

# Relação entre direito e política sob a perspectiva de Niklas Luhmann: parâmetros para atuação política do Judiciário

## The relationship between law and politics from Niklas Luhmann's perspective: Parameters for judicial activism

**Jacqueline Malta Salim<sup>1</sup>**

Universidade de Ribeirão Preto, Brasil  
jacqueline.malta.salim@gmail.com

**Juvêncio Borges Silva<sup>1</sup>**

Universidade de Ribeirão Preto, Brasil  
juvborges@netsite.com.br

### Resumo

Uma das grandes dificuldades enfrentadas pelo Direito nas sociedades modernas está relacionada à falta de efetividade de seu processo de tomada de decisões, consequência de uma nefasta crise de legalidade. A inflação legislativa aliada à inefetividade da lei contribuem para o agravamento da perda de credibilidade dos poderes constituídos, sobretudo do Executivo e do Legislativo, baseada na percepção da ausência de legitimidade das ações do Estado em relação aos cidadãos. Neste contexto, exsurge um protagonismo judiciário nas discussões políticas, sociais ou morais de assuntos controvertidos, com a transferência do poder de deliberação do campo da política majoritária, cujos atores são democraticamente eleitos, para os juízes. É deste modo que inúmeras questões de primordial importância para a concreção de direitos humanos vêm sendo decididas no âmbito de nossos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal, em vez das instâncias políticas adequadas, como o Parlamento e o Governo. Se, por um lado, nota-se o fortalecimento institucional do Judiciário, por outro, é necessário estabelecer parâmetros para o exercício da prestação jurisdicional e para a interpretação das normas jurídicas relacionadas à concretização dos direitos fundamentais, em que se verificam, normalmente, lesões decorrentes da inércia da Administração Pública em dar cumprimento aos comandos normativos ou, até mesmo, o descaso proposital em legislar acerca de temas polêmicos, para evitar o desgaste, como foi o caso da antecipação terapêutica do parto de anencéfalos ou das

<sup>1</sup> Universidade de Ribeirão Preto. Av. Costábil Romano, 2201, Ribeirânia, 14096-000, Ribeirão Preto, SP, Brasil.

uniões homoafetivas. Deste modo, pretendemos, por meio da teoria social sistêmica de Niklas Luhmann, estabelecer as conexões existentes entre o direito e a política, a fim de delinear parâmetros para o protagonismo judicial, que legitimem as decisões jurídicas na seara da concretização de direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** sistemas sociais, judicialização da política, ativismo judicial.

## Abstract

One of the major challenges faced by the Law in modern societies is the lack of effectiveness on decision making, stemmed from an ill-fated lawfulness crisis. The legislative inflation combined with the law's ineffectiveness contributes to the lack of trustworthiness of constituted powers, particularly of Executive and Legislative House, based on a perception of State actions legitimacy towards its citizens. Within this context, the Judiciary arises as the leading actor in moral, social and political quarrels regarding conflicting matters, with a shift of power around deliberation in the political majority stake, whose players are democratically chosen, for the judges. In this way, several affairs of utmost relevance to the completion of Human Rights are being decided on the sphere of such Courts, particularly the Supreme Court, in lieu of the appropriate political instances, like the Houses of Lords and Commons and the Government. While, in one hand, it is perceived the strengthening of the Judiciary, on the other hand, it is required to establish patterns to the practice of jurisdictional rendering and to the reading of juridical norms related to the materialization of essential rights, in which one can usually ascertain, damages due to the inertia of Public Administration to fulfill and comply with the prescriptive provisions or, with the intentional negligence on legislating around polemic matters, to avoid the strain, as observed in the case of therapeutic frontloading of anencephalic fetuses' labour or same sex marriage. Therefore, we do intend, via Niklas Luhmann's The System Theory, establish the existing connections between the Law and Politics, in order to outline patterns to the judicial empowerment, which legitimates the judicial decisions on the area of Fundamental Rights' substantiation.

**Keywords:** social systems, "judicialization" of politics, judicial activism.

## Introdução

Neste estudo, pretende-se analisar as relações entre o sistema jurídico e o político à luz da teoria social sistêmica proposta por Niklas Luhmann, para melhor compreender a expansão do papel do Judiciário nas democracias contemporâneas, acentuada nas últimas décadas, mas cujo início remonta ao período pós-Segunda Guerra Mundial, no qual se consolidou o fenômeno do neoconstitucionalismo.

A princípio, delinear-se-á as características mais importantes do original enfoque teórico-sistêmico de Luhmann, apresentando-se observações e reflexões sobre alguns dos conceitos estruturantes de sua teoria, tais como: sistema, ambiente, sociedades hipercomplexas e funcionalmente diferenciadas, evolução com fulcro na

variação, na seleção e na reestabilização, comunicação, *autopoiese*, fechamento operacional e abertura cognitiva, códigos sistêmicos e programas específicos de cada sistema etc.

Feitas tais considerações, importantes para a compreensão dos principais aspectos do modelo social-sistêmico luhmanniano, buscar-se-á, em seguida, discorrer sobre a diferenciação funcional dos sistemas jurídico e político, sobretudo no tocante à forma que assumem as decisões em cada um deles, às características dos processos decisórios, aos critérios de justificação e aos objetivos de atuação dos atores envolvidos. Não obstante todas estas diferenças, almeja-se avaliar a possibilidade de interpenetração entre direito e política, a fim de identificar quais as interferências recíprocas entre os dois sistemas e suas consequências.

Após, explanar-se-á sobre o modo como a Constituição, no Estado Democrático de Direito e sob a perspectiva luhmanniana, realiza o acoplamento estrutural entre o ordenamento jurídico e o poder político, não por meio de *inputs* ou *outputs*, como ocorre em sistemas abertos, mas através de uma filtragem seletiva das influências externas, que são processadas internamente em cada sistema, a partir do seu modo particular de observar o ambiente.

Por derradeiro, pretende-se examinar a atuação dos juízes e tribunais na efetivação de direitos fundamentais e na construção da cidadania, diante do enfraquecimento da democracia representativa e da perda de representatividade dos partidos políticos. Para tanto, abordaremos a distinção entre os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, com o intuito de legitimar a função política do direito.

## Noções acerca da teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Luhmann

Niklas Luhmann (1927-1998)<sup>2</sup> é considerado um dos mais importantes teóricos sociais do século XX, tendo dedicado sua vida acadêmica ao estudo da sociologia jurídica, em especial ao desenvolvimento de uma “teoria da sociedade moderna”, fundada na diferenciação funcional e na formação de sistemas. Nela, os fenômenos sociais são vistos como as interações entre seus elementos, de modo que sua teoria social se desenvolve sobre três vertentes: sistemas, comunicação e evolução.

Um sistema pode ser entendido como “a disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si e que funcionam como uma estrutura organizada” (Martinelli et al., 2012), com vistas a atingir um objetivo. Há várias espécies de sistemas: os naturais (compostos pelos organismos vivos), os sociais (organizações sociais), os públicos (administração pública), os privados (empresas), sistemas isolados (como uma classe escolar) ou abrangentes (como os sistemas de transporte, de água, de educação, econômico, judicial, político). Cada sistema possui “recursos próprios”, isto é, os meios adequados para desempenhar as tarefas; além de “componentes”, que são a missão, os trabalhos e as atividades que o sistema pode desempenhar para realizar seus objetivos (Martinelli et al., 2012).

### Segundo Luhmann, “sistema” significa

[...] uma série de eventos relacionados um ao outro, ou de operações. No caso de seres vivos, por exemplo, esses são processos fisiológicos; no caso de sistemas psíquicos, os processos são ideias; e em termos de relações sociais, são comunicações. Os sistemas se formam ao se distinguirem do ambiente, no qual esses eventos e operações ocorrem, e que não pode ser integrado a suas estruturas internas (in Bechmann e Stehr, 2001, p. 190).

O sistema, portanto, se distingue do “ambiente”, que corresponde a tudo o que extrapolar as fronteiras daquele – neste caso, é denominado “ambiente externo” –, ou o que está fixo e fora do controle, do ponto de vista do sistema, mas que pode ter influência no seu desempenho – que seria o “ambiente interno” (Martinelli et al., 2012). A grande inovação de Luhmann foi atribuir aos seres humanos o papel de “ambiente” da sociedade em vez de considerá-los seus elementos integrantes, como tradicionalmente prega a sociologia. O autor transfere a diferenciação “sujeito-objeto” para uma distinção entre sistema e ambiente<sup>3</sup>, e isto, longe de implicar uma desvalorização do homem, confirma sua relevante função na composição da sociedade em suas múltiplas facetas:

[...] dizer que os homens são o ambiente do sistema social não significa afirmar que o sistema possa manobrar ou conduzir os homens a seu bel prazer. Luhmann considera o ambiente sempre mais complexo e rico de possibilidades do que o sistema, isto é, o sistema não pode determinar o ambiente (do mesmo modo que a sociedade também é mais complexa do que os sistemas psíquicos e nunca é inteiramente determinada ou compreendida pelos indivíduos) (Campilongo, 2002, p. 68-69).

A diferenciação entre sistema e ambiente é fundamental para a compreensão da sociedade moderna, onde tudo o que ocorre pertence, simultaneamente, a um dos subsistemas (ou a vários deles) ou ao ambiente de outros sistemas (daí a importância da distinção entre “o que está dentro” e “o que está fora”).

Para Luhmann, a sociedade é a “sociedade mundial”, que se forma modernamente, e seus elementos, como já se disse, não são os seres humanos, mas, sim, a comunicação entre eles, que circula pelos diversos sub-

<sup>2</sup> Luhmann nasceu em Luneburgo, na Alemanha; estudou Direito em Friburgo, de 1946 a 1949, e trabalhou como advogado administrativo em Hannover durante dez anos. Em 1962, recebeu uma bolsa de estudos em Harvard por um ano e, em 1968, foi nomeado professor de sociologia na Universidade de Bielefeld, onde trabalhou até se aposentar, em 1998. Sua obra consiste em cerca de 700 publicações, traduzidas para o inglês, francês, italiano, japonês, russo, chinês, espanhol e português (Bechmann e Stehr, 2001).

<sup>3</sup> Assim como o homem deixa de ser visto como o “sujeito da ação” no campo da sociologia, a sociedade deixa de ser meramente objeto de pesquisa sociológica e transforma-se em condição de possibilidade para a própria cognição social.

sistemas funcionais. Deste modo, a sociedade moderna constituir-se-ia num grande sistema social, caracterizada pelo “alto grau de complexidade” (eis que o mundo se tornou imprevisível, repleto de possibilidades, segundo o próprio autor) e pela “diferenciação funcional de seus subsistemas” (família, empresas, economia, política, ciência, direito, arte, religião etc.).

A hipercomplexidade implica no amplo horizonte de alternativas que cada experiência concreta apresenta, impossíveis de serem todas realizadas, e que, por isso, exigem uma seleção das formas mais adequadas de experimentação e ação. Ainda assim, as diversas possibilidades que surgem no campo da interação humana podem ser diferentes das esperadas – a esta imprevisibilidade Luhmann denomina “contingência”, que implica no perigo de desapontamento, mas, também, na necessidade de assumir riscos (Luhmann, 1983). Neste sentido, aduz Lima (2008, p. 6):

Complexidade e contingência são palavras de grande valor epistemológico na teoria luhmanniana: a primeira refere-se à realidade das ações. Dito de outra forma, diversidade de alternativas. Não se pode prevêê-las e nem controlá-las; enquanto, na segunda, o futuro é apenas previsão, e não se pode esperar o seu acontecimento. Se, atualmente, temos “sim” como decisão, poderíamos ter o “não”.

A sociedade é constituída por diversos sistemas parciais, que desempenham funções específicas e são altamente diferenciados, seja em razão da comunicação própria ou de sua estrutura: “Através da diferenciação funcional dissolver-se-ia a comunhão das concepções coletivas, e em seu lugar surgiria uma solidariedade ‘orgânica’ que, tal qual um organismo, possibilitaria a conjunção das diferentes partes” (Luhmann, 1983). A diferenciação sistêmico-funcional depende do grau de complexidade apresentado pelo sistema social, numa relação diretamente proporcional:

Por um lado, a supercomplexidade envolve supercontingência e abertura para o futuro; por outro, provoca pressão seletiva e diferenciação sistêmico-funcional. Na medida em que estão presentes complexidade (que implica pressão seletiva), pressão seletiva (que importa contingência) e contingência (que significa risco), desenvolve-se uma sobrecarga seletiva que exige especificação de funções em sistemas parciais diferenciados e operacionalmente autônomos (Neves, 2006, p. 16).

Neste sentido é que Luhmann afirma ser a crescente complexidade da sociedade o “motor da evolução”. A atribuição de significado ao termo “evolução” requer cautela, eis que o autor não se utiliza de conceitos próprios do evolucionismo biológico, tais como o dogma da seleção natural e da sobrevivência do mais apto, para construir sua teoria da sociedade. Para ele, a evolução social não decorre de fatores ambientais ou genéticos, nem é determinada pela consciência do indivíduo ou de grupos humanos, que, antes, lhes condicionam o agir, mas não a evolução.

Luhmann também nega qualquer concepção progressista ou teleológica da evolução – esta não se confunde com a ideia de aperfeiçoamento da sociedade, nem se configura como um processo de “passagem para uma vida melhor” ou “um maior grau de felicidade”. Enfim, a evolução não se dirige a um fim determinado ou à realização de um ideal ou valor, não sendo algo *a priori* planejado. Neste sentido, afirma Neves (2006, p. 5) que

[...] a teoria sistêmica rejeita a noção ontológica do processo histórico como uma unidade na qual se desenvolve o ‘espírito’ até alcançar a sua forma final ‘absoluta’ (Hegel), ou como uma unidade em que se sucedem estádios de desenvolvimento social no sentido de superação de formas materialmente determinadas de dominação e do advento de uma sociedade de plena liberdade (Marx).

Então, o que seria evolução para Luhmann? Na visão do autor, o conceito implica a “transformação do improvável em provável”, dando ênfase ao acaso (*i.e.*, quando a conexão entre sistema e ambiente escapa ao controle, trazendo para dentro do sistema uma alternativa imprevisível). Aqui, não há qualquer interpretação para o futuro, restringindo-se a análise ao tempo presente, ou seja, seu intuito é simplesmente observar a sociedade e descrever o seu funcionamento. A evolução se daria por meio dos seguintes mecanismos: variação, seleção e reestabilização.

Quando a comunicação – unidade elementar da sociedade<sup>4</sup> – desvia-se do modelo estrutural de reprodução social, introduzindo no sistema algo inesperado e surpreendente, manifesta-se a “variação”, que passa a representar a reprodução desviante dos elementos através dos próprios elementos do sistema, conforme veremos adiante.

Isso pode levar a uma “seleção” negativa, que rejeite o desvio, ou positiva, que o endosse por meio

<sup>4</sup> Para Luhmann, a sociedade é composta pelo conjunto de comunicações: “La sociedad es el sistema que engloba todas las comunicaciones, aquel que se reproduce autopoiéticamente mediante el entrelazamiento recursivo de las comunicaciones y produce comunicaciones siempre nuevas y distintas” (*in* Lima, 2008, p. 3).

da construção de estruturas idôneas que permitam a continuidade da reprodução do novo elemento, atuando como diretivas de comunicações posteriores.

Por fim, a inserção destas novas estruturas num complexo já existente requer uma compatibilização, isto é, as estruturas preexistentes devem se rearticular a fim de se adequarem às novas expectativas, possibilitando a continuidade dinâmica da sociedade – de modo que, assim, teremos a “reestabilização”.

Segundo Luhmann, a evolução do direito está diretamente relacionada à evolução da sociedade: “Apesar de toda a autonomia e do desenvolvimento continuado das diferentes noções jurídicas, as mudanças fundamentais do estilo do direito permanecem condicionadas pela mudança estrutural da sociedade, ou seja, são por ela incentivadas e possibilitadas” (Luhmann, 1983, p. 225).

Deste modo, aplicando-se o raciocínio acima, podemos imaginar que, no âmbito do direito, a evolução implique um comportamento social não previsto nas estruturas normativas preexistentes (variação), que poderá ser rejeitado ou aceito (seleção). Caso seja aceito, sobretudo em razão da consolidação de novas estruturas que permitam a continuidade da reprodução daquela inovação, a conduta desviante poderá vir a transformar-se em norma jurídica vigente no modelo estrutural do direito, acarretando, com isso, a estabilização sistêmica (o não direito passa a ser direito).

Evolução, portanto, é simplesmente o acréscimo da complexidade do ambiente e, também, da complexidade interna ao sistema, característica típica das sociedades modernas, em que as transformações são intensas e variadas – tal processo implica uma multiplicação do número de alternativas de escolha e possibilidades de ação (Campilongo, 2002). Conforme a concepção de Luhmann, cabe ao sistema social global e aos seus subsistemas diferenciados a tarefa de reduzir a altíssima complexidade social por meio de suas operações seletivas, que são balizadas por códigos específicos, como se verá a seguir.

Outro interessante aspecto da teoria sistêmica luhmanniana é que as operações de seleção diante das diversas relações possíveis entre os elementos de um sistema (e que são denominadas “operações de redução de complexidade”) permitem, paradoxalmente, a contínua reprodução da complexidade interna do referido sistema. Logo, redução e manutenção de complexidade não seriam termos contraditórios e garantiriam, pois, a compatibilidade do sistema com o ambiente (Campilongo, 2002).

Tomaremos agora o exemplo do sistema político para ilustrar o que foi dito acima: a democracia, com todo seu aparato (periodicidade das eleições, garantia dos direitos das minorias, reversibilidade das decisões, alternância no poder etc.), gera um processo de contínua circulação das possibilidades de escolha, pois a cada decisão correspondem novas alternativas e demandas por outras decisões. Quanto maior o número de opções (ou mais ampla a democratização do sistema político), maior também a quantidade de propostas discriminadas no momento da decisão. Aplica-se, aqui também, o processo de variação, seleção e estabilização do sistema, que objetiva a redução de sua complexidade interna e, concomitantemente, a continuidade desta complexidade.

A “comunicação”, por sua vez, é a estrutura básica da sociedade, sendo circular a relação estabelecida entre elas: não existe comunicação sem sociedade, assim como não existe sociedade sem comunicação (Bechmann e Stehr, 2001).

A comunicação pode ser entendida como a operação responsável pela reprodução de um elemento do sistema social a partir de outros elementos que o compõem, ou seja, os sistemas sociais utilizam a comunicação como ato de autorreprodução, o que é denominado *autopoiese*.<sup>5</sup> Isto significa que um sistema depende de seus próprios atos para se reproduzir; seus elementos e suas estruturas constroem-se e transformam-se mediante operações internas, que se utilizam da comunicação inerente ao sistema. São, portanto, considerados “sistemas autorreferenciais”.

Neste ponto, cabe uma distinção entre a teoria biológica da *autopoiese* e a sistêmica de Luhmann: enquanto, naquela, há uma concepção radical de fechamento, pois exige um observador fora do sistema para a produção das relações entre sistema e ambiente; na teoria dos sistemas sociais, a auto-observação é um imperativo para a reprodução autopoietica, eis que não é possível observar a sociedade de um ponto externo a ela, pois não existe tal lugar. Neste sentido:

A *autopoiese* do Direito não é um dado bruto ou um processo em terceira pessoa, no qual essa pessoa tem um lugar factual e o Direito é o objeto. Um sistema não pode se tornar autopoietico exceto se for capaz de organizar, por si mesmo, sua autorreferência, ou seja, de se observar de maneira autorreferencial. A *autopoiese* pressupõe uma certa medida de auto-observação.

<sup>5</sup> Deriva etimologicamente do grego *autós* (“por si próprio”) e *poiesis* (“criação”, “produção”). O termo foi cunhado na década de 1970 por Humberto Maturana e Francisco Varela, para designar a capacidade de autorreprodução dos seres vivos, rompendo a tradição darwiniana de que a continuidade e a evolução das espécies estariam condicionadas a fatores ambientais. Segundo esta teoria, cada ser vivo é um sistema autopoietico, caracterizado como uma rede fechada de produções moleculares (processos) em que as moléculas produzidas geram com suas interações e transformações a mesma rede de moléculas que as produziu.

vação, um relato em si, que não vive no imediatismo do relato de primeira observação, mas se constrói como uma operação de segundo grau pela qual a primeira operação (no caso específico, um ato jurídico) é observado. [...] Esse reconhecimento toma forma de uma dogmática jurídica. Essa dogmática é o órgão da observação do sistema jurídico, no quadro de sua própria referência (Rocha *et al.*, 2005, p. 123-124).

Portanto, nos sistemas sociais, haveria uma combinação de “fechamento operacional” com “abertura cognitiva” às referências do ambiente e aos programas de mudança do sistema, interrompendo a circularidade da *autopoiese* e caracterizando, assim, a capacidade de ressonância do sistema (Campilongo, 2002).

Por exemplo, o direito, considerado um subsistema social, está aberto às demandas do ambiente externo e, em razão da proibição de denegação da justiça (*i.e.*, de o juiz pronunciar o *non liquet*), deve produzir norma jurídica individual e concreta mesmo para aqueles casos em que não há previsão legal no ordenamento. O fechamento operacional força a operatividade interna do sistema, permitindo a sua autorreprodução por meio de seus próprios elementos. Vejamos:

A indeclinabilidade da jurisdição é, simultaneamente, condição de fechamento operativo e de abertura cognitiva do sistema. É por estar obrigado a decidir fundamentalmente – note-se o duplo grau de reflexividade: obrigação legal de decidir conforme a lei – que o sistema se reproduz por seus próprios elementos. Nisso reside o caráter operativamente fechado do sistema jurídico. E, da mesma forma, é por operar com base nessa redução de referências estruturais que se criam condições, no interior do sistema, de processamento das demandas do ambiente externo: a abertura cognitiva (Campilongo, 2002, p. 81).

Retomando nossa reflexão, vimos que a sociedade moderna, enquanto sistema social mais abrangente, é composta por diversos sistemas parciais e especializados, constituídos sobre a base de uma conexão de comunicações. Cada um destes sistemas caracteriza-se pela distinção com o ambiente (*i.e.*, os indivíduos e as relações sociais) e, também, por seu código exclusivo, num

esquema binário<sup>6</sup>, por programas específicos e pelas operações particulares de reprodução de seus elementos internos (o que denota o fechamento operacional<sup>7</sup>, essencial à unidade do sistema).

O “código de preferência” é sempre uma estrutura interna do sistema social, que permite identificar se uma comunicação pertence àquele determinado subsistema e, ao mesmo tempo, a distingue das comunicações exteriores. Por exemplo, o código binário do sistema jurídico é direito/não direito (ou algo é conforme o direito, ou é contrário a ele); enquanto o código binário do sistema político é governo/oposição, impossível ser os dois simultaneamente. Contudo, não é tarefa do código incluir valores no sistema.

Por meio do código sistêmico próprio, aliado a programas específicos, as unidades elementares do sistema são constituídas e reproduzidas, combinando referências internas e externas. São “programas” inerentes ao sistema jurídico: a Constituição, as leis, os decretos, a jurisprudência, os negócios jurídicos, os atos administrativos etc.; e ao sistema político, os procedimentos eleitorais, parlamentares, burocráticos, as propostas de governo, entre outros.

É importante ressaltar que cada operação de um sistema social (*i.e.*, cada comunicação) delimita as fronteiras do próprio sistema, que é incapaz de transcendê-las, e, ao mesmo tempo, confere-lhe unidade, distinguindo-o do ambiente e de outros sistemas. De acordo com Luhmann, “A fronteira do sistema nada mais é que o tipo de concreção de suas operações, o que individualiza o sistema. É a forma do sistema cujo outro lado se torna o ambiente” (*in* Bechmann e Stehr, 2001, p. 190).

Do exposto, podemos deduzir que, segundo o entendimento luhmanniano, a sociedade moderna é um grande sistema social, composto por vários subsistemas autônomos<sup>8</sup>, porém interligados, dentre os quais destacamos o jurídico e o político. Cada um possui códigos e programas particulares, reproduzem-se por meio de suas próprias operações e estão sujeitos aos mesmos critérios de fechamento operacional e abertura cognitiva que recaem sobre o sistema social. Deste modo, acreditamos que o conceito de sistema autorreferencial será útil para compreendermos as peculiaridades destes

<sup>6</sup> O esquema binário trabalha com distinções rígidas e com a exclusão de terceiras possibilidades, isto é, reduz as possibilidades a duas opções excludentes.

<sup>7</sup> Dizer que um sistema é operacionalmente fechado não implica o isolamento com o ambiente, mas sim a existência de operações internas que permitem ou interrompem a autorreprodução dos elementos do sistema. Trata-se, pois, da autonomia do sistema. Nas palavras de Luhmann, “Por operativamente clausurados deben definirse los sistemas que, para la producción de sus propias operaciones, se remiten a la red de sus propias operaciones y en este sentido se reproducen a sí mismos. Con una formulación un poco más libre se podría decir: el sistema debe presuponerse a sí mismo” (*in* Lima, 2008, p. 12).

<sup>8</sup> Considera-se autônomo o sistema autopoietico pelo fato de ser determinado não por qualquer componente do ambiente, mas por sua própria organização, decorrente das relações entre os seus elementos. Neste aspecto, “O fato de ser autônomo indica sua condição de clausura, ou seja, ser ‘fechado’ diante do ponto de vista de sua organização, não havendo nem entrada (*inputs*) e nem saídas (*outputs*) para o ambiente, uma vez que os elementos interagem no e por meio dele” (Abboud *et al.*, 2015, p. 157).

dois importantes subsistemas – a política e o direito, bem como para entendermos o entrelaçamento que ocorre entre eles, permitindo, assim, o exercício de uma função política pelo Poder Judiciário.

Corroborando nosso entendimento, Campilongo (2002, p. 68) afirma, quanto à teoria social sistêmica, que

Serve para explicar como, a partir dessa autonomia do sistema jurídico em relação ao ambiente, o Judiciário encontra condições específicas para ver, reagir e reelaborar, a partir de seu código linguístico (esquematismo binário: direito/não-direito, legal/ilegal, permitido/proibido, certo/errado segundo a lei), o material e as irritações provenientes do ambiente. Dito de outro modo: exatamente por atuar num quadrante “neutro” e legal – ou apolítico – o Judiciário pode assumir uma paradoxal função política.

Assim, a autonomia do sistema jurídico permite que ele processe as irritações decorrentes do ambiente por meio de seu próprio código linguístico, permanecendo fora da esfera política, mas, ao mesmo tempo, a abertura cognitiva às referências do ambiente possibilita a ressonância de elementos estranhos ao sistema em seu interior. Todavia, frisamos que não se trata de *inputs* (ou entradas) e, sim, de uma forma peculiar de processar tais interferências por meio de operações e procedimentos já estabelecidos.

### **Sistema jurídico e sistema político: diferenciação funcional e interferência recíproca**

O surgimento do Estado moderno e a positivação do direito mudaram substancialmente a relação entre sistema jurídico e poder político.

Nas sociedades pré-modernas (ainda não diferenciadas funcionalmente), o direito era anterior ao domínio político, que deveria conservá-lo ou, em caso de violação, restabelecê-lo, mas jamais mudá-lo ou revogá-lo, pois a validade e o conteúdo das normas jurídicas não dependiam de decisão política, mas se baseavam na força da tradição ou na instituição divina. Contudo, as transformações sociais se aceleravam e tornavam-se um problema para a ordem jurídica vigente e estática, que não tinha soluções à disposição, gerando uma crise de legitimação.

Por volta do século XVIII, os Estados começaram a empreender a codificação do direito a fim de instituí-lo como instrumento para fins políticos. Com isso, inverteu-se a antiga relação de hierarquia, de modo que a política passou a se situar acima do direito e lhe

conferir conteúdo e validade. No entanto, o direito estabelecido politicamente não trazia nenhuma garantia de justiça (natural ou divina) em si – o que punha em xeque, mais uma vez, a sua legitimidade. Por conseguinte, à positivação do direito logo sucedeu a tentativa de se vincular novamente a legislação a princípios superiores (Grimm, 2006).

Merece destaque, neste contexto, a “positivação”, fenômeno característico da sociedade industrial moderna, do século XIX, que delineou a atual configuração do direito. A partir do momento em que a legislação deixa de ser simplesmente um registro ou compilação do direito vigente e passa a servir de fundamento de validade jurídica às decisões estatais, é que se pode falar em positividade do direito. A escrita permitiu não apenas a difusão e a sistematização de normas e princípios jurídicos preestabelecidos, a fim de facilitar-lhes a aplicação, como também se tornou condição da própria vigência do direito (Neves, 2006). Ademais, com a positivação, a modificação do direito torna-se imanente ao próprio sistema jurídico, e somente condições legalmente fixadas na legislação podem fundamentar objeções contra a vigência e a validade das leis (Luhmann, 1983).

Atualmente, nas sociedades modernas, em especial, no Estado Democrático de Direito, a evolução e o processo de diferenciação dos sistemas sociais deixam nítidas as diferenças entre sistema jurídico e sistema político: enquanto a produção legislativa do direito é uma “decisão programante”, operacionalizada no âmbito político, num contexto de complexidade e contingência elevadas, a decisão judicial é uma “decisão programada”, que atua num contexto de complexidade e contingência já reduzidas pelo processo de positivação do direito – isto significa que o espaço de inclusão de atores no debate judicial é bem mais limitado do que o do conflito político, que permite uma inclusão generalizada do público (Campilongo, 2002).

Outra diferença quanto ao processo decisório de ambos é que o legislador e o administrador podem escolher sobre o que decidir, eis que controlam sua agenda decisória, ao passo que o juiz, além de não ter controle algum sobre as causas que têm acesso ao Judiciário, deve sempre decidir sobre todas as causas que lhe são apresentadas. Além disto, os critérios de justificação das decisões são completamente distintos: o legislador presta contas ao eleitorado e, por isso, seus parâmetros são culturais e levam em consideração a opinião pública; já o juiz encontra fundamento para suas decisões no ordenamento jurídico (Campilongo, 2002).

Podemos apontar, ainda, o escopo de atuação mais amplo do legislador e do administrador, que to-

mam decisões globais, passíveis de correções e ajustes posteriores, podendo, assim, modificar completamente ou simplesmente interromper seus programas de governo, caso isto se mostre necessário. A magistratura, por sua vez, tem objetivos mais limitados e atua de forma fragmentária, nos limites da lide proposta pelas partes – suas decisões são isoladas e não há controle sobre o impacto que causam (Campilongo, 2002).

Na política, prevalece o “domínio da vontade”, pois vigoram a soberania popular e o princípio majoritário, enquanto no direito predomina o “domínio da razão”, em virtude do primado da lei e do respeito aos direitos fundamentais (Barroso, 2012); ademais, o acesso ao Legislativo e ao Executivo se dá por meio do voto popular e, no Judiciário, os juízes ingressam na carreira, em regra, no primeiro grau de jurisdição, mediante concurso público, sendo que o acesso aos Tribunais ocorre por via de promoção, conduzida pelo órgão de cúpula do próprio Tribunal<sup>9</sup>. Enfim, a função precípua da política é a tomada de decisões coletivamente vinculantes através do uso do poder, enquanto que a do direito é possibilitar a generalização das expectativas normativas, independentemente de eventual violação.

Apesar da autonomia operacional e da diferenciação de funções dos sistemas jurídico e político, o nexos entre eles é facilmente identificado pela influência recíproca que exercem: os direitos subjetivos só podem ser estatuidos e impostos por meio de um poder político organizado que toma decisões coletivamente vinculantes e, sob outro ângulo, tais decisões devem sua obrigatoriedade à forma jurídica da qual se revestem, bem como à consonância de seu conteúdo à ordem normativa vigente, sobretudo à Constituição. Trata-se, pois, de uma “relação circular e interdependente”:

[...] assim como o direito normatiza procedimentos eleitorais e parlamentares, regula organizações partidárias e estabelece competências e responsabilidades jurídicas dos agentes políticos, a política decide legislativamente sobre a entrada de novas estruturas normativas no sistema jurídico. Mas a circularidade típica do Estado de Direito significa, sobretudo, uma acentuada interpenetração entre os sistemas jurídico e político: o direito põe a sua própria complexidade à disposição da autoconstrução do sistema político e vice-versa (Neves, 2006, p. 92).

Isto significa que o direito não obtém seu sentido normativo *per se*, através de sua forma ou de um conteúdo moral apriorístico, mas por meio de um procedimento que o legitima. De outro lado, a função instrumental do direito possibilita uma forma organizada do exercício do poder político, capaz de realizar fins coletivos por meio de decisões obrigatórias. É a combinação entre o direito sancionado pelo Estado e o poder organizado conforme o direito:

O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados. Tais aspectos não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para o sistema de direitos, e sim, implicações jurídicas objetivas, contida *in nuce* nos direitos subjetivos. Pois o poder organizado politicamente não se achega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é pressuposto por ele: ele mesmo se estabelece em formas do direito. *O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais* (Habermas, 1997, p. 171, grifos nossos).

Segundo Habermas (1997), o direito, ao em prestar forma jurídica à organização política, serve à constituição de um código de poder binário (superior/inferior) e, inversamente, o poder, na medida em que reforça as decisões judiciais, serve para a constituição de um código jurídico binário (direito/não direito). O entrelaçamento entre os dois códigos – político e jurídico – ocorre por meio do estabelecimento de funções recíprocas, ao lado das funções próprias de cada sistema (estabilização de expectativas de comportamento, no caso do direito, e realização de fins coletivos, em se tratando da política).

Com a institucionalização do direito por parte do Estado, a função recíproca do poder político em relação ao direito seria o desenvolvimento de “segurança jurídica”, que permite aos destinatários das normas calcularem as consequências do comportamento próprio e alheio; ao passo que a contribuição do direito para a política se revelaria pelo estabelecimento dos “meios de organização da dominação política”, ou seja, através das regras de competência ou daquelas que criam instituições políticas.

<sup>9</sup> Nas Cortes Superiores, como o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho e o Superior Tribunal Militar, a indicação de seus ministros é feita pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, nos termos dos artigos 101, 104, 111-A e 123, todos da Constituição Federal de 1988. Já os ministros do Tribunal Superior Eleitoral são escolhidos entre os ministros do STF e do STJ, bem como por nomeação do Presidente da República, após indicação pela Corte Suprema, consoante artigo 119 da CF.

Luhmann vai além e afirma que a autonomização do sistema político só se torna viável quando o código de preferência do direito passa a ser relevante no interior do sistema político, isto é, ao lado da distinção primária poder/não poder, o esquema binário lícito/ilícito passaria a desempenhar, na perspectiva de observação do sistema político, o papel de segundo código do poder. Isto implica dizer que, no Estado Democrático de Direito, todas as decisões do sistema político estão subordinadas ao controle jurídico e, inversamente, o direito positivo não pode prescindir da legislação deliberada politicamente – o que denota, nitidamente, a relação sinalagmática entre esses sistemas.

No entanto, não é suficiente que a diferença entre lícito e ilícito atue como segundo código da política, pois a capacidade operativa do sistema depende não apenas dos códigos, mas também de seus programas específicos. É por isso que o procedimento jurisdicional, em sua atividade de controle do poder político, deve se orientar de acordo com programas finalísticos de índole jurídico-constitucional; por seu turno, o poder político, na elaboração e operacionalização de seus programas finalísticos, fica vinculado aos programas de natureza normativo-jurídica (Neves, 2006). Em outras palavras, os dois sistemas atuam de forma intimamente ligada à legislação estatal e derivam seus princípios da mesma fonte normativa: a Constituição<sup>10</sup>.

Por fim, merece nota um aspecto relacionado à dinâmica de funcionamento entre “centro” e “periferia” no interior do sistema jurídico e do político, para compreendermos a própria dinâmica entre estes dois sistemas.

O sistema político possui um centro organizacional, representado pelo Estado, mais especificamente pelos Poderes Legislativo e Executivo, onde são tomadas as decisões coletivamente vinculantes, e uma periferia altamente complexa, composta por várias organizações políticas, responsáveis pela preparação e encaminhamento das decisões. O grau de complexidade na periferia é mais elevado do que no centro, pois suas pretensões são sempre superiores ao âmbito de possibilidades internas de governo (Campilongo, 2002).

No sistema jurídico, o centro é representado pelas instituições judiciais (Poder Judiciário) e pelos atores do Direito (juizes, promotores, defensores, procuradores, delegados, advogados, professores, servidores da Justiça), e a periferia, pelas inúmeras estratégias de criação privada do direito (contratos, por exemplo) e pelos mecanismos que filtram as questões jurídicas, evitando que sejam processadas pelo Judiciário (como é o caso dos Centros Ju-

diciários Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs ou Centros de Arbitragem e Mediação). Sob a perspectiva luhmanniana, todo e qualquer tipo de comunicação voltada à diferença entre direito/não direito integra o sistema jurídico, e como, na maioria das vezes, a comunicação acerca do direito ocorre fora do seu centro, a periferia do sistema jurídico opera num grau de complexidade mais elevado do que o daquele (Campilongo, 2002).

Nos dois sistemas, o grau de complexidade na periferia, levando-se em consideração a quantidade de interações entre os seus elementos, é sempre superior ao do centro, que, por sua vez, detém destaque no âmbito operacional por ser o *locus* em que são tomadas as decisões em caráter definitivo e vinculantes. Sendo assim, podemos afirmar que, no entendimento de Luhmann, centro e periferia são igualmente relevantes para o processo de *autopoiese*, não havendo entre eles qualquer hierarquia.

## Constituição como acoplamento estrutural entre direito e política

Inicialmente, a sociologia sistêmica desenvolveu o conceito de “dupla interdependência” para representar as ligações entre os sistemas político e jurídico: ao primeiro caberia apresentar premissas às decisões judiciais, a fim de limitar a liberdade do juiz (sob a ótica da política) e, ao mesmo tempo, facilitar as decisões (sob o ponto de vista do direito), e ao segundo competiria oferecer premissas para o emprego da força física, como uma fórmula de controle da força (na perspectiva do direito) e, simultaneamente, de legitimação do recurso à violência (na ótica da política). Assim, interromper-se-ia o circuito da força para o sistema político e o circuito do arbítrio para o sistema jurídico (Campilongo, 2002).

No entanto, a expressão pode induzir a equívocos, visto que não se cuida de apenas uma dependência recíproca, mas sim de duas interdependências, que ocorrem em “dois níveis distintos”:

Primeiramente, no plano das premissas decisórias, o sistema político controla a introdução de leis no sistema jurídico. Ainda nesse plano, o sistema jurídico recebe essas premissas (leis), que são fundamentais para a legitimação de seu agir e, por outro lado, implementa judicialmente os programas fixados pelo sistema político. Noutro nível, isto é, no plano das decisões judiciais propriamente ditas, o sistema jurídico toma decisões que vinculam também o sistema político e que por este podem ser implemen-

<sup>10</sup> Não podemos deixar de mencionar, ainda, o aparato coercitivo de que dispõe tanto o direito como a política para se imporem. Logo, a coercibilidade é outro traço comum de ambos.

tadas em termos de uso da força física. Essas relações variam ao longo do tempo (dependem da história), da matéria (dependem do ambiente) e da perspectiva do observador. Tudo isso ocorre de maneira a fazer com que as interdependências sejam sempre assimétricas, nos dois níveis [...] (Campilongo, 2002, p. 94).

Destarte, o “acoplamento estrutural” serviu melhor ao propósito de explicar as ligações simultâneas e assimétricas entre os sistemas, pois cada um “possui uma forma específica para pressupor a situação e as mudanças em seu ambiente e coligar esse contexto às suas operações internas” (Campilongo, 2002, p. 95). Isto significa que o ambiente político não determina as estruturas ou as operações do sistema jurídico, nem o inverso é verdadeiro, mas que um sistema pode ser “irritado”, a partir de suas próprias estruturas, pelo outro. Não se trata, portanto, de trocas de informações ou de *input/output* de um sistema ao outro, mas da capacidade do sistema de reagir e processar estímulos externos em conformidade com seu código e seus programas de operação.

Cabe ressaltar que o termo “Constituição” empregado por Luhmann não se refere a um conceito normativo-jurídico (Kelsen), fáctico-social (Lassalle, Weber e Engels) ou culturalista (Heller), tampouco é concebida como ordem total da comunidade no sentido clássico de *politeia* (Aristóteles) – a Constituição deve ser compreendida como uma “aquisição evolutiva” da sociedade moderna, que envolve um “uso linguístico inovador” vinculado às transformações revolucionárias ocorridas no início da era contemporânea, cuja função seria a de criar uma “limitação jurídica ao governo” (Neves, 2006).

A Constituição, nesta acepção, apresenta-se como um mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre os sistemas jurídico e político, isto é, ela limita e facilita, concomitantemente, a influência recíproca. O acoplamento entre os dois sistemas não é apenas operativo (como um vínculo momentâneo entre as operações do sistema e do ambiente), mas é, antes, estrutural, o que importa numa atuação duradoura no plano das próprias estruturas do sistema (Neves, 2006).

O acoplamento estrutural só é possível em razão da autonomia operacional de cada sistema que, por seu turno, é resultado da própria existência deste acoplamento. Como os sistemas são autorreferenciais, a Constituição é recebida por cada um como um mecanismo interno de controle de sua autorreprodução e de filtragem seletiva das influências do ambiente (fechamento e abertu-

ra cognitiva, respectivamente). Deste modo, impede que critérios externos de natureza diversa dos elementos de um sistema tenham validade imediata em seu interior:

Através da Constituição como acoplamento estrutural, as ingerências da política no direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos são excluídas, e vice-versa. Configura-se um vínculo intersistêmico horizontal, típico de Estado de Direito (Neves, 2006, p. 98).

É desta forma que o reingresso (*re-entry*) da Constituição no interior do sistema político viabiliza a inserção do código lícito/ilícito como segundo código da política, a ser observado, por exemplo, na institucionalização do procedimento eleitoral democrático, com a consequente formação pluripartidária do Parlamento, evitando-se, com isso, a imposição imediata de interesses particulares no âmbito da política. No entanto, adverte Luhmann:

Isso não significa que os interesses de grupos e as pressões extrapolíticas (econômicas e relacionais, por exemplo) não condicionem a tomada de decisões coletivamente vinculantes, mas sim que passam por uma filtragem seletiva que conduz a uma comutação do seu sentido, de “particulares” em “gerais”, de extrapolíticas em políticas (*in* Neves, 2006, p. 104).

Sob a perspectiva do sistema jurídico, a Constituição, ao institucionalizar a divisão do poder e os direitos fundamentais, assegura a diferenciação entre direito e política, mas, simultaneamente, permite que os procedimentos de decisão política sejam conduzidos pela via do direito e vice-versa, vincula os procedimentos jurídicos a processos de decisão política, por força do princípio da legalidade. Assim sendo, a Constituição possibilita a limitação do poder e impede a sobreposição do código poder/não poder sobre os demais (ou a prevalência dos critérios políticos em todas as esferas de comunicação).

## Legitimação política do protagonismo judiciário

Nas últimas décadas, a regulação legislativa tem avançado sobre diversos aspectos da vida social, passando a “juridificar” esferas de convivência e situações que antes não constavam do rol de relevância jurídica<sup>11</sup>. Essa multiplicação de leis passou a introduzir no sistema

<sup>11</sup> Vide, por exemplo, a Lei n. 13.010/2014 (ou “Lei da palmada”), que acrescentou o art. 18-A ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), a fim de proibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los (art. 1º).

jurídico uma série de questões de difícil resolução, seja em razão da incoerência entre as normas ou de sua sobreposição. Surgiram, com isso, casos insolúveis no interior de um sistema que não admite o *non liquet*: “A diferenciação do direito, nesse sentido, incorpora uma variabilidade estrutural que expande as situações ‘juridicizáveis’ e os poderes do juiz. Numa palavra: ‘politiza’ a magistratura” (Campilongo, 2002, p. 92).

A origem deste fenômeno, entretanto, não é recente, visto que remonta ao período pós-Segunda Guerra Mundial, quando se alcançou um novo marco teórico: o “neoconstitucionalismo”<sup>12</sup>. Ao reconhecer a insuficiência dos limites meramente formais para regular várias situações, o direito novamente se abriu aos valores e à moral, e a Constituição passou a ser encarada não mais como uma carta política, mas como um conjunto de normas hierarquicamente superiores que limitam a soberania popular e o poder estatal para garantir o respeito a determinados direitos e garantias, considerados fundamentais à manutenção da sociedade e do Estado. Houve, portanto, atribuição de “força normativa” aos princípios que, antes, não eram aceitos como normas jurídicas de aplicação imediata, mas como algo que poderia ser extraído do direito positivo, sem muita densidade jurídica<sup>13</sup>.

A positivação de princípios e valores nas Constituições passou a encerrar limites ao poder e à supremacia da lei, pois exigiu a conformação do ordenamento jurídico ao programa axiológico estabelecido no texto constitucional. Além disto, permitiu o controle dos atos políticos, por haver retirado da esfera política a disponibilidade sobre certos direitos. Logo, a jurisdição assume uma função eminentemente política e garantidora que, mediante provocação, concretiza os direitos fundamentais e os princípios de justiça de maneira imparcial (Violin, 2013).

No Brasil, a intensificação da atividade jurisdicional deu-se após a promulgação da Constituição de 1988,

que encerrou o período ditatorial no País e criou um ambiente propício para o desenvolvimento dos direitos fundamentais então assegurados<sup>14</sup>. Contudo, essa nova postura ativista do Judiciário, talvez erroneamente “importada” do direito estadunidense, ainda não foi adequadamente discutida no cenário jurídico brasileiro, a ponto de ser interpretada apenas como um meio necessário para concretizar direitos, como uma solução para os problemas sociais ou como uma etapa necessária e indispensável para o cumprimento do texto constitucional (Tassinari, 2013).

Neste ponto, cabe advertir que, em relação ao tipo de atividade que a jurisdição realiza no momento em que interpreta as disposições constitucionais que versam sobre direitos fundamentais, os doutrinadores dividem-se em duas correntes: os “procedimentalistas” não reconhecem o papel de concretizador de direitos ao Judiciário, reservando-lhe a função de controle das “regras do jogo” democrático, enquanto que os “substancialistas” reconhecem tal papel e veem o Judiciário como o local apropriado para a garantia de fortalecimento da democracia. Contudo, a adoção da postura substancialista não autoriza a defesa de ativismos judiciais, eis que a concretização dos direitos deve estar em consonância com o previsto pela Constituição Federal e não com critérios pessoais ou convicções morais do julgador (Streck, 1999).

Assim, é oportuno gizar os pontos fundamentais que distinguem “ativismo judicial” de “judicialização da política”<sup>15</sup>: embora ambos tenham como pressuposto o alto grau de judicialização que assume o direito brasileiro no contexto de pós-redemocratização do País, enquanto aquele está associado a um “ato de vontade” do órgão judicante, sendo uma questão ligada à interpretação da Constituição, a judicialização é um “fenômeno político”, gerado pelas democracias contemporâneas, especialmente como resultado do constitucionalismo do segundo pós-guerra e da noção de “Constituição di-

<sup>12</sup> Cf. Barroso (2012, p. 4), “No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais”.

<sup>13</sup> De acordo com Hesse (1991, p. 7), “[...] a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).”

<sup>14</sup> Tassinari (2013, p. 24) aponta como “marco” da atuação “progressista” do Supremo Tribunal Federal, no sentido de alteração do texto constitucional via Poder Judiciário, o julgamento da Reclamação Constitucional 4.335/AC, sobre a possibilidade de extensão, para outro caso, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do artigo que veda a progressão de regime penal para crimes hediondos, proferida em sede de controle difuso, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.959/SP. Na ocasião, à título de mutação constitucional, os votos de dois Ministros do STF atribuíram efeito *erga omnes* à decisão proferida em sede de controle difuso, contrariando o art. 52, X, da Constituição Federal, que prevê expressamente a competência do Senado Federal para atribuir efeito *erga omnes* nestes casos.

<sup>15</sup> Neste sentido, seguimos a distinção feita por Oliveira e Tassinari (2014).

rigente”, que se propõe a estabelecer objetivos e fins a serem alcançados pelo Estado.

A judicialização decorre, pois, do aumento da complexidade da sociedade e da própria crise da democracia, caracterizada pela inflação legislativa, pelo crescimento da litigiosidade social e pela inefetividade dos direitos fundamentais (sobretudo, em razão do descumprimento das disposições constitucionais por parte dos poderes majoritários). É produto do próprio modelo político contemporâneo, podendo ser mais, ou menos, intensa de acordo com a articulação dos fatores acima mencionados<sup>16</sup>.

Por outro lado, o ativismo revela-se como um problema exclusivamente jurídico, a ser enfrentado pela Hermenêutica Jurídica, pois está situado no âmbito interpretativo, da decisão judicial – decorre de um ato de vontade do intérprete, a partir de argumentos de política ou de moral, que rompe os limites dados pelo texto constitucional e, desta forma, aplica diretamente a Constituição a situações não expressamente contempladas. São exemplos, ainda, da postura ativista a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com base em critérios menos rígidos que os de ostensiva violação da Constituição e a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador, como no de políticas públicas ineficientes.

Por fim, a judicialização representa um fator de legitimação do Judiciário perante a sociedade, eis que se revela como local apropriado para o enfrentamento das questões concretas por ela apresentadas; ao passo que o ativismo deslegitima sua ação, porque faz com que predominem as instâncias jurisdicionais sobre as instituições democráticas. A primeira é um fenômeno inexorável das sociedades modernas, e o segundo, resultado da atuação de juízes e tribunais, que extrapolam seus poderes no exercício de suas atribuições.

Segundo Campilongo (2002), o modelo dos sistemas autopoieticos parece ser o mais ajustado para captar fenômenos como os limites estruturais do Judiciário para a escolha, o controle e a implementação de políticas públicas (e, conseqüentemente, de direitos sociais), para perceber as sobrecargas de prestações que o sistema político delega ao sistema jurídico em decorrência de um desempenho ineficaz e incompleto no campo da produção legislativa, ou para compreender as implicações políticas de um ativismo judicial no campo da administração pública.

Isto porque os sistemas funcionalmente diferenciados, como a política e o direito, possuem uma forma específica para assimilar o *status* e as mudanças em seu ambiente, e coligar este contexto às suas operações internas, de modo a reproduzir os elementos variantes através dos elementos intrínsecos do sistema. A continuidade desta reprodução gera a estabilização do sistema, que, por sua vez, é responsável pela manutenção da complexidade da sociedade e pela evolução do próprio sistema.

Esta dinâmica permite compreender as interferências recíprocas que exercem os sistemas jurídico e político, por meio de “irritações”, mas sem que um determine as estruturas ou as operações do outro. Destarte, no fenômeno da judicialização das relações sociais e da política, percebe-se que o sistema jurídico absorve as influências do ambiente político (e, até, econômico) e as processa internamente, rearticulando-se a fim de se adequar às novas expectativas. Este processo legitima o protagonismo judicial, pois não há ofensa aos princípios democráticos nem usurpação de funções.

## Considerações finais

Com o fim do regime ditatorial e a redemocratização política no Brasil, o Judiciário assumiu um papel de destaque no atendimento das novas demandas sociais, decorrentes em boa parte da constitucionalização abrangente e analítica que se consolidou no País. Cada vez mais, questões centrais para a sociedade são decididas no âmbito deste poder em detrimento das instâncias majoritárias, palco tradicional destes debates, por, em tese ao menos, representar a vontade popular. Assim, exsurtem questionamentos sobre a legitimidade do protagonismo judicial, que se tentou solucionar por meio da abordagem sociológica de Niklas Luhmann sobre o direito e a política.

Como principais resultados alcançados pela presente pesquisa, destacam-se os seguintes:

(i) A necessidade de organização da complexidade do mundo, manifestada em diversos sistemas, foi determinante para o desenvolvimento do modelo sistêmico de Luhmann, fundado sobre as noções de sistema, comunicação e evolução. Sistema é a disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si e que funcionam como uma estrutura organizada, com vistas a atingir um objetivo; comunicação é a operação

<sup>16</sup> De acordo com Barroso (2012), há diversas causas para o fenômeno: desde o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas, até uma certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral, agravada pelo fato de os atores políticos, para evitarem o próprio desgaste na deliberação de temas polêmicos, preferirem que o Judiciário seja a instância decisória destas questões.

responsável pela autorreprodução dos sistemas (*auto-poiese*), que, por isso, são considerados autorreferenciais – ademais, é a comunicação, e não os seres humanos, o elemento essencial da sociedade; e o mecanismo de evolução pode ser traduzido nas operações de variação (quando ocorre a introdução no sistema de algo inesperado), seleção (que implica a rejeição ou o acolhimento do desvio, neste caso, mediante a continuidade da reprodução do novo elemento) e reestabilização (isto é, a compatibilização das estruturas preexistentes com a nova estrutura), o que permite a adequação do sistema com o ambiente e, conseqüentemente, a manutenção da complexidade da sociedade.

(ii) A sociedade moderna é um grande sistema social, caracterizado pelo alto grau de complexidade e pela diferenciação funcional de seus subsistemas, entre eles: o direito e a política. Cada sistema possui códigos próprios (estruturados de forma binária), programas específicos e operações particulares, que o distinguem dos demais e possibilitam sua autorreprodução, a partir de seus próprios elementos e estruturas internas. Por este motivo, afirma-se que os sistemas são “operacionalmente fechados”. Por outro lado, os sistemas parciais sofrem influências e interferências de outros sistemas e, também, do ambiente que, na concepção de Luhmann, corresponde aos indivíduos e às relações sociais (distinguindo-se da concepção sociológica tradicional que os considera elementos da sociedade). Este processo é denominado “abertura cognitiva” e permite a adaptação dos sistemas às constantes transformações sociais, além de sua conseqüente evolução.

(iii) A diferenciação funcional entre o sistema político e o jurídico pode ser delineada nos seguintes termos: o legislador e o administrador controlam sua agenda decisória; prestam contas ao eleitorado, demandando que levem em consideração a opinião pública; tomam decisões programantes e globais, operacionalizadas num contexto de complexidade e contingência elevadas, mas que são passíveis de correções posteriores; e são eleitos por intermédio do voto popular. Já o juiz não tem qualquer controle sobre as causas que têm acesso ao Judiciário, devendo sempre decidir sobre todas aquelas que lhe são apresentadas; o fundamento para suas decisões encontra-se no ordenamento jurídico e não na vontade popular; suas decisões são programadas e fragmentárias, isto é, atuam num contexto de complexidade e contingência já reduzidas pelo processo de positividade do direito, porém estão circunscritas aos limites da lide proposta pelas partes e não há controle sobre o impacto que causam; e, por fim, os juízes ingressam na carreira, em regra, mediante concurso público.

(iv) Apesar da autonomia operacional e da diferenciação de funções dos sistemas jurídico e político, o nexos entre eles é facilmente identificado pela influência recíproca que exercem: os direitos subjetivos só podem ser estatuídos e impostos por meio de um poder político organizado que toma decisões coletivamente vinculantes, e, sob outro ângulo, tais decisões devem sua obrigatoriedade à forma jurídica da qual se revestem, bem como à consonância de seu conteúdo à ordem normativa vigente, sobretudo à Constituição. É a combinação entre o direito sancionado pelo Estado e o poder organizado conforme o direito.

(v) A forma como dois subsistemas sociais autônomos e distintos se interligam é denominada “acoplamento estrutural” e, no Estado Democrático de Direito, cabe à Constituição realizá-lo no que tange aos sistemas jurídico e político. Ela o faz filtrando as influências do ambiente (e de outros subsistemas) e as reintroduzindo no interior de cada sistema, utilizando a comunicação própria daquele sistema. Isto impede ingerências da política no direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos e vice-versa. Por exemplo, a Constituição viabiliza a inserção do código lícito/ilícito no interior do sistema político, evitando, com isso, a imposição de interesses particulares no âmbito da política, e, ao institucionalizar a divisão do poder e os direitos fundamentais, impede a sobreposição do código poder/não poder sobre os demais.

(vi) A Constituição assume, pois, destacada relevância na inter-relação entre os sistemas jurídico e político, sobretudo em face do atual paradigma de “politização da magistratura”. Assim, mostrou-se fundamental nesta pesquisa distinguir ativismo judicial de judicialização da política e das relações sociais. O primeiro é tido como um ato de vontade do juiz, que rompe com os limites dados pelo texto constitucional e o aplica a situações não expressamente contempladas, ou declara a inconstitucionalidade de atos normativos com base em critérios menos rígidos que os da ostensiva violação da Constituição, ou, ainda, impõe condutas ou abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador como no de políticas públicas ineficientes; já a judicialização é um fenômeno político, inerente às democracias modernas, que decorre, sobretudo, de Constituições dirigentes, preocupadas em dispor sobre programas de governo. Enquanto a judicialização representa um fator de legitimação do Judiciário perante a sociedade, eis que se revela como local apropriado para o enfrentamento das questões concretas por ela apresentadas, o ativismo deslegitima sua ação, porque faz com que predominem as instâncias jurisdicionais sobre as instituições democráticas.

(vii) Assim, a função política do Judiciário seria promover o acoplamento estrutural entre o direito e a política, por intermédio da aplicação da Constituição, de modo que as interferências de um sistema sejam devidamente processadas por operações internas do outro, dentro da concepção de Luhmann, sem que haja usurpação de funções próprias (ou corrupção de códigos), mas uma influência e interdependência recíprocas entre eles. É certo que as novas relações entre direito e política, particularmente por meio da criação jurisprudencial do direito, são inevitáveis, porém a atuação do Judiciário deve ser garantista, a fim de preservar direitos fundamentais, mas sem margem de discricionariedade, eis que deve ser pautada pelo critério da legalidade e da constitucionalidade, nem exorbitação de suas capacidades institucionais, sobrepondo-se à própria valoração política.

## Referências

ABBOUD, G.; OLIVEIRA, R.T. DE; CARNIO, H.G. 2015. *Introdução à teoria e à filosofia do Direito*. 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 573 p.

BARROSO, L.R. 2012. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, 2(21): 1-50. <http://dx.doi.org/10.12957/rfd.2012.1794>

BECHMANN, G.; STEHR, N. 2001. Niklas Luhmann. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, 13(2):185-200. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12368>. Acesso em: 14/02/2015.

CAMPILONGO, C.F. 2002. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo, Max Limonad, 195 p.

GRIMM, D. 2006. *Constituição e política*. Belo Horizonte, Del Rey, 291 p.

HABERMAS, J. 1997. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, vol. 1, 354 p.

HESSE, K. 1991. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 34 p.

LIMA, F.R.S. 2008. Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, 4(4): 1-20. Disponível em: <http://revistaeletronica.rfd.unibrasil.com.br/index.php/rfd/issue/view/4/showToc>. Acesso em: 20/02/2015.

LUHMANN, N. 1983. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, 252 p.

MARTINELLI, D.P.; VENTURA, C.; MARTINS, T.M.; LIBONI, L.B. 2012. *Teoria geral dos sistemas*. São Paulo, Saraiva, 215 p.

NEVES, M. 2006. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo, Martins Fontes, 354 p.

OLIVEIRA, R.T.; TASSINARI, C. 2014. Ativismo judicial e judicialização da política: notas para uma necessária diferenciação. In: A.P. GAIO JÚNIOR; M.G. TOSTES DOS SANTOS (orgs.), *Constituição Brasileira de 1988: reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário*. Curitiba, Juruá, p. 71-92.

ROCHA, L.S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, J. 2005. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 144 p.

STRECK, L.L. 1999. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 264 p.

TASSINARI, C. 2013. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 156 p.

VIOLIN, J. 2013. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador, Juspodivm, 288 p.

Submetido: 29/09/2015  
Aceito: 15/04/2016