no art. 103 da constituição federal poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo previsto pelo regimento interno, sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos. § 3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Art. 976 do NCPC/15 - É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. § 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente. § 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono. § 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado. § 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. § 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas”.

Art. 1.035, do NCPC/15 - O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Para uma visão mais abrangente, ver WAMBIER, T. A. A. *Amicus curiae: afinal, quem é ele?* *Op.Cit.*, 2007, p. 205.

²⁸⁸ WAMBIER, T. A. A. *Amicus curiae: afinal, quem é ele?* *Op.Cit.*, 2007, p. 206.

²⁸⁹ Art. 138 §2º do NCPC/15 - Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

com notório conhecimento e autoridade científica sobre a matéria em questão, sua atuação não é remunerada e ele também não exerce as mesmas funções formais de fiscal da lei, tal como o Ministério Público (embora tenha como uma de suas características possibilitar maior vigilância e fiscalização no processo que participa).

Assim, de acordo com o CPC/2015, o *amicus curiae* não assume os ônus das partes, sendo que sua intervenção não é fundamentada no interesse jurídico ou no ganho de causa de uma das partes, diferenciando-se, sob esse aspecto, inclusive, da assistência simples (art. 123 do CPC/2015²⁹⁰). Portanto, ao menos formalmente, ele não assume poderes processuais suficientes para auxiliar as partes do processo. Ainda que seus poderes sejam definidos em cada caso concreto pelo juiz, na sua origem, limitam-se à prestação de subsídios para a decisão.

Precisamente porque exerce faculdades limitadas no processo, não assumindo propriamente a condição de parte, o *amicus curiae* também não se submete à autoridade da coisa julgada, em conformidade com o art. 506 do CPC/2015²⁹¹. Ainda, a intervenção do *amicus curiae* não importa alteração de competência (art. 138, § 1º, do CPC/2015)²⁹², assim, quando uma pessoa de direito público, órgão ou empresa pública federal ingressa como *amicus* em processo em trâmite na justiça estadual, a competência não se deslocará para a justiça federal. Dado ao papel processual especial dos *amici*, não se aplicam à hipótese o art. 109, I, da CF/1988²⁹³, bem como o art. 45 do CPC/2015²⁹⁴.

²⁹⁰ Art. 123 do NCPC/15- Transitada em julgado a sentença no processo em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão, salvo se alegar e provar que: I - pelo estado em que recebeu o processo ou pelas declarações e pelos atos do assistido, foi impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença; II - desconhecia a existência de alegações ou de provas das quais o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu.

²⁹¹ Art. 506 do NCPC/15 - A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

²⁹² Art. 138 § 1º do NCPC/15 - A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

²⁹³ Art. 109 da CF/88. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho

²⁹⁴ Art. 45 do NCPC/15 - Tramitando o processo perante outro juízo, os autos serão remetidos ao juízo federal competente se nele intervier a União, suas empresas públicas, entidades autárquicas e fundações, ou conselho de fiscalização de atividade profissional, na qualidade de parte ou de terceiro interveniente, exceto as ações:

I - de recuperação judicial, falência, insolvência civil e acidente de trabalho;

II - sujeitas à justiça eleitoral e à justiça do trabalho.

§ 1º Os autos não serão remetidos se houver pedido cuja apreciação seja de competência do juízo perante o qual foi proposta a ação.

§ 2º Na hipótese do § 1º, o juiz, ao não admitir a cumulação de pedidos em razão da incompetência para apreciar qualquer deles, não examinará o mérito daquele em que exista interesse da União, de suas entidades autárquicas ou de suas empresas públicas.

É importante ressaltar que, embora haja discussão sobre o assunto, ao menos formalmente, o *amicus curiae* não tem relação direta ou interesse próprio na lide. Tradicionalmente ele sempre esteve atrelado à atribuição formal de auxiliar a Corte em matéria controvertida.

No entanto, diante do aumento de complexidade social, somada à multidisciplinariedade e amplitude de temas debatidos no âmbito da jurisdição constitucional e à limitada capacidade cognitiva do STF sobre esses temas, é possível vislumbrarmos uma transformação na natureza jurídica dos *amici*, de modo a considerar que eles possam ter interesse geral na causa, sobretudo por não invariavelmente figurarem na condição de possíveis afetados pelas decisões. O próprio § 2º do art. 7 da lei 9.868/99 possui como um dos requisitos de participação a existência de representatividade adequada dos postulantes e, nesse sentido, embora não exista exigência de interesse específico na causa, existe uma perspectiva potencial de que os integrantes dos órgãos, entidades ou movimentos sociais que participem ou solicitem participação como *amici* sejam afetados pela decisão.

Dessa forma, sobretudo em causas de grande amplitude e repercussão social, pensamos que o *amicus curiae* pode ser considerado um “terceiro” que possui natureza institucional que se aproxime de um “amigo da causa” ou “da parte”²⁹⁵, contribuindo através de argumentos e esclarecimentos que visem interesses gerais da coletividade, de grupos ou classes sociais.

Mesmo que tardia no ordenamento jurídico brasileiro, a admissibilidade pelo Supremo Tribunal Federal do mecanismo do *amicus curiae* completa aproximadamente 20 anos, tendo até o presente momento 345 ações em que esses “terceiros de natureza especial” solicitaram participação, conforme tabela (1) abaixo:

Tabela 1 – Ações com atuação de *amicus curiae* no STF por Ministro.

Ministros	Quant. Ações
Ministro Luiz Fux	39
Ministra Cármen Lúcia	32
Ministro Gilmar Mendes	29
Ministro Marco Aurélio	26
Ministro Alexandre de Moraes	24

§ 3º O juízo federal restituirá os autos ao juízo estadual sem suscitar conflito se o ente federal cuja presença ensejou a remessa for excluído do processo.

²⁹⁵ Nesse sentido, ver: CARDOSO, Oscar Valente. *Amicus curiae* e audiências públicas no controle de constitucionalidade brasileiro. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS*, v. 9, n. 2, 2014, p. 14.

Ministros	Quant. Ações
Ministro Ricardo Lewandowski	24
Ministro Edson Fachin	22
Ministro Roberto Barroso	22
Ministro Dias Toffoli	21
Ministra Rosa Weber	17
Ministro Celso de Mello	18
Ministro Carlos Ayres Britto	17
Ministro Joaquim Barbosa	15
Ministro Eros Grau	14
Ministro Menezes Direito	8
Ministro Cezar Peluso	6
Ministro Carlos Velloso	4
Ministro Teori Zavascki	4
Ministro Maurício Corrêa	3
Ministro Octavio Gallotti	1
Ministro Sepúlveda Pertence	1

Fonte: Elaboração própria²⁹⁶.

A discrepância do quantitativo demonstra a atualidade da participação dos *amici curiae* no âmbito do STF. No entanto, tamanha solicitação não implica a direta aceitabilidade pelos ministros relatores. Como exemplo, podemos relatar que foi nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.130-3/SC, ao admitir, na qualidade de *amicus curiae*, a Associação dos Magistrados Catarinenses (AMC), em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, na qual se discutia a legitimidade jurídico-constitucional de resolução administrativa do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que o STF passou a utilizar efetivamente a Lei nº 9.868/99.

O então Ministro Relator Celso de Mello, ao aclarar a intervenção do *amicus curiae*, ressaltou:

A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo, de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da

²⁹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI, ADC, ADO, ADPF*. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>. Acessado em: 10.jan.2020.

coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional²⁹⁷.

São várias são as situações em que se levou à apreciação da Corte pedidos de admissão do *amicus curiae* ou efetivamente se deu tal intervenção, sendo muitas as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Entretanto, o que se pretende neste momento não é esgotar a análise das decisões, dada a sua complexidade; mas demonstrar, através do desenvolvimento da legislação e da jurisprudência, a importância da atuação dos *amici curiae*, de modo a efetivamente contribuírem para decisões mais democráticas e com maior conhecimento dos seus efeitos no âmbito social.

Um caso de grande destaque no STF com a participação de *amicus curiae*, foi o *Habeas Corpus* nº 82.424/2003, impetrado pelo editor Siegfried Ellwanger. Condenado pelo crime de racismo, o mesmo alegava ter sido condenado por crime de preconceito, e não de racismo, argumentando que o delito cometido não teria conotação racial. Além da repercussão social, sua relevância se apresenta por ter sido permitida a sustentação oral por parte do *amicus curiae*, inovando em relação à matéria, já que até então prevalecia o entendimento de que apenas competia ao *amicus curiae* juntar aos autos manifestação escrita. O Supremo Tribunal Federal acabou por confirmar, em setembro de 2003, por 8 votos a 3, a condenação de Siegfried Ellwanger, pelo crime da prática de racismo.

No caso em referência, a peculiaridade também se manifesta pela admissão de *amicus curiae* em sede de *habeas corpus*, pois até então não havia previsão legal para a tal intervenção, fato que demonstra a amplitude de interpretação quanto à admissibilidade de tal mecanismo com o passar do tempo.

No mesmo sentido, também, podemos citar o informativo 331/2003 do STF, que noticia a possibilidade de manifestação de *amicus curiae* por meio de sustentação oral:

Substituição Tributária e *Amicus Curiae*:

Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, resolvendo questão de ordem suscitada no julgamento das ações diretas acima mencionadas, admitiu, excepcionalmente, a possibilidade de realização de sustentação oral por terceiros admitidos no processo abstrato de constitucionalidade, na qualidade de *amicus curiae*. Os Ministros Celso de Mello e Carlos Britto,

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.130-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 02.02.2001. p. 2. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000158965&base=baseMonocraticas> Acessado em: 02.set.2019.

em seus votos, ressaltaram que o § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99, ao admitir a manifestação de terceiros no processo objetivo de constitucionalidade, não limita a atuação destes à mera apresentação de memoriais, mas abrange o exercício da sustentação oral, cuja relevância consiste na abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade; na garantia de maior efetividade e legitimidade às decisões da Corte, além de valorizar o sentido democrático dessa participação processual. O Min. Sepúlveda Pertence, de outra parte, considerando que a Lei 9.868/99 não regulou a questão relativa à sustentação oral pelos amici curiae, entendeu que compete ao Tribunal decidir a respeito, através de norma regimental, razão por que, excepcionalmente e apenas no caso concreto, admitiu a sustentação oral (...). ADI 2675/PE, rel. Min. Carlos Velloso e ADI 2777/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 26 e 27.11.2003. (ADI-2675) (ADI-2777)²⁹⁸.

Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF)²⁹⁹, proposta em 17 de junho de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), na qual se arguia o descumprimento de preceito fundamental ao se proibir o aborto de fetos anencéfalos, a figura do *amicus curiae* não foi admitida, a despeito da relevância social do tema e dos vários pedidos de intervenção. A discussão ganhou evidência no país, amplamente difundida pelos meios de comunicação, envolvendo diversos segmentos da sociedade, dividindo opiniões de operadores do direito, profissionais da saúde, médicos, entidades religiosas, entidades defensoras dos direitos da mulher, da família, dentre tantas outras.

Naquela oportunidade, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) também requereu sua admissão no feito na qualidade de *amicus curiae*. O Ministro Marco Aurélio, então Relator da matéria, acabou por negar-lhe a intervenção, nos seguintes termos:

ACÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - INTERVENÇÃO DE TERCEIRO - REQUERIMENTO - IMPROPRIEDADE.

1. Eis as informações prestadas pela Assessoria: A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB - requer a intervenção no processo em referência, como *amicus curiae*, conforme preconiza o § 1º do artigo 6º da Lei 9.882/1999, e a juntada de procuração. Pede vista pelo prazo de cinco dias.
2. O pedido não se enquadra no texto legal evocado pela requerente. Seria dado versar sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.868/99, que disciplina também processo objetivo - ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, a admissão de terceiros

²⁹⁸CARDOSO, Oscar Valente. *Amicus curiae* e audiências públicas no controle de constitucionalidade brasileiro. *Op. Cit.*, p. 7.

²⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF*, Relator Ministro Marco Aurélio, julg. 31/07/2008, publ. 14/08/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24.SCLA.+E+54.NUME.%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9mcp-fe>. Acessado em: 02.set.2019.

não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação na via recursal.

3. Indefiro o pedido. Em relação à decisão que negou a intervenção da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, houve pedido de reconsideração e, posteriormente, interposição de agravo regimental, pleitos estes, também, negados, nos seguintes termos: [...] na própria decisão agravada, restou esclarecido que o ato do relator mediante o qual admite, ou não, a intervenção, não é passível de impugnação na via recursal - artigo 7º, § 2º, da lei nº 9868/99. 3 - Ante o quadro, nego seguimento ao agravo, cuja peça deverá ser devolvida à agravante³⁰⁰.

Vê-se que o Relator manteve o seu entendimento e deixou de admitir como *amicus curiae* a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), destacando a irrecorribilidade da decisão que deixa de admitir, ou seja, a impossibilidade de impugnação pela via recursal, evidenciando, ainda, certa imprecisão da Lei nº 9.868/1999.

Observe-se que a decisão pela não admissibilidade da intervenção da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil não se pautou, apenas, no fato de se tratar de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, mas por entender o Relator que a referida Confederação não traria informativos necessários a uma melhor elucidação da causa, acabando por tumultuar o processo. Semelhante desfecho teve a pretensão da Associação Nacional Pró-vida e Pró-família, que também pleiteou a intervenção como *amicus curiae* nos autos da ADPF nº 54, bem como a Associação do Desenvolvimento da Família, que também não foram admitidas, por entender o Relator que tais entidades não apresentariam informações a justificar sua intervenção nos autos.

No entanto, apesar de negar a referida intervenção, o Relator terminou por reconhecer a relevância do tema em debate para a sociedade civil, propondo, nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, a realização de audiência pública para discutir a matéria, fato que demonstra certa complementaridade entre o instituto do *amicus curiae* e a convocação de audiências públicas, conforme fundamentado em sua decisão:

(...) a matéria em análise deságua em questionamentos múltiplos. A repercussão do que decidido sob o ângulo precário e efêmero da medida liminar redundou na emissão de entendimentos diversos, atuando a própria sociedade. Daí a conveniência de acionar-se o disposto no artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999:

Art. 6º: § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos

³⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF*, Acórdão. *Op. Cit.*, 2008, p. 9.

processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Então, tenho como oportuno ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como *amicus curiae*, a saber: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, como também as seguintes entidades: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas – CEMICAMP³⁰¹.

Na adoção de tal procedimento, em decorrência da relevância da matéria, o Ministro Marco Aurélio argumentou que sua decisão aconteceu frente à necessidade de observância aos princípios da economia e celeridade processuais, clamando pelo direcionamento máximo da eficácia da lei, o que poderia ser afetado com a intervenção de várias entidades na condição de *amicus curiae*.

Assim, talvez pela ampliação de peticionamentos de *amici curiae*, e buscando maior celeridade dos julgamentos, o STF lançou mão das audiências públicas totalizando 30³⁰² desde a Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos artigos 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno do STF, com a finalidade de “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante”.

Além dos dispositivos acima citados, é também possível observar a regulamentação para convocação de audiências públicas em outros dispositivos legais, dentre os quais, podemos citar o art. 154 do Regimento Interno do STF, bem como o § 1º do art. 9 da Lei 9.868/99 e §1º do art. 6 da Lei no 9.882/99³⁰³. Também é válido destacar a redação do §2º do

³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF*, Acórdão. *Op. Cit.*, 2008, p. 19.

³⁰² Até o término do ano de 2019.

³⁰³ O parágrafo único do art. 154 do Regimento Interno do STF, trata do procedimento para convocação de audiências públicas, que assim dispõe:

Art. 154. Parágrafo único: A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento: (Incluído pela Emenda Regimental n. 29, de 18 de fevereiro de 2009)

art. 927 do CPC/15, que prevê sua convocação, com possibilidade de participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para o debate nos casos de “alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos”.

A distribuição das convocações de audiências públicas pelos Ministros Relatores pode ser descrita conforme a tabela (2) e (3) a seguir, seguida das temáticas analisadas e do quantitativo de participantes.

Tabela 2 – Audiências públicas convocadas por Ministro

Ministro Relator	Audiências Públicas convocadas
Luiz Fux	7
Gilmar Mendes	5
Marco Aurélio	3
Cármen Lúcia	4
Dias Toffoli	3
Luís Roberto Barroso	3
Carlos Ayres Britto	1
Ricardo Lewandowski	1
Edson Fachin	1
Rosa Weber	2

Fonte: Elaboração própria³⁰⁴

I – O despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas; (Incluído pela Emenda Regimental n. 29, de 18 de fevereiro de 2009)

II – Havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião; (Incluído pela Emenda Regimental n. 29, de 18 de fevereiro de 2009)

III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar; (Incluído pela Emenda Regimental n. 29, de 18 de fevereiro de 2009)

IV – O depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate; (Incluído pela Emenda Regimental n. 29, de 18 de fevereiro de 2009)

V – A audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça; (Incluído pela Emenda Regimental n. 29, de 18 de fevereiro de 2009)

VI – Os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Pres

idência; (Incluído pela Emenda Regimental n. 29, de 18 de fevereiro de 2009)

VII – os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência. (Incluído pela Emenda Regimental n. 29, de 18 de fevereiro de 2009)

Previsão do § 1º do art. 9 da Lei 9.882/99 - Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Previsão do § 1º do art. 6 da Lei 9.868/99 - Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

³⁰⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Audiências Públicas – Realizadas. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>. Acessado em: 10.jan.2020.

Tabela 3 – Tematizações das audiências públicas x quantitativo de participantes.

Temas	Participantes
Judicialização do direito à saúde	50
Interrupção voluntária da gestação	45
Ações Afirmativas	41
Uso do depósito Judicial	40
Amianto	35
Queimadas em canaviais	32
TV por assinatura	31
Ensino Religioso nas Escolas	31
Financiamento de campanhas	30
Liberdade de expressão artística	29
Regime prisional	28
Lei Seca	27
Anencefalia	26
Direitos autorais	24
Mais médicos	23
Células-tronco	22
Novo Código Florestal	22
Transmissão de energia	21
Biografias não autorizadas	17
SUS	16
Pneus	11

Fonte: Elaboração própria³⁰⁵.

A primeira audiência pública realizada pelo Tribunal foi convocada pelo Ministro Ayres Britto, Relator da ADI 3510, que impugnava dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), e ocorreu no dia 20 de abril de 2007. O então Ministro se pronunciou a respeito do instituto, afirmando que "além de subsidiar os Ministros deste STF, também possibilitará uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta nossa colenda Corte".

Após breve exposição sobre como ocorre a atuação dos *amici curiae* e a convocação das audiências públicas no âmbito do STF, passaremos a fazer breves observações críticas sobre tais mecanismos, de modo a identificar algumas dificuldades de acesso por parte da sociedade civil e dos movimentos sociais a nossa Corte Constitucional.

³⁰⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Audiências Públicas – Realizadas. *Op. Cit.*, 2019.

4.3.2 Das possíveis dificuldades de acesso ao STF por parte dos movimentos sociais

Embora, até o presente momento, tenhamos destacado a importância da abertura da jurisdição constitucional, com ênfase nas contribuições da participação dos movimentos sociais, é preciso que essa possibilidade de participação também seja analisada de forma crítica, no sentido observar se ela reflete uma situação realista e efetiva na busca por tutela de direitos fundamentais, de modo que não sejam utilizadas apenas como um mero instrumento de “legitimação aparente” para intervenção judicial.

Nesse contexto, de forma ilustrativa, cumpre-nos apontar algumas situações significativas que podem configurar certas dificuldades de acesso dos movimentos sociais, e da sociedade civil em geral, ao processo constitucional.

A primeira dificuldade que merece observação se refere a impossibilidade de deflagração direta da jurisdição constitucional. Embora o acesso à jurisdição do STF tenha tido seu quantitativo de legitimados aptos a provocar o controle abstrato ampliado, possibilitando a propositura de ações diretas a outras instituições e entidades, a sociedade civil em geral, por sua vez, não foi contemplada com essa possibilidade, tendo o seu papel permanecido como coadjuvante³⁰⁶, sobretudo a partir da adoção da interpretação restritiva do inciso IX do art. 103 da Constituição Federal³⁰⁷, por parte da jurisprudência do STF.

Nesse sentido, a possibilidade de os movimentos sociais deflagrarem diretamente à jurisdição do STF é limitada, podendo ser realizada apenas indiretamente através de uma conexão distante da sua tematização, ou, para dizer de uma forma coloquial, “pegando carona”, através da proposição de ações de alguns dos legitimados especiais, previstos no artigo supracitado. A título de exemplo, podemos citar a ADPF nº 132, que pleiteava o reconhecimento das uniões homoafetivas e teve a sua proposição realizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro com o intuito de verificar se servidores estaduais com união

³⁰⁶ GUIMARÃES, A. L. N. *Participação Social no Controle de Constitucionalidade*. *Op. Cit.*, p. 29-30, 134.

³⁰⁷ Art. 103 CF/88. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - O Presidente da República;
- II - A Mesa do Senado Federal;
- III - A Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - A Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - O Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - O Procurador-Geral da República;
- VII - O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - Partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

homossexual deveriam ser consideradas como famílias para fins de benefícios estatutários, como licenças, previdência e assistência social, e não com base na tematização dos movimentos sociais acerca dos direitos LGBTQ+, conforme defendido pelos *amici curiae* na ocasião.

Da mesma forma, o acesso dos movimentos sociais foi percebido na ADPF nº 54, citada anteriormente, que reconheceu a licitude do aborto no caso de fetos anencefálicos, a qual foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), utilizando como base para tematização o risco de profissionais de saúde serem submetidos à perseguição criminal caso realizassem aborto dos fetos sem condição de vida extrauterina, e não a tematização dos movimentos sociais feministas como, por exemplo, os direitos reprodutivos ou da liberdade da mulher sobre o seu próprio corpo, conforme argumentado pelos diversos *amici curiae* durante o processo.

Embora não seja absolutamente excludente para a participação dos movimentos sociais no procedimento, tais fatos demonstram a necessidade de ressonância da sua tematização, o que dificulta o acesso de causas menos empáticas, principalmente aquelas que não estejam alinhadas com o interesse político, transformando-se em uma opção política e não advinda da necessidade de um amplo debate social a respeito do tema em questão³⁰⁸.

No entanto, conforme veremos mais a frente, no caso da ADO 26, que tratou da criminalização da homofobia e da transfobia, a tematização dos movimentos sociais estava alinhada com a demanda do Partido Popular Socialista, permitindo um maior imbricamento dos argumentos e, conseqüentemente, maior sensação de representatividade dos possíveis afetados pela decisão.

Dessa forma, não se pode negar a existência do fato de que quanto mais isolado e politicamente desmobilizado for o movimento social, menores serão as possibilidades de que seus interesses sejam motivos de deflagração da jurisdição constitucional e, conseqüentemente, menores serão as possibilidades de influência no processo de tutela dos seus direitos.

Destaque-se, ainda, que mesmo quando esses movimentos sociais encontram ressonância temática nos legitimados formais, superando a dificuldade de empatia por causas

³⁰⁸ COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano. *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?* O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Pesquisa financiada pelo CNPq. Brasília: Universidade de Brasília, 2014, p. 18. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541.

não tão “convenientes”, encontrando legitimados dispostos a reivindicar os seus direitos, é preciso considerar os diversos fatores que podem ocasionar conflitos de interesses, pois existe a necessidade de se traduzir os objetivos tematizados pelos movimentos e harmonizá-los com os objetivos do legitimado formal, fato que pode ocasionar a fragmentação dos seus objetivos reais, sobretudo quando falamos da possibilidade de atuação estratégia desses movimentos, que não se resumem apenas à busca de tutela de direitos, mas também se configuram como uma maneira de garantir visibilidade e estabelecer novas formas de sociabilidades tradicionalmente marginalizadas

O segundo fator que merece destaque quanto as dificuldades de atuação dos movimentos sociais, não se trata da (im)possibilidade de deflagração direta da jurisdição constitucional, mas sim da possibilidade de atuação como *amicus curiae* em processos já instaurados.

Falamos da centralização de poderes na pessoa do Relator para decidir sobre a admissibilidade de órgãos e entidades para atuar no procedimento. Essa competência, discricionária e exclusiva do Relator, é originária do seu “poder geral de instrução” e se baseia na ponderação dos critérios de “relevância da matéria” e da “representatividade dos postulantes”³⁰⁹. Em nossa leitura, essa dificuldade é a mais grave e significativa de todas, pois tal centralização pode provocar um desequilíbrio processual, sobretudo quando se tem em mente que essa decisão denegatória de admissibilidade é irrecorrível. Tal irrecorribilidade tem como base uma interpretação restritiva do art. 138 do CPC/2015 e do art. 7, §2º da Lei 9.868/99³¹⁰.

A irrecorribilidade de tal decisão já foi motivo de debates entre os ministros, no entanto, o plenário do STF, por maioria, pacificou a controvérsia no sentido de que se mantenha o entendimento já sedimentado anteriormente. A resolução foi noticiada por meio do informativo 920 da Corte que, em termos gerais, assim dispôs:

REPERCUSSÃO GERAL
DIREITO PROCESSUAL CIVIL – INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

³⁰⁹ BINENBOJM, G. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 164.

³¹⁰ Nesse sentido, segue o art. 7º, §2º da Lei 9.868/99, que assim dispõe: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. Além disso, anote-se a disposição do art. 138 do atual Código de Processo Civil (2015): “O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”.

“*Amicus curiae*”: indeferimento de ingresso e irrecorribilidade – É irrecorrível a decisão denegatória de ingresso, no feito, como *amicus curiae*.

Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, não conheceu de agravo regimental em recurso extraordinário interposto pela Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo (APESP) e pelo Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das Fundações e das Universidades Públicas do Estado de São Paulo (SINDIPROESP) contra a decisão que indeferiu sua admissão no processo como interessados. No recurso extraordinário, discute-se a possibilidade de, ante o mesmo credor, existir a distinção do que recebido, para efeito do teto remuneratório, presentes as rubricas proventos e pensão.

O Colegiado considerou que a possibilidade de impugnação de decisão negativa em controle subjetivo encontra óbice (i) na própria *ratio descendi* da participação do colaborador da Corte; e (ii) na vontade democrática exposta na legislação processual que disciplina a matéria.

Asseverou que o art. 138 (1) do Código de Processo Civil (CPC) é explícito no sentido de conferir ao juiz competência discricionária para admitir ou não a participação, no processo, de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, e de não admitir recurso contra essa decisão. O art. 7º (2) da Lei 9.868/1999, de igual modo, é inequívoco nesse sentido.

O Colegiado afirmou, também, que o *amicus curiae* não é parte, mas agente colaborador. Portanto, sua intervenção é concedida como privilégio, e não como uma questão de direito. O privilégio acaba quando a sugestão é feita. Ressaltou, ainda, os possíveis prejuízos ao andamento dos trabalhos da Corte decorrentes da admissibilidade do recurso, sobretudo em processos em que há um grande número de requerimentos de participação como *amicus curiae*.

Vencidos os ministros Marco Aurélio (relator) e Edson Fachin, que conheceram do agravo e reafirmaram precedentes que admitiram a interposição de recurso contra a decisão denegatória de ingresso no feito.

Para eles, nos termos das normas que regem a matéria, somente é irrecorrível a decisão que admitir a intervenção. Se a decisão é negativa, contrario sensu, cabe agravo para a apreciação pelo Colegiado. (...)” RE 602584 AgR/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, 17.10.2018. (RE-602584).

Como dito acima, o STF já tinha entendimento consolidado acerca da irrecorribilidade da referida decisão; no entanto, a citação do julgamento informado se faz extremamente oportuna, uma vez que o mesmo ocorreu após a promulgação do CPC de 2015, Código esse que trouxe vários dispositivos que reforçam a necessidade de abertura, qualificação e colaboração no contraditório do processo decisório, e mesmo assim não foi capaz de superar a interpretação restritiva sobre o tema em questão³¹¹.

Outra observação que vale ser anotada, é o entendimento retrógrado de que a

³¹¹ Cumpre-nos destacar que a partir do julgamento de agravo regimental na ADI 3396 (ocorrido em 06.08.2020), o STF, embora ainda de forma tímida, começa a dar sinais de caminhar no sentido de possibilitar a recorribilidade de tais decisões. No entanto, consideramos que tal entendimento ainda carece de consolidação.

“intervenção do *amicus curiae* é concedida como um privilégio, e não como direito”. Tal afirmação vai no sentido oposto aos valores que ditaram os estudos que resultaram no atual Código de Processo Civil, bem como à percepção da atual sociedade policontextual e hipercomplexa, sobretudo quando falamos de um Tribunal que se posiciona no centro do sistema jurídico, cujas decisões têm grande potencial de repercussão na esfera pública, e que, em contrapartida, possui limitado conhecimento do ambiente social multifacetado. Nesse contexto, ao nosso sentir, a participação no procedimento constitucional deve ser considerada um direito, e não um simples privilégio, que visa maior democratização, fiscalização e atenuação dos riscos das decisões.

Dessa forma, dependendo de como tais poderes são exercidos, a decisão pode ocasionar uma maior ou menor aceitabilidade de *amici* que poderiam contribuir para a pluralidade do procedimento e, de modo tendencioso, causar assimetria de forças ao admitir apenas aqueles que considere efetivamente “amigo” da corte, em outras palavras, que tenha posicionamento alinhado com o do Relator, privilegiando, assim, que setores da sociedade participem mais do debate em detrimento de outros, não havendo mecanismos externos que assegurem tal balanceamento.

Como exemplo, podemos citar o debate acerca do auxílio moradia de magistrados em que o então Ministro Relator Luiz Fux indeferiu praticamente todos os pedidos de entidades que se posicionavam contrários ao pagamento do auxílio, admitindo o ingresso apenas de *amici curiae* favoráveis a sua manutenção, não pluralizando o debate conforme objetiva esse mecanismo. Outro exemplo que reafirma a dificuldade ao permitir a exclusividade da decisão da aceitabilidade dos *amici curiae*, ocorreu no julgamento da ADPF nº 54, também já abordada no tópico anterior, quando, a partir de uma decisão genérica, o Ministro Relator Marco Aurélio negou ingresso a todas as entidades que requereram participação como *amicus curiae*³¹², utilizando como justificativa o temor de um “tumulto processual decorrente do elevado número de pedidos de ingresso”. Como vimos, essa decisão desencadeou questionamentos e críticas dos mais diversos setores da sociedade, inclusive dentro da própria Corte, sendo explicitadas pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto³¹³, que assim dispôs:

Não há dúvida, também, de que a participação de diferentes grupos em

³¹² As entidades que tiveram seu pedido negado foram: a Associação de Desenvolvimento da Família; a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB); a Católicas pelo Direito de Decidir; a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família; a Associação Médico-Espírita do Brasil; a Conectas Direitos Humanos; o Centro de Direitos Humanos e a Confederação Nacional das Entidades de Família.

³¹³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos Bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 141-144.

processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito.

A propósito, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às “intervenções de eventuais interessados”, assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição (...)

Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos “Amigos da Corte”.

Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição. É certo, também, que, ao cumprir as funções de Corte Constitucional, o Tribunal não pode deixar de exercer a sua competência, especialmente no que se refere à defesa dos direitos fundamentais em face de uma decisão legislativa, sob a alegação de que não dispõe do mecanismos probatórios adequados para examinar a matéria.

Entendo, portanto, que a admissão de *amicus curiae* confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito.

Por esses motivos, parece não ser razoável a ausência, nesse julgamento, de entidades da sociedade, como a CNBB e ONGs.

(...)

Teço essas considerações para registrar a minha inequívoca posição no sentido de que a admissão de *amici curiae*, de qualquer confissão religiosa, posição ideológica ou política, deve ser privilegiada por esta Corte. Em se tratando de ações de controle abstrato de constitucionalidade, isso é particularmente evidente, ante a repercussão da decisão³¹⁴.

Buscando minimizar a repercussão negativa, o Ministro Relator convocou audiência pública e, para tal, facultou a participação de todos os que haviam solicitado o ingresso como *amici* anteriormente³¹⁵.

As mesmas dificuldades encontradas na centralização dos poderes do Relator para admissão de *amicus curiae*, também podem ser configuradas na possibilidade de convocação de audiências públicas, bem como na admissão de quem pode ou não participar delas. Nesse sentido, dependendo da sensibilidade do Relator do caso, essa discricionariedade pode provocar um desequilíbrio informacional no processo, nos levando, mais uma vez, a

³¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº54/DF – Distrito Federal. Voto: Gilmar Mendes, p. 274.

³¹⁵ LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. *Os Diálogos Sociais no STF: as audiências públicas, o amicus curiae e a democratização da jurisdição constitucional brasileira*. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, Linha de Direito Público. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. p. 165.

questionar o presumido acesso da sociedade civil ao Tribunal promovido por esse mecanismo de abertura³¹⁶. Citamos como exemplo a ADI nº 4.277, que visava ao reconhecimento das uniões homoafetivas, mesmo com polêmica e contemporaneidade claras do caso, o então Ministro Relator Ayres Britto fez uso da sua discricionariedade e, apesar de pedidos expressos de convocação de audiência pública, a mesma não foi autorizada. Da mesma forma aconteceu na ADI nº 3239 (direitos das populações quilombolas, Ministro Relator Cezar Peluzo) e na ADPF nº 153 (revisão da Lei de Anistia, Ministro Luiz Fux), em que, apesar de ter a audiência pública solicitada por entidades da sociedade civil, as mesmas não foram acolhidas³¹⁷.

É importante destacar que o objetivo formal e originário das audiências públicas é servir como mecanismo para permitir que os Ministros do STF se abasteçam de argumentos técnicos e científicos, bem como ouvir pessoas com “experiência e autoridade na matéria”³¹⁸. Todavia, a própria jurisprudência do STF demonstra a ampliação desse mecanismo, interpretando de forma ampla os termos do dispositivo que o regula, de modo a possibilitar uma maior pluralidade de contribuições ao processo³¹⁹. Podemos citar, como exemplo, a ADPF nº 442, onde se discutiu a constitucionalidade da criminalização do aborto. Na ocasião, a Ministra Relatora Rosa Weber, ressaltou a polêmica que envolve a questão e franqueou o acesso à corte aos mais variados setores da sociedade, ocasião em que foi batido o recorde de pedidos de ingresso de *amici curiae*³²⁰. Tal fato, além de demonstrar certa complementaridade entre os dois mecanismos processuais, também é sintomático de uma mudança de visão na jurisprudência da Corte no sentido de garantir maior abertura e pluralização do debate. A referida audiência pública foi realizada e os debates foram

³¹⁶ LEAL, Fernando. O mito da sociedade aberta de intérpretes da Constituição. *Jota*. Supra. Publicado em 08.03.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-mito-da-sociedade-aberta-de-interpretres-da-constituicao-08032018>. Acessado em 12.dez.2019.

³¹⁷ Cumpre-nos ressaltar que embora não tenham sido convocadas as referidas audiências públicas, nas três ações citadas, houve participação de *amicus curiae* no julgamento, em plenário do STF.

³¹⁸ § 1º do art. 9 da Lei 9.882/99 - Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 1º do art. 6 da Lei 9.868/99 - Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

³¹⁹ BINENBOJM, G. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Op. Cit., 1994, p. 179.

³²⁰ POMPEU, Ana. ADPF que discute criminalização do aborto bate recorde de *amici curiae* no Supremo. *Consultor Jurídico*. 2020, p. 1. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-20/adpf-discute-aborto-bate-recorde-amici-curiae-supremo>. Acessado em 25.jan.2020.

amplamente divulgados pela mídia, gerando repercussão e despertando as mais diversas opiniões no âmbito social (o processo ainda está em andamento).

Embora, em nossa leitura, não impossibilitem a atuação dos movimentos sociais e da sociedade civil em geral no procedimento, podemos citar outros fatores que geralmente são considerados como limitadores da abertura da jurisdição constitucional³²¹, como por exemplo:

(I) A dificuldade de influência da manifestação oral em plenário dos *amici*, momento em que praticamente todos os ministros já estão com seus votos produzidos. Nesse sentido, entendemos que a possibilidade de entrega de memoriais/petições escritas atenua tal dificuldade, de modo que esse não nos parece ser um fator decisivo para baixa influência dos movimentos sociais no debate (podemos lembrar, como exemplo, a ADO 26 citada acima, em que as posições dos movimentos sociais foram fundamentais para a instrução do processo);

(II) No caso de audiência pública, a dificuldade pode ser levantada pelo baixo comparecimento dos Ministros nas sessões de debates. No entanto, essa ausência não necessariamente está relacionada ao descaso com o tema ou tem fator determinante para o desprestígio das intervenções no processo, podendo também ser atenuada através da utilização da tecnologia e com a possibilidade de analisar tal conteúdo em qualquer momento, tendo em vista que as previsões regimentais determinam que os trabalhos das audiências sejam registrados e juntados aos autos, assim como também elas são transmitidas pela TV Justiça. Além disso, existe a possibilidade de Ministros enviarem assessores para acompanhar as audiências, o que permitiria tomar contato com as discussões, independentemente da presença física³²²;

(III) Argumenta-se, ainda, o fato de que *amici curiae* com maior representatividade tem maior influência na Corte, sobretudo aqueles ligados à grandes instituições políticas e grandes corporações, assim como também argumenta-se que o fato de o pedido de ingresso como *amici curiae* também ser voluntário, pode favorecer grupos mais institucionalizados, organizados e com maior conhecimento da prática jurídica e “*know-how*” do cotidiano do Tribunal, limitando/dificultando o acesso de entidades e movimentos de menor porte, o que

³²¹ Para uma observação mais abrangente sobre esses pontos, ver: CARDINALI, Daniel Carvalho. (Im)possibilidades de Acesso à jurisdição do STF por Movimentos Sociais: Alguns fatores de limitação| Social movements (im) possibilities of accessing Brazil's Supreme Court (STF) jurisdiction: Some limiting factors. *Revista Publicum*, v. 4, n. 1, p. 126-177, 2018.

³²² LEITE, C. L. N. S. *Os Diálogos Sociais no STF*. Op. Cit. p. 94.

poderia provocar certa deformação na percepção de representatividade por parte dos Ministros³²³. Tal dificuldade, ao nosso ver, pode ser mitigada com a atuação mais sensíveis do Relator voltadas à promoção do equilíbrio da relação processual, convocando determinadas entidades ou participantes com visões opostas para o debate.

(IV) Também é possível defender que a participação dos *amici* não são levadas em consideração na decisão final ou que apenas são utilizadas como instrumento para fortalecer argumentos no sentido favorável ao voto do Ministro que as utiliza. Nesse sentido, embora seja importante a citação dos argumentos defendidos no procedimento, até mesmo em atendimento aos princípios da fundamentação e motivação das decisões judiciais, pensamos a verificação das citações dos participantes nos votos dos Ministros como representação de influência na decisão não pode ser analisada de forma determinista. É preciso que se verifique a ampliação do debate no sentido de cada participante desempenhar um papel na construção da realidade processual, de modo a alertar o julgador sobre os dissensos insuperáveis da sociedade, bem como possibilidade de tornar evidente os riscos da própria decisão; e que, a partir daí, ele construa uma unidade de sentido e estabilize expectativas comportamentais de forma mais adequada possível. Além disso, a ampliação do contraditório também tem o condão de gerar maior fiscalização ao processo decisório, limitando a arbitrariedade judicial. Dessa forma, na esteira do que foi abordado na parte teórica deste trabalho, o processo comunicativo ocorre como processo construtivo por meio de ressonância, de modo que não há que falar-se em “consenso” ou “transferência de informação” a ser verificada na decisão. Observe-se que a influência pode se configurar mesmo diante da ausência de uma menção direta dos argumentos dos participantes do contraditório.

Assim, apesar de considerada a importância e as capacidades contributivas da participação dos movimentos sociais, através da crescente atuação como *amici curiae* e na realização de audiências públicas no STF, o seu acesso à jurisdição constitucional ainda sofre algumas limitações. No entanto, talvez uma revisão sobre a interpretação em relação ao art. 103, IX da Constituição Federal, pudesse conferir uma abertura mais justa e real da Corte à sociedade civil e, por conseguinte, aos movimentos sociais, com a alteração do seu papel institucional, legitimando a proposição de ações no âmbito da jurisdição constitucional.

Além disso, diante do exposto, nos parece que a centralização dos poderes na pessoa do Relator acerca da admissibilidade de quem pode ou não participar do processo, bem como

³²³ LEITE, C. L. N. S. *Os Diálogos Sociais no STF. Op. Cit.* p. 189.

da discricionariedade para convocação das audiências públicas, exerce grande influência no processo de democratização da jurisdição, sobretudo quando falamos na irrecorribilidade dessas decisões. Impõe-se, nesse sentido, a necessidade de maior vigilância/fiscalização/repercussão dos envolvidos nos casos em que ocorrem essas decisões, assim como também uma revisão jurisprudencial da Corte Constitucional, de modo a permitir a interposição de recurso por parte daquele que deseja participar do debate, visando maior equilíbrio processual.

Após breve explanação sobre como ocorre a atuação dos *amici curiae* e a convocação das audiências públicas no âmbito do STF, bem como a observação de algumas dificuldades de acesso à Corte por parte dos movimentos sociais, e da sociedade civil em geral, passaremos a analisar alguns casos, buscando compreender a sua importância no processo de decisão com potencialidade de formação de precedente judicial.

Como afirmado na nossa introdução, destacamos casos de ampla repercussão social, cujas pautas de reivindicações envolvam a tutela de direitos de grupos vulneráveis, que tradicionalmente vivem à margem da proteção jurídica; assim como casos que tenham ampla participação de movimentos sociais, por entender que esses movimentos desempenham um papel importante na pluralização do debate, possuem forte capacidade de canalização do conflito social, antecipando os riscos da decisão e, conseqüentemente, potencializam o seu conhecimento.

Além disso, destaque-se mais uma vez que, diante das transformações institucionais ocorridas nas últimas décadas, os movimentos sociais encontraram no âmbito do poder judiciário um campo fértil (muitas vezes o único, na atual realidade institucional brasileira) para disputa de direitos, bem como para o estabelecimento de novas sociabilidades.

5 OBSERVAÇÃO DA CONSTRUÇÃO SOCIOLÓGICO-JURÍDICA DO PRECEDENTE JUDICIAL

5.1 A ADO 26 E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA

Constantemente, homossexuais e transexuais são vítimas de ações criminosas violentas, atos que se constituem em externalizações do preconceito. Nesse cenário, diversos movimentos sociais relacionados a gays, lésbicas, travestis e transexuais mobilizam-se com o objetivo de conseguir tutela estatal dos direitos constitucionalmente estabelecidos. Historicamente, desde o início da década de 1980, movimentos sociais LGBTQ+³²⁴ atuam no Brasil³²⁵.

O Grupo Gay da Bahia divulgou Relatório Anual de Assassinato de Homossexuais no Brasil (LGBTQ+) relativo ao primeiro trimestre de 2019, informando que foram documentadas 141 mortes de LGBTQ+, sendo 126 homicídios e 15 suicídios, demonstrando a importância da criminalização da homofobia e a necessidade de uma política de educação sensível à diversidade sexual³²⁶.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 (ADO 26), ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS) em dezembro de 2013, teve como questionamento central a criminalização de todas as formas de homofobia e de transfobia, destacando as ofensas, os homicídios, as agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual ou pela identidade de gênero, real ou suposta, da vítima e ressaltou que o Congresso Nacional está em “mora inconstitucional”, solicitando que o Supremo Tribunal Federal, através da sua função contra majoritária, enquadrasse a homofobia/transfobia como espécie do gênero racismo, até que a lei sobre a matéria fosse finalmente editada.

³²⁴ “LGBTQ+ é uma sigla que representa: lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, queer e outros grupos de gênero e sexualidade. (USP DIVERSIDADE, Nomeclatura LGBTQ+. Disponível em: <https://pceu.usp.br/uspdiversidade/lgbtq-e-suas-abrangencias/>, Acessado em: . 10.out.2019).

³²⁵ BRASIL. Violência LGTBfóbicas no Brasil: dados da violência/elaboração de Marcos Vinícius Moura Silva – Documento eletrônico – Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018, p.79. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/biblioteca/consultorias/lgbt/violencia-lgbtfobicas-no-brasil-dados-da-violencia>. Acessado em: 10.out.2019.

³²⁶ MICHELS, Eduardo; MOTT, Luiz (Coord.). *Mortes violentas de lgbt+ no Brasil, relatório 2018*, Disponível em: <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relatório-de-crimes-contra-lgbt-brasil-2018-grupo-gay-da-bahia.pdf>, Acessado em: 01.ago.2019, p. 5.

5.1.1 O movimento social e a pauta LGBTQ+

Durante os últimos dois séculos, a violência, institucional ou não, com destaque para o período nazista, em que os LGBTQ+ foram levados aos campos de concentração onde mais de duzentos mil homossexuais foram mortos³²⁷, destaca o preconceito existente. Mesmo após o término do nazismo, já na década de 1960, a homossexualidade ainda era ilegal em todos os Estados dos EUA, com exceção de Illinois. No Brasil, apesar de nunca ter sido considerada ilegal, um LGBTQ+ é assassinado a cada 24 horas³²⁸.

As primeiras tentativas de organização de um movimento homossexual/transsexual contra as discriminações e com reivindicações de direitos aconteceram na Europa por volta do ano de 1850 como reação às legislações que criminalizavam atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo. Após o término da Segunda Guerra Mundial, já a partir na década de 1960, os movimentos sociais têm proposto a problematização das relações de poder que giram em torno das produções sociais das identidades e das diferenças, buscando, basicamente, o respeito aos direitos fundamentais e à liberdade dos indivíduos, destacando a importância de debater a questão do LGBTQ+ ³²⁹.

No Brasil, durante o período do Governo Militar, os movimentos sociais buscaram não apenas a luta pela democracia, mas também pela cidadania e pelos direitos civis. No tocante aos movimentos relacionados à temática LGBTQ+, as primeiras iniciativas datam de 1978, ano da fundação do “Jornal Lampião da Esquina” no Rio de Janeiro, que era editado por jornalistas, intelectuais e artistas homossexuais. Em paralelo, no ano de 1979, foi criado o grupo “SOMOS – Grupo de Afirmação Homossexual”, com o objetivo de construir alianças com minorias, tais como negros, feministas, índios, entre outros. Já em 1980, foi criado o Grupo Gay da Bahia (GGB), com o intento de ajudar a fortalecer o ativismo na região. No ano seguinte, em 1981, o jornal Lampião encerrou suas atividades, enquanto o GGB iniciou uma campanha nacional como objetivo de descaracterizar a homossexualidade como uma patologia³³⁰.

³²⁷ REIS, Toni. O movimento homossexual. In: FIGUEIRO, Mary Neide Da mico (Org.). *Homossexualidade e educação sexual: construindo o respeito à diversidade*. Londrina: EdUEL, 2007, p.101-102.

³²⁸ MICHELS, Eduardo; MOTT, Luiz (Coord.). *Mortes violentas de lgbt+ no Brasil, relatório 2018. Op.Cit.*, p. 6.

³²⁹ REIS, Toni. O movimento homossexual. *Op. Cit.*, 2007, p.101-102.

³³⁰ *Ibidem*, p.103.

Assim, os movimentos sociais voltados à causa LGBTQ+ vêm, ao longo do tempo, se fortalecendo perante a sociedade, conquistando visibilidade e atuando no direcionamento de políticas públicas, demonstrando a importância da comunicação e da união das pessoas em busca de um objetivo comum.

As principais pautas do movimento LGBTQ+ são amplas e difusas, dificultando a sua delimitação, principalmente porque variam de acordo com a evolução do contexto político e social em cada parte do mundo. No entanto, a título de exemplo, podemos elencar as seguintes pautas: (1) criminalização da LGBTQ+fobia; (2) fim da criminalização da homossexualidade; (3) reconhecimento da identidade de gênero; (4) despatologização das identidades transgêneras; (5) fim da ideia da existência de uma “cura gay”; (6) casamento civil igualitário; (7) permissão de adoção para casais homoafetivos; (8) laicidade do Estado e o fim da influência da religião na política; (9) leis e políticas públicas que garantam o fim da discriminação em lugares públicos, como escolas e empresas; (10) fim da estereotipação da comunidade LGBTQ+ na mídia; (11) o fim da determinação restritiva que considera inapto temporário (por 12 meses) para procedimentos hemoterápicos, homossexuais masculinos que tenham relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes; e (12) a possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

Diante dos muitos conflitos que acontecem cotidianamente no Brasil, destaca-se a questão da criminalização da LGBTQ+fobia. Em dezembro de 2013, o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26) na qual pede que o Supremo Tribunal Federal (STF) declare a omissão do Congresso Nacional por não ter votado o projeto de lei que criminaliza atos de homofobia e equipara a homofobia e a transfobia como um espécie de racismo.

Nessa ação, alega-se:

Inércia legislativa do Congresso Nacional em editar lei para criminalizar todas as formas de homofobia e transfobia, nos termos do art. 5º, XLII, ou, subsidiariamente, da determinação contida no art. 5º, XLI, ou, por fim, do princípio da vedação da proteção deficiente, decorrente do art. 5º, LIV, todos da Constituição da República³³¹.

³³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão n° 26*, Acórdão. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS), Intimado: Congresso Nacional, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019, p.5 . Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>, acessado em 01.ago.2019;

O objetivo da ação foi impor ao poder legislativo o dever de elaborar legislação criminal que puna a homofobia e a transfobia, atos considerados pelos impetrantes como uma espécie de racismo, e solicitar a equiparação da legislação.

(...) racismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro e a homofobia e a transfobia – espécies de racismo - implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT+ relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras (que se identificam com o próprio gênero)³³².

A criminalização pleiteada tem origem na ordem constitucional de legislar questões relativa ao racismo, previsto no artigo 5º (inciso XLII) da Constituição Federal; na discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, inciso XLI); ou, ainda, na possibilidade de aplicação subsidiária do princípio da proporcionalidade diante da perspectiva de proibição de proteção deficiente (prevista no artigo 5º, inciso LIV)³³³.

A omissão é constatada em razão da morosidade do Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 122/2006, que desde 2006 tramitava no Congresso Nacional³³⁴. Em razão de ter passado mais de duas legislaturas sem decisão, o PLC foi arquivado e o assunto foi novamente pautado no projeto de reforma do Código Penal (PLS nº 236/2012³³⁵), mas, até a presente data, permanece sem conclusão, fato determinante para impulsionar os movimentos sociais LGBTQ+ no sentido de judicializarem suas demandas.

De acordo com o PPS, o Congresso Nacional tem se recusado a votar o projeto de lei que visa a efetivar tal criminalização: “O legislador não aprova, mas também não rejeita, deixando este e todos os outros temas relativos à população LGBT em um verdadeiro limbo deliberativo”³³⁶.

Na ação, o Partido pediu a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente as ofensas individuais e coletivas, os homicídios, as agressões e

³³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26*, Petição inicial. Op. Cit., p. 2 .

³³³ Art. 5º XLII na CF/88- a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; Art. 5º XLI na CF/88 - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; Art. 5º LIV na CF/88- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

³³⁴ Projeto de Lei da Câmara n. 122, de 2006 (n. 5.003/2001, a Câmara dos Deputados) - Altera a Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3o do art. 140 do Decreto-Lei no 2.849, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e ao art. 5o da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e dá outras providências.

³³⁵ Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 - (Novo Código Penal).

³³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26*, Acórdão. Op. Cit., 2019, p.8

as discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero - real ou suposta - da vítima: “Todas as formas de homofobia e transfobia devem ser punidas com o mesmo rigor aplicado atualmente pela Lei de Racismo, sob pena de hierarquização de opressões decorrente da punição mais severa de determinada opressão relativamente a outra”³³⁷.

Em 13 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento da ADO 26, firmando entendimento no sentido da criminalização da homofobia e da transfobia. A decisão da Corte previu a aplicação em relação as condutas homofóbicas e transfóbicas das penas previstas na Lei 7.716/89, que pune os crimes de preconceito de raça e cor, até que o Congresso Nacional aprove legislação sobre o tema.

O Tribunal, por unanimidade, reconheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfóbicas ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição

³³⁷BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26*, Acórdão. *Op. Cit.*, 2019, p.10

da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfóbicas não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa interiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese, os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes³³⁸.

Como podemos observar a seguir, a construção da decisão contou com forte atuação dos movimentos sociais e, logo após a impetração da ação pelo PPS em 2013, o caso em questão recebeu pedidos de ingresso como *amici curiae*, tanto favoráveis quanto contrários ao pleito.

³³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26*, Acórdão. *Op. Cit.*, 2019, p.10-12.

5.1.2 Intervenção dos *amici curiae* no julgamento ADO 26

Na ADO 26 foram admitidos como *amicus curiae*, a saber: o Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado (PSTU); o Grupo Gay da Bahia (GGB); o Grupo de Advogados pela Diversidade (GADvS); a Associação Nacional de Juristas Evangélicos (Anajure); a Frente Parlamentar Mista da Família e Apoio à Vida; o Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros; a Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas (COBIM); a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra); e a Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), caracterizando, assim, a forte presença dos movimentos sociais no caso em questão. Utilizaremos tais manifestações para analisar a participação dos *amici* no processo de construção da decisão, visto que eles expressam o interesse da sociedade civil organizada em participar desse processo decisório com ampla repercussão social.

Vejamos a seguir algumas informações coletadas em função desta pesquisa sobre as ações dos *amici curiae*.

Inicialmente, GGB (Grupo Gay da Bahia)³³⁹ ressaltou a sua atuação e características que o credenciam como *amicus curiae*:

(...) a relevância da matéria discutida, no sentido de seu impacto sociopolítico, que repousa na legitimidade da demanda, pautada em princípios de igualdade e liberdade, como também pelo impacto que a decisão terá em considerável parcela da população brasileira, especialmente na garantia dos direitos fundamentais da população LGBT³⁴⁰.

Em seu memorial, enfatizou a importância de qualquer projeto que proteja os homossexuais, bem como a omissão do Congresso Nacional em legislar sobre o tema, destacando os dados de crimes contra os LGBTQ+:

(...) o atual quadro de violência e discriminação contra a população LGBT

³³⁹ Fundado em 1980, tem como missão, de acordo com seu estatuto: “(...) a discussão e aprofundamento do conhecimento da questão homossexual, lutar pela cidadania plena dos gays, lésbicas, travestis e transexuais, denunciar publicamente as manifestações de preconceito e discriminação, promoção de pesquisas sobre a questão homossexual no Brasil, de intercâmbio com outras organizações afins, nacionais, estrangeiras e internacionais, a divulgação através de periódicos, exposições e conferências, dentre outros. (Grupo Gay da Bahia, Nossa história, Disponível em: <https://grupogaydabahia.com.br/about/o-que-e-o-ggb-nossa-historia/>. Acessado em: 30.jul.2019, p. 2).

³⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26*, Memorial Grupo Gay da Bahia. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS), Intimado: Congresso Nacional, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019, p. 5. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>, acessado em 01.ago.2019;

tem tornado taticamente inviável o exercício dos direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero dessa população em razão do alto grau de violência e discriminação contra elas perpetradas na atualidade, daí ser inviabilizado, inclusive, o direito fundamental à segurança desta população. Com efeito, nunca foi tão grande o assassinato de homossexuais e pessoas LGBT em geral, que chegou a 310 homicídios só em 2013 (em 2011, foram 266; em 2012, foram 338), ou com casos de pai que espancou o próprio filho até a morte para aprender a “ser homem”, pai que espancou e ameaçou arrastar com um carro o filho gay amarrado pela perna, além dos casos de vários heterossexuais vítimas de agressão porque *pareciam ser* LGBT, a exemplo do pai que abraçou o filho e, confundidos com casal gay, foram agredidos por um grupo de 08 jovens – o pai teve a orelha decepada. A forma genérica com que os crimes contra LGBT são tratados pela lei e a resiliente *inertia deliberandi* do Legislativo em procrastinar o Projeto de Lei da Câmara no 122/2006 (PLC no 122/2006) incorrem em proteção deficiente porque ignora a especificidade da violência que os vitima, donde a omissão em se efetivar uma proteção eficiente consubstancia uma OMISSÃO INCONSTITUCIONAL (...) ³⁴¹.

A ANTRA (Associação Nacional dos Travestis e Transexuais), considera que o Supremo Tribunal Federal é indispensável para a proteção dos direitos e garantias fundamentais. A entidade afirma confiar no poder transformador do poder judiciário e que pauta a sua atuação na defesa dos direitos humanos e no combate às discriminações. Destacou, ainda, que a violência contra a população LGBTQ+ é gravíssima, enfatizando que o Brasil é um país ainda muito pouco inclusivo e, ao mesmo tempo, plural, demonstrando a importância do STF na construção de um país mais democrático e humano. Representada por Maria Eduarda da Silva, em sustentação oral, destacou a nocividade da falta de legislação específica para criminalização da LGBTQ+fobia e utilizou exemplos de pessoas que foram mortas em razão desse tipo de crime, ressaltando a nocividade de uma falta de legislação específica para a criminalização ³⁴².

A Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT, defendeu que a criminalização da homofobia e da transfobia é uma forma de se proteger os direitos fundamentais e direitos humanos. Para a Associação, ninguém quer condenar padres e pastores por dizerem que a homossexualidade é um pecado; o que se quer combater é o discurso de ódio ³⁴³.

³⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Institucionalidade por omissão nº 26*, Memorial Grupo Gay da Bahia. *Op. Cit.*, p. 5.

³⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Institucionalidade por omissão nº 26*, Memorial ANTRA. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS), Intimado: Congresso Nacional, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019, p.2 . Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>, acessado em 01.ago.2019.

³⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Institucionalidade por omissão nº 26*, Memorial ABGLT. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS), Intimado: Congresso Nacional, Relator: Min. Celso de

O Grupo de Advogados Pela Diversidade Sexual (GADVS), representado por Alexandre Gustavo Bahia, destacou a violência que as minorias sofrem e que hoje existe uma proteção deficiente para a população LGBTQ+. O advogado citou, ainda, fóruns internacionais sobre os direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário, e defendeu a necessidade da procedência das ações. O GADVS destacou que a ADO 26 trata de tema de urgente tratamento pelo Estado Brasileiro, situação na qual há uma omissão do Brasil, que viola vários documentos e organismos internacionais dos quais participa, além de ofender a Constituição de 1988 sobre a qual ele se assenta. O Grupo argumentou, também, que a “não previsão legal da punição da homofobia no Brasil constitui uma violação direta dos ordenamentos constitucional e convencional, não podendo o País alegar em sua defesa questões como 'reserva legal' ou 'silêncio eloquente’”³⁴⁴.

Em seu memorial e sustentação oral, mostrou como a proteção à minoria LGBTQ+ ainda é um problema para os estados modernos, expondo como o Brasil ainda não possui políticas efetivas para a proteção dessa minoria, mostrando o debate que vem sendo travado desde a Constituinte que deu origem à Constituição de 1988 sem que, contudo, se tenha chegado a algum resultado no âmbito federal. A ausência do Estado está relacionada a violência contra os LGBTQ+, e o Grupo mostrou como isso é uma realidade no País, assim como informou sobre quais órgãos instituídos que não vêm dando a devida resposta aos requerentes; além de questionar e responsabilizar a inércia do legislativo federal brasileiro, quando esse deixa de capacitar o judiciário (e órgãos de polícia e ministério público) para tomar ações mais efetivas contra agressores, restando evidente a omissão objetiva³⁴⁵.

O Grupo Dignidade (Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros), que tem como objetivo “atuar na defesa e promoção da livre orientação sexual, da livre identidade de gênero e dos direitos humanos de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais”, representado por Ananda Hadah Puchta, trouxe dados de mortes de lésbicas e de pessoas trans, ressaltando a realidade brasileira e demonstrando que os LGBTQ+ sempre foram tratados como cidadãos de segunda categoria pelo Congresso³⁴⁶.

Mello. Brasília, DF, 2019, p. 2 . Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>, acessado em 01.ago.2019.

³⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26*, Memorial GADVS. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS), Intimado: Congresso Nacional, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019, p. 3. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>, acessado em 01.ago.2019;

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 4.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 4.

O PSTU (Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado) lembrou a existência de uma cultura de violência que invade os lares das pessoas, fazendo com que jovens homossexuais venham a ser vítimas, inclusive, de seus próprios familiares. Destacou que esse tipo de violência, muitas vezes, é incentivado por discursos de ódio insuflados em vários meios sociais, como mídia e algumas igrejas. E, por fim, de forma contundente, concluiu: “A omissão legislativa termina corroborando com tal violência, de modo que o Estado Brasileiro assume o papel de cúmplice de tal violência”³⁴⁷.

O argumento apresentado pela COBIM, Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas, foi no sentido de que criminalizar a homofobia seria restringir o direito de expressão de um grupo, implicando, em última análise, em comprometimento da própria liberdade religiosa:

As pretensões lançadas na ADO 26, se postas em prática, impediriam que um seguidor de uma fé condene a prática homossexual e suas variantes a expressar seus pensamentos no âmbito e no contexto de sua religião. Não se trata de não haver liberdade de pensamento absoluta, pois todos os que a utilizarem com abuso, principalmente para respaldar práticas discriminatórias, serão alcançados pela lei, independentemente da religião que professam, como foi demonstrado no célebre caso do Bispo da Igreja Universal do Reino de Deus que chutou uma santa. A referida autoridade eclesiástica sofreu as consequências de seu ato discriminatório e reprovável³⁴⁸.

Mantendo o argumento contrário à criminalização da homofobia e transfobia, o representante da Associação Nacional dos Juristas Evangélicos (Anajure) afirmou que a ADO 26:

(...) representa o interesse comum de determinado grupo com interesses convergentes, solicitando que seja respeitada a preservação das liberdades do povo brasileiro, que estão atordoados com a ADO 26 que visava a suprimir a liberdade de consciência, crença e expressão no país, em especial, dos cristãos, quer sejam evangélicos, católicos, espíritas ou de qualquer outra religião que não credencie a prática homossexual,[afirmando que] a prática homossexual não é o padrão estabelecido por Deus para o homem, no entanto, o mesmo Livro ensina o respeito a todos e a inclusão de todos, sendo tais valores, o respeito e a inclusão, merecedores de proteção estatal. (...) o Supremo Tribunal Federal

³⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Institucionalidade por omissão nº 26*, Memorial PSTU. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS), Intimado: Congresso Nacional, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019, p. 2. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>, acessado em 01.ago.2019.

³⁴⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Institucionalidade por omissão nº 26*, Memorial COBIM. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS), Intimado: Congresso Nacional, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019, p. 12. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>, acessado em 01.ago.2019.

é a tábua de salvação para os cidadãos que professam a fé cristã, sendo o Brasil um país essencialmente cristão, os quais também são sujeitos de direitos e necessitam ser representados, perante essa Corte, por entidades que estão fundamentadas na fé que professam, ante o patente risco à liberdade de crença, opinião e pensamento com o ingresso dessa ADO 26 e os pedidos nela elencados³⁴⁹.

A Frente Parlamentar Mista da Família e de Apoio à Vida, representada por Valter de Paula e Cícero Lage, afirmou que a ADO 26 se tratava de jogo político para conseguir os votos da comunidade LGBT e ratificou a sua preocupação com a possibilidade do STF “legislar” sobre o tema proposto e se estabeleçam conflitos com o que a Constituição Federal denomina Garantias e Direitos Fundamentais. E, mais a frente, continuou: “O que se pretende com a ADO 26 é a imposição da vontade de uma minoria, com reconhecimento do respeito, sobre a vontade da maioria, que, igualmente, merece ser ouvida, principalmente quando relacionada à liberdade de pensamento”³⁵⁰.

Finda a atuação dos *amici curiae*, iniciaram-se os votos dos Ministros, e, por 10 votos a 1, o Plenário reconheceu a lentidão do Congresso Nacional em legislar sobre homofobia e transfobia. Em seguida, por 8 votos a 3, o colegiado entendeu que tanto a homofobia quanto a transfobia se enquadram no artigo 20 da Lei 7.716/1989, que criminaliza o racismo, em seus votos, é possível perceber a influência da atuação dos movimentos sociais através do mecanismo processual *amicus curiae*.

O Ministro Relator Celso de Mello, em voto considerado marcante pelos movimentos sociais LGBTQ+, defendeu os direitos das minorias, da Constituição Federal e do papel institucional do próprio Supremo. O decano do Supremo Tribunal Federal fez uma análise histórica do tratamento conferido às pessoas LGBTQ+ e enfatizou que durante a tramitação da ADO 26, a participação de entidades representantes da sociedade civil, habilitadas na forma de *amici curiae*, expandiu a compreensão do Tribunal sobre o quadro atual de extrema vulnerabilidade a que estão expostos os grupos LGBT no Brasil: “As informações trazidas ao conhecimento da Corte dão conta de um estado reiterado de exposição de minorias a atos

³⁴⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26*, Memorial ANJURE. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS), Intimado: Congresso Nacional, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019, p. 2. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>, acessado em 01.ago.2019.

³⁵⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26*, Memorial Frente Parlamentar “mista” da família e apoio à vida. *Op. Cit.*, p. 5.

odiosos rotineiramente praticados sem que haja uma resposta efetiva do Estado no sentido de resguardar as esferas jurídicas individuais violadas”.³⁵¹

Destacou, ainda, as informações trazidas pelo Grupo Gay da Bahia – GGB, admitido como *amicus curiae*, demonstrando de forma clara a gravidade do número de incidentes de transfobia e homofobia que resultaram em assassinatos:

Os dados estatísticos revelados pelos “*amici curiae*” demonstram que a comunidade LGBT no Brasil é, reiteradamente, vítima das mais diversas formas de agressão motivadas, única e exclusivamente, pela orientação sexual e/ou identidade de gênero dos indivíduos, sendo as agressões físicas – lesões corporais e homicídios – a concretização efetiva do comportamento racista dirigido contra essa minoria, dissonante do padrão hétero-normativo prevalecente na sociedade brasileira. Nesse sentido, cabe referir que o “Grupo Gay da Bahia – GGB”, admitido nestes autos como “*amicus curiae*” e em funcionamento desde 18/03/1983, monitora os dados relacionados à violência contra a população LGBT, tendo apresentado, anualmente, relatórios que demonstram que o Brasil é “o campeão mundial desse tipo de crime”. Eis algumas das conclusões reveladas pelos estudos elaborados por referida entidade com base em informações obtidas na rede mundial de computadores, nos meios de comunicação social e, ainda, por intermédio de voluntários que atuam em atividade de cooperação com o grupo LGBT³⁵².

Por fim, o Ministro declarou a omissão constitucional do Congresso e defendeu o papel institucional do Supremo Tribunal Federal, ao afirmar:

(...) o STF, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar com este gesto o respeito incondicional que os juízes deste tribunal têm pela atualidade da lei fundamental da República (...)³⁵³.

E concluiu, expondo a necessidade de consolidação de uma ordem jurídica inclusiva:

O fato irrecusável, no tema ora em exame, é um só: os atos de preconceito ou de discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero não podem ser tolerados. Ao contrário, devem ser reprimidos e neutralizados, pois se revela essencial que o Brasil dê um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que tem marginalizado grupos minoritários em nosso País, como a comunidade LGBT, o que torna imperioso acolher novos valores e consagrar uma nova concepção de Direito fundada em nova visão de mundo, superando os

³⁵¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26*, Acórdão. *Op. Cit*, p.22.

³⁵² *Ibidem*, p.25.

³⁵³ *Ibidem*., p.28.

desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva³⁵⁴.

O Ministro Edson Fachin apontou que qualquer discriminação, inclusive aquela que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou na sua identidade de gênero, é atentatória ao Estado Democrático de Direito. Em seu voto, o Ministro trouxe fundamentos constitucionais, jurisprudenciais e doutrinários, concluindo que existe mandamento constitucional específico de criminalização da “homotransfobia”. A Constituição Federal determina, em seu artigo 5º, inciso XLI, que a “lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”³⁵⁵.

O Ministro trouxe, ainda, precedentes do Supremo Tribunal Federal para sustentar o argumento no sentido de que a proteção dos direitos fundamentais pode implicar também a criação de tipos penais próprios, e enfatizou que a importância das informações trazidas pelos *amici curiae* e pela própria impetrante “dão conta de possíveis violações de seus direitos, inobstante a previsão constitucional garantir-lhes efetiva proteção, desde o texto original de 1988”³⁵⁶. Ressaltou, por fim, que a “imputação da mora legislativa é ainda mais grave caso se tenha em conta as recorrentes notícias de violações dos direitos das pessoas gays, lésbicas, bissexuais, trans e intersexo no Brasil”³⁵⁷.

O Ministro Alexandre de Moraes, em um voto com ampla citação dos *amici curiae*, enfatizou que os LGBTQ+ foram os únicos integrantes de grupos vulneráveis que não receberam proteção específica do Congresso Nacional, afirmando que, para além das esferas civil e administrativa, a proteção de grupos mais frágeis depende também da criação de tipos penais específicos, considerando evidente a omissão do Congresso Nacional na defesa dos interesses das pessoas LGBTQ+.

Destacou, ainda, que é papel do Supremo Tribunal Federal amenizar a “síndrome da inefetividade” que atinge determinados preceitos constitucionais, sem que isso represente uma falta de congruência entre os Poderes: “Assim como é missão constitucional do Congresso Nacional legislar, com absoluta independência; é dever constitucional do

³⁵⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26*, Acórdão. *Op. Cit.*, p. 31.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 34.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 36.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 40.

Supremo Tribunal Federal garantir e concretizar a máxima efetividade das normas constitucionais, em especial dos direitos e garantias fundamentais”³⁵⁸.

De acordo com o Ministro Alexandre de Moraes, os dispositivos penais da Lei 7.716/1989 devem ser interpretados de acordo com os fundamentos e objetivos da República, em especial os da dignidade da pessoa humana e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Além disso, o Ministro enfatizou a importância das intervenções dos *amici curiae*, e destacou em seu voto a contribuição de cada um deles, a saber: Grupo Dignidade pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros; a ANTRA – Associação Nacional dos Travestis e Transexuais; o GADVS – Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual; o Grupo Gay da Bahia; a COBIM – Convenção das Igrejas Evangélicas Meonitas; a Frente Parlamentar da Família e Apoio à Vida; e a Associação Nacional de Juristas Evangélicos. Por fim, destacou que “(...) em que pese a excelência dos diversos posicionamentos contrários, na presente hipótese, é flagrante a insuficiência protetiva aos direitos e liberdades fundamentais contra qualquer tipo de discriminação homofóbica e transfóbica”³⁵⁹.

O Ministro Luís Roberto Barroso abordou, estatisticamente, a questão da homofobia e da transfobia no Brasil logo no início do seu voto. Destacou o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal, reafirmando o dever de garantir os direitos das minorias, mesmo contra a vontade de uma maioria. Segundo Barroso, o STF muitas vezes deve exercer suas funções de modo a “empurrar a história mesmo contra vontades majoritárias”³⁶⁰.

O Ministro afirmou, ainda, que a comunidade LGBTQ+ está em uma situação de vulnerabilidade e desprotegida socialmente: “Não escapará a ninguém que tenha olhos a ver e coração para sentir que a comunidade LGBT é claramente um grupo vulnerável vítima de discriminações e de violência. Sendo assim, o papel do Estado é intervir para garantir o direito dessas minorias”³⁶¹. Em seguida, ele citou a relevância da atuação dos *amici*: “As informações trazidas pelos *amici curiae* e pela própria impetrante dão conta de possíveis

³⁵⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26*, Acórdão. *Op. Cit.*, p. 42.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 45.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 52.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 52.

violações de seus direitos, inobstante a previsão constitucional garantir-lhes efetiva proteção, desde o texto original de 1988”³⁶².

A Ministra Rosa Weber reconheceu que a sociedade atual ainda é marcada pela homofobia e pela heteronormatividade. E, citando os *amici curiae*, destacou que o direito à autodeterminação sexual é um princípio que deve ser protegido: "O direito à própria individualidade, e à própria identidade, aí compreendidas as identidades sexuais e de gênero, traduz um dos elementos constitutivos da noção de pessoa humana titular de direitos fundamentais”, enfatizando que existe a efetiva necessidade de instrumentos e ações destinados a neutralizar o desequilíbrio. Em seu voto, ela ressaltou o artigo 5º da Constituição Federal e afirmou que “O direito à autodeterminação sexual decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana”³⁶³.

A Ministra argumentou que, embora existam projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional para criminalizar a homofobia, isso não é suficiente para descaracterizar a mora legislativa. E, por fim, observou:

(...) a lei punirá qualquer discriminação atentatória a direitos fundamentais. Entendo que o direito à própria individualidade, identidades sexual e de gênero, é um dos elementos constitutivos da pessoa humana. O descumprimento de tal comando pelo Legislativo, não obstante transcorridas três décadas desde a promulgação da lei fundamental, abre via da ação por omissão, previsto na Constituição e que visa a suprir vazio legislativo. No caso, a mora do poder legislativo em cumprir determinação imposta pelo artigo 5º está devidamente demonstrada³⁶⁴.

Acompanhando o voto da Ministra Rosa Weber, o Ministro Luiz Fux ratificou que a inércia legislativa é inequívoca, pois, apesar de haver diversos projetos tramitando no Congresso Nacional propondo a tipificação da homofobia como crime, os projetos não tramitam de forma contínua. Essa demora, a seu ver, exige o pronunciamento do judiciário até que o legislativo cumpra a determinação constitucional de defesa das minorias contra as violências da maioria³⁶⁵.

De acordo com o Ministro, o judiciário não está criando uma norma penal, mas apenas interpretando a legislação infraconstitucional para tratar a homofobia de forma similar ao racismo. O Ministro Fux destacou que racismo é crime contra seres humanos, qualquer que

³⁶² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26*, Acórdão. *Op. Cit.*, p. 60.

³⁶³ *Ibidem*, p. 68.

³⁶⁴ *Ibidem* p. 69.

³⁶⁵ *Ibidem*, p.72.

seja a sua fé ou orientação sexual e, portanto, é imprescritível: “Racismo é um delito cometido contra um ser de carne e osso, seja ele integrante da comunidade LGBT, judeu ou afrodescendente. Tudo isso é racismo”, concluiu mencionando explicitamente a importância das informações trazidas pelos *amici curiae* para instrução do processo³⁶⁶.

A Ministra Cármen Lúcia acompanhou o voto do Ministro Relator Celso de Mello, para enquadrar a homofobia e a transfobia no conceito de racismo e aplicar a lei 7.716/89 a essas práticas. Destacou que o papel do direito é “respeitar a individualidade de cada um e igualar, em direitos, a dignidade que é própria de todo ser humano”³⁶⁷.

Quem é o diferente? E quem marcou o que é diferente? Numa sociedade discriminatória como a que vivemos, a mulher é o diferente, o negro é o diferente, o homossexual é o diferente, o transexual é diferente. Diferente de quem traçou o modelo, porque tinha poder para ser o espelho e não o retratado³⁶⁸.

Destacando os argumentos dos *amici curiae*, afirmou que todo preconceito é um tipo de violência, e que qualquer discriminação gera sofrimento. Justificando o seu voto, ressaltou que o direito pode colaborar para tentar mitigar esse sofrimento:

(...) o sofrimento que o próprio Direito tenta cortar, afirmando direitos fundamentais, exigindo o seu cumprimento e respeito, pode ter dimensões diversas. A identidade de cada ser não diferencia direito, distingue-o como indivíduo. Distinção, e não discriminação. Por isso, a singularidade de cada ser humano não é pretexto para desigualdade de dignidades e direitos³⁶⁹.

O Ministro Gilmar Mendes acompanhou o relator, reconhecendo a mora legislativa do Congresso Nacional e enquadrando a homofobia e transfobia como tipo penal definido na lei 7.716/89. Destacou, também, que o conceito de racismo previsto na Constituição Federal pode ser interpretado de forma mais ampla:

Não vejo como se possa atribuir ao texto constitucional significado restrito, isto é, no sentido segundo o qual o conceito jurídico de racismo se divorcia dos conceitos histórico, sociológico e cultural. O que a nossa Constituição visa a coibir é a discriminação inferiorizante, a qual ela repudia com a alcunha de ‘racismo’³⁷⁰.

³⁶⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26, Acórdão. Op. Cit., p. 74.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 77.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 79.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 83.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 90.

Ressaltou a vedação da proteção insuficiente e o direito ao autodesenvolvimento, bem como também que a existência de tramitação de projetos de lei que criminalizam a homofobia não afastam a mora legislativa e destacou a atuação dos *amici curiae* e a importância das informações trazidas nos autos:

As informações trazidas ao conhecimento da Corte dão conta de um estado reiterado de exposição de minorias a atos odiosos rotineiramente praticados sem que haja uma resposta efetiva do Estado no sentido de resguardar as esferas jurídicas individuais violadas³⁷¹.

O Ministro citou explicitamente as informações fornecidas pelo Grupo Gay da Bahia, destacando as informações sobre a violência com a comunidade LGBTQ+:

A entidade “Grupo Gay da Bahia – GGB”, admitida como *amicus curiae* no presente feito, trouxe aos presentes autos relatórios que demonstram de forma clara a gravidade do número de incidentes de transfobia e homofobia que resultaram em assassinatos. De acordo com a entidade GGB, no ano de 2017, a quantidade de homicídios cometidos em razão de orientação sexual chegou a 445 mortes, número 30% maior do que o diagnosticado no ano anterior. Do total, 56% desses crimes acontecem em espaço público, o que ressalta ainda mais a crueldade social desse tipo de delito³⁷².

E, por fim, concluiu seu voto da seguinte forma:

(...) aqui faço nova remissão aos números da violência motivada por homofobia, valho-me da proporcionalidade e da jurisprudência da Corte, nomeadamente no que se refere ao histórico de concretização de direitos fundamentais no plano judicial, para reconhecer a aplicabilidade da Lei 7.716/1989 às condutas discriminatórias relacionadas à homofobia e à transfobia, enquanto não sobrevier legislação específica sobre a matéria³⁷³.

O Ministro Ricardo Lewandowski foi o primeiro a abrir divergência entre os colegas e a votar contra o enquadramento da homofobia e da transfobia como crime de racismo. Em seu voto, não citou explicitamente nenhum movimento social e/ou qualquer outro *amicus curiae* e sustentou que não cabe ao poder judiciário criar tipos penais, apenas ao legislativo. Apesar disso, o Ministro reconheceu que existe mora legislativa e votou no sentido de dar ciência ao Congresso Nacional para que aprove a legislação pertinente em prazo razoável³⁷⁴.

Acompanhando o posicionamento do Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Dias Toffoli, então presidente do Supremo, em voto sucinto e sem citar os movimentos

³⁷¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26*, Acórdão. *Op. Cit.*, p. 89.

³⁷² *Ibidem*, p. 92

³⁷³ *Ibidem*, p. 96.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 102.

sociais ou qualquer outro *amicus curiae*, reconheceu a omissão legislativa, mas não enquadrou a homofobia e a transfobia como crimes. Destacou o seu desejo de não ser necessário debater tal tema em pleno século 21, lembrando a possível redução estatística dos crimes³⁷⁵; estatística essa que vai no sentido oposto ao exposto pelos diversos *amicus curiae* e por outros ministros do supremo.

O Ministro Marco Aurélio votou em tom crítico, enfatizando a necessidade de limite nas questões demandadas ao STF, defendendo o princípio da legalidade estrita. Em seu voto, destacou que a atuação do judiciário é vinculada a normas definidas pelo poder legislativo, julgando totalmente improcedentes as ações, sem sequer reconhecer a mora do Congresso em legislar sobre o tema. Segundo o Ministro, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não eram vias adequadas para o pedido, argumentando que não é dever do Supremo fazer interpretação para ampliar a aplicação de uma lei. O Ministro também não levou em consideração quaisquer argumentos dos *amici curiae*³⁷⁶.

Em conclusão, conforme já antecipado, a constitucionalidade da ADO 26 foi reconhecida, tanto em relação à mora legislativa, como a caracterização da homofobia e transfobia como crime. Apesar da reconhecida necessidade da demanda, o meio utilizado para reivindicar os direitos foi questionado; no entanto, diante da morosidade do legislativo, os movimentos sociais encontraram no campo jurídico o único caminho para a garantia dos direitos reivindicados.

O processo de construção do entendimento acerca da constitucionalidade da criminalização da LGBTQ+fobia teve como elemento fundamental a atuação dos movimentos sociais, seja apresentando os seus argumentos na petição escrita, seja através de sustentação oral no plenário do STF. Os Ministros confirmaram que, embora a Constituição vigente no Brasil tenha um texto essencialmente evolucionário, envolvendo tanto princípios quanto normas e garantias, o mesmo não é suficiente quando se trata de minorias, haja vista os dados alarmantes da homofobia no país, conforme pontuado pelos movimentos sociais e apresentados em plenário, através de mecanismo processual específico.

³⁷⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26, Acórdão. Op. Cit., p.107.

³⁷⁶ *Ibidem*, p.110.

5.2 A ADI 4275 E A ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL PARA PESSOA TRANSGÊNERO

A pessoa transexual se identifica psicologicamente e socialmente com o sexo oposto, tendo em seu registro civil nome em oposição a sua estética. Alguns optam pela cirurgia de redesignação de sexo e solicitação da retificação do registro civil por demanda judicial; no entanto, a burocracia e morosidade do sistema, além dos riscos cirúrgicos são vistos como barreiras para a sua realização³⁷⁷. A morosidade criava situações desconfortáveis devido ao desacordo entre a identidade física e os seus documentos. Além da burocracia, muitos transexuais possuem uma boa relação com seus órgãos genitais, apesar da incompatibilidade física, não sentem vontade de realização da cirurgia de redesignação, o que impossibilitava a alteração do registro civil e os mantinham em situação de vulnerabilidade e discriminação devido ao descompasso entre as suas características físicas e o seu registro civil³⁷⁸.

Em julho de 2009, buscando suprir essa demanda, a Procuradoria Geral da República (PGR), ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, no Supremo Tribunal Federal, solicitando que fosse discutida a interpretação do art. 58 da lei de Registros Públicos (n. 6015/73), que se refere à imutabilidade do prenome com o objetivo de retificação do registro civil de nascimento de pessoa transexual, através da via administrativa, mediante a laudo médico e multidisciplinar, dispensando a exigência de realização de cirurgia de mudança de sexo³⁷⁹.

O referido artigo dispõe que “o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”; estabelecendo, como regra geral, a imutabilidade do prenome após o registro no cartório civil. No entanto, segundo a tese

³⁷⁷ Para realizar a cirurgia de redesignação do sexo ou de adequação do sexo anatômico ao sexo psicológico, é necessário um diagnóstico extremamente criterioso através de laudos psiquiatras, psicólogos, endocrinologistas, ginecologistas e cirurgiões, tendo uma duração média superior há 2 anos. A cirurgia pode ser realizada pelo Sistema Único de Saúde (SUS), através da resolução nº 1955/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM).

³⁷⁸ CASTRO, Cristina Veloso de. *As garantias constitucionais das pessoas transexuais*. Birigui, São Paulo: Boreal, 2016, p. 20.

³⁷⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275*. Acórdão. Requerente: Procuradoria Geral da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 9 mar. 2018, p. 2. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acessado em: 10 jan. 2020.

proposta pela Procuradoria Geral República na ADI 4275, tal artigo deveria ser interpretado à luz dos dispositivos e valores constitucionais³⁸⁰.

Em 01 de março de 2018, o STF, por maioria de votos, julgou procedente, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da privacidade³⁸¹, conferindo interpretação conforme a Constituição Federal, no sentido de permitir que os transexuais e travestis retifiquem o nome diretamente pela via administrativa, em cartórios, e sem necessidade de autorização prévia ou qualquer laudo médico e/ou multidisciplinar, garantindo o direito à identidade de gênero como característica autodeterminável da personalidade do indivíduo³⁸².

O Tribunal, por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 1º.3.2018³⁸³.

³⁸⁰A saber: princípio da dignidade da pessoa humana art. 1º, III, princípio da igualdade, art. 5º, *caput*, da liberdade, art. 5º, *caput*, e da privacidade, art. 5º, *caput* e X, e na vedação de discriminações odiosas, art. 3º, IV. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275*. Requerente: Procuradoria Geral da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 9 mar. 2018, p. 4. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acessado em: 10 jan. 2020.

³⁸¹Princípios da dignidade da pessoa humana - Art. 1º da CF: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana Princípios da vedação de discriminações odiosas - Art. 3º da CF: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; Princípios da igualdade e liberdade - Art.5º, Caput, da CF-Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes; Princípio da privacidade - Art. 5º X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

³⁸² VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O Direito do Transexual, Com ou Sem Filhos, a Cirurgia de Transgenitalização e o Direito de Travestis e Transexuais à Retificação de seu Prenome e Sexo Jurídico Independentemente de Cirurgia. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 445-459.

³⁸³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275*. Acórdão. *Op. Cit.*, p. 3.

5.2.1 O movimento social e a pauta relacionada aos transgêneros.

Imbricado aos movimentos LGBTQ+, já apresentados na ADO 26 da presente pesquisa, a mobilização dos transgêneros vem evoluindo histórica e socialmente, impulsionada por movimentos sociais que atuam em diversas áreas, protestando por inclusão social diante dos novos conceitos de identidade e, na esfera jurídica, destacam a falta de tutela de legislação específica quanto a possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

Tais movimentos sociais ressaltam que o preconceito em relação aos transgêneros ocorre em diferentes esferas do cotidiano, referendando a construção de mitos e estereótipos que causam a marginalização do grupo social³⁸⁴. Argumentam que o gênero é construído através de influências do meio social, não sendo possível ser determinado com exatidão e, dessa forma, alinhar as pessoas a um mundo binário³⁸⁵. Detalham, ainda, que as pessoas transgêneras são indivíduos formados não só pelo sexo biológico pelo qual nasceram, mas também pelas suas identidades³⁸⁶. O pleito dos movimentos LGBTQ+ pela desburocratização da alteração do registro civil busca uma maior dignidade e inserção na sociedade aos transgêneros.

A ampliação do debate permitiu a inclusão dos travestis como transgêneros³⁸⁷, além de alterar o pedido inicial realizado pela PGR, onde a mudança de documentos para pessoas transexuais que não foram submetidas a cirurgia era condicionada a laudos médicos psiquiátricos que comprovassem a transexualidade pelo viés patológico³⁸⁸. A obrigatoriedade de laudo médico multidisciplinar foi questionada pelos movimentos sociais LGBTQ+, e, durante o julgamento, a propositura inicial foi alterada, passando tais laudos a serem dispensados para alteração do registro civil, além de permitir a inclusão dos travestis, conforme solicitação dos *amici curiae*.

³⁸⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275*. Acórdão. *Op. Cit.*, p. 450.

³⁸⁵ CASTRO, Cristina Veloso de. *As garantias constitucionais das pessoas transexuais*. *Op. Cit.*, 2016, p. 35.

³⁸⁶ JUNIOR, Nilo Ribeiro. Ética, alteridade e transcendência. *Cadernos Teologia Pública*, v. 4, n. 1, 2015, p.25.

³⁸⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275*. Acórdão. *Op.Cit.* p. 2.

³⁸⁸ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. STF e TSE fazem História ao afirmar a Cidadania de Transexuais e Travestis. *Op.Cit.*, 2018, p. 2.

5.2.2 Intervenção dos *amici curiae* no julgamento ADI 4275

A votação da ADI 4275 foi acompanhada das arguições de *amici curiae* que buscaram demonstrar diversas óticas sobre o direito à identidade, com o objetivo de ultrapassar a tese inicial proposta pela Procuradoria Geral da República (PGR). A proposição inicial tinha como foco pessoas transexuais, no entanto, os *amici curiae* buscaram adicionar à pauta os travestis, sugerindo a mudança para o termo transgêneros, considerado de maior abrangência, de modo que incluiria não apenas transexuais, mas outras identidades de gênero como sujeitos de direito dessa ação; além disso, também questionaram a necessidade de laudo médico e multidisciplinar, considerando que a questão de gênero é autodefinida.

O Supremo Tribunal Federal possibilitou maiores condições para promoção de dignidade, cidadania e autonomia dos transgêneros, ao reconhecer o direito de autodefinição da sua identidade de gênero, considerado pelo Instituto Brasileiro de Direito da Família “uma verdadeira libertação da população de travestis e transexuais nesse paradigmático julgamento”³⁸⁹.

Na ADI 4275 foram admitidos como *amici curiae*: a Defensoria Pública Geral Federal; o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM); o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual (GADVS); a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT); o Grupo de Dignidade pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Trans; Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM); e o Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direitos (LIDIS). Tais associações, entidades e instituições promoveram estudos, pesquisas e discussões, envolvendo diversas questões existenciais e jurídicas das pessoas transexuais favoráveis aos direitos dos transgêneros³⁹⁰.

A Defensoria Pública Geral Federal, representada por Carlos Eduardo Paz, afirmou que o STF “precisa pacificar a questão para que sofrimentos pessoais não evoluam para coisas mais graves”. Pontuou, ainda, que muitas pessoas transexuais são assassinadas no Brasil e destacou que a exigência da cirurgia como condição jurídica para a alteração do

³⁸⁹ Entrevista concedida após o julgamento. IBDEFAM, A ADI 4.275. 2018, p. 1. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6548/STF+reconhece+às+peoas+trans+o+direito+de+alteração+no+registro+civil+sem+necessidade+de+cirurgia+de+transgenitalização> acessado em: 10.jan.2020

³⁹⁰ Vale destacar que nenhuma instituição, movimento social, entidade de classe ou associação se articulou para atuar, como *amicus curiae*, para atuar de forma contrária ao pleito em questão.

registro é inconstitucional e impõe a assimilação de um padrão dominante como preço a ser pago pela pessoa trans para receber respeito mútuo³⁹¹.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), representado por Maria Berenice Dias, destacou a importância da luta das pessoas transgêneras que desejam adequar o registro civil quanto ao nome e ao gênero, afirmando que “não é a cirurgia que transforma alguém em homem ou mulher”. Para o Instituto a cirurgia deve ser uma escolha, e não imposição ou obrigação: “O gênero é construído e o Estado deve garantir o seu livre e autônomo exercício”³⁹². Esclareceu, ainda, sobre as terminologias utilizadas para diferenciar expressões e vocábulos, muitas das vezes, utilizados como sinônimos, tais como, transexualidade, homossexualidade e travestis³⁹³.

O Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual (GADVS), representado por Paulo Iotti, em memorial, destacou o sofrimento da população de travestis e transexuais pelo preconceito social transfóbico que desrespeita a identidade de gênero. Afirmou que “a retificação de seu registro civil é medida absolutamente necessária ao respeito ao direito fundamental à saúde de transexuais e travestis”. Lembrou, ainda, que “a Organização Mundial de Saúde afirma que saúde não se limita à ausência de patologias, mas o completo estado de bem-estar físico, psicológico e social”³⁹⁴, defendendo a não necessidade da via judicial para a alteração do registro civil:

A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer, por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade, dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil, pela via administrativa (art. 110 da Lei 6.015/73), independente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade³⁹⁵.

A Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), afirmou, em sua sustentação oral, que limitar a mudança do registro à cirurgia é

³⁹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275*. Acórdão. *Op. Cit.*, p. 25.

³⁹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275*. Memorial IBDFAM. Requerente: Procuradoria Geral da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 2018, p. 12. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acessado em: 10 jan. 2020.

³⁹³ *Ibidem*, p. 13.

³⁹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275*. Memorial GADVS. Requerente: Procuradoria Geral da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 2018, p. 7. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acessado em: 10 jan. 2020.

³⁹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275*. Memorial GADVS. *Op. Cit.*, p. 12.

contra a Constituição, destacando que há casos de transexuais que não desejam passar pelo procedimento: “Condicionar o respeito, o direito à dignidade pessoal das pessoas trans - travestis, mulheres transexuais, homens trans - à cirurgia, inviabiliza o direito na prática”³⁹⁶.

O Grupo de Dignidade pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Trans, representado pela advogada (transexual) Gisele Alessandra Schmidt e Silva, afirmou que “a orientação sexual e a identidade de gênero de uma pessoa não são, em si próprias, doenças médicas a serem tratadas, curadas ou eliminadas”. E, em tom pessoal, destacou: “a imensa maioria de travestis e transexuais não teve as oportunidades que eu tive e estão à margem de qualquer tutela, morrendo apedrejadas e a pauladas em total violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”. Lembrou, ainda, que “o gênero da pessoa não pode depender de demonstração exaustiva de certo padrão de feminilidade ou de masculinidade para que se conceda a retificação de registro civil à pessoas transexuais”³⁹⁷ e, por fim, destacou o preconceito sofrido pelos transgêneros, afirmando que “não somos doentes, não sofremos de transtornos de identidade sexual, sofre a sociedade de preconceitos historicamente arraigados contra nós e nossos corpos tidos como objetos”³⁹⁸.

O Grupo Dignidade pela cidadania enfatizou, ainda, os princípios Yogyakarta³⁹⁹:

Deve-se frisar a inconsistência das decisões judiciais em submeter o reconhecimento da identidade de gênero à chancela dos diagnósticos das ciências psi, mormente porque se trata de direito adstrito à autodeterminação individual, a qual é promovida e tutelada pelos Princípios de Yogyakarta, tratado internacional de direitos humanos que veda a discriminação por gênero e sexualidade, da qual, inclusive, o Brasil é país signatário⁴⁰⁰.

Em atuação conjunta, o Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM) e o Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas

³⁹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275*. Memorial ABGLT. Requerente: Procuradoria Geral da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 2018, p. 2. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acessado em: 10 jan. 2020.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 3.

³⁹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275*. Memorial Grupo de Dignidade pela cidadania. Requerente: Procuradoria Geral da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 2018, p. 5. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acessado em: 10 jan. 2020.

³⁹⁹ Os Princípios de Yogyakarta, resultado de uma reunião internacional de grupos de direitos humanos em Yogyakarta, Indonésia, em novembro de 2006, trata-se de um documento sobre direitos humanos nas áreas de orientação sexual e identidade de gênero.

⁴⁰⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275*. Memorial Grupo de Dignidade pela cidadania. *Op. Cit.*, p. 9.

e Direitos (LIDIS), representados por Wallace Corbo, destacaram a relevância da temática, ressaltando o preconceito sofrido pelos transgêneros, assim como o risco do procedimento cirúrgico:

Como se verifica, o tema sob análise é de indiscutível relevância, repercutindo diretamente não só na esfera jurídica, como também existencial de todas as pessoas transexuais, transgêneros e travestis. É que estas pessoas buscam cotidianamente, perante os cartórios de registros civil de pessoas naturais e tribunais, a alteração de seu nome e sexo visando a adequá-lós à sua identidade de gênero. Nada obstante, não raro estas pessoas têm tido este direito indevidamente negado – ou, na melhor das hipóteses, condicionado à sujeição destes indivíduos a procedimentos cirúrgicos visando à redesignação de sexo que são invasivos e, como todo procedimento deste tipo, arriscados⁴⁰¹.

Argumentaram também o antagonismo em relação a Constituição Federal, no que se refere a questão da dignidade, afirmando que o tratamento é incompatível com a Constituição de 1988: “Isso porque a CF tem por base a proteção da dignidade da pessoa humana, princípio que abrange o livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos que tem como um de seus pilares a expressão de gênero (art. 1º, III)”⁴⁰².

Ressaltaram que genitália não é sinônimo de gênero e afirmaram que “quando têm que mostrar um documento com nome e gênero que não correspondem com aquele com o qual se identificam, elas são humilhadas, discriminadas em todo ambiente que ocupem”⁴⁰³. Enfatizou-se, por fim, que o documento de identidade é solicitado constantemente e a não compatibilidade é considerada como um ato de violência, pois trata-se da “lembrança constante de que o Estado não as reconhece como elas são, de que o Estado não as trata com igual consideração e respeito”⁴⁰⁴.

Terminada a apresentação da atuação dos *amici curiae*, iniciamos a análise da atuação dos Ministros. Destaque-se que todos os ministros da Corte reconheceram o direito em questão, e a maioria entendeu que, para a alteração, não é necessária autorização judicial, bem como acataram a proposta de ampliação do escopo inicial para utilização do termo

⁴⁰¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275*. Memorial CLAM. Requerente: Procuradoria Geral da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 2018, p. 2. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acessado em: 10 jan. 2020.

⁴⁰² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275*. Memorial CLAM. *Op. Cit.*, p. 5.

⁴⁰³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275*. Acórdão. *Op. Cit.*, p.25.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 26.

transgêneros e, conseqüentemente, a inclusão dos travestis como sujeitos de direitos em debate.

Votaram nesse sentido os Ministros Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e a presidente da Corte, Cármen Lúcia. Ficaram vencidos, nesse ponto, o Ministro Relator Marco Aurélio, que considerou necessário procedimento de jurisdição voluntária, e os ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, que exigiam autorização judicial para a alteração⁴⁰⁵.

No julgamento, ocorrido no dia 20 de agosto de 2018, foi decidido que os transgêneros possuem o direito fundamental subjetivo de retificar o nome e gênero pela via administrativa ou judicial, não sendo admitido o arrolamento do termo “transgêneros” na certidão de nascimento e a alteração será averbada em local diverso do documento, proibindo a inclusão de observações sobre a origem do ato, salvo nos casos de expedição de certidão de inteiro teor pela própria pessoa interessada ou por decisão judicial⁴⁰⁶.

Diante disso, o resultado da ADI 4275 reafirmou o direito à autodeterminação do gênero, pacificando questões fundamentais para a população transgênero.

O Relator da ADI 4275, Ministro Marco Aurélio, fundamentou o seu voto baseado no respeito à identidade de gênero das pessoas transgêneras, no entanto, em seu voto não se vislumbra, de forma direta, a menção a nenhum *amicus curiae*, embora se utilize indiretamente dos argumentos utilizados e apresentados nos memoriais apresentados e debates orais do objeto da pretensão deduzida em juízo. Destaque-se a citação de Maria Berenice Dias, representante do IBDFAM, através do seu livro⁴⁰⁷:

Como se vê, os fundamentos para autorização da mudança do registro civil pressupõem não a submissão a procedimento cirúrgico, o qual altera apenas o aspecto anatômico, mas, sim, a condição de transexual. A disforia e o sofrimento dela decorrentes justificam a troca do prenome, com ou sem cirurgia. A ressaltar essa ótica, Maria Berenice Dias anota que, “atualmente, muitos transexuais não desejam realizar a cirurgia, ainda que não sintam prazer sexual não sentem repulsa por seus órgãos genitais”. Impossível, juridicamente, é impor a mutilação àqueles que, tão somente, buscam a plena fruição de direitos fundamentais, a integral proteção assegurada pela dignidade da pessoa humana⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275*. Acórdão. *Op. Cit.*, p. 2.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 12.

⁴⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 268.

⁴⁰⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275*. Acórdão, *Op. Cit.*, p. 13.

Também vale destacar a consideração realizada pelo Ministro em relação às diferenciações entre transexualidade, homossexualidade e travestis, que teve como base o memorial também apresentado pelo IBDFAM, permitindo identificar quem será o sujeito dos direitos reconhecidos⁴⁰⁹. Concluindo, o Ministro Relator julgou parcialmente procedente o pedido, no sentido de possibilitar mudança de prenome e gênero no registro civil, mediante averbação no registro original, dispensando, para tanto, a cirurgia de transgenitalização. No entanto, votou a favor da exigência de requisitos patologizantes para a almejada alteração.

Julgo parcialmente procedente o pedido para assentar, como interpretação do artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 compatível com a Constituição Federal, a possibilidade de mudança de prenome e gênero no registro civil, mediante averbação no registro original, condicionando-se a modificação, no caso de cidadão não submetido à cirurgia de transgenitalização, aos seguintes requisitos: (i) idade mínima de 21 anos; e (ii) diagnóstico médico de transexualismo, presentes os critérios do artigo 3º da Resolução nº 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, por equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto. Tenho como inconstitucional interpretação do artigo que encerre a necessidade de cirurgia para ter-se a alteração do registro quer em relação ao nome, quer no tocante ao sexo⁴¹⁰.

O Ministro Alexandre de Moraes firmou entendimento no sentido de estender o julgamento para transgêneros e não apenas transexuais, conforme solicitado pelos *amici curiae* e dispensou a necessidade de quaisquer laudos; no entanto, votou favorável a exigência de autorização judicial, justificando como benéfico às pessoas trans, porque na via administrativa elas teriam que levar a nova certidão de nascimento em todos os órgãos que tivesse cadastro, presumindo que na via judicial isso não ocorreria. Tal argumento foi rebatido por Maria Berenice Dias, representante do IBDFAM, que esclareceu que na prática a decisão judicial ordena ao Cartório de Registro Civil a retificação da certidão de nascimento, cabendo à pessoa levar a nova certidão a todos os órgãos que tenha cadastros a serem alterados. Destacou, ainda, que a questão de fato levantada poderia não interferir no voto do Ministro Alexandre de Moraes, mas poderia ser considerada um esclarecimento para os demais Ministros⁴¹¹.

O Ministro Edson Fachin, utilizando uma fundamentação considerada "emancipatória" pelos movimentos sociais, entendeu pela dispensa de procedimento

⁴⁰⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275*. Acórdão. *Op. Cit.*, p. 14.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p.16.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 22.

cirúrgico, laudos e ação judicial, com base na decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴¹², bem como utilizou como premissa o direito à igualdade, à identidade de gênero e a não necessidade de provar o seu gênero:

Primeira: O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero; Segunda: A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la; Terceira: A pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental; Base constitucional: o direito à dignidade (art. 1º, III, da CRFB), o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X, da CRFB); e base convencional (art. 5º, § 2º, da CRFB): o direito ao nome (artigo 18 do Pacto de São José da Costa Rica); o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3 do Pacto); o direito à liberdade pessoal (artigo 7.1 do Pacto); e o direito à honra e à dignidade (artigo 11.2 do Pacto)⁴¹³.

Argumentou pela procedência da ADI 4275, afirmando a necessidade apenas da autodeclaração do gênero:

A pessoa transgêneros que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade⁴¹⁴.

E, em consonância com o afirmado por todos os movimentos sociais, ratificou o princípio da dignidade e a importância da identidade social:

Evidencia-se, assim, com olhar solidário e empático sobre o outro, que inadmitir a alteração do gênero no assento de registro civil é atitude absolutamente violadora de sua dignidade e de sua liberdade de ser, na medida em que não reconhece sua identidade sexual, negando-lhe o pleno exercício de sua afirmação pública⁴¹⁵.

⁴¹² Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, os princípios de Yogyakarta. Os princípios de Yogyakarta trata-se de um documento apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU, que versa sobre aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero e é amplamente compartilhado e utilizado pelos movimentos sociais, em especial pelo CLAM. (ONU, Conselho de Direitos Humano, Princípios de Yogyakarta. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acessado em: 10 jan. 2020).

⁴¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275*. Acórdão, *Op. Cit.*, p.26.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p.26.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p.37.

O Ministro Roberto Barroso abalizou a revolução jurídica que as decisões do STF têm promovido na temática dos direitos LGBTQ+, destacou importância da atuação de Maria Berenice Dias, Toni Reis e Paulo Iotti, representantes dos *amici curiae*, e julgou procedente o pedido formulado, justificando-o no direito constitucional à dignidade, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, o direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica e à liberdade pessoal, baseados nos Princípios de Yogyakarta. E, por fim, concluiu:

A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer, por autoidentificação firmada em declaração escrita dessa sua vontade, dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial - que é evidentemente facultada para quem queira -, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. Portanto, com esta tese e cumprimentando o eminente Relator, o Ministro Marco Aurélio, eu estou votando pela procedência do pedido, interpretando, portanto, conforme a Constituição, o art. 58, para reconhecer o direito dos transexuais à substituição do prenome e sexo de nascimento no registro civil, independentemente de cirurgia de transgenitalização, independentemente de exigência de ida ao Poder Judiciário e independentemente de laudos de terceiros⁴¹⁶.

A Ministra Rosa Weber fundamentou seu voto nos direitos fundamentais à dignidade, à igualdade material, à honra, à imagem, à intimidade e à liberdade, julgando procedente o pedido, para a retificação do registro civil de pessoas transgêneros, independente de cirurgia, de laudos e de ação judicial, destacando as discriminações e opressões que a população LGBTQ+ está sujeita. Enfatizou que muitas vezes a discriminação começa na própria família e afirmou que “ninguém é efetivamente livre quando terceiros podem definir suas identidades e seus modos de ser em geral”⁴¹⁷, considerando, ainda, que a decisão na ação em questão deveria ser ampliada aos travestis, destacando o preconceito sofrido pelos transgêneros, conforme amplamente defendido pelos movimentos sociais durante o julgamento:

(...) a possibilidade de alteração do registro civil nos casos de indivíduos que sofrem de disforia de gênero é uma necessidade para a realização de tais pessoas, porquanto a não alteração daquele pode acarretar a eterna e cíclica repetição do trauma da disforia sempre que seja evocado publicamente pelo nome de registro⁴¹⁸.

⁴¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275*. Acórdão, *Op. Cit.*, p. 56.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 39.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 81.

A Ministra entendeu desnecessária a via judicial para a alteração do registro nos demais órgãos estatais e, citando Maria Berenice Dias, representante da IBDFAM, afirmou que:

A identidade sexual e de gênero encontra proteção dos direitos da personalidade e na dignidade da pessoa humana. A partir dessa abordagem, Maria Berenice Dias⁴¹⁹ explica “indispensável que se reconheça que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual. (...) Trata-se, assim, de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, sendo, como todos os direitos de primeira geração, inalienável e imprescritível. (...) Igualmente o direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira geração. Esta compreende os direitos decorrentes da natureza humana, mas não tomados individualmente, porém genericamente, a fim de realizar toda a humanidade, integralmente, abrangendo todos os aspectos necessários à preservação da dignidade humana⁴²⁰”.

O Ministro Luiz Fux destacou a possibilidade de adequação do registro público ao fato e a não necessidade de cirurgia. Afirmou também que “O direito à retificação do registro civil de modo a adequá-lo à identidade de gênero concretiza a dignidade da pessoa humana na tríplice concepção da busca da felicidade, do princípio da igualdade e do direito ao reconhecimento”⁴²¹. Para o Ministro, a inserção social, a autoconfiança, o autorrespeito e a autoestima decorrem dessa titularidade⁴²².

O Ministro Ricardo Lewandowski votou pela dispensa de cirurgia e quaisquer tipos de laudos, mas condicionou o direito de retificação de registro civil de transgêneros à ação judicial e limitou seu voto à transexuais, sem incluir travestis, sob o fundamento de que a ADI 4275 se limitava a tratar de transexuais, não acatando o proposto/solicitado pelos *amici curiae*⁴²³.

⁴¹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Liberdade sexual e os direitos humanos*. Revista Jurídica da Universidade de Franca, ano 3, n. 5. novembro-2000, p.163-164.

⁴²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275*. Acórdão, *Op. Cit.*, p.81.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 87.

⁴²² Nas palavras do Ministro: “O direito à retificação do registro civil, de modo a adequá-lo à identidade de gênero, concretiza a dignidade da pessoa humana, seja por meio da busca da felicidade, seja pelo princípio da igualdade, seja pelo direito ao reconhecimento. Isso porque o reconhecimento externo da identidade de gênero representa um pressuposto de realização pessoal do indivíduo e da busca da felicidade. A associação entre dignidade, direito à autoestima e à busca da felicidade foi feita pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 132, em que se assegurou o reconhecimento de uniões homoafetivas, e no ARE 692.186 RG, de minha relatoria, em que se discute o alcance da paternidade socioafetiva” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275*. Acórdão, *Op. Cit.*, p. 92).

⁴²³ Nesse sentido: “Feitas estas considerações, dou provimento ao recurso extraordinário e julgo procedente a ação direta de inconstitucionalidade para dar interpretação conforme à Constituição ao art. 58 da Lei

Em seguida, votou o Ministro Celso de Mello, reafirmando a importância da proteção de minorias e grupos vulneráveis contra ações e omissões de majorias que prejudiquem seus direitos fundamentais. Ratificou os Princípios de Yogyakarta, sobre aplicação dos tratados internacionais de Direitos Humanos nas questões concernentes à orientação sexual e à identidade de gênero, os quais rejeitam procedimentos cirúrgicos e médicos em geral para mudança do registro civil das pessoas transgêneras:

Este julgamento assume importância fundamental no processo de ampliação e de consolidação dos direitos fundamentais das pessoas e constitui momento culminante na efetivação do dogma – segundo proclama a Introdução aos Princípios de YOGYAKARTA (2006) – de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, pois todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados, sendo certo, presente esse contexto, que a orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa, não devendo ser motivo de discriminação ou abuso⁴²⁴.

Aderiu à corrente da via administrativa, bem como destacou que, em caso de dúvidas, o Oficial de Registro pode solicitar ao Juízo de Registros Públicos competente o seu posicionamento e concluiu repudiando, assim, quaisquer manifestações transfóbicas, contrárias aos direitos e à plena cidadania das pessoas transgêneras:

É preciso conferir ao Transgêneros um verdadeiro estatuto de cidadania, pois ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de identidade de gênero. Isso significa que os Transgêneros têm a prerrogativa, como pessoas livres e iguais em dignidade e direitos, de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua identidade de gênero. Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades fundamentais, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos minoritários que integram a comunhão nacional.

Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte, considerada a natureza eminentemente constitucional desta cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, velar pela integridade dessa proclamação, pois, em assim agindo, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir este julgamento, estará viabilizando a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da

6.015/1973, com a redação conferida pela Lei 9.708/1998, de modo a permitir a alteração do nome e do gênero da pessoa “trans”, independentemente de qualquer procedimento médico” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Institucionalidade nº 4.275*. Acórdão, *Op. Cit.*, p. 119).

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 121.

não discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática

Busca-se, neste processo, a consecução de um fim revestido de plena legitimidade jurídica, política e social, que, longe de dividir pessoas, grupos e instituições, deve estimular a união de toda a sociedade em torno de um objetivo comum, pois decisões que fazem cessar o estado de invisibilidade imposto à coletividade dos transgêneros – estado esse de que resultam situações de injusta exclusão jurídica por eles sofrida, em contextos fundados em preconceitos inaceitáveis e que não mais resistem ao espírito do tempo – possuem a virtude de congregar aqueles que reverenciam os valores da igualdade, da tolerância e da liberdade.

Esta decisão – que torna efetivo o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia à dignidade da pessoa humana e que, rompendo paradigmas históricos e culturais, remove obstáculos que inviabilizam a busca da felicidade por parte de transgêneros vítimas de inaceitável tratamento discriminatório – não é nem pode ser qualificada como decisão proferida contra alguém, da mesma forma que não pode ser considerada um julgamento a favor de apenas alguns, mas, sim, de toda a coletividade social⁴²⁵.

O Ministro baseou a sua argumentação nos direitos fundamentais à liberdade, à autodeterminação, à alteridade, ao pluralismo, à intimidade e, sobretudo, ao princípio da dignidade da pessoa humana para dispensar cirurgia, laudos e ação judicial para a retificação do registro civil das pessoas transexuais e travestis.

Com este julgamento, não hesito em afirmar que o Brasil dá um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários em nosso País, como a comunidade dos transgêneros, o que torna imperioso acolher novos valores e consagrar uma nova concepção de Direito fundada em nova visão de mundo, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva⁴²⁶.

E, por fim, concluiu:

Em consequência, dispensada a exigência de prévia realização de cirurgia de transgenitalização (ou de reversão sexual), (...) julgo procedente a presente ação direta para dar interpretação conforme à Constituição e ao Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil⁴²⁷.

⁴²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275*. Acórdão, *Op. Cit.*, p.125.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 132.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 133.

O Ministro Gilmar Mendes, em voto breve, concordou com a dispensa de cirurgia e laudos, com base no direito humano e constitucional ao livre desenvolvimento da personalidade, mas exigiu ação judicial, rejeitando a possibilidade de retificação via administrativa, com base no art. 110 da Lei de Registros Públicos:

Ante o exposto, acompanho os votos dos Ministros Dias Toffoli e Alexandre de Moraes para reconhecer o direito dos transgêneros de alterarem seu registro civil, independentemente de cirurgia de redesignação sexual, mediante a observância dos seguintes requisitos: 1) que haja ordem judicial (art. 13, I, da Lei 6.015/1973); e 2) que essa alteração seja averbada à margem no seu assentamento de nascimento, resguardado o sigilo acerca da ocorrência dessa modificação⁴²⁸.

O Ministro Dias Toffoli utilizou como base os princípios da igualdade, da liberdade, de autodesenvolvimento e da não discriminação por razão de orientação sexual ou de identificação de gênero, direitos esses amplamente invocados nas manifestações dos *amici curiae*. O Ministro recorreu, ainda, ao art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que estabelece que toda pessoa tem o direito ao respeito à vida privada e familiar, de seu domicílio e da sua correspondência⁴²⁹, levando, assim, em consideração o argumento também utilizado pelo *amicus curiae* IBDFAM, que também utilizou como fundamento o direito internacional, com maior ênfase na citada Convenção, e relembra que, no direito pátrio, há dispositivo que corresponde à garantia estampada no art. 8º da Convenção, como é o caso do inciso X do art. 5º da Constituição Federal.

O Ministro Toffoli, assim como o Ministro Gilmar Mendes, entendeu pela necessidade de ordem judicial para a resignação jurídica do transexual perante o registro civil. Destaque-se que o seu voto não se coaduna com a opinião da maioria dos ministros que dispensam a ordem judicial, tampouco com as argumentações desenvolvidas pelos *amici curiae*. Todavia, os argumentos trazidos para o reconhecimento do direito fundamental à identidade de gênero e à desnecessidade da cirurgia de transgenitalização são os mesmos verificados nas manifestações dos *amici curiae*:

(...) de transgêneros, a alteração do prenome e do sexo originariamente lançados no registro civil de nascimento, segundo aqueles com os quais se identifica, por autodeclaração, na via administrativa (cartorária), independentemente de prévia autorização judicial⁴³⁰.

⁴²⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275*. Acórdão, *Op. Cit.*, p. 144.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 164.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 171.

A então presidente do Supremo, Ministra Cármen Lúcia, considerou que o julgamento marcou mais uma etapa na caminhada “pela efetivação material do princípio da igualdade, no sentido da não discriminação e do não preconceito”⁴³¹ e utilizou como base para o seu voto o direito à honra, à imagem, à vida privada, os princípios constitucionais da igualdade material, da liberdade, da dignidade e no direito de ser diferente⁴³².

A Ministra julgou procedente a ação para dar à lei dos registros interpretação conforme a Constituição Federal e pactos internacionais que tratam dos direitos fundamentais, a fim de reconhecer aos transgêneros que desejarem o direito à alteração de nome e gênero no registro civil, independentemente da cirurgia. Para ela, são desnecessários a autorização judicial e os requisitos propostos:

Acompanho o voto do Ministro Relator no sentido de julgar procedente a ação para dar interpretação conforme à Constituição e aos pactos internacionais que tratam dos direitos fundamentais, e para reconhecer aos transgêneros, que assim desejarem - porque ser um exercício de liberdade, independente da cirurgia - e nesse ponto há unanimidade -, a possibilidade de realização de tratamentos.

Peço vênia ao Ministro Marco Aurélio quanto à necessidade de se ir a juízo buscar, ainda que na jurisdição voluntária, o dado necessário para que esse registro se altere. Divirjo de Vossa Excelência nesse ponto e também nos requisitos, os quais não são necessários, também como posto e bem explicitado no voto do Ministro Fachin, em todas as achegas trazidas e no voto do Ministro Celso de Mello.⁴³³

Do exposto, é possível verificar que os votos desvendam uma justaposição entre as argumentações construídas, e embora em alguns momentos não haja expressa menção à manifestação de *amici curiae*, nos votos em análise, é possível afirmar que tais argumentos chegaram à Corte influenciando, complementando ou ampliando o debate. Ressalta-se que o posicionamento do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275, representa um avanço no reconhecimento do indivíduo transgênero, enquanto sujeito de direito, em sua individualidade e diversidade, os quais são pressupostos da dignidade humana.

Com isso, a permissão de retificar o nome e gênero, independentemente de cirurgia de transgenitalização, laudos médicos e sem a necessidade de autorização judicial, demonstra

⁴³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275*. Acórdão, *Op. Cit.*, p. 146.

⁴³² “Baseei meu voto – farei a juntada - nos princípios constitucionais da igualdade material - como aqui já foi dito e, por isso, não vou repetir; no direito à dignidade na nossa essência humana e no direito de ser diferente , porque cada ser humano é único, mas os padrões realmente se impõem. E o Estado há que registrar o que a pessoa é e não o que o Estado acha que cada um de nós deveria ser, segundo a sua conveniência” (*Ibidem*, p. 147).

⁴³³ *Ibidem*, p. 148.

a importância da atuação dos *amici curiae*, sobretudo na ampliação do escopo inicial da ação, permitindo que se vislumbre a influência de argumentos trazidos pelas entidades e movimentos admitidos.

5.3 A ADPF 186 E O SISTEMA DE COTAS ÉTNICO- RACIAIS

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186/DF questionou a constitucionalidade da ação afirmativa de reserva de vagas com base em critério étnico-racial da Universidade de Brasília (UnB), afirmando que o sistema de cotas tinha potencialidade de agravar o preconceito racial existente na sociedade brasileira. Segundo argumentado, o Estado, mesmo indiretamente, estaria determinando o conceito de raça, gerando uma divisão na população e afrontando o princípio da igualdade, pois provocaria uma discriminação reversa em relação aos brancos pobres, além da possibilidade de favorecimento da classe média negra.

O Partido Democratas (DEM), legitimado para mover a referida ação, nos termos do artigo 103, VIII, da CF/88 e do artigo 2º, I, da Lei nº 9.882/99, buscou a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos: (a) Ata de Reunião Extraordinária do Conselho de Ensino Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE -UnB); (b) Resolução 38 do CEPE; (c) Plano de metas para Integração Social, Étnica e Racial da UnB; e (d) Os itens do edital do vestibular da UnB de 2009, que tratam da reserva de cotas. Esses atos foram alvos de contestação por conta da destinação de reserva de 20% das vagas para candidatos autodeclarados negros e pardos⁴³⁴.

A ação se baseou nos argumentos que, de forma geral, assim foram apresentados pelo partido DEM: (i) o sistema de cotas raciais tem sido objeto de decisões contraditórias por parte da magistratura de todas as instâncias, fato que preenche o requisito da “existência de decisões contraditórias”, para o ajuizamento da ação (conforme art. 1º, I, da Lei 9.882/99); (ii) a discriminação verificada no Brasil é decorrente da condição social do indivíduo, não tendo origem em motivações raciais; (iii) não existe cabimento de uma “teoria da justiça compensatória” para justificar a implementação de políticas afirmativas raciais, devido à dificuldade e à complexidade de verificar/garantir quem e de que forma (tendo em vista a

⁴³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 186* Acórdão. *Op. Cit.*, p. 11-16.

diversidade racial, social e econômica do povo brasileiro) deveria ser “privilegiado”, o que tornaria tal política pública em questão meramente simbólica e sem eficácia; (iv) as gerações atuais não podem responder por erros praticados por gerações passadas; (v) a desigualdade entre negros e brancos não tem origem na cor, pois a escravidão foi um processo que decorreu de interesses meramente econômicos, e não raciais; (vi) a exemplos de fatos ocorridos nos EUA e em Ruanda, a utilização de cotas raciais pode potencializar conflitos de natureza étnica, aumentando a segregação, bem como pode instituir um “Estado racializado ou racismo Institucionalizado; e, por fim, (vii) pede a suspensão do vestibular de julho de 2009, a divulgação de nova lista de aprovados, a proibição de publicação de novos editais com a reserva de vagas para negros e pardos, assim como a suspensão de todos os processos que envolvessem a aplicação de critérios raciais no ingresso ao ensino superior⁴³⁵.

A ADPF 186, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, foi julgada em 26 de abril de 2012, pelo plenário do STF, tendo em seu processo a participação de *amici curiae* e prévia convocação de audiência pública, tendo em vista a notória controvérsia que envolveu o tema, bem como a mobilização da sociedade, em especial, dos movimentos sociais⁴³⁶.

Após a realização de audiência pública e a atuação dos *amici curiae* no processo, os quais destacaram a desigualdade social, relacionando-a com fatores econômicos e expondo os motivos que ocasionam tal desigualdade, reiteraram a necessidade de políticas públicas amenizadoras sob um viés de igualdade material e não meramente formal⁴³⁷.

No mesmo sentido, a decisão do STF foi fundamentada primordialmente com base no direito à igualdade material, negando provimento à ADPF e assegurando a constitucionalidade do sistema de cotas, proposto pela UnB, ampliando, ainda, o escopo inicial da política afirmativa para permitir a inclusão dos indígenas no referido sistema de cotas, conforme solicitado pelos *amici*, especialmente pela FUNAI (Fundação Nacional do Índio).

⁴³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 186* Acórdão. *Op. Cit.*, p. 11-16.

⁴³⁶ EDUCAFRO, Fundação Cultural Palmares, MNU, MPMB, FUNAI, IARA e Outro (a/s), DPU, Movimento Contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Federais, IDEP, ANAAD, CFOAB, Associação Direitos Humanos em Rede – Conectas Direitos Humanos.

⁴³⁷ DUARTE, Evandro Piza; SCOTTI, Guilherme. *História e memória nacional no discurso jurídico: ADPF 186*. Unijus, Brasília, v. 24, n. 3, 2013. Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/view/261>. Acessado em: 30 set. 2019.

5.3.1 O movimento social e a pauta relacionada a questões de natureza étnico-racial.

A História do Brasil é permeada por desigualdades, em especial aquelas de natureza racial. Durante o período do Regime Militar, iniciado em 1964, o movimento social negro se manteve com pouca atuação, ganhando forças após a Constituição de 1988, através do princípio constitucional da igualdade, não se restringindo apenas ao ressarcimento de prejuízos históricos, mas também com objetivo de prevenção contra atitudes discriminatórias de qualquer natureza. Desde então, em termos gerais, as lutas dos movimentos sociais negros estão relacionadas ao reconhecimento do racismo como crime (ocorrido em 1989), à igualdade de oportunidades e inclusão social⁴³⁸. A luta pela igualdade social, em especial o acesso à educação, ganhou destaque após o fortalecimento do Movimento Negro Unificado (MNU) e a Marcha Zumbi dos Palmares, realizada em 1995, com o objetivo transformar a condição socioeconômica dos afrodescendentes a partir da educação⁴³⁹.

O acesso a educação pleiteado pelos movimentos sociais negros ganhou ênfase na década de 1990, quando atuavam em parceria com outros movimentos sociais que também evidenciavam condições de desigualdade, tais como: os movimentos feministas, dos indígenas e dos homossexuais. Após a Marcha Zumbi dos Palmares, foi realizado em Brasília, na UnB, em 1996, o Seminário Internacional Multiculturalismo e Racismo⁴⁴⁰, que culminou com a criação do Pré-Vestibulares para Negros e Carentes – PVNC, movimento que atuou com finalidade de promover o acesso ao ensino superior brasileiro.

O PVNC é uma importante representação dos “novos movimentos sociais”, porque traz na sua constituição a originalidade dessas organizações que privilegiam, nas suas ações, dois aspectos: a consolidação dos cidadãos, pobres e negros, do direito a ter direito, e uma busca pela efetivação dos direitos, neste caso, a inclusão universitária⁴⁴¹.

A partir do PVNC, foi criado o Projeto Educação para Afrodescendentes (EDUCAFRO) de São Paulo, com o objetivo de não apenas denunciar o racismo, o

⁴³⁸ DOMINGUES, Petrônio. Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos. *Tempo*, v. 12, n. 23, 2007, p.104.

⁴³⁹ FERREIRA, Daniela Sanchez Ita; CHICANATO, Dionísio de Jesus. Ações afirmativas e a política de cotas raciais dentro do sistema educacional brasileiro. *Revista Areópago Jurídico*, São José do Rio Preto, ed. 4, out./dez. 2008. p.13-20.

⁴⁴⁰ FERES JÚNIOR, João; CAMPOS, Luiz Augusto. Ação afirmativa no Brasil: multiculturalismo ou justiça social?. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 99, 2016, p. 270 .

⁴⁴¹ CLAPP, A. A gênese da Política de ação afirmativa da PUC-Rio. Uma parceria entre Universidade e Movimento Social. *Revista de Ciências Sociais da PUC-Rio – Desigualdade e Diversidade*, nº 5, Jul/dez. 2009. Rio de Janeiro, p.130.

preconceito e a discriminação racial, mas também de incentivar a construção de uma identidade negra, a melhoria da autoestima, a promoção de igualdade de oportunidades e o reconhecimento cultural, buscando uma igualdade na educação⁴⁴².

A atuação dos movimentos sociais no âmbito do STF é vista, pelo movimento social negro, como instrumento para provocar transformações sociais, de modo que interessa não apenas a decisão em si, mas, também, a busca por um aumento de sensibilidade social e construção de uma consciência coletiva em torno da questão racial, por meio da ampliação do debate⁴⁴³.

O movimento social IARA (Instituto de Advocacia Racial e Ambiental) destacou, ainda, que o poder legislativo não vem se configurando como um espaço permeável ao estímulo de produção de leis favoráveis aos negros, de modo que o âmbito do STF passou a ser visto como um campo de disputa de reivindicação mais viável e com maiores possibilidades de transformações, no sentido de garantia e consolidação das suas causas⁴⁴⁴.

5.3.2 As intervenções nas audiências públicas e dos *amici curiae* no julgamento da ADPF 186

Conforme já exposto anteriormente, a ADPF 186, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, foi julgada em 26 de abril de 2012, pelo plenário do STF, tendo sido admitidos em seu processo 12 *amici curiae*, os quais entregaram memoriais e realizaram sustentações orais durante a sessão de julgamento.

No entanto, devido à controvérsia e repercussão social da temática, como forma de ampliar o debate e a participação popular, foi convocada, em momento anterior ao julgamento, audiência pública, realizada nos dias 03, 04 e 05 de março de 2010, sendo franqueada a palavra a posicionamentos favoráveis e contrários a questão da constitucionalidade em torno do objeto demandado na ADPF 186.

A audiência pública foi um espaço no qual diferentes perspectivas, em torno das origens de nossa profunda desigualdade social, puderam se confrontar

⁴⁴² NASCIMENTO, Alexandre do. Universidade e cidadania: o movimento dos Cursos Pré-Vestibulares Populares. *Revista Lugar Comum* (LABTeC/UFRJ), n.º 17, p. 45-60. Mai/Out 2002: Porto alegre, 2002.

⁴⁴³ RADOMYSLER, Clio Nudel. STF: um espaço de luta do movimento negro. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, n. 1, 2013 p. 31-51,

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 31-51.

demonstrando mudanças significativas na forma como a jovem democracia brasileira tem enfrentado problemas estruturais antigos. O conhecimento e a interpretação dessas origens têm estado no centro do debate público das últimas três décadas no país, em função do surgimento de movimentos sociais inicialmente denominados de movimentos de minorias (índios, mulheres, negros) que passaram a denunciar as consequências socioeconômicas das discriminações com base em sua pertença étnico-racial e de gênero⁴⁴⁵.

Iniciada a audiência pública, em um primeiro momento, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski destacou a sua importância para a democratização de decisão:

(...) a Constituição Federal de 1988 deu, a meu ver, um extraordinário salto qualitativo ao superar uma democracia meramente representativa para ingressar no âmbito novo das relações entre o povo e o poder, que é exatamente a democracia participativa. Isso está consignado, com todas as letras, no artigo 1º, parágrafo único, da Carta Magna, que estabelece que o poder é exercido pelo povo através de representantes eleitos ou diretamente nas hipóteses em que a própria Constituição estabelece. E são várias essas hipóteses. O artigo 14, por exemplo, determina a participação popular, a participação dos cidadãos, mediante referendo, do plebiscito, da iniciativa popular. Existem outras situações também em que a cidadania participa da gestão da coisa pública. As audiências públicas, a meu ver, Senhor Presidente, eminente Ministro Joaquim Barbosa e dignos presentes, se inserem dentro dessa ideia de democracia participativa. Ou seja, de uma participação do povo, da cidadania, no processo de tomada de decisões. As audiências públicas realmente representam uma oportunidade que tem o Supremo Tribunal Federal de ouvir não apenas a sociedade civil de modo geral, mas os membros dos demais Poderes e também os especialistas nos assuntos. (...) As audiências públicas são convocadas não de forma rotineira, mas de forma muito excepcional, quando algum tema tenha uma grande repercussão na sociedade, como foi o caso do julgamento das células-tronco embrionárias, da questão dos territórios indígenas, e este, a meu ver, que é a questão da reserva de vagas nas universidades públicas, um tema magno que deve ser decidido pelo Supremo Tribunal Federal com a audiência da sociedade em geral, dos cidadãos brasileiros.

Quero dizer, Senhor Presidente e eminente Colega Ministro Joaquim Barbosa, que deposito uma enorme expectativa nesta sequência de audiências que se prolongarão durante os próximos três dias, e temos certeza que elas dotarão os Ministros do Supremo Tribunal Federal de muitos e importantes subsídios para que nós todos possamos apreciar melhor a questão⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ SILVÉRIO, Valter Roberto et al. Políticas de ação afirmativa no ensino superior: o balanço de uma década. *Anais eletrônicos do*, v. 35. 2019, p. 2.

⁴⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública - Notas taquigráficas*. ADPF 186. Requerente: Procuradoria Geral da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 9 mar. 2018, p. 6. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acessado em: 10 jan. 2020.

O Ministro Gilmar Mendes, então presidente do STF, corroborando o que disse o Relator, destacou a importância da audiência pública, sua complexidade e sua contribuição para uma decisão mais democrática, especialmente em casos extremamente controversos como a ADPF 186, enfatizando, ainda, a importância da seleção adequada na admissibilidade como *amicus curiae* ou em participação de uma audiência pública:

Percebendo o grau de controvérsia que envolve esta temática, esforçou-se não só para deferir a audiência pública, como também para selecionar os diversos participantes, os diversos segmentos que pudessem trazer para a Corte as múltiplas visões existentes sobre o tema, o que possibilita, num espaço de tempo que espero não muito longo, um julgamento bastante refletido sobre uma das questões talvez mais controvertidas do atual estágio do nosso desenvolvimento constitucional⁴⁴⁷.

A opinião foi corroborada pelo Ministro Joaquim Barbosa, em suas considerações na sessão de abertura, que destacou a importância da informação para formar a decisão:

(...) audiências públicas que visam colher subsídios de representantes governamentais e da sociedade civil sobre o magno tema relacionado à questão da igualdade substancial ou da tentativa de inserção consequente de minorias no sistema produtivo e educativo do nosso País. Vejo como extremamente alvissareira essa nossa primeira experiência. Vejo como o encontro da sociedade sobre um tema sobre o qual ela nem sempre quis discutir com a devida abertura. Vejo como extremamente positivo, e é um prazer estar aqui neste momento⁴⁴⁸.

Iniciando a ampliação do debate, como o objetivo de aprofundar o conhecimento acerca da ação em julgamento, realizou sustentação oral a Vice Procuradora Geral da República, Deborah Duprat, que destacou que a Constituição Brasileira é uma constituição social e pontuou que o sistema de cotas deve ser considerado como um mecanismo de justiça distributiva votando em desfavor da ADPF 186, sendo assim, favorável à política de cotas:

E o Direito? Bom, no âmbito do Direito, os movimentos sociais começam a denunciar essa farsa da igualdade de todos perante a lei. A década de 60 é pródiga em movimentos, como o feminismo, por exemplo, mostrando que, se a mulher for tratada igual ao homem, aquilo que lhe é mais peculiar, como o aleitamento, a maternidade, lhes são dados prejudiciais no trabalho, na vida política. E vários outros movimentos: o movimento dos homossexuais, o movimento dos negros, o movimento dos índios, sempre mostrando que essa situação de igualdade de todos perante a lei, da igualdade formal, é uma situação que lhes desfavorece.

Outra coisa que se denuncia é que o Direito, rigorosamente, nunca foi alheio

⁴⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública - Notas taquigráficas. ADPF 186. Op. Cit.*, p. 8.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 7.

às diferenças. Pelo contrário, tratou delas cuidadosamente, mas elegeu um determinado modelo que lhe interessava.

Então, o Direito anterior à Constituição de 88 trabalhava com classificações binárias. Era de um lado homem, de outro, mulher. Homem heterossexual, mulher de um lado; de um lado, branco, do outro lado, negros, índios; de um lado, adulto, de outro lado, criança, adolescente, idosos; de um lado, são, de outro, doente; de um lado proprietário, de outro, despossuído. A esse primeiro grupo, ele deu um valor positivo e a esse segundo grupo, um valor negativo⁴⁴⁹.

A Advocacia Geral da União, representada pelo então Ministro Luís Inácio Lucena Adams, posicionou-se favorável à política afirmativa de cotas raciais e afirmou que:

(...) o comando do art. 208, V, da Constituição Federal deve ser lido a partir do influxo dos valores de igualdade, de fraternidade e pluralismo, que, somados, impõem a desigualação dos candidatos a uma vaga no ensino superior de modo a compensar as injustiças históricas cometidas contra os negros, permitindo a concretização do primado da igualdade material⁴⁵⁰.

A Secretaria Especial de Políticas de Promoção de Igualdade Racial, representada pelo Ministro Edson Santos De Souza, posicionou-se de forma contrária à ADPF 186 e destacou que a Constituição oferece os instrumentos necessários para a atuação do Estado no campo da redução da discriminação racial e da promoção da igualdade no País⁴⁵¹.

O Coordenador-Geral de Educação em Direitos Humanos da Secretaria Especial de Direitos Humanos - SEDH, Erasto Fortes de Mendonça, enfatizou ser necessário ações afirmativas de instituição de cotas raciais para o ingresso no ensino superior, uma vez que as políticas universais de acesso não lograram êxito no sentido de incluir essa parcela da sociedade. Ele pontuou existir uma diferença entre ser branco pobre e ser negro pobre, pois, este último sofre uma maior discriminação, tanto por sua situação econômica, quanto pela sua condição racial. De acordo com ele, “O racismo não pergunta a suas vítimas a quantidade de sua renda mensal”⁴⁵².

O Ministério da Educação e a Secretaria de Educação Superior, representados Paula Dellari Bucci, sustentou a tese de que as ações afirmativas são procedimentos adotados para promover uma maior equidade no acesso à educação⁴⁵³.

⁴⁴⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública - Notas taquigráficas. ADPF 186. Op. Cit.*, p. 12-13.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 30.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 31.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 47.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 51.

Ampliando ainda mais o debate, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI, representada por Carlos Frederico de Souza Mares, defendeu a política de cotas raciais nas universidades brasileiras. Assegurou que seria não só inconstitucional e ilegal a extinção do sistema de cotas, como também tal fato militararia contra o próprio desenvolvimento da ciência e do conhecimento no País. E destacou, por fim, que “o sistema de cotas da UnB alcança também os indígenas”⁴⁵⁴, argumentando a já existência de uma política inclusiva para índios que deveria ser ampliada.

Tal argumento foi corroborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, representado por Mário Lisboa Theodoro, o qual destacou que “(...) estudos realizados verificaram que a desigualdade racial no Brasil é patente, assim como que a política de cotas no ensino superior constitui o principal mecanismo para superar esse problema”. O instituto ainda apresentou dados estatísticos, por meio dos quais procurou demonstrar: (i) a ocorrência de um racismo institucionalizado; (ii) a persistência da exclusão dos negros do mercado de trabalho e do ensino em geral; e (iii) a existência de uma desigualdade social de cunho racial⁴⁵⁵.

A Universidade de Brasília (UnB), representada por José Jorge de Carvalho, lembrou que a política de cotas foi adotada no ano de 2003, em resposta a uma constatação de que “o espaço acadêmico da universidade era altamente segregado racialmente”:

(...) Mais ainda, também como consequência dessa segregação, foi gerado um ambiente hostil para os poucos estudantes negros que dele faziam parte. Para compensar esse clima, o movimento em torno das cotas congregou um coletivo multirracial de estudantes negros, estudantes brancos, de professores negros e professores brancos e do próprio movimento social negro.

(...)

A produção de conhecimento se amplia nas universidades com as ações afirmativas. O eurocentrismo foi a marca e todos os saberes africanos e indígenas foram desprezados e eliminados do nosso sistema universitário. O confinamento racial e étnico da nossa universidade significou também uma limitação do nosso horizonte. No ano 2000, a UnB era uma universidade monorracial, monológica, monoepistêmica, eurocêntrica. Esperamos que a partir desse ano ela passe a ser uma universidade multirracial, multiétnica, pluriepistêmica, descolonizada definitivamente. Gostaria de enfatizar que a necessidade das cotas raciais toma outra sentido se olharmos para o topo da pirâmide do mundo acadêmico e não apenas para sua base⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública - Notas taquigráficas. ADPF 186. Op. Cit.*, p. 51.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p.68.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p.88.

A Universidade Federal do Rio Grande do Sul, afirmou que o sistema de cotas tem alcançado resultados positivos, porquanto trouxe para a academia a questão étnico-racial, possibilitando, ao longo do tempo, a inclusão de “(...) cidadãos diversos em diferentes campos de conhecimento”⁴⁵⁷.

A Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, destacou a importância da diversidade dentro das instituições acadêmicas, defendeu a adoção do critério de raça para a sua ampliação, embora não como único fator para justificar as ações afirmativas. Em sua opinião, essas políticas transcendem o âmbito da universidade, pois também contribuem para a diversificação do mercado de trabalho⁴⁵⁸.

Em relação à Universidade de Campinas, o Coordenador da Comissão de Vestibulares explicou que a UNICAMP direcionou a sua política de inclusão racial para o processo seletivo dos estudantes de graduação, criando o Programa de Ação Afirmativa e Inclusão Social - PAAIS, no qual levou em consideração o princípio da autonomia universitária, a busca da excelência acadêmica e a necessidade de promover a inclusão social de grupos desfavorecidos⁴⁵⁹.

A Universidade Federal de Santa Maria destacou que o impacto da adoção de políticas afirmativas para lograr uma maior democratização do acesso a universidades públicas tem sido positiva, sustentando que “(...) falar em ações afirmativas é falar em luta por reconhecimento, que é a luta contra qualquer violação à dignidade e à honra”⁴⁶⁰.

O Centro de Estudos Africanos da Universidade de São Paulo (USP), afirmou ser favorável aos programas de cotas raciais por serem políticas de integração de setores discriminados da sociedade⁴⁶¹. A Universidade do Estado do Amazonas, por sua vez, afirmou que o sistema de cotas ajudou a ampliar o acesso ao ensino superior em todo o Estado⁴⁶².

A Associação Nacional dos Diretores de Instituições Federais de Ensino Superior – ANDIFES, afirmou que as universidades, com base no artigo 207 da CF/88, possuem autonomia para adotar o sistema de cotas que julgarem mais apropriado para cada instituição, levando em conta a realidade de cada região. E asseverou, ainda, que a sociedade brasileira

⁴⁵⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública - Notas taquigráficas. ADPF 186. Op. Cit.*, p. 51.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 240.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 263.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 168.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 232.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 394.

desconhece a sua realidade, caracterizada por elevados índices de desigualdade socioeconômica, em particular os fundados em razões étnico-raciais⁴⁶³. Tal posição foi complementada pela União Nacional dos Estudantes, que argumentou que a universidade brasileira é excludente, elitizada e branca, pois os jovens que têm acesso a ela são, em regra, aqueles que fizeram cursinhos pré-vestibulares ou estudaram em escolas particulares⁴⁶⁴.

Iniciando a atuação dos Movimentos Sociais Negros, que, em sua grande maioria, foram contrários a ADPF 186, justificaram que a ação geraria a inclusão de grupos que tiveram, por um longo período, seus direitos ignorados⁴⁶⁵. Assim, as cotas não violariam o princípio da igualdade, mas sim permitiriam sua efetividade no sentido material, com o objetivo de minimizar o cenário de discriminação e injustiças históricas cometidas contra os negros. Destacaram a característica multirracial dos brasileiros em todos os níveis e esferas de poder e autoridade⁴⁶⁶, enfatizando, assim, a necessidade das cotas para corrigir os abismos diferenciais ainda remanescentes no sistema. Por fim, argumentaram que as cotas são necessárias, dado que a universidade brasileira é excludente, elitizada e branca⁴⁶⁷.

Nesse contexto, a Fundação Cultural Palmares, representado por Luiz Felipe Alencastro, defendeu as ações afirmativas destinadas a reservar vagas nas universidades públicas. Lembrou que, desde 2010, os afrodescendentes, os autodeclarados negros e os pardos, passaram a formar a maioria da população no País⁴⁶⁸.

Associação Direitos Humanos em Rede - CONECTAS⁴⁶⁹, representado por Oscar Vilhena, posicionou-se favorável às cotas raciais, justificando que elas não apenas são compatíveis com o princípio constitucional da igualdade, como também representam um meio eficaz para dar-lhe concreção. Nessa linha, aduziu:

(...) as ações afirmativas ajustam aquelas condições que não foram dadas a determinados setores, para que todos possam concorrer em igualdade de condições. O acesso à educação universitária deve ser segundo a

⁴⁶³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 186*. Acórdão. *Op. Cit.*, p. 354

⁴⁶⁴ *Ibidem.*, p. 351.

⁴⁶⁵ *Ibidem.*, p. 25.

⁴⁶⁶ *Ibidem.*, p. 27.

⁴⁶⁷ *Ibidem.*, p. 37.

⁴⁶⁸ *Ibidem.*, p. 205.

⁴⁶⁹ O Movimento Conectas, uma organização não governamental, "(...) parte de um movimento vivo e global que persiste na luta pela igualdade de direitos. Conectados a uma rede extensa de parceiros espalhados pelo Brasil e pelo mundo, com o objetivo de desenvolvimento dos direitos humanos a partir da proteção e ampliação dos "direitos de todos, especialmente para os mais vulneráveis", propondo "soluções, impedimos retrocessos e denunciemos violações para produzir transformações" (CONNECTAS, Quem Somos, p.01. 2020. Disponível em: <https://www.conectas.org/quem-somos/>. Acessado em 05.jan.2020).

capacidade, mas o nosso vestibular não mede a capacidade, mede o investimento⁴⁷⁰.

A Sociedade Afrobrasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural (AFROBRAS), representada por José Vicente, lembrou que ações afirmativas e reserva de vagas vêm sendo adotadas em todo o Brasil e enfatizou que “(...) onde houver desigualdade, é obrigação e dever moral, ético e constitucional do Estado agir de modo próprio, ainda que de forma extraordinária e excepcional, para a equalização das oportunidades”⁴⁷¹. Ele ratificou a importância do sistema de cotas da Universidade de Brasília, destacando o seu papel na promoção e homenagem à justiça e afirmou que o sistema de cotas “ (...) tem a capacidade de calcinar a profunda fratura exposta que mantém separados e desiguais negros e brancos em nosso País”⁴⁷².

O EDUCAFRO⁴⁷³, representado na audiência pública por Fábio Comparato, assinalou que a Constituição de 1988 adotou o chamado Estado Social, que tem a obrigação de “(...) atuar positivamente no combate às desigualdades de qualquer natureza”. Tal dever, segundo o professor, estaria estampado, em especial, no artigo 3º, III e IV, da Carta Magna. Destacou, ainda, que o “(...) descumprimento desse comando representaria completa desconfiguração do perfil do Estado brasileiro desenhado pelos constituintes, cuja principal missão seria promover a justiça social”⁴⁷⁴.

A ONG Ação Educativa⁴⁷⁵, representada por Denise Carreira, destacou o tempo que seria necessário para igualar o nível educacional entre brancos e negros e afirmou que “Não se pode esperar mais 67 anos para que os indicadores educacionais de brancos e negros se

⁴⁷⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública - Notas taquigráficas. ADPF 186. *Op. Cit.*, p.215.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 251.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 51.

⁴⁷³ A missão do Educafro é “(...) promover a inclusão da população negra (em especial) e pobre (em geral), nas universidades públicas e particulares com bolsa de estudos, através do serviço de seus voluntários/as nos núcleos de pré-vestibular comunitários e setores da sua Sede Nacional, em forma de mutirão. No conjunto de suas atividades, a Educafro luta para que o Estado cumpra suas obrigações, através de políticas públicas e ações afirmativas na educação, voltadas para negros e pobres, promoção da diversidade étnica no mercado de trabalho, defesa dos direitos humanos, combate ao racismo e a todas as formas de discriminação”. (EDUCAFRO, Missão. 2020, p. 1. Disponível em: <https://www.educafro.org.br/site/conheca-educafro/> Acessado em 10.jan.2020).

⁴⁷⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública - Notas taquigráficas. ADPF 186. *Op. Cit.*, p.265.

⁴⁷⁵ Fundada em 1994, a ONG Ação Educativa atua nos campos da educação, da cultura e da juventude, na perspectiva dos direitos humanos, tendo como missão “(...) a defesa de direitos educativos, culturais e da juventude, tendo em vista a promoção da democracia, da justiça social e da sustentabilidade socioambiental no Brasil” (AÇÃO EDUCATIVA, Missão. 2020, p. 1. Disponível em: <http://www.acaoeducativa.org.br> Acessado em 10.jan.2020).

igualem”, destacando, ainda, os prejuízos já sofridos pelas gerações passadas e enfatizando que não seria justo que outras três gerações sofressem igualmente⁴⁷⁶.

O Coletivo Nacional de Entidades Negras - CONEN⁴⁷⁷, representado por Marcos Antônio Cardoso, disse crer que as ações afirmativas no Brasil, baseadas no sistema de cotas raciais, tem como objetivo “(...) tornar explícito o racismo e os conflitos étnico-raciais entre nós, buscando romper com a aceitação tácita das desigualdades raciais”. Destacou, ainda, que as ações afirmativas e o sistema de cotas objetivam a promoção do acesso da juventude negra e pobre ao ensino superior público e concluiu, assentando que “Essas medidas têm um efeito muito mais agregador sobre a nacionalidade”⁴⁷⁸.

O Instituto da Mulher Negra de São Paulo – GELEDÉS⁴⁷⁹, representado por Sueli Carneiro, enfatizou que “as medidas compensatórias em favor dos negros não representam apenas uma etapa da luta contra a discriminação, mas o fim de uma era de desigualdade e exclusão social”⁴⁸⁰.

Ampliando o contraditório, em sentido favorável à ADPF 186 e, portanto, contrário às políticas de cotas implementadas pela UnB, o requerente, partido Democratas (DEM), representado por Roberta Kaufman, destacou a miscigenação brasileira e afirmou que a política de cotas ofende a Constituição Federal. Sustenta, em síntese, que a discriminação supostamente existente no Brasil é uma questão social e não racial:

Somos, sim, uma sociedade muito racista. Porém o racismo deve ser exemplarmente combatido, como de fato o é aqui no Brasil, a partir de leis severas que punem a pessoa racista, inclusive transformando o racismo como prática de crime inafiançável e imprescritível, tal qual é também em relação a outras minorias que são objeto de racismo, de preconceito e de discriminação e que não necessariamente são objeto de uma política estatal

⁴⁷⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública - Notas taquigráficas. ADPF 186. *Op. Cit.*, p. 282.

⁴⁷⁷ A CONEN foi fundada em 1991, tendo destaque na construção da “(...) unidade na ação das centenas de entidades negras, presentes em todo o território nacional, que acompanham a sua orientação, respeitando a visão política de cada uma delas, as diferenças regionais e a realidade de vida da população negra onde estão localizadas” (CONEN, Institucional. 2020, p. 1. Disponível em: <http://www.conen.org.br> Acessado em 10.jan.2020).

⁴⁷⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública - Notas taquigráficas. ADPF 186. *Op. Cit.*, p. 291.

⁴⁷⁹ GELEDÉS, Instituto da Mulher Negra, foi fundado em 30 de abril de 1988 e, desde então, se posiciona em defesa de mulheres e negros por entender que esses dois segmentos sociais padecem de desvantagens e discriminações no acesso às oportunidades sociais em função do racismo e do sexismo vigentes na sociedade brasileira. Na questão racial, o Geledés entende “(...) as lutas dos movimentos negros pela criminalização efetiva do racismo e da discriminação racial em suas múltiplas manifestações na sociedade brasileira, e defende políticas de ação afirmativa nos diferentes campos das políticas públicas como forma de eliminação das desigualdades raciais e promoção e valorização social da população negra” (GELEDÉS, Instituto da Mulher Negra. Missão Institucional. 2020, p. 1. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/geledes-missao-institucional/> Acessado em 11.jan.2020.).

⁴⁸⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública - Notas taquigráficas. ADPF 186. *Op. Cit.*, p. 301.

por meio de cotas, como, por exemplo, o nordestino, os homossexuais, os testemunhos de Jeová, os Hare Krishnas, as diversas minorias presentes em nossa sociedade em que não necessariamente será combatida a discriminação por meio de política de cotas⁴⁸¹.

A Faculdade Latino - Americana de Ciências Sociais, representada por George Cerqueira, criticou os programas de ações afirmativas baseados em cotas raciais para acesso ao ensino superior e ressaltou que as pessoas não podem ser diferenciadas pela aparência ou pela raça, não se mostrando válida, no caso, a regra de tratar-se desigualmente os desiguais, pois seres humanos, pretos ou brancos, não são desiguais⁴⁸².

A Associação de Procuradores do Estado - ANAPE afirmou que, com a instituição do sistema de cotas nas universidades, há um real perigo de se cometer injustiças⁴⁸³. Essa posição também foi destacada pelo especialista em genética humana, Prof. Sérgio Danilo Pena, o qual afirmou que “(...) do ponto de vista científico, raças humanas não existem, bem como não é apropriado falar de raça, mas sim de características de pigmentação da pele. E a cor da pele não está geneticamente associada a nenhuma habilidade intelectual, física e emocional”⁴⁸⁴.

Posicionando-se no sentido contrário aos demais movimentos sociais, o Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro - MPMB⁴⁸⁵, representado por Helderli Castro, foi favorável à ADPF 186 (portanto, contrário às cotas raciais) e afirmou que “o sistema de cotas adotado pela Universidade de Brasília não configura ação afirmativa”, argumentando que trata-se de “(...) uma elaborada ideologia de supremacismo racial que visa à eliminação política e ideológica da identidade mestiça brasileira”⁴⁸⁶. Enfatizou, ainda, que o “(...) sistema não se destina a proteger pretos e pardos em si, mas apenas defende aqueles que se autodeclaram negros, excluindo os que se identificam como mestiços, mulatos, caboclos e, ainda, aqueles que, embora se autodeclarem negros, são de cor branca”⁴⁸⁷.

⁴⁸¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública - Notas taquigráficas. ADPF 186. *Op. Cit.*, p.78.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 166.

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 194-195.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 158.

⁴⁸⁵ Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro, fundado em 2001 na cidade de Manaus, é a “Organização brasileira de mestiços que tem entre seus objetivos defender a etnia mestiça brasileira e seu povo, a valorização do processo de mestiçagem entre os diversos grupos étnicos que deram origem à nacionalidade brasileira, a promoção e defesa da identidade mestiça e o reconhecimento dos mestiços como herdeiros culturais e territoriais dos povos dos quais descendam” (Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro - MPMB, *Quem somos*. p. 1. 2020. Disponível em: <https://nacaomestica.org/blog4/?cat=116> Acessado em 11.jan.2020).

⁴⁸⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública - Notas taquigráficas. ADPF 186. *Op. Cit.*, p. 328.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 328.

No mesmo sentido, o Movimento Negro Socialista (MNS), representado por José Miranda, protestou afirmando que “O sistema de cotas deveria ser direcionado aos estudantes de baixa renda e sem considerar a raça, já que os excluídos das universidades são filhos de trabalhadores pobres, independentemente de sua cor”⁴⁸⁸. Afirmou, também, que “a aplicação das cotas raciais só pode ser um atestado de incompetência do Estado brasileiro, que não logrou alcançar a universalização dos serviços públicos gratuitos de qualidade”⁴⁸⁹.

Como dito, além dos argumentos elencados na audiência pública, durante o julgamento realizado no dia 25 de abril de 2012, o procedimento constitucional contou com a participação de *amici curiae*, a saber: o Conselho de Ensino Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE); a Universidade de Brasília (UnB), o Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE); o Conselho Federal da OAB; a Defensoria Pública Geral Federal; a Associação Direitos Humanos em Rede – Conectas Direitos Humanos; o Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA); o Movimento Negro Unificado (MNU); o EDUCAFRO – Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes; a Associação Nacional dos Advogados Afrodescendentes (ANAAD); o Partido Democratas (DEM); o Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro (MPMB); o Movimento contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Federais e do Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popular (IDEP).

O EDUCAFRO - Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes, argumentou, em seu memorial, que sua missão “(...) é promover a inclusão da população pobre em geral e negra, em especial, nas universidades públicas e particulares por meio da concessão de estudo, através da dedicação de seus voluntários em forma de mutirão e dos funcionários que atuam nos setores de trabalho de sua sede nacional”⁴⁹⁰. Thiago Bottino, representante do instituto, destacou a diferença das ações afirmativas implementadas por meio de cotas sociais ou cotas raciais: “São ações afirmativas que geram resultados distintos. O fato é que 300 anos de escravidão fizeram com que jovens negros não pudessem exercer papéis sociais relevantes”⁴⁹¹. Vale anotar que, durante a sessão plenária, o mesmo classificou

⁴⁸⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública* - Notas taquigráficas. ADPF 186. *Op. Cit.*, p. 329.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 330.

⁴⁹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 186*. Acórdão. *Op. Cit.*, p. 800.

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 892.

como “argumento terrorista” a afirmação de que as cotas raciais poderiam causar/disseminar o ódio racial no País e advertiu que essas ações já acontecem no Brasil e em nenhum caso foi percebido um aumento nos incidentes, afirmando que “Dez anos de ações afirmativas nesse país mostraram que não houve nenhum incidente decorrente da aplicação desse mecanismo”⁴⁹².

Corroborando os argumentos anteriores, assim como pontuado em audiência pública, o Movimento Negro Unificado (MNU) destacou a sua atuação no combate ao racismo e afirmou que é “(...) um dos movimentos sociais com mais sólida atuação no combate ao racismo e que, em seu espírito de formação e em sua experiência, congrega diversas organizações afro-brasileiras”. A sua representante, Silvia Cerqueira, afirmou durante a sessão do julgamento, que “Todas as pesquisas demonstram através de números a desigualdade a que estão submetidos os negros (no Brasil)” e que, com o sistema de cotas, é possível, juridicamente, à luz da Constituição, “(...) mitigar os efeitos dessa discriminação”. Destacou, também, os bons resultados obtidos por todos os alunos cotistas que saíram da universidade⁴⁹³.

O Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA), representando o coletivo composto por AFROBRAS – Sociedade Afrobrasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural, o ICCAB – Instituto Casa da Cultura Afro-brasileira, o IDDH – Instituto de Defensores dos Direitos Humanos, e a organização não governamental CRIOLA, requereu ingresso como *amicus curiae*. Em seu memorial, o coletivo alegou que não há qualquer violação ao princípio da isonomia, de modo que “A intenção de dar-se um tratamento mais favorável a quem está em situação de desvantagem, em razão de serem grupos débeis econômica e socialmente, não caracteriza arbítrio ou violação do princípio da igualdade, pelo contrário, pretende viabilizar a isonomia material”⁴⁹⁴. Assim sendo, “Todas as pesquisas demonstram através de números a desigualdade a que estão submetidos os negros no Brasil”, e argumentam que o sistema de cotas possibilitaria, juridicamente, à luz da Constituição, “(...) mitigar os efeitos dessa discriminação”. Destacam, ainda, que já existem cotas para afrodescendentes na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) há 12 anos⁴⁹⁵.

⁴⁹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 186*. Acórdão. *Op. Cit.*, p. 895.

⁴⁹³ *Ibidem.*, p. 897

⁴⁹⁴ *Ibidem.*, p. 906.

⁴⁹⁵ *Ibidem.*, p. 925.

A Associação Direitos Humanos em Rede (CONNECTAS Direitos Humanos) afirmou que os programas de ações afirmativas que incluem os critérios raça, pobreza e origem escolar, entre outros, não apenas são compatíveis com o princípio constitucional da igualdade, como também representam um meio eficaz para dar-lhe concreção, destacando os prejuízos sofridos pela comunidade negra ao longo das décadas de desigualdade. Em sua sustentação oral, o advogado Hédio Silva Júnior declarou que no Brasil de antes da existência das cotas raciais, existia o que chamou de “racismo cordial”, afirmando que “Negros entravam nas universidades para ser vigilantes, cozinheiros, bedéis, serviçais, o Brasil era feliz, tudo ia bem, tudo funcionava bem”⁴⁹⁶.

A Associação Nacional dos Advogados Afrodescendentes (ANAAD), representada pelo advogado Márcio Thomaz Bastos, lembrou a importância do zelo pela Constituição quando “(...) permitiu a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, permitiu a união homoafetiva, manteve a pesquisa com células-tronco e julgou correta a demarcação contínua da reserva indígena Raposa Serra do Sol”. E destacou, durante a sua argumentação oral, que “Hoje vivemos um momento histórico. O momento de trazer o negro para viver sob esse amparo”. Para a ANAAD, “As ações afirmativas de cotas, existentes há mais de 10 anos, melhoram a cor dos álbuns de formatura no Brasil, que deixam de ser exclusivamente brancos e passam a ser mesclados”; e concluiu: “Ao contrário das proposições abstratas (dos que são contra as cotas), temos para mostrar a história de 300 anos de escravatura como um peso que amarrrou essas pessoas”⁴⁹⁷.

À Fundação Cultural Palmares destacou que “(...) o sistema de cotas previsto para o acesso aos cursos superiores contém uma nota de corte, ou seja, os candidatos, independentemente de estarem ou não incluídos no programa de cotas, devem atingir uma nota mínima”⁴⁹⁸, desta forma, não concorda com o argumento que o sistema de cotas estaria inserindo no âmbito universitário alunos que poderiam prejudicar o desempenho do ensino. Afirma, ainda, que o sistema de cotas deveria ser considerado como um “juízo de adequação”:

Trata-se de uma política pública que não está em sentido contrário à Constituição sendo, portanto, legítima e parte da esfera de discriminação política; (ii) o exame de seleção, que é realizado por todos os candidatos

⁴⁹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 186*. Acórdão. *Op. Cit.*, p. 650.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 280.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, p. 23.

inscritos, atendeu ao princípio da proporcionalidade, compatibilizando o princípio do art. 208, V, da Carta Magna, com o princípio da igualdade material de acesso à universidade (art. 206, I, da CF/88) e o princípio da redução das desigualdades sociais (art. 3º, III, CF/88)”⁴⁹⁹.

A FUNAI (Fundação Nacional do Índio), ratificou o que já havia apresentado em audiência pública, enfatizando a existência do racismo e que a solicitação da ADPF 186 “desqualifica a experiência de vida da pessoa discriminada, negando a sua realidade”. Destacou, ainda, que “(...) o sistema de cotas da UnB alcança também os indígenas e que a Ação visa acabar com qualquer sistema de cotas e não somente a dos negros”⁵⁰⁰. A garantia da constitucionalidade das cotas raciais é uma forma de formalizar, consolidar e potencializar não apenas o sistema de cotas com base em critérios raciais, mas também com base no critério étnico, pois a população indígena também é se configura uma minoria vulnerável que necessita do mesmo tipo de ação afirmativa⁵⁰¹.

Em sentido contrário às políticas afirmativas, em seu memorial, o Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro (MPMB) afirmou ser a primeira associação de mestiços (pardos) do país, atuando desde 2001, e defendeu a inconstitucionalidade da reserva de vagas para o acesso ao ensino superior de candidatos considerados negros pela comissão julgadora da UnB, por entender que o referido sistema, ao exigir uma autodeclaração dos candidatos “(...) mostra-se incompatível com o dever do Estado de proteger todos os grupos participantes do processo civilizatório nacional e de valorizar a diversidade étnica e regional que não se limita às culturas indígenas e afro-brasileiras”⁵⁰².

O Movimento contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Federais e do Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popular (IDEP), representado por Wanda Maria Siqueira, argumentou que concorda com o estabelecimento de cotas afirmativas, mas desde que estas tenham critérios mensuráveis, destacando que o critério racial é subjetivo: “Há necessidade sim de ações afirmativas, mas o Brasil é um país continental, com enormes diferenças regionais. Se o critério for a renda, os negros terão acesso à universidade. O problema brasileiro é a pobreza, e não a cor da pele”⁵⁰³.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, p. 24.

⁵⁰⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 186*. Acórdão. *Op. Cit.*, p. 21.

⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 22.

⁵⁰² *Ibidem*, p. 171. Embora conste no acórdão registro de pedido por parte do referido movimento para participação do julgamento, não há registro sobre sustentação oral na sessão plenária.

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 27.

Terminada a atuação dos *amici curiae*, iniciaram-se os votos dos Ministros e o Plenário da Corte reconheceu, por unanimidade, a constitucionalidade de políticas de ações afirmativas baseadas em critérios étnico-raciais para promover maior acesso de pessoas negras às universidades públicas, afirmando, ainda, que tais ações são necessárias para corrigir distorções culturais históricas existentes no Brasil⁵⁰⁴.

Nos votos, é possível perceber, de forma explícita, a contribuição da audiência pública nos votos dos Ministros Luiz Fux e Rosa Weber; e dos *amici curiae* nos votos das Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia. No entanto, a influência da atuação dos movimentos sociais pode ser percebida de modo indireto em todos os votos através dos argumentos utilizados, conforme veremos a seguir.

O Ministro Relator Ricardo Lewandowski iniciou a sua argumentação demonstrando a relevância e importância da temática e destacou, na sua introdução, a atuação dos movimentos sociais de modo global, destacando a atuação na Conferência de Durban:

A Conferência de Durban foi, por certo, um marco na construção e promoção de uma agenda internacional de ação de combate ao racismo e outras formas de discriminação, não apenas pela qualidade das discussões e do texto final da conferência, mas também pela ativa participação de representantes de movimentos negros de vários países. No texto final da Convenção, conhecido como Declaração de Durban, da qual o Brasil é signatário, há três artigos que merecem destaque para a discussão de ações afirmativas no ensino superior, seja pela legitimidade que trazem para esta demanda, seja pela influência que tiveram na adoção deste tipo de política em muitos países.

(...)

Como demonstra o texto da Declaração de Durban, ações afirmativas de recorte étnico-racial têm se legitimado internacionalmente como iniciativas eficazes no combate às mais diversas formas de discriminação, assim como uma forma de promover o desenvolvimento de maneira mais equânime. Ações afirmativas, como as cotas étnico-raciais em universidades públicas, promovem não apenas uma distribuição mais equitativa dos recursos públicos, como têm o potencial de trazer grupos marginalizados para espaços centrais de tomada de decisão. No caso das universidades, que formam, ao mesmo tempo, uma fatia importante da elite econômica, da massa crítica e das lideranças políticas de um país, torna-se estratégico promover a inclusão de grupos marginalizados.⁵⁰⁵

⁵⁰⁴ O Ministro Dias Toffoli se declarou impedido porque atuou na causa quando era advogado-geral da União, tendo anteriormente assinado parecer favorável à política de cotas.

⁵⁰⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 186*. Acórdão. *Op. Cit.*, p. 49.

O Ministro discorreu sobre a constitucionalidade da política de cotas étnico-raciais, argumentando que a Carta Magna declarou igual tratamento a todos, no entanto, não limitou essa igualdade a seu aspecto formal, e afirmou que “A discriminação positiva é permitida para que no futuro exista uma situação de igualdade”⁵⁰⁶. Segundo Lewandowski:

Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares⁵⁰⁷.

Diante disso, uma primeira justificativa para utilizar o critério étnico-racial, realizada pelo Ministro Lewandowski consistiu no fato de existir, na História do Brasil, pessoas marginalizadas:

No que interessa ao presente debate, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica da justiça distributiva, considera a posição relativa dos grupos sociais entre si. Mas, convém registrar, ao levar em conta a inelutável realidade da estratificação social, não se restringe a focar a categoria dos brancos, negros e pardos. Ela consiste em uma técnica de distribuição de justiça, que, em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade⁵⁰⁸.

Assim sendo, por residirem em contínua vulnerabilidade, não há como avaliar igualdade. Além disso, é ainda mais dificultosa a tarefa de avaliar o mérito entre pessoas que não possuem acesso a educação de modo igualitário, sendo um dos fatores mantenedores da desigualdade. Desse modo, o mérito como critério para ingresso no ensino superior não é suficiente para garantir ambiente universitário diverso e plural, onde uma igualdade de direitos está conferindo uma presença homeopática do negro se comparada a do branco. O Ministro vinculou tal fato à estratificação dos espaços sociais, onde grupos sociais marginalizados têm dificuldade de acesso⁵⁰⁹, e destacou:

A proporção de estudantes de 18 a 24 anos de idade que cursam o ensino superior também mostra uma situação em 2009 inferior para os pretos e para os pardos em relação à situação de brancos em 1999. Enquanto cerca

⁵⁰⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 186*. Acórdão. *Op. Cit.*, p. 49.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p. 50.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. 53.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 60.

de 2/3, ou 62,6%, dos estudantes brancos estão nesse nível de ensino em 2009, os dados mostram que há menos de 1/3 para os outros dois grupos: 28,2% dos pretos e 31,8% dos pardos. Em 1999, eram 33,4% de brancos, contra 7,5% de pretos e 8,0% de pardos⁵¹⁰.

Argumentou, ainda, que a não existência de cotas poderia dificultar/inviabilizar a criação de lideranças de tivessem a capacidade de lutar pela garantia dos direitos dos negros brasileiros, conferindo a manutenção da marginalização de tal comunidade, afirmando que o ambiente universitário é um local privilegiado de criação de futuros líderes e dirigentes sociais:

Todos sabem que as universidades, em especial as universidades públicas, são os principais centros de formação das elites brasileiras. Não constituem apenas núcleos de excelência para a formação de profissionais destinados ao mercado de trabalho, mas representam também um celeiro privilegiado para o recrutamento de futuros ocupantes dos altos cargos públicos e privados do País⁵¹¹.

O Relator alegou que a efetiva justiça distributiva é possível, uma vez que ocorre através da alocação de recursos do Estado para as instituições de ensino, dessa forma, as universidades adotariam como critério não apenas o mérito, visto que esse não alcançou altos níveis de pluralidade no ensino superior público e ressaltando o prejuízo apresentado pelos movimentos sociais, no entanto, lembrou que a “Resolução 38/2003 do CEPE prevê que a reserva de vagas do vestibular para candidatos negros e indígenas perduraria pelo prazo de dez anos” estando, assim, em acordo com a natureza de transitoriedade das políticas de ações afirmativas:

É importante ressaltar a natureza transitória das políticas de ação afirmativa, já que as desigualdades entre negros e brancos não resultam, como é evidente, de uma desvalia natural ou, mas decorrem de uma acentuada inferioridade em que aqueles foram posicionados nos planos econômico, social e político em razão de séculos de dominação dos primeiros pelos segundos. Assim, na medida em que essas distorções históricas forem corrigidas e a representação dos negros e demais excluídos nas esferas públicas e privadas de poder atenda ao que se contém no princípio constitucional da isonomia, não haverá mais qualquer razão para a subsistência dos programas de reserva de vagas nas universidades públicas, pois o seu objetivo já terá sido alcançado⁵¹².

⁵¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 186*. Acórdão. *Op. Cit.*, p. 70.

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 75.

⁵¹² *Ibidem*, p. 89.

Para tal, o Ministro Lewandowski afirmou que o conceito de igualdade não permanece estagnado, argumentando que o constituinte brasileiro não se limitou a garantir a igualdade no plano formal no sentido de que “Todos são iguais perante a lei”, conforme preceitua o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, conferindo obrigatoriedade ao Estado de corrigir desigualdades, com o objetivo de garantir a igualdade material⁵¹³.

Vale salientar que ele utilizou também dados estatísticos do IBGE que corroboram as informações trazidas pelos movimentos sociais e que demonstram a desigualdade existente entre brancos e negros em relação ao acesso à educação, ao mercado de trabalho e às universidades, justificando que a adoção de um “critério puramente linear do mérito” não poderia ser interpretado de forma literal, exigindo a avaliação das peculiaridades de cada caso devido à desvantagem que pode existir de uns em relação a outros. Por fim, advertiu que a adoção de ações afirmativas poderia criar um “efeito simbólico” em crianças negras que poderiam se inspirar/projetar nessas novas lideranças semelhantes a elas⁵¹⁴.

O Ministro Ricardo Lewandowski destacou, também, que a construção de um ambiente universitário mais plural e heterogêneo, conforme pontuado pelos movimentos sociais anteriormente citados, possibilitaria a “(...) construção do pensamento crítico e contribuiria para a desmistificação de preconceitos enraizados na sociedade”, valorizando, assim, a “diversidade do corpo estudantil”⁵¹⁵.

Em resumo, o Ministro Lewandowski, alinhado com o exposto pela ampla maioria dos movimentos sociais nas audiências públicas, memoriais e sustentações orais realizadas por *amici curiae*, baseou o seu voto no argumento de que os critérios da política devem ser elaborados pelo Estado, com o objetivo de exercer seus objetivos constitucionais, não determinando uma metodologia de seleção, devendo ter como parâmetros a dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e razoabilidade, declarando, assim, a constitucionalidade da adoção de cotas raciais⁵¹⁶.

O Ministro Luiz Fux também decidiu pela constitucionalidade da política de ação afirmativa que se baseia em critério étnico-racial, afirmando que:

(...) no Brasil, a pobreza tem cor. Por todo lado abundam dados que

⁵¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 186*. Acórdão. *Op. Cit.*, p. 50.

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 68-71.

⁵¹⁵ *Ibidem*, p. 77.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 82.

evidenciam o enorme abismo que separa as etnias formadoras da sociedade brasileira. Segundo estatísticas disponibilizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), os afrodescendentes (negros e pardos), que correspondem a mais de 50% da população do País, encontram-se em situação profundamente desvantajosa em relação aos brancos em todos os indicadores sociais relevantes – renda, níveis de analfabetismo, acesso a saneamento básico e serviços de saúde, taxa de mortalidade infantil, dentre outros (IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio, 2009, disponível em <http://www.ibge.gov.br/>)⁵¹⁷.

Luiz Fux associou, conforme ponderado pelos movimentos sociais, as cotas a uma história de discriminação que faz parte das relações institucionais brasileiras, utilizando, como exemplo, “A inexistência de políticas de inserção social dos negros libertos, após o período de escravidão que desencadeia desigualdades até o presente”⁵¹⁸, destacando que a igualdade formal utilizada até o presente não foi capaz de promover uma inclusão social, e salientou a existência de um “(...) segregacionismo velado e latente em nossa sociedade (...)”⁵¹⁹. Assim, considerou um equívoco perpetuar a situação de desigualdade, pois a CF prevê a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, ponderou, assim, responsabilidade do Estado realizar tais objetivos, alcançando, com isso, a igualdade⁵²⁰.

Em resumo, o Ministro Luiz Fux utilizou cinco premissas adotadas pelos movimentos sociais que justificaram o seu posicionamento pela constitucionalidade da política de cotas de cunho étnico-racial: (1) constatou que a pobreza no Brasil tem cor, a partir de dados do IBGE; (2) constatou que a disparidade econômico-social observada entre esses segmentos é fruto de um processo histórico marcado pela escravidão e pela opressão racial; (3) afirmou que a abolição da escravidão do final do século XIX não apagou a marca deixada pelo preconceito e pela discriminação contra a comunidade negra; (4) afirmou que políticas universalistas com o objetivo de melhorar a situação econômico-social dos negros não é suficiente para combater desigualdades econômicas pautadas por motivações raciais; e (5) ressaltou a importância de se manter a diversidade no ambiente acadêmico⁵²¹.

Em seguida, a Ministra Rosa Weber acrescentou mais argumentos ao debate sobre igualdade afirmando que:

Identificadas essas desigualdades concretas, a presunção deixa de ser

⁵¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 186*. Acórdão. *Op. Cit.*, p. 105.

⁵¹⁸ *Ibidem*, p. 106.

⁵¹⁹ *Ibidem*, p. 105.

⁵²⁰ *Ibidem*, p.1 25.

⁵²¹ *Ibidem*, p. 105-113.

benéfica e passa a ser um fardo, enquanto impede que se percebam as necessidades concretas de grupos que, por não terem as mesmas oportunidades, ficam impossibilitados de galgar os mesmos espaços daqueles que desfrutam de condições sociais mais favoráveis. E sem igualdade mínima de oportunidades, não há igualdade de liberdade⁵²².

Destacou que “Liberdade e igualdade andam de mãos dadas”⁵²³:

A igualdade, é consabido, se apresenta, na construção do constitucionalismo moderno, por dois enfoques: formal e material. A igualdade formal é a igualdade perante a lei. É aquela que permite que todos sejam tratados, em abstrato, da mesma forma, independentemente de critérios outros que não o seu reconhecimento como sujeito de direito. Se todos têm os mesmos direitos e obrigações, todos são igualmente livres para realizar suas próprias perspectivas de vida, respeitada a máxima segundo a qual, no plano do indivíduo, o que não é proibido é permitido. Mas, por ser uma igualdade formal, com idêntico tratamento em normas gerais e abstratas, trata-se de igualdade presumida, enquanto desconsidera processos sociais concretos de formação de desigualdades⁵²⁴.

A Ministra findou seu voto, demonstrando a importância da audiência pública e dos memoriais dos *amici curiae* para a construção do seu argumento, assim como fundamentou não existir um direito subjetivo dos indivíduos de, através do mérito, ocuparem vagas em universidades públicas. Sendo assim, há liberdade para desenvolvimento de políticas que utilizem tais vagas para cumprir as finalidades da universidade, dentre elas, a busca por diminuição da desigualdade:

Ora, por todas as manifestações nas audiências públicas realizadas, nos memoriais entregues e nas sustentações orais de ambas as correntes - e ainda pelo meu próprio olhar, Sr. Presidente, sobre a realidade brasileira-, minha convicção é de que é afirmativa a resposta. Mesmo a se admitir, *ad argumentum*, a tese de que a quase ausência de negros no ensino superior e nos postos mais altos do mercado de trabalho e da vida social brasileira não resulta de uma recusa consciente pela cor, fato é que é flagrante a disparidade racial em nossa sociedade. Como já foi dito, a pobreza tem cor no Brasil. Com efeito, impressiona, Sr. Presidente, o dado de que, dentre os 10% da população mais pobre do nosso país, 75% é composta de pretos e pardos. Isso quer dizer que, dentre aqueles com menores perspectivas de alcançar as oportunidades mais básicas oferecidas pela sociedade brasileira para o seu desenvolvimento, a imensa maioria é de negros. Por outro lado, dentre aqueles que têm à disposição as melhores oportunidades sociais, a esmagadora maioria é de brancos. Assim, os negros não se reconhecem (e os dados mostram isso) dispondo das mesmas chances de vida que os

⁵²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 186*. Acórdão. *Op. Cit.*, p. 125.

⁵²³ *Ibidem*, p. 124.

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 125.

brancos⁵²⁵.

Por sua vez, a Ministra Cármen Lúcia iniciou seu voto demonstrando a relevância e complexidade do tema e a valor da ampliação debate para a decisão, afirmando:

(...) o tema posto neste julgamento me pareceu tão grave e complexo, até porque tanto o autor, quanto os *amici curiae*, em sentido contrário - claro que também os que o acompanharam -, apresentaram argumentações de ambos os lados, muito graves, muito sérias, muito consistentes, muito bem preparadas. Não tenho a menor dúvida de que aqueles que têm compreensão contrária à que será a minha conclusão não deixam de merecer o meu respeito e a minha compreensão. Aliás, isso só reforça que a diferença faz parte da vida e que, para ser igual e livre, é preciso, realmente, não tolerar, mas respeitar as diferenças naquilo que elas indiquem a nossa singularidade, a nossa individualidade, mas não fazer da diferença aquilo que possa agredir a nossa dignidade⁵²⁶.

Corroborando o exposto pelos movimentos sociais, a Ministra destacou a desigualdade racial existente no Brasil:

(...) desde muito cedo descobre-se, melancolicamente, que a igualdade pode ter a espessura da pele, e isso pode representar um desvalor na vida, como se o critério da quantidade de melanina pudesse ser o dedal no qual se goteja a dignidade humana em pequenas doses para se vencer um mar de preconceitos⁵²⁷.

Fundamentou a sua tese em favor da constitucionalidade da política de cotas realizadas pela UnB no processo que denomina de “igualação”, mais uma vez ratificando a diferença de oportunidades pontuada pelos movimentos sociais. Assim, todos seriam iguais perante a lei:

Quanto à igualdade e à igualação, a Constituição brasileira de 1988 produziu, a meu ver, significativa diferença em relação aos outros textos constitucionais, porque não apenas reforçou o que já havia desde a Carta de 1824 – que falava na igualdade, apesar de termos sido o último povo deste continente a acabar com a escravidão, mas existia, ali, a referência ao princípio da igualdade formal –, mas partiu da compreensão de a igualdade ser processo dinâmico, por isso a igualação, com a consciência de a igualdade ser estática, garantia daquele que já se igualou. Já a igualação é o processo dinâmico de fazer com que aqueles que não adquiriram ainda condição de igualdade de oportunidades para ser igualmente livres possam vir a adquirir essas condições. Surgem nesse contexto as políticas chamadas

⁵²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 186*. Acórdão. *Op. Cit.*, p. 125.

⁵²⁶ *Ibidem*, p.131.

⁵²⁷ *Ibidem*, p. 137.

compensatórias⁵²⁸.

Nesse sentido, discorreu que o termo igualação traz em seu bojo a ideia de dinamismo, conferindo a quem não possui igualdade, os mecanismos para garantir as mesmas oportunidades, haja vista ser esse um objetivo da democracia “(...) numa democracia não se dá a cada um o que é seu, mas se adotam políticas para se dar a cada um segundo sua necessidade (...)”⁵⁷”.

E, por fim, pontuou a discricionariedade das Universidades em adotar critérios diversos para o seu processo seletivo, tendo em vista a autonomia universitária para implementar ações que visem à inclusão social, assim como argumentou no mesmo sentido do que foi destacado na audiência pública e em plenário pelos *amici curiae*, a luz do princípio dinâmico da Constituição com o objetivo de reduzir as diferenças, rebatendo o argumento levantado durante a audiência pública sobre um possível “*apartheid*”:

(...) princípio constitucional dinâmico da igualdade, a liberdade de ser, e acima disso: de ser diferente, garantidas a identidade, a dignidade nessa identidade e a responsabilidade social e estatal para promover as políticas necessárias para a transformação – pois, na democracia, não se dá a cada um o que lhe pertence, mas adotam-se políticas para dar a cada um segundo a necessidade –, também partilho, como o Ministro Ricardo Lewandowski acentuou, que, neste caso, quer se analise sob o prisma do princípio da proporcionalidade – neste caso, a meu ver, rigorosamente observado, nos termos postos e determinados pela Constituição, portanto, não criando outras formas de discriminação para outros grupos, mas apenas propiciando que os historicamente menos aquinhoados com oportunidades possam ter acesso a isso e projetar essa mudança –, quer se considere a função social da Universidade, de promover todos os valores necessários para os princípios constitucionais serem efetivados, impõe-se que se cumpra o valor da Constituição posta, para ser concretizada nos termos dos princípios marcadores, nos fundamentos, dessa construção democrática⁵²⁹.

O Ministro Joaquim Barbosa, destacadamente o único Ministro negro da Corte e egresso de escola pública, optou por seguir o voto do Relator, assegurando que o mesmo exauriu a matéria em questão. Mas ressaltou:

Não se deve perder de vista o fato de que a história universal não registra, na era contemporânea, nenhum exemplo de nação que tenha se erguido de uma condição periférica à condição de potência econômica e política, digna de respeito na cena política internacional, mantendo, no plano doméstico, uma política de exclusão em relação a uma parcela expressiva da sua

⁵²⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 186*. Acórdão. *Op. Cit.*, p. 139.

⁵²⁹ *Ibidem*, p.153.

população⁵³⁰.

Por sua vez, o Ministro Cezar Peluso pontuou que a Constituição resguarda os que estão em situação de vulnerabilidade socioeconômica, o que possibilita a discriminação positiva, até que a situação seja estancada/revertida. Assim, justifica a elaboração de políticas públicas que tenham como objetivo mitigar as disparidades existentes, e enfatiza a existência de disparidade de oportunidade entre brancos e negros, corroborando o pontuado pelos movimentos sociais. Cezar Peluso ressaltou que existe um “(...) déficit educacional e cultural da etnia negra”⁵³¹, lembrando que:

(...) a garantia de educação integral tem que ser vista como meio necessário, indispensável para o acesso ou, pelo menos, para a possibilidade mais efetiva de acesso aos frutos do desenvolvimento social e econômico e, portanto, de aquisição de uma condição sociocultural que promova, em concreto, o grande ideal da dignidade da pessoa humana e da realização do projeto de vida de cada um. São as barreiras ou as dificuldades institucionais opostas a esse acesso que estão na causa fundamental ou na causa preponderante do desnivelamento social que implica o tratamento desequilibrado e a conseqüente desigualação dos grupos de pessoas no seio da sociedade⁵³².

Em seguida, o Ministro fez uma análise histórica, destacando as barreiras institucionais de acesso dos negros a educação e cultura, ratificando o argumento contrário à ADPF utilizado pelo DEM e rebatido amplamente pela maioria dos movimentos sociais atuantes no processo.

(...) a responsabilidade ética e jurídica do Estado e da sociedade é adotar políticas públicas que respondam a esse déficit histórico, na tentativa de desenvolver um processo - que, por definição, não se realiza num dado momento, mas que se faz e aperfeiçoa ao longo do tempo - capaz de viabilizar a desejada igualdade material e, portanto, de desfazer a injustiça histórica de que os negros são vítimas no Brasil⁵³³.

O Ministro Gilmar Mendes destacou as dificuldades de se implementar em uma sociedade miscigenada, como a brasileira, uma política que adote tão somente o critério étnico-racial, ponto esse destacado pelo Movimento Pardo-Mestiço.

Então, veja que se conferiu, aí, a um grupo de iluminados esse poder que

⁵³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 186*. Acórdão. *Op. Cit.*, p.154.

⁵³¹ *Ibidem*, p. 155.

⁵³² *Ibidem*, p. 156.

⁵³³ *Ibidem*, p. 155.

ninguém quer ter, de dizer quem é branco, quem é negro, numa sociedade altamente miscigenada. Então, temos, Presidente, realmente, um sério problema a despeito da correção do discurso. Ninguém está aqui a negar a constitucionalidade das ações afirmativas, nós temos um número muito razoável de decisões do Supremo Tribunal Federal, em variada ordem, que ressalta a possibilidade de se adotarem critérios diversos. Isso faz parte, inclusive, da velha fórmula que era decantada já por Rui Barbosa: de tratar igualmente a iguais e desigualmente a desiguais. Ou, na crítica de Anatole France, que dizia: *a igualdade formal assegurava a pobres e ricos*. Mas a referência, aqui, era a pobres e ricos, o direito inclusive de dormir sobre as pontes. Então, é preciso ter atenção para esse aspecto. Este ponto me parece um ponto crítico do modelo. Eu poderia, também, eu não estranharia a possibilidade, Presidente, de se falar, em princípio, da necessidade de alguma baliza ou parâmetro legal, mas, tendo em vista inclusive essas singularidades, não me parece inconveniente que instituições com essa dose de autonomia possam fazer a modelagem de seus tipos a fim de buscar uma maior efetividade. Mas a mim me parece - e acredito que há um esforço nesse sentido quando nós vemos, será debatido no caso do ProUni, inclusive a questão da lei complementar para fins de isenção ou imunidade, ou também das regras do Estatuto da Igualdade Racial -, mas, a mim me parece que, num país com tantas diversidades, e com tantas instituições dotadas de autonomia, aí as próprias universidades estaduais, federais e, também, as particulares, que estão submetidas a regras básicas, não seria estranho que houvesse pelo menos aquele tipo de lei moldura, de lei quadro, que permitisse balizar os critérios. Mas vamos de novo destacar: o modelo da UnB nas universidades federais tem a virtude e obviamente os eventuais defeitos de um modelo pioneiro feito sem paradigmas anteriores. Então, esse é um ponto importante, não se pode negar a importância de ações que levem a combater essa crônica desigualdade.⁵³⁴

Destacou que o processo singular de miscigenação poderia privilegiar negros de classe média e prejudicar brancos pobres, em sintonia com o pontuado pelo Movimento Negro Socialista (MNS) em audiência pública. Assim, a ação afirmativa estaria viciada pelo que denomina de “manto falsamente inclusivo”:

As preocupações com as consequências da adoção de cotas raciais para o acesso à Universidade levaram cento e treze intelectuais brasileiros (antropólogos, sociólogos, historiadores, juristas, jornalistas, escritores, dramaturgos, artistas, ativistas e políticos) a redigir uma carta contra as leis raciais no Brasil. No documento, os subscritores alertam que “o racismo contamina profundamente as sociedades quando a lei sinaliza às pessoas que elas pertencem a determinado grupo racial – e que seus direitos são afetados por esse critério de pertinência de raça”. Sustentam que “as cotas raciais proporcionam privilégios a uma ínfima minoria de estudantes de classe média e conservam intacta, atrás de seu manto falsamente inclusivo, uma estrutura de ensino público arruinada”. Defendem que existem outras formas de superar as desigualdades brasileiras, proporcionando um verdadeiro acesso universal ao Ensino Superior, menos gravosas para a

⁵³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 186*. Acórdão. *Op. Cit.*, p.170-171.

identidade nacional, como a oferta de cursos preparatórios gratuitos e a eliminação das taxas de inscrição nos exames vestibulares (“Cento e Treze cidadãos antirracistas contra as leis raciais”, assinado por cento e treze intelectuais brasileiros, entre eles, Ana Maria Machado, Caetano Veloso, Demétrio Magnoli, Ferreira Gullar, José Ubaldino Ribeiro, Lya Luft e Ruth Cardoso)⁵³⁵.

O Ministro Gilmar Mendes destacou, conforme os argumentos favoráveis à ADPF 186, a existência de lacunas provenientes da ação afirmativa realizada, sugerindo que as ações afirmativas deveriam ser fundamentadas na autodeclaração, combinada com o critério de renda do candidato, além de comissões com critérios objetivos de seleção.

Contudo, mesmo pontuando argumentos favoráveis à ADPF 186, tecendo ressalvas para o aprimoramento do sistema de cotas proposta pela UnB e considerando os desafios da política, o Ministro Gilmar Mendes decidiu em favor da política afirmativa.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio efetuou uma apreciação histórica, explicando que, desde a Constituição de 1824, previu-se a igualdade formal. A CF de 1988, por outro lado, mudou tais perspectivas, pois diz que, para que exista igualdade, deve haver fomento na educação, podendo se valer de ações afirmativas que sejam caminho para tais objetivos. Essa medida demonstraria o teor democrático do princípio da igualdade jurídica, mas exigiria critérios objetivos e o Ministro destacou que meritocracia sem “igualdade de pontos de partida é apenas uma forma velada de aristocracia”⁵³⁶.

Pode-se dizer, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos “construir”, “garantir”, “erradicar” e “promover” implicam mudança de óptica, ao denotar “ação”. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e a Carta da República oferece base para fazê-lo – as mesmas oportunidades. Há de ter-se como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. Que fim almejam esses dois artigos da Carta Federal, senão a transformação social, com o objetivo de erradicar a pobreza, uma das maneiras de discriminação, visando, acima de tudo, ao bem de todos, e não apenas daqueles nascidos em berços de ouro?⁵³⁷

Ainda, o Ministro complementou, reconhecendo a importância da ampliação do debate e a publicidade da temática, o que leva a um profundo debate social e a posterior

⁵³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 186*. Acórdão. *Op. Cit.*, p.185.

⁵³⁶ *Ibidem*, p.216.

⁵³⁷ *Ibidem*, p.218.

conscientização da sociedade, ponto amplamente destacado pelos movimentos sociais, como objetivo implícito da judicialização da questão:

(...) reconheço a valia da ação ajuizada, da arguição de descumprimento de preceito fundamental, pelo Democratas – DEM, no que viabilizou a discussão da matéria e a revelação à sociedade brasileira da compreensão, sob o ângulo constitucional, da harmonia ou não do sistema de cotas com a nossa ordem jurídica⁵³⁸.

Declarou esperança em uma mudança cultural da sociedade brasileira, proporcionando uma maior conscientização, conforme pontuado amplamente por todos na audiência pública e pelos *amici curiae*, no Plenário do STF:

Urge uma mudança cultural, uma conscientização maior por parte dos brasileiros; falta a percepção de que não se pode falar em Constituição Federal sem levar em conta, acima de tudo, a igualdade. Precisamos saldar essa dívida, ter presente o dever cívico de buscar o tratamento igualitário. É preciso chegar às ações afirmativas. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação; urge implementar programa voltado aos menos favorecidos, a abranger horário integral, de modo a tirar meninos e meninas da rua, dando-lhes condições que os levem a ombrear com as demais crianças. O Estado tem enorme responsabilidade nessa área e pode muito bem liberar verbas para os imprescindíveis financiamentos nesse setor. As normas proibitivas não são suficientes para afastar do cenário a discriminação. Deve-se contar – e fica aqui o apelo ao Congresso Nacional – com normas integrativas⁵³⁹.

O Ministro Marco Aurélio, contrariando o pontuado por alguns favoráveis à ADPF 186 na audiência pública, destacou que ações afirmativas não disseminam o racismo, e se fazem necessárias para reduzir as diferenças:

Mostra-se importante ter em mente também que a adoção de políticas de ação afirmativa em favor dos negros e outras minorias no Brasil, iniciada no Estado do Rio de Janeiro, não gerou o denominado “Estado racializado”, como sustenta a arguente. Ao menos até agora, essa não foi uma consequência advinda da mencionada política. Observem: são mais de dez anos da prática sem registro de “qualquer episódio sério de tensão ou conflito racial no Brasil que possa ser associado a tais medidas”, conforme observou a Procuradoria Geral da República em parecer. É natural que, na fase embrionária do sistema, hajam surgido choque de ideias, divergências de interpretação jurisprudencial e, até mesmo, casos de má aplicação das quotas.

⁵³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 186*. Acórdão. *Op. Cit.*, p.216.

⁵³⁹ *Ibidem*, p.217.

E concluiu seu voto favorável à adoção da política afirmativa, argumentando que a “(...) correção das desigualdades mostra-se possível. Por isso, façamos o que está ao nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal”⁵⁴⁰.

Finalizando a votação, o Ministro Ayres Britto ratificou que consta no preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 a necessidade de formação de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Desse modo, as pessoas/grupos sociais que precisarem de auxílio para alcançar espaços institucionais devem ser consideradas pelo Estado, por meio de políticas públicas. Por isso, o Estado deve disponibilizar recursos para que ações afirmativas sejam praticadas, promovendo para todos um tratamento igualitário:

Ou seja, combater as causas da pobreza, mas não só isso, os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos. Integração social, aqui, ganha o sentido técnico de integração comunitária. O que a Constituição está dizendo é que historicamente há desigualdades nas desigualdades desfavorecendo os negros, pois é preciso que haja o *plus* da política pública promocional. Então, é preciso que haja uma política pública diferenciada no âmbito das próprias políticas públicas. O discurso da Constituição é coerente, é de reforço. Se historicamente há desigualdades nas desigualdades, atualmente tem que haver políticas públicas no âmbito das políticas públicas, as primeiras correspondendo a um *plus*. Não basta proteger, é preciso promover, elevar, fazer com que os segmentos ascendam⁵⁴¹.

O Ministro destacou o contexto histórico multicultural do Brasil e reiterou que a Constituição afirma que devemos tratar igual os iguais e, desse modo, também devemos tratar de modo diferente os diferentes, os que sofrem qualquer tipo de prejuízo, seguindo, assim, o argumento contrário à ADPF 186:

É nesse contexto brasileiro de multirraciedade para além da cor da pele, porque também pegam aqueles segmentos, aqueles povos que têm características histórico-culturais inconfundíveis, que a Constituição deve ser interpretada. E quanto ao conceito de discriminação, eu volto a dizer: discriminação, para nossa Lei Maior, é diferenciação, mas diferenciação em um único e inequívoco sentido. Aquele tipo de diferenciação que marca ou isola negativamente certas pessoas, que diminui a autoestima delas, que faz incidir sobre elas um juízo depreciativo aprioristicamente formulado, porque traduzido num pré-conceito, num conceito prévio que se pretende impor à realidade. Em outras palavras, discriminar ou pré-conceitualizar é conferir a uma dada pessoa um tratamento humilhantemente desigual, nela introjetando um sentimento de inata hipossuficiência; é dizer, forçando-a a entretecer de modo menos obsequioso, quando não grosseiro de todo, ou

⁵⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 186*. Acórdão. *Op. Cit.*, p. 220.

⁵⁴¹ *Ibidem*, p.229.

até ostensivamente indigno, as chamadas relações sociais de base. E eu volto a dizer: são aquelas que definem o perfil de toda uma sociedade.

Por fim, a Corte, por unanimidade, declarou constitucional a ação afirmativa realizada pela UnB, que reservou 20% das vagas de todos os cursos para negros e uma porcentagem para índios, mesmo que a decisão não tenha se referido a esse grupo, contemplando, assim, um argumento enfatizado por meio da atuação do *amicus curiae* Fundação Nacional do Índio (FUNAI), concluindo:

Isso posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e preveem a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo improcedente esta ADPF⁵⁴².

5.4 CONSIDERAÇÕES GERAIS: ENTRE TEORIA E PRÁTICA

A conclusão mais evidente que se extrai dos dados trabalhados no presente capítulo refere-se a forte pressão e influência que o entorno social, sobretudo dos movimentos sociais, exerce em todas as etapas do processo decisório. As peças processuais demonstram, ao menos parcialmente, a dimensão dos debates ocorridos na construção dos julgamentos das ações constitucionais, lançando luz sobre a importância da atuação dos movimentos sociais na construção da decisão em torno das temáticas apreciadas pelo STF, sobretudo aquelas de grande repercussão social que envolvem direitos de grupos vulneráveis que tradicionalmente vivem à margem da tutela jurídica.

Como vimos, a construção das decisões em torno das questões apresentadas contou com forte atuação dos movimentos sociais e, logo após a impetração das ações, os casos receberam pedidos de ingresso como *amici curiae*, tanto favoráveis quanto contrários aos pleitos, demonstrando importância não apenas dos mecanismos processuais em si, mas também a hipótese de atuação estratégica desses movimentos como forma de provocar o

⁵⁴²BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 186*. Acórdão. *Op. Cit.*, p.47.

sistema social e utilizar seus instrumentos processuais como alternativa para a tutela de direitos e construção de novas formas de sociabilidades.

Também foi possível observar que as questões sociais que envolvem a comunidade LGBTQ+, bem como aquelas relacionadas ao ingresso no ensino superior de grupos sociais de natureza étnico-raciais, diferenciaram-se de meros desapontamentos esporádicos, adquiriram coesão e ganharam consistência suficiente para provocar o sistema jurídico a dar respostas aos problemas apresentados. Este, por sua vez, não pôde ignorar tais pressões sociais e precisou tratá-las de forma seletiva, através do procedimento decisório, no âmbito da jurisdição constitucional. Diante da observação de diversas possibilidades trazidas ao bojo dos procedimentos, o sistema jurídico promoveu redução da complexidade, transformando, assim, complexidade desestruturada em complexidade estruturada, decidindo e fazendo com que os conflitos apresentados fossem tratados ao nível das expectativas. Observe-se que a necessidade de decidir sobre os temas abordados também está relacionada com a manutenção da sua própria função enquanto (sub)sistema *da* sociedade, inserido *na* sociedade, responsável por estabilizar expectativas normativas comportamentais.

Os mecanismos de abertura cognitiva do processo constitucional (*amicus curiae* e/ou audiências públicas) permitiram mobilização do direito por parte dos movimentos sociais que “irritaram” o sistema jurídico, criando condições para sua variabilidade. Eles se expressaram na forma de um clamor por senso de responsabilidade pela sociedade, mas “contra” ela e a partir das suas próprias estruturas comunicativas⁵⁴³; permitiram evidenciar a instabilidade daquilo que era instável. Diante dessa elevada instabilidade apresentada, o sistema jurídico não viu outra alternativa a não ser reagir, construindo conexões comunicativas internas que canalizaram e absorveram “adequadamente” essa instabilidade⁵⁴⁴.

Ainda, da análise dos casos e na esteira do que foi abordado na parte teórica da presente pesquisa, é possível concluir que os mecanismos processuais do *amicus curiae* e audiências públicas possibilitaram, de forma efetiva, a atuação dos movimentos sociais e demais setores da sociedade no procedimento, contribuindo para a atenuação do déficit de legitimidade democrática da decisão em sede de jurisdição constitucional, dando ares de pluralidade ao debate. Além disso, a participação do ambiente social no procedimento

⁵⁴³ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad. Op. Cit.*, 2007, p.676.

⁵⁴⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais. Op. Cit.*, 2012. p.83, 103.

possibilitou a oferta de observações multidisciplinares aos tomadores de decisão, de modo que suas decisões puderam ser construídas sob o máximo de conhecimento possível acerca dos seus efeitos na esfera social. Evidencia-se, dessa forma, uma combinação entre abertura cognitiva e fechamento operacional, consistência jurídica e adequação social, nos procedimentos que geraram os precedentes judiciais.

Nesse sentido, a título de exemplo, lembramos que no caso da ADO 26 os posicionamentos dos movimentos sociais foram abordados nos votos da maioria dos Ministros, sendo 06 deles de forma explícita, onde ressaltaram a importância dos dados trazidos ao procedimento para formação da decisão. Já no caso da ADI 4275, destacamos que a atuação dos *amici* foram imprescindíveis não apenas na instrução do processo, como também influenciaram diretamente na ampliação do escopo inicial da ação, proposta pela PGR, no sentido de que se passasse a utilizar o termo transgêneros ao invés de transexuais e, dessa forma, tutelar um maior número de sujeito de direitos, permitindo a inclusão dos travestis, por exemplo. Além disso, a obrigatoriedade de laudo médico multidisciplinar foi questionada pelos movimentos sociais LGBTQ+, e, durante o julgamento, a propositura inicial foi alterada, passando tais laudos a serem dispensados para alteração do registro civil. Por fim, lembramos que na ADPF 186, a participação da sociedade civil em geral, das diversas instituições e dos movimentos sociais, permitiram uma maior amplitude de visões sobre o tema, assim como a intervenção dos *amici* também foram imprescindíveis para ampliação da tutela dos direitos em debate, mais especificamente no sentido de permitir a formalização e consolidação dos indígenas no rol de sujeitos de direitos ao sistema de cotas nas universidades públicas.

Por fim, como já destacamos, verificou-se que a atuação dos movimentos sociais não passou despercebida pelo sistema jurídico. Seu centro decisório foi provocado pelas demandas, que por sua vez foram consideradas relevantes ao (sub)sistema social, sendo então absorvidas e alçadas ao *status* de expectativas normativas, configurando-se, dessa forma, todas as etapas do tratamento da complexidade que caracteriza a teoria evolutiva do direito por meio do processamento dos elementos de *variação/seleção/estabilização*.

Embora já tenhamos abordado na parte teórica da presente pesquisa, vale lembrar que, de acordo com a teoria evolutiva do direito, a variação se apresenta como uma reprodução desviante de elementos em relação às estruturas já existentes no sistema. Trata-se da absorção de elementos sociais que, devido à complexidade e à contingência da vida moderna, traduzem a incerteza do futuro, e se apresentam como novidades, como novas

possibilidades⁵⁴⁵. Identificamos essas possibilidades como “projeções de expectativas” que se colocam diante dos sistemas em busca de estabilização. A seleção corresponde à formação de expectativas que direcionam essa comunicação. Com base na comunicação inesperada, a seleção, que ocorre por meio da institucionalização de procedimentos decisórios (no nosso caso, no âmbito da jurisdição constitucional), estabelece as referências de sentido que podem formar estruturas capazes de construir e condensar expectativas⁵⁴⁶. Trata-se, como dissemos, de reconhecer e eleger elementos que, em tese, estariam aptos a ingressar no sistema e a serem continuamente reproduzidos em seu interior. Por fim, o processo de evolução se completa quando ocorre a estabilização, que, por sua vez, representa a unidade do processo evolutivo, pois assegura durabilidade e resistência ao elemento inovador.

No entanto, é importante destacar que essa é a “unidade da contingência”; é a unidade que ativará novas possibilidades de abertura e, conseqüentemente, novas (in)certezas que deverão ser novamente processadas no interior do sistema através de seus processos seletivos. Nesse sentido, não há que se falar em eliminação do conflito ou desconsideração do dissenso social. Os mecanismos de variação e estabilização se apresentam em uma intensa e estreita relação de condicionamento recíproco. Um serve de “engate” /estímulo para o outro; dessa forma, a absorção dos novos elementos se estabiliza a fim de buscar uma identidade/manutenção das novidades no interior do sistema, para um novo ciclo se iniciar⁵⁴⁷.

Diante do exposto, anote-se que sociedade moderna se configura como uma sociedade de risco e o direito não apenas resolve conflitos sociais, como também os

⁵⁴⁵ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Op. Cit., 2007, p. 358.

⁵⁴⁶ *Ibidem*, p. 358; LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Op. Cit., 2005b, p. 323-324.

⁵⁴⁷ Sobre *variação/seleção/estabilização*, ver: GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann. Op. Cit., p. 35-40; LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Op. Cit., 2005b, p. 301-358; LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Op. Cit., p. 358-399. Oportuno, ainda, nesse ponto, destacar as palavras de Ulisses Viana: “Em face desses horizontes contingentes e, assim, mutáveis, o sistema jurídico deve contribuir para as operações sociais com sua árdua função de estabilização congruente de expectativas normativas, ou seja, com a transformação da *indeterminação* (insegurança de expectativas) em uma *determinação* (segurança de expectativas) autopoética e autorreferencialmente possível, utilizando a incerteza (*Ungewissheit*) como oportunidade (*Chance*) evolutiva, no sentido da conformação e da reconstrução contínua de suas estruturas internas (dogmáticas e normativas) de modo adequado, submetidas a uma constante auto-observação de sua própria função e da qualidade de suas prestações. Produz-se um direito *adaptável* ao ambiente social, dentro de seus limites cognitivo-operativos, coevolutivo e capaz de dar respostas *jurídicas* eficientes, abertas a inovações dotadas de sentido funcional e de uma eficácia possível!” (VIANA, Ulisses Schwarz. *Direito e justiça em Niklas Luhmann*: Op. Cit., 2015, p. 227).

produz⁵⁴⁸. Esse um pressuposto básico do processo de redução de complexidade de um sistema funcional: ao mesmo tempo em que limita, também expande os horizontes de possibilidades.

Ao produzir uma decisão, o centro decisório do sistema jurídico devolveu ao meio ambiente uma unidade de sentido que influenciará outros sistemas, gerando novas demandas que retornarão em forma de novos conflitos em um processo recursivo, evolutivo e interminável. Portanto, repita-se: complexidade reduzida não significa complexidade excluída, senão complexidade elevada, ela deixa aberto o acesso a outras possibilidades⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad. Op. Cit.*, 2005b, p. 196.

⁵⁴⁹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: Op. Cit.*, 1998, p. 10.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme vimos, a contemporaneidade passou a cobrar das estruturas sociais novas performances e novos procedimentos que se adequem a uma realidade contundentemente mutante. O direito, dentro desse contexto, passa a ter a responsabilidade sobre sua própria existência, torna-se autodeterminado e busca estabilizar expectativas normativas. Trata-se de uma condição operacional que não admite mais a terceirização para cosmovisões e fundamentos *ab extra*.

Se antes existiam recursos exteriores para a solução de conflitos, hoje existe apenas a necessidade de decisão face a uma miríade de possibilidades incrementadas pela complexidade, pela contingência e pelo risco. A partir daí, o direito vai se definindo a cada passo, adquirindo vínculos com o futuro em um processo constante e a construção desse processo ocorre seleção a seleção, decisão a decisão, contingência a contingência, risco a risco, conflito a conflito; e não de uma vez por todas, de forma segura e privilegiadamente acabada.

Esse pode ser um diagnóstico difícil para quem tem os olhos voltados para ideia de justiça e segurança como valores absolutos e imutáveis, no entanto, tal diagnóstico pode fornecer ao sistema jurídico boas chances de entender as condições “favoráveis” que se apresentam para sua própria reinvenção.

Nesse sentido, em última instância, esta pesquisa busca estimular a reflexão de que não perceber essa concepção atual de mundo seria se distanciar e se tornar desvalorizado/inadequado pelo próprio fluxo do ambiente social. Por isso, ressalta que a autodeterminação e autonomia do direito não podem ser confundidas com invariância estrutural ou isolamento cognitivo. Os termos autodeterminação e autonomia são empregados, aqui, como pontos de partida, como mecanismos de enlace entre estabilização e variação estrutural (uma estabilidade dinâmica) que, por sua vez, a partir da nossa leitura, podem ser representados pelos precedentes judiciais e pelos mecanismos de abertura cognitiva do procedimento, respectivamente.

Observe-se, ainda, que o tratamento de uma solução jurídica desprovida de um mínimo de preocupação com os efeitos que dela decorrem pode prejudicar não apenas a *função* do direito como estabilizador congruente de expectativas normativas, mas também a

prestação (relação entre o sistema jurídico e demais sistemas sociais)⁵⁵⁰, que este proporciona a outros sistemas a ele acoplados. Isso porque, a Constituição Federal, enquanto vértice da ordem jurídica e social, se instrumentaliza como suporte jurídico, através da diferenciação do direito, para garantir a solução de conflitos, bem como servir como referência de conduta para as atividades de outros sistemas sociais. Ou seja, a preservação de diversas funções sociais também depende da necessidade de se fazer referência ao sistema jurídico para solucionar conflitos e fazer com que os comportamentos sejam minimamente expectáveis.

Assim, uma vez que as decisões jurídicas não permitem o mínimo de contato com a complexidade da realidade do seu entorno social, ocorre um bloqueio de comunicação, o que resulta em acoplamentos deficitários e, finalmente, em ausência de coevolução (intersistêmica).

Ressalte-se, mais uma vez, que a abertura cognitiva do sistema jurídico, por meio desses mecanismos específicos desenvolvidos pelo procedimento, não deve ser compreendida como uma busca por eliminação da contingência e do risco social. Tal concepção seria incompatível com a sociedade contemporânea e pressuporia o estabelecimento de estruturas imutáveis, socialmente inadequadas. Como dito, o olhar para outras esferas sociais e a ampliação da participação social no procedimento decisório funciona, simplesmente, como busca por canalização e administração da contingência, com vistas à produção de uma decisão jurídica socialmente adequada que potencialize sua função social de estabilização de expectativas comportamentais e permita a construção de condições favoráveis para o funcionamento dos demais sistemas sociais.

A ampliação da observação jurídica para outras esferas sociais certamente não é um caminho simples, e o presente trabalho não pretende cair na ingenuidade de desconsiderar os aspectos institucionais, econômicos, sociais e culturais que envolvem a possibilidade de uma abertura cognitiva como instrumento de potencialização da capacidade de observação do ambiente social, bem como os aspectos que envolvem efetiva participação social na construção das decisões judiciais, no âmbito dos procedimentos da jurisdição constitucional.

No entanto, é possível pensar na construção de uma racionalidade circular que se

⁵⁵⁰ Marcelo Neves destaca que, na Teoria Sistêmica, a referência dos sistemas sociais ao seu ambiente realiza-se por meio da *função* e da *prestação*. E, com referência em Luhmann, ele observa que “A função é a relação do subsistema social com a sociedade como um todo. A prestação apresenta-se como referência de um subsistema a outro subsistema da sociedade” (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. Op. Cit., 2013, p. 158). Para mais detalhes sobre *função* e *prestação* do sistema jurídico, ver: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Op. Cit., 2005b, p. 215-221.

instrumentalize, impondo o constante equilíbrio e desequilíbrio entre “justiça interna” (consistência jurídica – autorreferência) e “justiça externa” (adequação social - heterorreferência), firmando-se como um canal permanente de (re)orientação de expectativas sociais, evitando a formação de unidades de sentido dotadas de rigidez normativa socialmente inadequadas.

7 REFERÊNCIAS

AÇÃO EDUCATIVA, *Missão*, 2020. Disponível em: <http://www.acaoeducativa.org.br> Acessado em 10.jan.2020.

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. (Des)confiança sistêmica e o direito como generalizador congruente de expectativas normativas. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 54, n. 213, p. 241-263, jan./mar. 2017.

_____. Da onipotência do legislador ao protagonismo judicial: reflexões sobre o problema da efetividade dos direitos na sociedade contemporânea. *Revista da Agu*, v. 17, n. 3, 2018.

_____. Disfuncionalidades sistêmica e o problema da criação judicial do direito. *Revista Científica da FASETE*, 2018.

AMADO, Juan Antônio Garcia. A sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARNAUD, André-Jean; LOPES, Dalmir Jr. (Orgs.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BACHUR, João Paulo. Conflito, Procedimento e os Novos Movimentos Sociais—Uma Perspectiva a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. *VI Encontro Nacional da Associação Brasileira de Ciência Política, Campinas*, 2008.

BAUMAN, Zygmunt; BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LUHMANN, Niklas. *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Jostxo Berain (Comp), Barcelona, Anthropos, 1996.

BELL, Daniel. *Las contradicciones culturales de la modernidad*. México: Anthropos Editorial, 2007.

BINENBOJM, G. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1995.

BORA, Alfons. Technoscientific Normativity and the “Iron Cage” of Law. *Science, Technology, & Human Values*, v. 35, n. 1, 2010.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Projeto lei nº 5002, de 2013*. Câmara de Deputados. Brasília, DF, fev. 2013a. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesweb/prop_mostrarintegra?codteor=105944. Acessado em: 10. Jan. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 2.130-MC*, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 02.02.2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudência/visualizarEmenta.asp?s1=000158965&base=baseMonocraticas>. Acessado em: 02.set.2019.

_____. *Audiência Pública - Notas taquigráficas*. ADPF 186. Requerente: Procuradoria Geral da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 9 mar. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acessado em: 10 jan. 2020.

_____. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n° 54/DF*, Relator Ministro Marco Aurélio, julg. 31/07/2008, publ. 14/08/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24.SCLA.+E+54.NUME.%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9mcp-fe>. Acessado em: 02.set.2019.

_____. *Ação Direta de Institucionalidade n° 4.275*. Memorial CLAM. Requerente: Procuradoria Geral da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acessado em: 10 jan. 2020.

_____. *Ação Direta de Institucionalidade n° 4275*. Acórdão. Requerente: Procuradoria Geral da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 9 mar. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acessado em: 10 jan. 2020.

_____. *Ação Direta de Institucionalidade n° 4275*. Memorial ABGLT. Requerente: Procuradoria Geral da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acessado em: 10 jan. 2020.

_____. *Ação Direta de Institucionalidade n° 4275*. Memorial GADVS. Requerente: Procuradoria Geral da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acessado em: 10 jan. 2020.

_____. *Ação Direta de Institucionalidade n° 4275*. Memorial Grupo de Dignidade pela cidadania. Requerente: Procuradoria Geral da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acessado em: 10 jan. 2020.

_____. *Ação Direta de Institucionalidade n° 4275*. Memorial IBDFAM. Requerente: Procuradoria Geral da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acessado em: 10 jan. 2020.

_____. *Ação Direta de Institucionalidade n° 4275*. Requerente: Procuradoria Geral da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 9 mar. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acessado em: 10 jan. 2020.

_____. *Ação Direta de Institucionalidade por omissão nº 26*, Acórdão. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS), Intimado: Congresso Nacional, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>, acessado em 01.ago.2019.

_____. *Ação Direta de Institucionalidade por omissão nº 26*, Memorial ABGLT. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS), Intimado: Congresso Nacional, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>, acessado em 01.ago.2019.

_____. *Ação Direta de Institucionalidade por omissão nº 26*, Memorial ANJURE. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS), Intimado: Congresso Nacional, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>, acessado em 01.ago.2019.

_____. *Ação Direta de Institucionalidade por omissão nº 26*, Memorial ANTRA. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS), Intimado: Congresso Nacional, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>, acessado em 01.ago.2019.

_____. *Ação Direta de Institucionalidade por omissão nº 26*, Memorial GADVS. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS), Intimado: Congresso Nacional, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>, acessado em 01.ago.2019.

_____. *Ação Direta de Institucionalidade por omissão nº 26*, Memorial Grupo Gay da Bahia. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS), Intimado: Congresso Nacional, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>, acessado em 01.ago.2019.

_____. *Ação Direta de Institucionalidade por omissão nº 26*, Memorial PSTU. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS), Intimado: Congresso Nacional, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>, acessado em 01.ago.2019.

_____. *Ação Direta de Institucionalidade por omissão nº 26*, Memorial COBIM. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS), Intimado: Congresso Nacional, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>, acessado em 01.ago.2019.

_____. *Ação Direta de Institucionalidade por omissão nº 26*, Petição inicial. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS), Intimado: Congresso Nacional, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>, acessado em 01.ago.2019.

_____. Audiências Públicas – Realizadas. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>. Acessado em: 10.jan.2020.

BRASIL, Ministério dos Direitos Humanos. *Violência LGBTfóbicas no Brasil*: dados da violência/elaboração de Marcos Vinícius Moura Silva – Documento eletrônico – Brasília,

2018, Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/biblioteca/consultorias/lgbt/violencia-lgbtfobicas-no-brasil-dados-da-violencia>. Acessado em: 10.out.2019.

BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estatística social*. 2019, Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-denoticias/noticias/18282-populacao-chega-a-205-5-milhoes-com-menos-brancos-e-mais-pardos-e-pretos>. Acessado em: 01 de jan. 2020.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CARDINALI, Daniel Carvalho. (Im) possibilidades de Acesso à jurisdição do STF por Movimentos Sociais: Alguns fatores de limitação. *Revista Publicum*, v. 4, n. 1, 2018.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Cortes supremas e sociedade civil na América Latina: estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia*, 2012. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

CARDOSO, Oscar Valente. Amicus curiae e audiências públicas no controle de constitucionalidade brasileiro. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS*, v. 9, n. 2, 2014.

CARDOZO, Benjamin N. *The nature of judicial process*. New Haven: Yale University Press, 1921.

CASTRO, Cristina Veloso de. *As garantias constitucionais das pessoas transexuais*. Birigui, São Paulo: Boreal, 2016.

CLAPP, A. A gênese da Política de ação afirmativa da PUC-Rio. Uma parceria entre Universidade e Movimento Social. *Revista de Ciências Sociais da PUC-Rio – Desigualdade e Diversidade*, nº5, Jul/dez. Rio de Janeiro, 2009.

CONEN, Coletivo de Entidades Negras. *Institucional*. 2020. Disponível em: <http://www.conen.org.br>. Acessado em: 10.jan.2020.

CORREIA, José Gladston Viana. *Sociologia dos direitos sociais - escassez, justiça e legitimidade*. São Paulo - SP - Brasil: Saraiva, 2014, p. 183-196.

CORSI, G, ESPÓSITO, E.; BARALDI, C. (Eds.). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana-ITESO/Anthropos. 1996.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano. *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais*. Pesquisa financiada pelo CNPq. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541.

DAL CANTO, Francesco. Os novos direitos. In: ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Correia de (Orgs). *Justiça constitucional e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes. 2015.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

_____. *Direito, tempo e memória*. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Liberdade sexual e os direitos humanos. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, n. 5, 2000.

_____. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed., v. 2. Salvador: JusPodvim, 2014.

DOMINGUES, Petrônio. Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos. *Tempo*, v. 12, n. 23, 2007.

DUARTE, Evandro Piza; SCOTTI, Guilherme. *História e memória nacional no discurso jurídico*: ADPF 186. Unijus, Brasília, v. 24, n. 3, 2013. Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/view/261>. Acessado em: 30 set. 2019.

EDUCAFRO. *Missão*. 2020. Disponível em: <https://www.educafro.org.br/site/conhecaeducapro/>. Acessado em: 10.jan.2020.

FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

FEDOZZI, Luciano. A nova Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann: uma leitura introdutória. In: NEVES, Clárisa Baeta e SAMIOS, Eva M. B. (Coords.) *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

FERES JÚNIOR, João; CAMPOS, Luiz Augusto. Ação afirmativa no Brasil: multiculturalismo ou justiça social?. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 99, 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA, Daniela Sanchez Ita; CHICANATO, Dionísio de Jesus. Ações afirmativas e a política de cotas raciais dentro do sistema educacional brasileiro. *Revista Areópago Jurídico*, São José do Rio Preto, 4 ed. out./dez. 2008.

GELEDÉS, Instituto da Mulher Negra. *Missão Institucional*. 2020. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/geledes-missao-institucional/>. Acessado em: 11.jan.2020.

GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na contemporaneidade. *Revista brasileira de Educação*, v. 16, n. 47, 2011.

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

GONÇALVES, Guilherme Leite. Tradução em teoria dos sistemas: considerações iniciais a partir da obra de Raffaele De Giorgi. In: DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOOGHART, Arthur L. *Precedent in English and Continental Law - An Inaugural Lecture Before the University of Oxford*. Londres, Steves and Sons, 1934.

GGB, Grupo Gay da Bahia. *Nossa história*, Disponível em: <https://grupogaydabahia.com.br/about/o-que-e-o-ggb-nossa-historia/>. Acessado em: 30.jul.2019.

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

GUIBENTIF, Pierre. A comunicação jurídica no quotidiano lisboeta. Proposta de abordagem empírica à diferenciação funcional. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Org.) *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, Trad. Gilmar Ferreira Mendes. v. 11, n. 60, 2015.

IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito da Família. *A ADI 4.275*. 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6548/STF+reconhece+às+pessoas+trans+o+direito+de+adotação+no+registro+civil+sem+necessidade+de+cirurgia+de+transgenitalização>. Acessado em: 10.jan.2020.

JUNIOR, Nilo Ribeiro. Ética, alteridade e transcendência. *Cadernos Teologia Pública*, v. 4, n. 1, 2015.

LEAL, Fernando. O mito da sociedade aberta de intérpretes da Constituição. *Jota*. Supra. Publicado em 08.03.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-mito-da-sociedade-aberta-de-interpretres-da-constituicao-08032018>). Acessado em 12.dez.2019.

LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. *Os Diálogos Sociais no STF: as audiências públicas, o amicus curiae e a democratização da jurisdição constitucional brasileira*. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, Linha de Direito Público. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015

LIMA, Fernando Rister de Souza. *Sociologia do Direito: O direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UNB, 1980.

_____. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Trad. Otto Pardo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983a.

_____. *Sociologia do Direito*. Vol. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983b.

_____. *Sociologia do Direito*. Vol. II. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. Como se podem observar estruturas latentes? In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. *El Ojo Del Observador*. Contribuciones al Construtivismo. Barcelona: Gedisa, 1989.

_____. A posição dos Tribunais no sistema jurídico. *Revista da Ajuris*. n.º 49. Porto Alegre: Ajuris, julho de 1990.

_____. Em entrevista concedida a Juremir Machado da Silva. In: SILVA, Juremir Machado da. *O Pensamento do Fim do Século*. Porto Alegre: L&P, 1993.

_____. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Torino: Einaudi, 1996.

_____. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Paidós: Barcelona, 1997a.

_____. *Sobre os fundamentos teóricos-sistêmicos da teoria da sociedade*. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997b.

_____. *Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas*. In: NEVES, Clarissa Baeta e SAMIOS, Eva M. B. (Coords.) *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997c.

_____. *Por que uma teoria dos sistemas?* In: NEVES, Clarissa Baeta e SAMIOS, Eva M. B. (Coords.) *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997d.

_____. *O conceito de sociedade*. In: NEVES, Clarissa Baeta e SAMIOS, Eva M. B. (Coords.) *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997e.

_____. *Sistemas Sociales: Lineamentos para una teoría general*. Trad. Silvia Pappé e Brunhilde Erker, México: Anthropos Editorial/Universidad Iberoamericana, 1998.

_____. *A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito*. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES, Dalmir Jr. (orgs.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Confianza*. México: Anthropos., 2005a.

_____. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate, com a colaboração de Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Felipe Segura. 2. ed. México: Herder, 2005b.

_____. *A improbabilidade da Comunicação*. Trad. Anabela Carvalho. 4. ed. Lisboa: Passagens, 2006a.

_____. *Sociología del riesgo*. Trad. Silvia Pappé e Brunhilde Erker, México: Anthropos Editorial/Universidad Iberoamericana, 2006b.

_____. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2007a.

_____. *Riesgo y peligro*. In: BELL, Daniel. *Las contradicciones culturales de la modernidad*. México: Anthropos Editorial, 2007b.

_____. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milão: FrancoAngeli, 1992.

MACHADO, Mateus Renard. *A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann e a retirada de foco do sujeito*. III EICS Encontro Internacional de Ciências Sociais: crise e emergência de novas dinâmicas sociais. PPGCS Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais. UFPel: Pelotas, RS, 2012. Disponível em: http://www2.ufpel.edu.br/ifisp/ppgs/eics/dvd/documentos/gts_1lleics/gt18/GT18mateus.pdf. Acessado em: 08 abr. 2019.

MANSILLA, Dario Rodrigues. *La crisis Teórica de la sociología*. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2007a.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente na dimensão da igualdade*. Disponível em https://www.academia.edu/218490/O_Precedente_na_Dimensao_da_Igualdade. Acessado em: 11.nov.2019.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos Bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MICHELS, Eduardo; MOTT, Luiz (Coord.). *Mortes violentas de lgbt+ no Brasil, relatório 2018*, Disponível em: <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relatório-de-crimes-contra-lgbt-brasil-2018-grupo-gay-da-bahia.pdf>, Acessado em: 01.ago.2019,

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MONTEAGUDO, Jorge Galindo. La Teoría Sistémica de la Sociedad de Niklas Luhmann: Alcances y Límites. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2007a.

MPMB, Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro. *Quem somos*. 2020. Disponível em: <https://nacaomestica.org/blog4/?cat=116>. Acessado em: 11.jan.2020.

NAFARRATE, Javier Torres. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Ciudad de México: Heder Universidad Iberoamericana, 2008.

NASCIMENTO, Alexandre do. Universidade e cidadania: o movimento dos Cursos Pré-Vestibulares Populares. *Revista Lugar Comum (LABTeC/UFRJ)*, nº. 17, Mai/Out 2002: Porto alegre, 2002.

NEVES, Clarissa Baeta e SAMIOS, Eva M. B. (Coords.) *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre:Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

NEVES, Marcelo. A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. *Plural*, São Paulo, v. 11, 2004. Entrevista concedida a Rômulo Figueira Neves. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/ds/plural/edicoes/11/entrevista_2_Plural_11.pdf>. Acessado em: 10 dez. 2018.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil; O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. *A constitucionalização simbólica*. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013a.

_____. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013b.

NIEMBRO O., Roberto. Una mirada al constitucionalismo popular. *Isonomía*, México, n.38, abr. 2013.Disponível em http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182013000100007&lng=es&nrm=iso. Acessado em 14 de dezembro de 2019.

ONU, Conselho de Direitos Humano. *Princípios de Yogyakarta*. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acessado em: 10 jan. 2020.

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

POMPEU, Ana. ADPF que discute criminalização do aborto bate recorde de *amici curiae* no Supremo. *Consultor Jurídico*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-20/adpf-discute-aborto-bate-recorde-amici-curiaesu-premo>. Acessado em 25.jan.2019.

POUND, Roscoe. *What of Stare Decisis*, Fordham Law review, vol.10, 1941.

RADOMYSLER, Clio Nudel. STF: um espaço de luta do movimento negro. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, n. 1, 2013.

RE, Edward D. Stare decisis. *Revista Juridica*, Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Síntese, v. 42, n. 198, 1994. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176188/000485611.pdf?sequence=3>. Acessado em: 11.nov.2019.

REIS, Toni. O movimento homossexual. In: FIGUEIRO, Mary Neide Da mico (Org.). *Homossexualidade e educação sexual: construindo o respeito à diversidade*. Londrina: EdUEL, 2007.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A Verdade sobre a Autopoiese no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A Verdade sobre a Autopoiese no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Correia de (Orgs). *Justiça constitucional e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes. 2015.

SCHWARTZ, Germano. Duas visões sobre autopoiese e Constituições. In: SCHWARTZ, Germano; PRIBÁN, Jiri; ROCHA, Leonel Severo. *Constituições. Sociologia sistêmico-autopoiética das Constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015.

SCHWARTZ, Germano; PRIBÁN, Jiri; ROCHA, Leonel Severo. *Constituições. Sociologia sistêmico-autopoiética das Constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015.

SILVA, Juremir Machado da. *O Pensamento do Fim do Século*. Porto Alegre: L&P, 1993.

SILVA. Artur Stamford da. *10 lições sobre Luhmann*. Petrópolis: Vozes, 2016.

SILVÉRIO, Valter Roberto; MATTIOLI, Érica; JODAS, Juliana; MADEIRA, Thais. Políticas de ação afirmativa no ensino superior: o balanço de uma década. *Anais eletrônicos do ANPOCS*, v. 35, 2019.

STRECK, Lênio Luiz. ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste, 1993.

_____. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: UNIMEP, 2005.

_____. Justiça autosubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do Direito?. Revista Eletrônica do Curso de Direito–PUC Minas Serro, n. 4, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

USP DIVERSIDADE, Universidade de São Paulo. *Nomeclatura LGBTQ+*. Disponível em: <https://prceu.usp.br/uspdiversidade/lgbtq-e-suasabrangencias/>. Acessado em: 10.out.2019.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O Direito do Transexual, Com ou Sem Filhos, a Cirurgia de Transgenitalização e o Direito de Travestis e Transexuais à Retificação de seu Prenome e Sexo Jurídico Independentemente de Cirurgia. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direito e justiça em Niklas Luhmann: complexidade e contingência no sistema jurídico*. Prefácio de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2015.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva., 2009.

WAMBIER, T. A. A. *Amicus curiae: afinal, quem é ele?* Direito e Democracia, v. 8, n. 1, jan.-jun.2007. Canoas: Universidade Luterana do Brasil, 2007.

ANEXO A – ROTEIRO ESTUDO DE CASO

1 - Movimento Social

— Descrever o seu objetivo e evolução histórica.

2- O Julgamento

2.1 Participação dos movimentos sociais na _____

2.1.1 A atuação dos amici curiae na _____

— Descrever sua atuação geral

— A partir da análise do seu memorial, descrever e analisar o seu posicionamento. Pontuar diretamente os seus argumentos

— Obs. Pontuar todos os que participaram, mas dar ênfase à análise em caso de ONG, Associação de classe ou movimento social

2.1.2 A atuação na Audiência pública _____

— Descrever a sua atuação geral

— A partir das suas falas, descrever e analisar o seu posicionamento. Pontuar diretamente os seus argumentos

— Obs. Pontuar todos os que participaram, mas dar ênfase à análise em caso de ONG, Associação de classe ou movimento social

2.2 Analisar o voto de cada ministro atuante no processo – (1.2) Argumentos dos Ministros

— Começar com o voto do relator e depois seguir com quem acompanhou o seu voto e depois quem votou contrário colocando

- Justificativa do voto
- Principal fundamento/argumento
- Se citaram claramente algum *amicus curiae* ou a audiência pública.

— Por fim, fazer uma análise se o *amicus curiae* ou audiência pública tiveram alguma possível participação direta no resultado do julgamento.

3- Conclusão

- Pontuar de modo objetivo a percepção da participação dos *amicus curiae* e das audiências públicas.
- Em caso de não haver uma pontuação objetiva, pontuar se seguiram a mesma linha de raciocínio, analisando de modo subjetivo
- Pesquisar comentários dos *amicus curiae* e de participantes das audiências públicas sobre o julgamento para tentar compreender se eles se consideraram representados.