Número 13 – março/abril/maio 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

A "POLITIZAÇÃO" DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

Prof. Glauco Salomão Leite
Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP;
Professor de Direito Constitucional da ASCES, FIR e FACIPE;
Advogado.

SUMÁRIO: 1.0 Introdução. 2.0 Alguns sentidos possíveis para o termo "politização". 2.1 "Politização" e dever de imparcialidade. 2.2 "Politização" e interpretação jurídica. 2.3 "Politização" e representação política tradicional. 2.4 "Politização" e exercício de poder. 2.5 "Politização" e Constituição. 3.0 A jurisdição constitucional brasileira pós-88: da redemocratização à "politização". 4.0 A "politização" da jurisdição constitucional e a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. 4.1 Considerações iniciais sobre a teoria dos sistemas: a distinção sistema/ambiente. 4.2 O direito como subsistema social e sua auto-referência. 4.3 A abertura cognitiva do sistema jurídico. 4.4 A Constituição como acoplamento estrutural entre o direito e a política. 4.5. A "politização" da jurisdição constitucional e a teoria dos sistemas. 4.6 Teoria dos sistemas nos países periféricos: ausência de autonomia operacional do direito? 5.0 Conclusões. 6.0 Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente estudo tem por objeto a denominada "politização" da jurisdição constitucional. Após a elucidação de alguns aspectos deste fenômeno, far-se-á seu enquadramento na teria sistêmica desenvolvida por Niklas Luhmann. A partir desta referência teórica, é possível uma releitura da "politização" da jurisdição constitucional, considerando as diferenças entre os subsistemas jurídico e político nas sociedades complexas, bem como o papel desempenhado pelas constituições no entrelaçamento destes dois subsistemas.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição constitucional – "Politização" – Teoria dos Sistemas

SUMMARY: The present study has for object the so called "politicization" ("politização") of constitutional adjudication. After clarifying some aspects of this phenomena it will be put into a frame with the systemic theory developed by Niklas Luhmann. From this theoretical reference, it is possible to develop a new understanding on "politicization" ("politização") of constitutional adjudication, considering the differences between juridical and political subsystems in complex societies and the role fulfilled by constitutions on the link between these two subsystems.

KEYWORDS: Constitutional adjudication – "Politicization" ("politização") – Systems Theory

RÉSUMÉ: La présente étude a par l'objet la denommée “politisation” (“politização”) de la justice constitutionnelle. Après l`élucidation de quelques aspects du phénomène on propose sa lecture selon la théorie des systèmes, développée par Niklas Luhmann. Cette clé théorique permet une relecture de la “politisation” de la juridiction constitutionnel en considérant les différences entre les sous-systèmes juridique et politique dans les sociétées complexes, tandis que le rôle joué par des constitutions dans l`entrelacement de ces sous-systhèmes.

MOTS CLÉS: Justice constitutionnelle - “Politisation” (“politização”) - Théorie des Systèmes.

1.0 INTRODUÇÃO.

Tem-se observado, tanto no discurso jurídico quanto no discurso político, uma crescente preocupação em torno de um suposto caráter "político" da função jurisdicional e, em particular, da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal (STF). O debate já apresenta um lado positivo na medida em que, através dele, o STF vai deixando, paulatinamente, de ser um "desconhecido" perante a população.

Pode-se apontar como um dos motivos desse recente interesse a importância das causas julgadas por este Tribunal e sua repercussão na coletividade. Vale referir, a título de ilustração, as questões que envolvem as grandes "reformas", como a cobrança da contribuição dos inativos (Reforma da Previdência), os limites do denominado "controle externo" do Judiciário (Reforma do Judiciário); as "guerras fiscais" entre Estados-membros; o delineamento dos poderes das comissões parlamentares de inquérito e que estiveram na recente ordem do dia, o que envolve digressões sobre o princípio da separação dos poderes; a "verticalização" dos partidos políticos; a redução do número de vereadores nos municípios brasileiros; o monopólio dos serviços de postagem pela Empresa de Correios e Telégrafos; as questões atinentes à concretização de direitos fundamentais, como a possibilidade de interrupção de gravidez de feto anencéfalo (que envolve os limites da autonomia privada e o direito à vida), bem como as que dizem respeito à implementação de políticas públicas para a realização de direitos sociais.

Dessa forma, não é difícil imaginar a possibilidade de que grandes questões sociais ou vários planos ou projetos sustentados por qualquer governo que se encontra no poder sejam levados à jurisdição constitucional para receber desta o seu "selo" de aprovação. Assim, dado que é o STF, órgão máximo da jurisdição constitucional no nosso país, quem profere a última palavra em termos de interpretação da Constituição, quanto maior sua ingerência na atuação dos demais podres, menor será o espaço de atuação destes últimos. A jurisdição constitucional passaria a demarcar as zonas de competências dos demais poderes, a partir dos limites que ela própria impuser à sua competência. Diante deste quadro, é no âmbito da jurisdição constitucional que o fenômeno da "politização" assume maiores contornos.

No presente estudo, pretende-se analisar a referida "politização" da jurisdição constitucional a partir de um marco teórico pouco desenvolvido no Brasil, qual seja, a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann[1].

Para tanto, o trabalho será dividido nas seguintes etapas: a) a exposição de alguns sentidos possíveis para o termo "politização", b)

[1]No dizer de Willis Santiago Guerra Filho, referindo-se à teoria sistêmica de Luhmann, "Esse tipo de teoria sociológica do Direito representa uma tentativa de escapar da presente 'exaustão de paradigmas' (Abel, 1980, p. 826) nessa área – e, por último, mas não menos importante, ela proporciona uma abertura para o diálogo interdisciplinar sem precedentes." (*Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 91.).

verificação da "politização" da jurisdição constitucional no Brasil, c) abordagem da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e sua aplicação ao tratamento da "politização" da jurisdição constitucional.

2.0 ALGUNS SENTIDOS POSSÍVEIS PARA O TERMO "POLITIZAÇÃO".

Não é tarefa fácil delimitar o conteúdo semântico do signo "politização", haja vista sua derivação de "política", que remonta à *polis* grega, o que poderia levar a divagações filosóficas sobre essa expressão. Nada obstante, na presente discussão pode-se destacar alguns usos freqüentes do referido termo. Assim, as dimensões mais correntes da "politização" estão associadas ao dever de imparcialidade da jurisdição, à interpretação jurídica e à representatividade política tradicional[2], ao exercício de poder (jurisdição) e à própria natureza da constituição. Como se verificará, os aspectos da "politização" antes referidos, ao contrário de se excluírem, são comumente apontados na práxis jurídica brasileira, isto é, são facilmente identificados, e alguns até mesmo reivindicados, no exercício da jurisdição constitucional. É precisamente sobre tais manifestações da "politização" que se pretende analisar as possíveis respostas que a teoria sistêmica de Niklas Luhmann pode oferecer.

2.1 "POLITIZAÇÃO" E DEVER DE IMPARCIALIDADE.

Neste primeiro sentido, comumente se questiona a parcialidade da jurisdição, pois o juiz deve se colocar como um terceiro distante dos conflitos que deve resolver. Os ataques dirigidos ao caráter político, nessa situação, estão associados ao fato de o juiz ceder diante de pressões de grupos políticos ou de partidos. Tratar-se-ia, na verdade, de uma "partidarização" da jurisdição constitucional. O equívoco consistiria em reduzir a política à atuação partidária. Como se verá mais adiante, a crítica ao caráter político neste significado se robustece quando relacionada à jurisdição constitucional brasileira, em razão da ampla legitimidade ativa conferida a diversos representantes do sistema político, inclusive de qualquer partido com representação no Congresso Nacional, para provocá-la em sede controle concentrado-abstrato perante o STF.

[2]Estas primeiras três acepções são ressaltadas por Celso Campilongo. (Cf. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 57). Embora o autor não se refira especificamente à "politização" da jurisdição constitucional, mas sim à da jurisdição de um modo geral, adverte que é exatamente no controle jurisdicional dos demais poderes, no qual se insere o controle de constitucionalidade das leis, onde reside o eventual caráter político da decisão judicial. Desse modo, crê-se que as dimensões do caráter político aventadas pelo autor são de todo aplicáveis à jurisdição constitucional. Aliás, pode-se afirmar que tais dimensões são ainda mais acentuadas quando se trata do "juiz constitucional". (Cf., op. cit., p.42.).

Além disso, não se pode olvidar o impacto de uma suposta opinião pública no exercício da jurisdição e, em particular, no da jurisdição constitucional, uma vez que esta tem tratado de temas que afetam diversos segmentos sociais. Neste sentido, muitas vezes, diante da repercussão social que certo caso provoca, reivindica-se que os juízes "ouçam" a opinião pública antes de a decisão ser proferida[3]. Em última análise, essa opinião pública acaba se transformando em uma espécie de critério legitimador das decisões judiciais, algumas vezes apontando para soluções não permitidas pelo direito. Então, é preciso questionar se, e até que ponto, a mencionada "opinião pública", em sociedades pluralistas e heterogêneas, pode servir de parâmetro para tomada de decisões judiciais.

2.2 "POLITIZAÇÃO" E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.

A segunda dimensão está vinculada à idéia de completa vinculação do juiz à lei. Assim, haveria o caráter político no momento em que o juiz deixa de decidir com base nos parâmetros legais para se basear em critérios ideológicos e pessoais, tornando sua atuação arbitrária. Neste particular, a crítica parte do pressuposto de que a lei apresenta sempre uma resposta pronta e acabada para os litígios, de modo que a atividade de interpretação/aplicação do juiz se reduz a um silogismo lógico-formal.

A imagem do "juiz vinculado à lei", pressuposto desta crítica à "politização", remonta a uma determinada concepção de direito típico do Estado legalista que apareceu com as revoluções liberais na Europa do séc. XVIII, de que é referência paradigmática a Revolução Francesa. Com efeito, uma vez que órgão legislativo representava a "vontade geral" da coletividade, a lei, fruto deste corpo representativo, refletia o ideário desta coletividade, tornando-se a única forma legítima de restrição dos direitos dos indivíduos. Daí a crença na supremacia do parlamento e a conseqüente limitação da atividade judicial. Em vez de afastar a aplicação da lei inválida, o juiz fica preso aos seus comandos. A limitação da força normativa da constituição[4], a crença de que o parlamento representava a "vontade geral" da coletividade e a busca por uma maior limitação dos poderes dos juízes formaram o cenário para a consagração do primado da lei e dos códigos e, conseqüentemente, de sua idolatria. Assim, com a concentração da produção normativa do Estado no legislador, o direito se reduzia à lei, não havendo espaço para construção judicial do direito. O Código Civil francês corporificava exatamente a idéia de um legislador

[3] Sobre o tema, cf. GARCIA, Maria. "Opinião pública e a interpretação da Constituição". In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 54, jan./março, 2006, pp. 52-61.

[4] Sobre o enfraquecimento da normatividade das constituições no Estado de Direito legalista, cf. ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 1994, pp. 40 e ss.

onipotente, cuja obra sistemática é coerente, harmônica e completa[5]. Nessa medida, a codificação se apresentava como uma espécie de "prontuário" para resolver, senão todas, ao menos as principais controvérsias[6].

Tudo isso repercute na teoria da interpretação jurídica, moldada nesse contexto de submissão do juiz ao legislador e no caráter "neutro" do primeiro. Assim, toma a cena o formalismo jurídico de viés positivista-legalista. Em vez de se falar em *construção* da norma jurídica pelo juiz, fala-se em *declaração* da norma já existente e acabada, adotando, em particular, o critério gramatical de interpretação. A norma jurídica é um *dado* e não um *construído*. Oculta-se o aspecto *volitivo* no processo interpretativo, evidenciando apenas o aspecto *cognitivo* ou de conhecimento. A aplicação do direito se desenvolve através de processos silogístico-formais. Nos casos de dúvida, o juiz deve se valer da interpretação sistemática para *descobrir* a "vontade do legislador", mais uma ficção para encobrir o caráter inventivo/criativo da interpretação jurídica[7]. A conseqüência desse quadro é a "debilidade da magistratura"[8], limitada basicamente à resolução de conflitos privados. Portanto, o juiz exerce um papel neutro e pouco expressivo na aplicação do direito.

Percebe-se que existe uma verdadeira superioridade da legislação sobre a jurisdição, de sorte que os comandos legais são emanados "de cima para baixo", devendo ser acatados e aplicados pelos juízes[9]. Por tudo

---

[5] Segundo Gustavo Zagrebelsky, "A lei por excelência era então o código, cujo modelo histórico durante todo o século XIX estaria representado pelo Código civil napoleônico. Nos códigos se encontravam reunidas e exaltadas todas as características da lei. Resumindo-as: a vontade positiva do legislador, capaz de se impor indiferentemente em todo o território do Estado e que se endereçava à realização de um projeto jurídico baseado na razão (a razão da burguesia liberal, assumida como ponto de partida); o caráter dedutivo do desenvolvimento das normas, *ex principiis derivationes*; a generalidade e a abstração, a sistematicidade e a plenitude". (*El derecho dúctil*: *Ley, derechos, justicia*. 5ª ed., Madrid: Trotta, 2003, p. 32.). Mais adiante, sintetiza a *força normativa* do Código de Napoleão, ao dizer que este era "não em vão denominado com freqüência a 'Constituição da burguesia' liberal". (op. cit., p. 53.).

[6] BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito.* Trad. Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 78.

[7] Como observa Cristina Queiroz, para os filósofos da Ilustração, a melhor lei seria aquela que não precisasse de interpretação, já que, como afirmava Beccaria, a "interpretação não era tarefa dos juízes" e que "interpretar a lei seria o mesmo que corrompê-la", esta última atribuída à Voltaire. Foi essa concepção de que todo o direito estaria contido na lei que levou, na França, vários professores a proclamarem que ensinavam não o Direito Civil, mas o Código de Napoleão. (*Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 128-129). "Uma ciência do direito assim concebida não elimina apenas do seu objecto os 'valores' (as valorações subjetivas) e outros 'sistemas de valores' (e, designadamente, a casuística). Elimina também as implicações factuais das normas jurídicas e os seus campos de regulamentação. Conscientemente ou não, permanece prisioneira da ideologia da 'subsunção'". (op. cit., p. 129.).

[8] CAPPELLETTI, Mauro. "Necesidad e legitimidad de la Justicia Constitucional". In: *VVAA. Tribunales Constitucionales Europeus y Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 612.

[9] É importante ressaltar que o positivismo jurídico sustentando por Kelsen, no que se refere ao papel do juiz na interpretação jurídica, difere bastante daquele positivismo-legalista da Escola da Exegese. Nas palavras deste autor, "A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correta (ajustada), e que a 'justeza' (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-

isto, com a concentração da produção normativa do Estado na instância legislativa, a ciência jurídica se reduz a uma *ciência da legislação positiva*[10]. É neste contexto que se insere a crítica de Kirchmann, segundo a qual bastariam três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras se converteriam em papéis inúteis[11].

Ocorre que, uma vez reconhecidas as falácias apregoadas pelos formalismos jurídicos, em suas várias expressões, que vigeram fortemente até o início do séc. XX, reconhece-se o caráter criativo da atividade interpretativa, incluindo, obviamente, aquela exercida pelo juiz. Em toda interpretação jurídica se verifica a criação de direito em alguma medida. As leis apenas introduzem no ordenamento segmentos de linguagem (textos normativos). Estes enunciados servem de base para a interpretação jurídica. A "norma" propriamente dita é resultado da interpretação do "texto", que, por admitir mais de uma possibilidade semântica, pode servir de base à construção de mais de uma "norma". É criação do intérprete-juiz. Portanto, as leis não são obras completas, mas sim *complementáveis*.

Feitas essas considerações, vê-se que a "politização" da jurisdição constitucional, no sentido que se expõe neste tópico, decorreria não da negação da lei, mas do alargamento de possibilidades jurídicas de solução que podem ser tomadas pelo juiz. Ao transportar essa crítica para a jurisdição constitucional, a expressão "submissão à lei" pode ser substituída por "submissão à constituição", sendo precisamente este o alvo das discussões. Isto porque o juiz constitucional, no lugar de submissão, encontra espaçosos horizontes na exegese constitucional, por força da inserção de um vasto elenco de direitos fundamentais, normas principiológicas e programáticas, cujas estruturas normativas apresentam um alto grau de generalidade e abstração. Cuida-se de um traço característico da estrutura normativa das constituições contemporâneas. As constituições, em vez de um código fechado, hermético, revelam-se como um complexo normativo aberto para o futuro, albergando princípios que sintetizam valores antagônicos, muitas vezes concorrentes, reflexo das sociedades pluralistas contemporâneas[12]. Com isso, o *poder expansivo* ou *efeito de irradiação* das normas constitucionais encobre todos os quadrantes do sistema jurídico. O sistema jurídico se encontra *impregnado*

---

somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito, apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito Positivo." (*Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado, 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 391).

[10] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: *Ley, derechos, justicia*. 5ª ed., Madrid: Trotta, 2003, p. 33.

[11] "El caráter a-científico de la llamada Ciência del Derecho." In: SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ. *La Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., p.268.

[12] Cf. LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. "A abertura da Constituição e sua relação com os princípios constitucionais". In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 160 e ss.

pelas normas da constituição, que se apresenta *invasora* e *intrometida* [13]. Verifica-se, com isso, a *constitucionalização do direito.*

Diante dessa considerável abertura, o caráter político da jurisdicional constitucional estaria associado a um elevado grau de discricionariedade na interpretação constitucional, propiciado pela própria estrutura aberta das constituições.

2.3 "POLITIZAÇÃO" E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA TRADICIONAL.

A terceira censura à "politização" se dirige à possibilidade de o juiz se substituir aos demais poderes, realizando tarefas que caberiam a estes no âmbito do sistema político. Neste caso, o juiz constitucional atuaria para suprir os *déficits* da representatividade política tradicional. Cuida-se dos reflexos de uma mudança de paradigmas verificada com o advento do Estado de Bem-Estar Social e que repercute no papel exercido pelos juízes.

De fato, a abstenção do Estado na regulação do mercado, deixando que as relações sejam regidas pela *lex mercatoria*, contribuiu, no liberalismo, para um quadro de fortes desigualdades sociais. A igualdade meramente formal *perante* a lei não atendia mais aos reclamos daqueles que se encontravam à margem de uma proteção legal satisfatória, razão pela qual buscavam também uma igualdade *na* lei. Ao lado dos direitos individuais, particularmente daqueles vinculados à propriedade e à autonomia da vontade, cujo exercício exige do Estado simples inação ou abstenção, surgem os direitos sociais positivos, para cuja fruição se faz necessária a realização de diversas prestações por parte do aparelho estatal. Enquanto os direitos individuais em sua vertente negativa são direitos *contra* o Estado, os direitos sociais positivos são direitos *por meio* do Estado.

Com essas transformações conjunturais, o individualismo característico do Estado Liberal vai cedendo espaço ao coletivismo do Estado Social. As codificações, paulatinamente, passam a ser substituídas por legislações esparsas, na tentativa de atender às diversas exigências de forma específica e tópica. Conseqüentemente, o legislador deixa de representar a "vontade geral" de uma coletividade relativamente homogênea, como era a burguesia liberal, para atuar em nome de grupos corporativos com interesses heterogêneos e antagônicos[14]. Desta circunstância surge aquilo que Zagrebelsky denomina "legislações setoriais"[15].

---

[13]Neste sentido, GUASTINI, Riccardo. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano". In: CARBONELL, Miguel. (org.). *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Trotta, 2003, p. 49.

[14]CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 38 e ss. Para um balanço das modificações do sistema jurídico na passagem do Estado liberal ao Estado Social e, posteriormente, ao que se denomina "Estado Pós-Social", cf. do mesmo autor, "Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico". In:

A racionalidade formal do modelo liberal, através da qual, para resolver os casos concretos, o juiz procedia a um mero processo silogístico lógico-formal de subsunção do fato à norma, mostra-se insuficiente com as novas demandas. O modelo social de direito, orientado para o futuro ou prospectivo, atua com uma racionalidade material ou teleológica voltada para os fins que persegue. Ao passo que o modelo liberal de direito preconiza a manutenção do *status quo*, o direito social pretende ser um elemento de transformação social. A lei deixa de ser uma simples reguladora de conflitos intersubjetivos e passa a assumir a feição de um instrumento político de governo. Para atender às várias demandas sociais, a produção normativa do Estado aumenta de forma considerável, acarretando o gigantismo do aparelho estatal e uma "hipertrofia legislativa"[16]. Configurava-se uma perda qualitativa das leis, por força da queda de sua capacidade regulatória generalizada.

Essa mudança de paradigmas modifica o papel e a função desempenhada pelo judiciário. Em vez de tratar de conflitos intersubjetivos de menor complexidade, agora tem que resolver litígios coletivos. De fato, com o processo de massificação social, o surgimento de novos direitos (os direitos sociais e coletivos) implica também uma remodelagem no conceito liberal de "direito subjetivo", que deixa de ser atrelado a direitos individuais e passa a exigir uma proteção a direitos coletivos e difusos. Assim, como afirma Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

> *"(...) os litígios judiciais passam a admitir e a exigir novas formas de direito de ação (class action, ação pública). Altera-se, do mesmo modo, a posição do juiz, cuja neutralidade é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma co-responsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas pela política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes, cabia exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo, passa a ser imputada também à Justiça"*[17]

Outrossim, na medida em que a constituição brasileira é marcadamente "programática" ou "compromissória", estabelecendo normas que impõem fins a serem seguidos pelos poderes estatais, e constatando a baixa efetividade na concretização de tais normas pelo Executivo e pelo

---

FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 30-51.

[15] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: *Ley, derechos, justicia*. 5ª ed., Madrid: Trotta, 2003, p. 37.

[16] CAMPILONGO, Celso Fernandes. "Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico". In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 41.

[17] "O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?". In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, n. 11, Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2000, p. 355.

Legislativo, a jurisdição constitucional se tornaria uma espécie de "nova arena" para se exigir um controle de políticas públicas insatisfatórias e destoantes dos objetivos constitucionalmente impostos. E este controle se efetuaria, novamente, com base em um texto constitucional caracterizado pela sua abertura e fragmentariedade, o que possibilitaria uma ingerência indevida no sistema político. Neste contexto, o receio é que existam abusos cometidos pela jurisdição constitucional, configurando o indesejável "governo de juízes", de sorte que ela passaria a reescrever em suas decisões o teor da constituição e ditar os rumos políticos do Estado.

Portanto, a "politização", neste caso, dar-se-ia a partir da assunção, pela jurisdição constitucional, de funções que cabiam aos demais órgãos estatais, atuando, assim, para suprir as falhas e deficiências praticadas por estes.

2.4 "POLITIZAÇÃO" E EXERCÍCIO DE PODER.

Além dos sentidos de "política" acima expostos, vale também referir aquele delineado por Lourival Vilanova[18]. Para este autor, são políticos todos os atos de poder, não importando se se trata do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário. Da prática de atos no exercício de poder conferido constitucionalmente, é que, em seus âmbitos, manifestam-se atos políticos. Como afirma o autor, *"Todos os atos de poder, são políticos por definição: são constitucionalmente políticos. Atos de governo em sentido restrito e atos de administração (podendo ser do mesmo órgão ou de órgãos diferentes), atos de legislação e atos jurisdicionais, todos são atos de órgãos imediatamente constitucionais e, eo ipso, atos políticos"*[19].

Apesar de se reconhecer a possibilidade desta acepção para o caráter "político" da jurisdição constitucional, ela não apresenta uma solução satisfatória para o problema que ora se coloca, haja vista que todas as funções previstas pela Constituição teriam, igualmente, um caráter político.

2.5 "POLITIZAÇÃO" E CONSTITUIÇÃO.

Por fim, cabe falar em caráter político da jurisdição constitucional, levando-se em conta as próprias referências normativas com as quais lida no seu dia-a-dia: as normas da constituição. Neste sentido, Canotilho já apresentava a constituição como o "estatuto jurídico do político"[20]. De fato, a jurisdição constitucional, ao solver os conflitos que lhe são apresentados, necessariamente tratará com normas penetradas por matéria política em sua

[18] "A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal". In: *Revista de Direito Público*, ano XIV, n. 57-58, jan-junho, 1981, p. 47.
[19] Ibid., mesma página.
[20] *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra:Almedina, 1993, pp. 34-36.

mais nobre expressão[21]. Sob esta perspectiva, ver-se-á como a "politização" da jurisdição constitucional se passa no enlace entre o direito e a política promovido, especialmente, pela constituição. E sendo o STF, órgão máximo da jurisdição constitucional brasileira, o responsável ou "guardião precípuo" desse vínculo entre direito e a política, pode-se afirmar que ele está, mais do que ninguém, suscetível aos impactos da "politização".

Deste último aspecto, ou seja, do entrecruzamento do direito com a política através da Constituição, bem como considerando a estrutura dos textos constitucionais contemporâneos e sua força normativa nos atuais Estados Democráticos de Direito, decorrem as demais manifestações da "politização" da jurisdição constitucional, sendo elas facilmente verificadas nos debates sobre a realidade brasileira. Isto justifica sua análise em conjunto.

3.0 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA PÓS-88: DA REDEMOCRATIZAÇÃO À "POLITIZAÇÃO".

O sistema constitucional que se estabelece a partir de 1988 apresenta certas características que acentuam o problema da "politização" da jurisdição constitucional brasileira. Como se afirmou no tópico anterior, ao serem destacados os possíveis sentidos para "politização", no estágio atual do Direito Constitucional, todos eles encontram eco na práxis da jurisdição constitucional, e, em particular, daquela exercida no Brasil. É o que se passa a analisar.

De início, cumpre relembrar que o cenário político do qual brota a constituição atual é marcado pelo processo de restauração da democracia no país. Como se sabe, a história constitucional brasileira apresenta graves instabilidades políticas, que resultaram em golpes de Estado, regimes ditatoriais e na negação sistemática dos direitos fundamentais dos cidadãos. A sucessão de diversos textos constitucionais pode ser encarada como um reflexo desse quadro de turbulência. Conseqüentemente, algumas dessas constituições careceram de força normativa, aparecendo apenas para conferir uma roupagem formal de legitimidade ao poder político, deixando, nessa medida, de exercer sua função mais basilar: a disciplina jurídica do poder.

Na medida em que a Constituição de 1988 é promulgada sob o influxo do processo de redemocratização, trouxe um largo rol de direitos fundamentais e de instrumentos processuais para garantir a proteção desses direitos contra atos do Poder Público. Outrossim, ela contempla várias normas programáticas que estabelecem fins e metas a serem alcançados pelo Estado, caracterizando-a nitidamente como uma "constituição compromissária". A meta,

[21]ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 1994, p. 178.

em última análise, é a concretização dos direitos fundamentais, largamente amparados pela Constituição. Daí a exigência de se assegurar o pleno emprego, a erradicação da pobreza e das desigualdades regionais e sociais, dentre outras metas. Ocorre que, no Brasil, apesar da existência de um texto constitucional pródigo em direitos fundamentais, as *promessas da modernidade* ainda não foram cumpridas e o Estado Social, aqui, não passou de um simulacro, na crítica de Lênio Streck[22]. Via de conseqüência, há uma explosão de litigiosidade por parte da população que busca a efetividade dos direitos constitucionalmente consagrados. Assim, nesse contexto, questiona-se até que medida as políticas públicas elaboradas para concretizar os comandos constitucionais podem ser controladas judicialmente ou mesmo se esse controle pode recair sobre leis orçamentárias que destinem menos recursos do que seria possível para alguns setores sociais[23].

Em países que ainda não atingiram graus satisfatórios de fruição de direitos sociais básicos, como é o caso do Brasil, apesar de existir uma constituição que consagre esses direitos em sintonia com a dignidade da pessoa humana, é comum se exigir uma postura mais ativa da jurisdição constitucional na tentativa de diminuir o fosso que separa a realidade (mundo do "ser") da normatividade constitucional (mundo do "dever-ser"). Daí, não é raro se falar na necessidade de o juiz ter que ser mais "político", no sentido de "progressista", o que representa, na prática, prover aquilo que os demais poderes deixaram de prover. Ao se referir às possíveis posições assumidas pela jurisdição constitucional nos países da Europa continental, Mauro Cappelletti aponta o dilema: a) permanecer restrito aos limites tradicionais da função judicial do séc. XIX ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, convertendo-se no "terceiro gigante" para controlar o legislador mastodonte e o administrador leviatã[24]. De uma auto-contenção a um ativismo judicial, a jurisdição constitucional oscila no desempenho de seu mister na defesa da constituição.

Todavia, teme-se igualmente o ressurgimento de um "governo de juízes" através da excessiva "politização" da jurisdição constitucional, reaparecendo, assim, as discussões acerca da sua legitimidade democrática[25].

---

[22] *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – uma nova crítica ao Direito*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 84 e ss.

[23] Admitindo o controle de políticas públicas, Andreas Krell salienta que "onde o processo político (Legislativo e Executivo) falha ou se omite na implementação de Políticas Públicas e dos objetivos sociais nela implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização da correição da prestação dos serviços sociais básicos." (*Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, pp. 90 e ss.).

[24] CAPPELLETTI, Mauro. "Necesidad e legitimidad de la Justicia Constitucional". In.: *VVAA. Tribunales Constitucionales Europeus y Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 608.

[25] No Brasil, cf. os trabalhos de TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005; e AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*: *densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Esta preocupação se justifica na medida em que, em nome de uma concretização de normas constitucionais como dignidade da pessoa humana, moralidade, eficiência, relevante interesse público, segurança jurídica e tantas outras caracterizadas pelo seu elevado teor axiológico, a jurisdição constitucional poderia se imiscuir nas funções dos demais poderes eleitos democraticamente. E isto se passaria através da elasticidade semântica dos enunciados constitucionais, que acomodam várias interpretações possíveis. Este é sem dúvida, senão o mais importante, um dos aspectos mais controvertidos da propalada "politização" da jurisdição constitucional.

Vale atentar para uma particularidade do direito constitucional brasileiro. Aqui também se verifica a inserção, no texto constitucional, das mais variadas matérias que vão desde a estruturação política do Estado a assuntos ligados à ordem econômica e financeira, à ordem tributária, ao regime jurídico administrativo dos agentes públicos, à previdência social, à seguridade social, ao meio ambiente, à ciência e tecnologia, à política urbanística, ao direito de família, ao direito penal etc. Tudo isso passou a ser considerado, pelo menos formalmente, assunto constitucional. Dessa forma, os diversos ramos do direito tiveram alguns de seus elementos plasmados no texto constitucional. Esta circunstância também incrementa o *poder expansivo* das normas constitucionais sobre os demais ramos do direito (civil, penal, administrativo etc). Esta *elevação* de matérias, normalmente disciplinadas no âmbito infra-constitucional, à Constituição traz a necessidade de uma mudança na interpretação do direito ordinário através de uma *filtragem constitucional* . Por via de conseqüência, aumentam-se as referências normativas para a jurisdição constitucional no exercício de seu mister, facilitando a justificação de um maior controle em relação aos demais poderes, já que o campo de "matérias constitucionais" agora é muito amplo.

Outro ponto merece destaque. Como é sabido, ao lado do controle difuso de constitucionalidade exercido por todos os juízes do país, o acesso ao controle concentrado perante o STF era, até 1988, bastante restrito. A iniciativa para provocá-lo diretamente, em sede de controle abstrato-concentrado de constitucionalidade, era privilégio do Procurador-Geral da Republica, que detinha o monopólio da representação de inconstitucionalidade. A conseqüência desse dado foi o número reduzido de ações que contestavam a validade das leis, especialmente as elaboradas pela União.

Com a Constituição de 1988, houve uma notável ampliação dos legitimados para provocar o STF, em sede de controle concentrado-abstrato[26], democratizando o acesso a esta modalidade de controle de constitucionalidade. Alguns indagam a respeito de um possível deslocamento

[26]Conjugando o texto da Constituição de 1988 (art. 103) com as modificações trazidas pela Emenda Constitucional n. 45, podem propor tanto a ação direta de inconstitucionalidade, quanto a ação declaratória de constitucionalidade, instrumento criado pela Emenda Constitucional n. 3: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governado de Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

das discussões políticas travadas no Congresso Nacional para o STF, enquanto Corte Constitucional, transformando-o em uma espécie de nova arena política[27]. Saliente-se que, no que diz respeito aos partidos políticos, basta que eles tenham representantes na Casa Legislativa, não importando que seja maioria, minoria ou que possuam pouquíssimas cadeiras. Dessa maneira, discute-se se ao propor uma ação direta de inconstitucionalidade, esses partidos - o que se aplica aos demais representantes da esfera política -, estariam atuando na defesa da Constituição ou, ao contrário, estariam cometendo uma burla à regra majoritária, pois, em caso de declaração de inconstitucionalidade da lei atacada, alcançariam um resultado prático equivalente ao que desejariam ter obtido no Congresso Nacional, ou seja, a não-aprovação da lei. Com isso, estariam tornando o STF uma terceira Casa Legislativa.[28]

Estes aspectos fazem parte da atual conjuntura em que se insere a jurisdição constitucional no contemporâneo Estado Constitucional, marcada pela elevação deste poder e que possui a aptidão de conferir a última palavra em termos de interpretação e aplicação da constituição. Como afirma Luis Roberto Barroso, "em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário –, verificou-se no Brasil uma expressiva *judicialização* de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final"[29].

Os aspectos antes mencionados do sistema de jurisdição constitucional brasileiro servem para indicar alguns focos em que se daria o fenômeno de sua "politização". Resta saber como a jurisdição constitucional, especialmente aquela exercida no âmbito do STF, pode responder a esses enlaces que unem o direito à política, o que se fará a partir do referencial da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

---

[27] Neste sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, pp. 213-214), ao tratar da judicialização da política ou politização da Justiça, afirma que "(...) os conflitos políticos – como os que ocorrem no andamento dos trabalhos parlamentares – podem tornar-se questões judiciais. Não permite a Constituição o *judicial restraint* da Suprema Corte americana, que lhe permite evitar as questões preponderantemente políticas.".

[28] MOREIRA MAUÉS, Antônio G. e BELÉM LEITÃO, Analice F. "Dimensões da judicialização da política no Brasil – as ADINs dos partidos políticos". In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 41, n. 163, julho/set., 2004, p.32.

[29] "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil". In: *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 18 abr. 2006.

4.0 A "POLITIZAÇÃO" DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN.

Neste ponto, adotaremos o referencial teórico da teoria dos sistemas desenvolvida por Niklas Luhmann para analisar o fenômeno da "politização" da jurisdição constitucional. Trata-se de um autor ainda pouco estudado no país, apesar de oferecer propostas no mínimo originais para se investigar o direito na sociedade complexa atual. De início, será empreendido um esforço com vistas a um esclarecimento dos conceitos e premissas utilizados por Luhmann, para, posteriormente, aplicá-los ao estudo da "politização" da jurisdição constitucional.

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN: A DISTINÇÃO SISTEMA/AMBIENTE.

Antes de analisar particularmente o sistema jurídico, Luhmann parte de uma visão mais ampla e busca desenvolver uma *teoria da sociedade*. Para ele, a sociedade moderna é caracterizada pelo seu elevado grau de complexidade e contingência, proporcionando a sua diferenciação funcional. Por *complexidade*, entende-se um amplo quadro de possibilidades de escolha e alternativas, ao passo que *contingente* significa que a escolha tomada dentro das possibilidades poderia ter sido diferente, optando-se por uma outra alternativa[30], o que requer uma necessária seleção. Isto significa uma tendência a que direito, a política, a economia, por exemplo, se diferenciem funcionalmente em razão da elevada complexidade do tecido social. É preciso ressaltar, desde logo, que, por se tratar de uma *teoria da sociedade*, Luhmann acabou desenvolvendo uma teoria não menos complexa que seu objeto de estudo. Isto justifica o elevado nível de abstração de sua construção teórica, o que traz como conseqüência a dificuldade de ela oferecer respostas específicas a problemas concretos e particulares. Logo, trata-se de um *modo de observar* a sociedade diferenciada funcionalmente.

Assim, a sociedade se apresenta como um sistema complexo, tendo como seu mundo circundante e exterior o "ambiente". O que separa o sistema de seu ambiente é a circunstância de naquele existirem certas operações fáticas denominadas "comunicações"[31], que se encontram em um processo constante de reprodução. A sociedade, nessa linha de raciocínio, é um conjunto amplo de comunicações, ou, em outras palavras, um sistema

[30] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, vol. I, pp. 45-46. Como esclarece Campilongo, "Complexidade é o mesmo que pluralidade de alternativas. Contingente significa que se a decisão, hoje, recaiu sobre a hipótese 'x' , nada impediria que, legitimamente, tivesse recaído sobre a alternativa 'y' ou que, no futuro, recaia sobre a via 'z'." (*O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 83).

[31] A "comunicação" consiste na síntese entre o ato de comunicar, a informação transmitida e a compreensão dessa informação.Cf. LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana: México, 2002, p. 91.

"oniabarcador"[32] de todas as comunicações possíveis. São exatamente essas comunicações que permitem separar a sociedade de seu ambiente, de sorte que apenas se pode falar na existência de comunicação no interior da sociedade. Não há, portanto, comunicação no ambiente. Os homens, na concepção de Luhmann, são sistemas orgânicos e psíquicos que se situam no ambiente, ou seja, a partir dos conceitos luhmannianos, os homens não fazem parte *da* sociedade. Sociedade e homem são, reciprocamente, mundo circundante, portanto, complexo e contingente[33].

Segundo Luhmann, na sociedade moderna, esse conjunto amplo de comunicações denominado "sociedade" é dividido em vários sistemas parciais ou subsistemas diferenciados funcionalmente, que possuem suas próprias redes de comunicação. Os sistemas político, jurídico, econômico, educacional, apenas para citar alguns, são sistemas parciais ou subsistemas da sociedade que se diferenciam funcionalmente. Cada qual se caracteriza por produzir e reproduzir comunicações próprias de acordo com códigos e programas específicos. Por isso que, para Luhmann, não fazem sentido expressões como "direito *e* sociedade", "política *e* sociedade", pois elas podem expressar a idéia de que é possível falar de direito *sem* sociedade ou de política *sem* sociedade. Como política e direito são subsistemas sociais, o correto é se referir ao direito e à política *da* sociedade.

Vale ressaltar que a distinção sistema/ambiente também se aplica no âmbito dos subsistemas. Com efeito, do ponto de vista do sistema jurídico, todos os demais subsistemas configuram seu ambiente, ou seja, a política e a economia, por exemplo, constituem ambiente para o direito. E isto ocorre reciprocamente, ou seja, tomando agora o sistema político como referência, o direito e a economia são ambientes para ele. Por essa razão, Luhmann afirma que a distinção entre sistema e ambiente permite que eles possam se designar em *referência recíproca*, ou seja, cada subsistema é precisamente a diferença com o seu ambiente[34].

Desse modo, cada subsistema mantém sua autonomia perante os demais e todos integram um sistema maior de comunicações designado *sociedade*.

---

[32]Ibidem., p. 110.

[33]FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Apresentação*. In.: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Ed. Unb, 1980, p.01. Com essa idéia, Luhmann rompe com as teorias sociológicas humanísticas, que punham o homem como o centro da sociedade. Por outro lado, a postura luhmanniana não significa menosprezo em relação à importância do homem na sociedade moderna, pois os sistemas psíquicos atuam como condições materiais necessárias para a reprodução de comunicações. Em outros termos, como a sociedade é composta por comunicações, se não existissem homens não seria possível o processo de comunicação. Portanto, apesar de o homem não se encontrar *na* sociedade, existe uma relação de dependência recíproca entre homem e sociedade. Cf. CORSI, Giancarlo *et alli*. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos, México: Universidad Ibeoramericana, 1996, p. 19.

[34]LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana: México, 2002, p. 132.

4.2 O DIREITO COMO SUBSISTEMA SOCIAL E SUA AUTO-REFERÊNCIA.

Como visto, na sociedade moderna diferenciada funcionalmente existe um alto grau de complexidade e de contingência. Em uma sociedade com tais características, nos momentos de tomada de decisão, verificam-se várias possibilidades de escolha (complexidade). Nesse contexto de instabilidade e de incertezas, há a necessidade de se realizar reduções dessas complexidades para estabelecer expectativas comportamentais recíprocas que orientem, em certa medida, as condutas sociais. As expectativas têm a função de guiar de modo relativamente estável a comunicação e o pensamento frente à complexidade e à contingência do mundo[35]. De suma importância para a caracterização e função do direito na sociedade moderna é a distinção entre dois tipos de expectativas: as cognitivas e as normativas.

Expectativas cognitivas são aquelas em que existe a alternativa de modificação frente aos desapontamentos, adaptando-se à realidade decepcionante, ou seja, são aquelas dispostas à *aprendizagem*. Esse tipo de expectativa é típico dos sistemas científicos, cujas proposições são alteradas em caso de comprovação de sua discrepância diante da realidade analisada. Desse modo, a ciência se altera (aprende, assimila) quando atesta que suas expectativas foram frustradas (desmentidas) pela realidade dos fatos. As expectativas normativas, por outro lado, são aquelas que se mantêm *a despeito* do desapontamento, ou seja, elas não são abandonadas se alguém as transgride. Assim, a expectativa é assegurada e a discrepância é atribuída ao ator da conduta dela desviante[36]. São expectativas características dos sistemas que interferem na conduta humana. Com base nessa distinção, Luhmann concebe as normas jurídicas como expectativas de comportamento estabilizadas *contrafaticamente*, desenvolvendo, assim, um conceito funcional de norma, tendo em vista o seu processamento de desilusões: ou se renuncia a expectativa por causa do desengano ou se mantém a expectativa apesar do desengano[37].

O direito, nessa medida, tem a função de garantir expectativas normativas estabilizadas que viabilizem interações recíprocas entre indivíduos,

---

[35] CORSI, Giancarlo *et alli*. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos, México: Universidad Ibeoramericana, 1996, p. 79.

[36] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, vol. I, pp. 56-57.

[37] Nada obstante, Luhmann aponta para um certo caráter relativo tanto das expectativas normativas, quanto das cognitivas. Com efeito, segundo o autor, as expectativas cognitivas não são abandonadas no primeiro instante em que se verifica uma discrepância, nem as expectativas normativas conseguem resistir indefinidamente diante de várias desilusões. "Mesmo quando se tem expectativas cognitivas, ou seja, quando se esteja disposto à assimilação, nem todo desapontamento leva à adaptação. Em geral, busca-se inicialmente apoio em explicações *ad hoc* e em hipóteses adicionais, que mantêm a expectativa e interpretam o desapontamento como exceção. Especialmente aquelas expectativas comprovadas e centrais na estrutura cognitiva não são abandonadas tão rapidamente assim. (...) No sentido inverso, também as expectativas normativas não estão estadas à sua proclamada resistência a assimilação. A possibilidade de perseverança interna de expectativas repetidamente desapontadas tem seus limites". (*Sociologia do Direito*. Trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, vol. I, p. 63.).

diminuindo, dessa forma, a contingência[38]. Esta estabilização se opera através da generalização congruente de três dimensões: temporal, objetiva e material. Na dimensão temporal, as estruturas de expectativas se estabilizam contra frustrações através da *normatização*. Assim, a normatização confere continuidade ou duração a uma dada expectativa, mesmo em se constatando eventuais frustrações a ela. Na dimensão social, essas estruturas podem ser *institucionalizadas*, ou seja, apoiadas sobre o consenso esperado a partir de terceiros. Em razão da elevada complexidade, Luhmann entende que um consenso geral é faticamente impossível de se realizar, exigindo apenas a "suposição fictícia do consenso"[39]. Através dessa institucionalização, o consenso é suposto, mesmo havendo reprovação individual sobre a expectativa. Na dimensão prática, essas estruturas podem ser estabilizadas através de núcleos de sentido, ou seja, de uma identificação generalizada de sentido, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas. Dessa forma, a generalização assegura uma "imunização simbólica" das expectativas normativas contra os fatos, que podem ser contrários ou conforme a elas.

Na medida em que o direito é uma estrutura particular da sociedade, sua função é orientada para esse todo maior que o circunda, isto é, o direito não exerce uma função para si mesmo, mas sim para a sociedade de que faz parte. Nesses termos, a função do direito é estabilizar expectativas normativas congruentemente generalizadas, isto é, a regulação da generalização das dimensões temporal, objetiva e material. Dessa forma, o direito permite saber quais expectativas têm um respaldo social e quais não têm[40]. Essa conceituação funcional do direito implica afirmar que ele não assegura *concretamente* os comportamentos que estipula, apenas garante a manutenção da expectativa normativa contra eventuais atos discrepantes (frustrações). Como afirma Luhmann, "se a função do direito fosse assegurar a execução da ação indicada no programa (norma), o direito seria responsável pela insuficiência dos planos políticos. Por isso, deve-se deslocar o centro do problema da imposição jurídica do comportamento para a expectativa"[41]. Assim, o direito sempre pressupõe como possível o desvio de conduta, mas,

[38]Tércio Sampaio Ferraz Jr. bem ilustra esta necessidade de se assegurar expectativas contra as incertezas: "(...) podemos imaginar uma situação entre dois indivíduos que trocam entre si, por exemplo, tijolos por madeira. Não é impossível prever-se que esta troca pudesse ser realizada sem que o Direito nela interviesse como estrutura. Quando, porém, começamos a pensar nas contingências que poderiam afetar as expectativas recíprocas dos trocadores, veremos que há uma série de fatores que complicam a situação ad infinitum. Para que haja um mínimo de garantia é preciso que as partes possam ter uma relativa certeza de que o combinado agora prevalecerá no futuro. Não só pela mutabilidade de opiniões e desejos, mas também das contingências biofísicas (alguém pode morrer antes de completada a transação) (...). (Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Apresentação*. In.: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Ed. Unb, 1980, p.02).

[39] *Sociologia do Direito*. Trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, vol. I, p. 109.

[40]*El Derecho de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana: México, 2002, p. 189.

[41]*El Derecho de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana: México, 2002, p. 210.

como as expectativas normativas estão estabilizadas congruentemente, elas são mantidas apesar da frustração.

Luhmann rompe com as teorias jurídicas tradicionais que compreendem o sistema jurídico como um conjunto coerente de normas, dispostas de forma hierárquica. Em sua visão, esse conceito de sistema deve ser abandonado porque ele se baseia apenas em estruturas jurídicas (normas, textos, regras), como se verifica nas teorias positivistas desenvolvidas por Kelsen e Hart. Muito embora as estruturas sejam relevantes na promoção dos enlaces entre as operações, para ele, na conceituação de sistema, deve-se atribuir maior importância às operações fáticas, isto é, às comunicações produzidas pelo sistema. Assim, o direito adquire realidade através das operações fáticas que produzem e reproduzem o sentido específico do sistema jurídico, diferenciando-o de seu ambiente. Uma vez diferenciado de seu ambiente, o sistema jurídico se apresenta como um sistema autopoiético, ou seja, operativamente fechado.

O direito é um sistema autopoiético na medida em que, para a produção de suas operações específicas, ele se remete à rede de suas próprias operações, de tal modo que a variação do sistema jurídico se processa completamente em seu interior.

As operações estabelecem condições de enlace para outras comunicações subseqüentes, isto é, cada operação no interior do sistema parte da operação anterior e cria condições para as operações futuras. Cuida-se de um processo circular de auto-reprodução do sistema jurídico. O sistema jurídico produz comunicação jurídica através de comunicação jurídica. Dessa maneira, os sistemas autopoiéticos são sempre sistemas *históricos*, que partem do estado imediatamente anterior que eles mesmos haviam criado[42].

A partir daí surge a questão de saber o que caracteriza uma comunicação como sendo própria do sistema jurídico. Em consonância com

[42]É importante destacar que a idéia constante na teoria kelseniana de que o "o direito regula sua própria criação", o que equivale a dizer que "direito cria direito por meio do direito", parte de pressupostos bem diferentes daqueles assumidos por Luhmann, quando este afirma o caráter auto-reprodutivo dos sistemas autopoiéticos. Kelsen, como se sabe, situa a auto-regulação do direito na estrutura escalonada do sistema jurídico, em que as normas superiores regulam a criação das normas inferiores. Como se trata de uma *teoria geral do direito positivo*, ela pode ser utilizada para estudar toda e qualquer ordem jurídico-positiva estatal. Cuida-se de uma *metodologia* que sugere um modo de estudar uma dada ordem jurídica. A teoria luhmanniana parte, ao contrário, das próprias operações concretas e fáticas produzidas pelo direito em sua circularidade. É uma teoria evolutiva do direito e da sociedade. O fechamento estrutural do direito, nessa perspectiva, pressupõe certas condições sociais e materiais para se realizar. Neste sentido, NEVES, Marcelo. "Luhmann, Habermas e o Estado de Direito". In: *Lua Nova*, n. 37, 1996, p. 99; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 167. Em sentido contrário, sustenta François Ost a aproximação entre Kelsen e a teoria da autopoiese defendida por Luhmann, quando afirma que "We shall content ourselves with maintaining that Kelsen's conception of legal systematics is at many points very close to the view today being developed by way of autopoiesis". (Cf. "Between order and desorder: the game of law. In: TEUBNER, Günther (org.). *Autopoietic Law: a new approach to law and society*. Berlin, 1988, p.77.).

Luhmann, cada sistema social possui um código binário composto por valores opostos (positivo/negativo), por meio do qual se reduz a complexidade do ambiente no momento da seleção de informações. Trata-se de um esquema bivalente que permite identificar as operações próprias de um dado sistema social, e, a partir disto, distingui-las das comunicações dos demais sistemas. Cada subsistema social possui um código específico e o emprega de modo exclusivo. Assim, por exemplo, o sistema político se rege pelo código maioria/minoria ou governo/oposição, o sistema econômico utiliza o ter/não-ter, o científico maneja o verdadeiro/falso, etc. No sistema jurídico, este código é o lícito/ilícito ou conforme o direito/não-conforme o direito[43].

A existência de códigos específicos para os sistemas sociais é uma decorrência da diferenciação funcional da sociedade moderna e evita que, através deles, os sistemas sociais se confundam uns com os outros. Na medida em que cada sistema parcial possui seu código específico, um mesmo fato é processado de formas diferentes por tais sistemas. Por exemplo, a decisão de se elevar o valor da cobrança de determinado tributo provoca diversos impactos nos sistemas jurídico, político e econômico. Portanto, o sistema jurídico utiliza código lícito/ilícito de forma exclusiva. Trata-se de uma especificidade do direito, que lhe assegura de imediato uma delimitação perante o ambiente.

Todas as comunicações geradas pelo sistema jurídico são coordenadas pelo código específico do direito. É precisamente este código que garante a reprodução auto-referencial do direito, ou seja, seu fechamento operativo. O código em si mesmo considerado não é uma norma, mas uma estrutura que promove a conexão entre as operações do sistema jurídico, assegurando seu fechamento operativo. No dizer de Luhmann, *"o direito é uma história sem fim, um sistema autopoiético que só produz elementos para poder seguir produzindo mais elementos: a codificação binária é a forma estrutural que garante precisamente isto."*[44]

Neste sentido, para que uma comunicação seja especificamente jurídica, não basta que ela faça uma simples alusão ao direito, pois isso pode ser realizado por qualquer outro sistema social (política, economia, educação, etc.), sem que tal fato converta essa comunicação em uma comunicação jurídica. Para ser caracterizada como jurídica, a comunicação deve se subordinar ao código exclusivo do direito.

Cumpre observar que o sistema jurídico operativamente fechado não apenas produz operações específicas e concretas em seu interior, mas também é dotado de uma instância responsável pela sua auto-observação. Com efeito, o direito deve ajustar sua observação e sua descrição com as

[43]Observa Luhmann que não há necessidade de um código próprio para a sociedade, considerada como o conjunto total das comunicações. O seu fechamento operativo e seus limites estruturais estão assegurados a partir da distinção entre comunicação e falta de comunicação. Como visto, não existe comunicação no ambiente, apenas no interior da sociedade. (*El Derecho de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana: México, 2002, p. 236.).

[44] Ibidem, p. 236.

operações do sistema fechado. Isto significa conferir à descrição e à observação um "estatuto normativo", ou seja, elas também se propõem a guiar e aprimorar a auto-reprodução do sistema[45]. Assim, o sistema jurídico se afigura como uma unidade operativa e como descrição de suas próprias operações, mas tudo isso dentro de próprio sistema. Luhmann denomina essa auto-observação do sistema jurídico "reflexão". Para ele, esta instância crítica e reflexiva do sistema jurídico é representada pela teoria jurídica. Dessa maneira, a teoria jurídica, nesse modelo, não é uma *teoria do conhecimento* através da qual se busca apenas descrever seu objeto analiticamente, como se fosse uma realidade distinta daquela[46]. Para a teoria dos sistemas, a teoria do direito promove, então, uma reflexão sobre o próprio direito. Cuida-se de um discurso *sobre* o direito e *no* direito.

Segundo Raffaele De Giorgi[47], "todos os sistemas diferenciam, no seu interior, sistema de reflexividade mediante os quais controlam sua própria auto-referência, evitando que esta seja bloqueada ou que caia no arbítrio". Portanto, o direito auto-observa e auto-descreve as próprias operações de um modo "construtivista".

Destarte, o fechamento auto-referencial do sistema jurídico, proporcionado pelo código específico conforme o direito/não-conforme o direito, ocorre tanto no âmbito das operações concretas, quanto no âmbito da instância reflexiva do sistema jurídico. É através deste fechamento que o sistema se distingue do ambiente contingente e mais complexo.

4.3 A ABERTURA COGNITIVA DO SISTEMA JURÍDICO.

Segundo Luhmann, fechamento operativo não significa isolamento do sistema, nem desconsideração do ambiente que o circunda, pois a todo o momento ele está se relacionando com o seu ambiente através de trocas recíprocas de informações. Por isso se diz que os sistemas são operativamente fechados e cognitivamente abertos.

---

[45]LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana: México, 2002, p.131.

[46] É o que se verifica na posição de Kelsen ao estabelecer a diferença entre "proposição" e "norma", entre Ciência do Direito e direito positivo, ponto relevante em seu pensamento. As proposições consistem em juízos hipotéticos que descrevem os elementos do direito positivo. *Sua função é meramente descritiva da ordem jurídica positiva*. Ao contrário, as normas jurídicas não descrevem nada, não são juízos, mas sim mandamentos que regulam (prescrevem) as condutas intersubjetivas, permitindo, proibindo ou obrigando a prática de certo ato. A partir dessa distinção é que se afirma que a Ciência Jurídica se volta a *descrever através de proposições as normas jurídicas positivas. O cientista do direito se coloca na posição de um observador, que apreende o seu objeto de análise e passa a relatá-lo em proposições*. (Cf. *Teoria Pura do Direito*, Trad. João Baptista Machado, 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1994, pp. 79 e ss.).

[47] "Luhmann e a teoria jurídica dos anos 70". In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*, São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 192-193.

O sistema jurídico assimila informações advindas do ambiente, mas essas informações são processadas de acordo com critérios específicos do direito e segundo o código conforme/não-conforme o direito. Por outras palavras, só é possível a abertura cognitiva, porque o sistema é fechado operacionalmente. Do contrário, isto é, se o sistema jurídico não mantivesse mecanismos próprios de processamento seletivo de informações, ele se diluiria perante a sociedade, não havendo mais distinção entre sistema e ambiente. Portanto, o fechamento é condição para a sua abertura.

É por causa do fechamento operacional que o sistema jurídico se encontra aberto a múltiplas possibilidades do ambiente. Por conta dessa abertura, o direito possui a capacidade para captar constantemente informações externas, mas que são processadas internamente através de operações que se submetem ao código específico do direito. Por outras palavras, o sistema jurídico é sensível ao ambiente, "irrita-se" com ele, mas as comunicações que produz são regidas pelo código conforme/não-conforme o direito, respeitando-se suas limitações estruturais. Logo, o sistema jurídico não se encontra como que "solto no ar".[48]

Ressalte-se que o fechamento operacional não implica também que o direito existe sem sociedade, apenas que o sistema jurídico produz as relações com o seu ambiente a partir de seus próprios impulsos, ou seja, a partir da produção de suas próprias operações. E a realização dessas operações só se torna possível em razão de uma rede recursiva denominada "fechamento". Reiterando, a abertura só é viável sobre a base do fechamento.

Segundo Luhmann, a tese do fechamento operacional do direito se dirige em primeiro lugar contra a concepção de que a moral tem validade *imediata* dentro do direito. Para o autor, o direito não pode agir como um "regulador de escrúpulos". Em razão da autonomia recíproca entre os sistemas sociais numa sociedade diferenciada funcionalmente, é possível haver uma crítica moral do direito. Todavia, por força da contingência, não há um nexo de *causalidade* entre as irritações no sistema e as respostas ao ambiente. O ambiente não consegue prever a comunicação produzida pelo sistema em resposta às suas demandas e/ou irritações. Pode-se afirmar, com isso, que há um considerável índice de incerteza e imprevisibilidade acerca das conseqüências que os sistemas sociais (política, economia, direito, etc) provocam entre si em uma sociedade complexa. Por isso, embora haja uma troca de informações entre os sistemas da moral e do direito, cada um opera com suas especificidades. O direito não está subordinado ao código da moral e vice-versa.[49].

---

[48] *Sociologia do Direito*. Trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, vol. II, p. 19.

[49] A separação entre direito e moral alivia o primeiro "(...) do encargo de ter que formular também as condições da respeitabilidade e da auto-estima pessoais. O direito não pode mais ter como tarefa, principalmente, a constituição da moralidade da conduta, garantindo assim as condições para a respeitabilidade recíproca". (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, vol. II, p. 23.).

Certamente que o direito capta informações provenientes da moral, enquanto ambiente, mas elas ingressam no sistema jurídico de acordo com o código específico do direito e não com o da moral. Por isso, a abertura a questões cognitivas depende diretamente do fechamento normativo do sistema. Para Luhmann, a distinção entre fechado operativamente e aberto cognitivamente é realizada dentro do próprio sistema. Assim, a moral não tem nenhuma relevância jurídica como código, nem como valoração. A introdução de informações no sistema jurídico passa por uma filtragem realizada pela especificidade do direito.

Apesar de Luhmann se dirigir diretamente à moral, tentando superar as teorias jurídicas que vinculam o direito a uma certa ordem de valores, o modo de reação do sistema jurídico às irritações dos demais sistemas é o mesmo, isto é, de acordo com seu código específico. Isto já permite uma aproximação do modo como a teoria luhmanniana pode oferecer resposta ao problema da "politização" da jurisdição constitucional. De fato, na sociedade moderna, o direito está constantemente respondendo a demandas do sistema político, econômico, etc., mas ele só pode fazê-lo a partir da operacionalização dessas irritações com o código jurídico. Mais concretamente, o direito não responde politicamente ao sistema político, nem economicamente ao sistema econômico. Isso representaria uma corrupção de códigos com a conseqüente *des-diferenciação* do direito.

Neste particular, o código específico do direito assegura seu fechamento operativo, impedindo a dissolução da unidade do sistema perante o ambiente. Nada obstante, apenas o código do sistema jurídico não é suficiente para assegurar a manutenção de expectativas normativas congruentemente generalizadas. Os códigos não existem sozinhos.

Diante das condutas sociais, é preciso saber qual valor do código deve ser aplicado: se o conforme ou não-conforme ao direito. Essa função é desempenhada pelos programas. Os programas são responsáveis pela aplicação do código específico do direito aos fatos sociais. Atuam, neste sentido, como um suplemento do código, direcionando a sua semântica[50]. No sistema jurídico, os programas são representados basicamente pelas normas jurídicas, que estipulam a licitude ou ilicitude de certas condutas.

De acordo com Luhmann, através da distinção código/programa soluciona-se o problema da *invariabilidade temporal* do sistema jurídico e sua capacidade de adequação frente ao ambiente. Os programas do sistema jurídico, ou seja, as normas, podem ser alterados sem que isto provoque a perda de identidade do direito. Por outro lado, o código do direito é invariável e insubstituível, pois a sua modificação acarretaria o esfacelamento da identidade do sistema jurídico[51].

---

[50]LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana: México, 2002, p. 249.

[51]O relacionamento do direito com os demais subsistemas sociais constitui, dentre outras, uma importante preocupação em Luhmann, pois ele considera que esta questão não foi respondida

Assim, tem-se que as transformações sociais não determinam diretamente, de forma impositiva, alterações nas estruturas jurídicas do sistema do direito. Da perspectiva interna do sistema, essas mudanças sociais atravessam um filtro do sistema do direito, sendo-lhe incorporadas como cognições e operacionalizadas conforme o código específico do direito. Por força do fechamento operativo, inexiste uma determinação estrutural que provenha do ambiente. Só o direito é que determina o que pertence ou não ao sistema jurídico[52]. É o próprio sistema que estabelece sua alteração através de seu código específico. Em síntese, ao mesmo tempo em que o sistema é invariável em relação ao código, ele permanece aberto, portanto, mutável, no que tange aos programas.

Portanto, embora a capacidade de reciclagem do sistema jurídico, assegurada pela abertura cognitiva, possibilite a modificação do direito perante uma sociedade complexa, essa modificação se faz internamente, no âmbito do próprio sistema jurídico e de acordo com seu código específico.

4.4 A CONSTITUIÇÃO COMO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA.

Como se tem observado até o presente, a diferenciação funcional da sociedade moderna é pressuposto para a autopoiese dos sistemas parciais. Entretanto, o fechamento operativo dos sistemas sociais não significa *isolamento* em relação ao ambiente, nem ausência de contato com os demais subsistemas sociais.

Com efeito, cada subsistema mantém com os demais subsistemas parciais mecanismos que permitem trocas constantes de informações e prestações. Daí se falar em *acoplamentos estruturais*, que são exatamente esses vínculos que viabilizam a influência do ambiente no sistema. É importante repisar que, por força da autopoiese dos sistemas parciais, suas operações são determinadas por suas próprias estruturas internas. Assim, não há uma relação de *causalidade* entre as pressões do ambiente e as respostas

---

satisfatoriamente pelas *teorias jurídicas tradicionais*, como a de Kelsen. Isto porque a Teoria Pura, pautada numa teoria do conhecimento, apenas se limita a afirmar a dissociação do direito com outros sistemas, como a moral, a política, etc, mas não descreve como o sistema jurídico se relaciona com estas esferas e o modo como as informações colhidas de outro sistema são processadas pelo direito. Aliás, pode-se apontar quatro interrogações que, segundo Luhmann, restaram sem respostas adequadas por teorias jurídicas do passado e que ele tenta preencher esse vazio a partir da teoria dos sistemas, quais sejam, a unidade do direito, variabilidade estrutural do direito, a normatividade especificamente jurídica e a relação entre direito e sociedade. Para uma aproximação sobre cada ponto antes mencionado, cf. DE GIORGI, Raffaele. "Luhmann e a teoria jurídica dos anos 70". In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*, São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 174-195.

[52] Não sem razão, afirma Luhmann que "a segurança do direito deve consistir em primeiro lugar, e antes de tudo, na segurança de que os assuntos, se se deseja, sejam tratados exclusivamente de acordo com o código do direito, e não de acordo com o código do poder ou de qualquer outro interesse não contemplado pelo direito." (*El Derecho de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana: México, 2002, p. 249.).

do sistema, pois este não funciona como simples transformador de *inputs* em *outputs*. Por essa razão, os acoplamentos estruturais apenas permitem que o ambiente suscite irritações, perturbações e surpresas no interior dos sistemas parciais.[53]

Outrossim, afirmar que dois sistemas estão acoplados estruturalmente não significa que houve uma *fusão* entre eles ou que há uma coordenação estável das respectivas operações[54]. Cada sistema conserva seu fechamento operativo e cada um continua sendo uma realidade complexa e contingente em relação aos demais. O conceito de acoplamento estrutural não pode eliminar a identidade e autonomia dos sistemas acoplados nem pode tampouco promover uma ordem hierárquico-assimétrica[55]. Portanto, a autonomia operacional é condição para que exista uma acoplagem estrutural entre sistemas sociais.

A diferenciação funcional do direito ocorre com o advento do Estado moderno, que surge com as revoluções burguesas dos sécs. XVII e XVIII, sob o influxo do constitucionalismo liberal. Na sociedade pré-moderna, prevaleciam as relações estamentais, não havendo nenhum acoplamento estrutural entre direito e política, ou seja, existia apenas o reconhecimento jurídico das distinções entre os níveis de estamento. Nessa perspectiva, o direito se encontrava subordinado à política, ou melhor, o código específico do direito estava *sobredeterminado* pelo código específico da política.

É com o aparecimento das constituições no Estado moderno, e a partir do sentido específico que recebem nesse contexto, que se verifica a separação entre direito e política. Concebida como acoplamento estrutural entre esses dois sistemas, a constituição se torna uma via de interpenetração e troca de prestações entre a política e o direito. Por outras palavras, ao estabelecer limites de contato entre esses sistemas, a constituição proporciona um incremento de irritações entre a política e o direito. Com isso, há maiores possibilidades de o sistema jurídico registrar decisões políticas em forma jurídica, ainda que também existam maiores possibilidades de a política utilizar o direito para implementar seus objetivos[56]. A relação entre política e direito deixa de ser vertical-hierárquica e passa a ser horizontal-funcional[57]. Todavia, essa interdependência e mútua interferência só são possíveis com apoio no pressuposto do fechamento operativo e auto-referência dos sistemas sociais.

Além disso, a constituição assume a importante função de conferir ao sistema jurídico critérios internos de aplicação do código lícito/ilícito

---

[53]LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana: México, 2002, p. 509.
[54] CORSI, Giancarlo *et alli*. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos, México: Universidad Ibeoramericana, 1996, p. 21
[55] "La constituzione come acquisizione evolutiva". In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Píer Paolo; LUTHER, Jörg. (orgs.). *Il futuro della constituzione.* Torino: Einaudi, 1996, p. 109.
[56]LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana: México, 2002, p. 541.
[57] NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p.65.

ao procedimento legislativo ocorrido no sistema político. Com isso, as irritações advindas do sistema político passam pelo filtro seletivo do sistema jurídico, estruturado, se quiser, sob o código constitucional/inconstitucional. Isto significa que a constituição acaba fechando o sistema jurídico, permitindo-lhe operar com base em suas próprias estruturas, apesar de permanecer aberto cognitivamente ao sistema político, mas não se identificando com este. E certamente as reações do sistema jurídico repercutem no sistema político, como a declaração de inconstitucionalidade de uma lei politicamente importante[58].

Ressalte-se que a inexistência de uma constituição juridicamente diferenciada leva a uma manipulação política arbitrária do direito, rompendo com a autopoiese deste último. Por isso, a interna hierarquização constituição/lei não tem apenas uma importância técnico-jurídica, mas também é condição da reprodução autopoiética do direito na sociedade moderna, servindo ao seu fechamento operacional[59].

A despeito de haver uma forte conexão entre a política e o direito eles operam a partir de funções diversas e com uma complexidade também diferente. De fato, a função da política é tomar decisões coletivamente vinculantes e, para tanto, ela atua como um instrumento de agregação do consenso. Como afirma Luhmann, o sistema político trata de condensar a formação das opiniões de tal maneira que seja possível tomar decisões coletivamente vinculantes[60]. Por isso, a política está muito mais disposta à aprendizagem do que o sistema jurídico. Segundo Celso Campilongo, a decisão política pressupõe um leque de comunicações sociais, uma circularidade de informações, uma variabilidade de opiniões e referências cognitivas infinitamente mais detalhada e complexa do que a decisão jurídica[61]. Com efeito, essas referências dizem respeito a aspectos culturais, morais, religiosos, tudo isso na tentativa de obter o necessário *respaldo da opinião pública*, a quem os detentores do poder devem prestar contas. Nesse contexto, diz-se que as decisões políticas são do tipo *programantes*, enquanto as decisões jurídicas são *programadas*, atuando sob a forma condicional do *se-então*. O direito não se predispõe a tomar decisões coletivamente vinculantes. Sua função é assegurar expectativas normativas contra-fáticas. Dessa forma, o direito assegura a "despolitização" dos problemas políticos, garantindo que os assuntos sejam tratados sob critérios especificamente jurídicos, mesmo quando a política já se dedique a outros problemas[62].

Outrossim, a partir da acoplagem estrutural entre a política e o direito, enquanto sistemas auto-referenciais, é que cada um observa a

[58] "La constituzione come acquisizione evolutiva". In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Píer Paolo; LUTHER, Jörg. (orgs.). *Il futuro della constituzione.* Torino: Einaudi, 1996, p. 115.
[59] NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p.66.
[60] *El Derecho de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana: México, 2002, p. 490.
[61] *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 91.
[62] *El Derecho de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana: México, 2002, p. 490.

constituição sob um prisma diferente. Para o sistema político, a constituição é vista como um instrumento político de modificação ou de conservação de situações, ao passo que para o direito ela é entendida como uma lei superior e fundamental.[63] Conseqüentemente, os conceitos utilizados pela constituição podem ser lidos diferentemente pelos sistemas por ela acoplados, tal como ocorre com "dignidade da pessoa humana", "livre iniciativa", "povo", "propriedade", "liberdade", "trabalho" etc. Em síntese, a interpretação da constituição perturba ambos os sistemas, mas com pressupostos e condições bem diversos.[64]

Percebe-se, com isso, que o sistema jurídico opera em um nível de complexidade já reduzido pelo sistema político. Além disso, as decisões jurídicas devem se pautar unicamente no próprio ordenamento jurídico e não em referências extra-sistêmicas não mediatizadas pelo direito. Por fim, o sistema político dispõe de mecanismos para postergar suas decisões, aguardando um momento mais oportuno. O direito, ao revés, é obrigado a decidir (proibição do "non liquet"). Com isso, em sociedades complexas, o direito deve oferecer respostas sobre temas e assuntos os mais variados, resultantes de irritações do sistema político, econômico, moral, religioso etc. No entanto, para conservar sua própria unidade, o direito só pode processar essas informações de acordo com seu código específico. Portanto, não se trata de evitar ou de se defender de pressões vindas do sistema político, mas sim de canalizá-las, no interior do direito, sob o influxo do código lícito-ilícito. Por isso que a "politização" da jurisdição constitucional não corresponde a uma invasão indevida da política no direito, mas sim às respostas que o direito oferece, a partir de sua própria recursividade, às demandas do sistema político.

Como bem sintetiza Campilongo, *in verbis*:

> *"(...) as grandes categorias do constitucionalismo moderno constroem as bases estruturais para a autonomia funcional do direito: divisão de poderes, princípio da legalidade, igualdade perante a lei, Estado de direito, personalidade jurídica, garantias das minorias, etc., são exemplos dessas ações. Mas as Constituições, se de um lado fornecem as ferramentas para o fechamento operativo do direito, de outro também são o mecanismo da abertura cognitiva do direito para a política. No Estado de Direito, o sistema jurídico fornece respostas legais aos problemas da política. Isso não representa ignorância ou insensibilidade para a política. Ocorre que os problemas da política são traduzidos, deslocados e selecionados pelo sistema jurídico com critérios particulares e internos a esse sistema. Enquanto a política opera num quadro de complexidade elevada e indeterminada, o direito*

[63]LUHMANN, Niklas, op. cit., p. 549.
[64]LUHMANN, Niklas. "La constituzione come acquisizione evolutiva". In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Píer Paolo; LUTHER, Jörg. (orgs.). *Il futuro della constituzione.* Torino: Einaudi, 1996, p. 126.

atua num contexto de complexidade já reduzida e determinada por limites estruturais mais rigorosos."[65]

A partir deste arcabouço teórico desenvolvido por Luhmann, particularmente por oferecer um modo de compreensão das relações entre os sistemas sociais, destacando-se, para o presente estudo, os enlaces entre a política e o direito, é possível redescrever as imbricações da "politização" da jurisdição constitucional.

4.5 A "POLITIZAÇÃO" DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A TEORIA DOS SISTEMAS.

Conforme já se observou no início deste trabalho, é no exercício da jurisdição constitucional que se verifica um maior atrito entre os sistemas jurídico e político. Em se tratando da jurisdição constitucional exercida pelo STF, verifica-se uma acentuação desta problemática. Isto porque, sendo a Constituição o acoplamento estrutural entre direito e política e o STF o seu guardião precípuo, esta Corte acaba figurando como o *órgão* do referido acoplamento. Assim, é inegável que o STF esteja mais suscetível às irritações do sistema político. Ocorre que, ao lidar com matéria política, o Tribunal deve se manter no marco dos limites estruturais do sistema jurídico, subordinando-se ao seu código específico. Dessa forma, decidir sobre temas políticos não significa decidir politicamente.

Como se sabe, ao se efetuar o controle de constitucionalidade das leis, o juiz constitucional assume como parâmetros jurídicos as normas da Constituição. Em linguagem da teoria dos sistemas, é possível vislumbrar duas funções desempenhadas pelas normas constitucionais na fiscalização da validade das leis. De um lado, elas atuam como programas que indicam qual valor do código jurídico deverá ser aplicado à produção legislativa, se lícito (constitucional) ou ilícito (inconstitucional). Por outro, sendo as normas constitucionais também expectativas normativas contra-fáticas, a criação de uma lei inconstitucional representa um "desvio de conduta" do legislador. Nessa perspectiva, quando o juiz constitucional anula uma lei, ele está assegurando a expectativa normativa generalizada congruentemente correspondente à norma constitucional.

Tendo esta observação em mente, não se vislumbra a "partidarização" da jurisdição constitucional com a atribuição da ampla legitimidade ativa conferida a diversos representantes que atuam no sistema político, inclusive a qualquer partido com representação no Congresso Nacional, para provocá-la em sede de controle concentrado-abstrato perante o STF. No transcurso do processo de discussão e aprovação das leis, estas pessoas ou agentes se encontram inseridas no sistema político, subordinando-se ao código maioria/minoria. Além disso, pressões de partidos, de líderes e

[65] *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 24.

mesmo de *lobbies* são admissíveis na política. Todavia, quando um desses agentes propõe uma representação de inconstitucionalidade de uma lei, cuja aprovação não foi de seu interesse, ele passa a ingressar no âmbito do sistema jurídico, com todas as particularidades que daí decorrem.

De fato, aquelas pressões que eram legítimas no sistema político são ilegítimas no sistema jurídico, pois as decisões judiciais devem se basear exclusivamente no sistema jurídico e não para atender a este ou aquele grupo político-partidário. Daí a importância das garantias da magistratura como a vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos, pois elas permitem a necessária independência dos juízes como uma forma de imunização diante de injunções externas ao direito. Assim, a representação de inconstitucionalidade proposta por um partido político, por exemplo, não acarreta a "politização", ou, antes, a "partidarização" da jurisdição constitucional, desde que o controle de validade da lei seja efetuado com base no direito constitucional positivo, utilizando-se o código específico do direito. Desse modo, as irritações suscitadas pelo sistema político só podem ser respondidas em termos de adequação ou inadequação com os programas constitucionais. Esse fato é uma decorrência do dever de obediência do sistema político à constituição. Assim, quando o direito, através da jurisdição constitucional, anula uma lei, ele apenas está cumprindo a sua função de manter expectativas normativas, não havendo, portanto, uma sobreposição do direito em relação à política.

O juiz constitucional, dessa forma, deve evitar ceder diante de eventuais pressões, pois, ao revés, dar-se-ia a corrupção sistêmica do direito, com a sua conseqüente des-diferenciação. Isto de fato poderia ocorrer se o direito, representado aqui pela jurisdição constitucional, abrisse mão de seu código específico e se submetesse a grupos político-partidários, com abandono das referências jurídico-constitucionais. Agora, se a decisão de inconstitucionalidade provoca perturbações no sistema político, isso é uma conseqüência que foge ao controle do sistema jurídico, em razão da contingência dos processos comunicacionais, ou seja, o direito não pode antecipar como os outros sistemas reagirão às suas irritações. Basta observar que uma decisão juridicamente consistente pode ser considerada politicamente boa, porém economicamente má, e vice-versa. Esta situação poderia se propagar para outros subsistemas, o que demonstra o grau de incerteza do impacto das comunicações jurídicas nos vários subsistemas. Daí a necessidade de o direito não abrir mão de sua auto-referência sistêmica para resolver problemas de outros subsistemas sociais com racionalidade e códigos diferentes.

Sob esta perspectiva pode ser vista a aderência a uma suposta "opinião pública" no processo jurídico decisório. Em uma sociedade com elevada taxa de compexidade e com diversos grupos com interesses heterogêneos, falar em "opinião pública" se torna bastante algo problemático, o que exige cautela. Em verdade, há várias "opiniões públicas" difusamente manifestadas na sociedade. Nessas situações, não se pode exigir do juiz que, sob o pretexto de seguir uma suposta "opinião pública", construa uma decisão

não autorizada pelo direito. É exatamente para permitir sua adesão ao sistema jurídico (o que não significa, diga-se desde logo, *legalismo*) que são tão relevantes as garantias constitucionais da magistratura, assegurando aos juízes, não a indiferença perante a opinião de terceiros, mas a necessária imparcialidade. A segurança jurídica em sociedades complexas não significa adequação à "opinião pública", mas certeza de que assuntos jurídicos serão tratados juridicamente[66].

Outro problema que a "politização" da jurisdição constitucional suscita diz respeito ao perfil que as constituições contemporâneas ostentam. Conforme já referido, além de promover a organização do Estado, os textos constitucionais estabelecem fins materiais e objetivos a serem seguidos pelo Estado, bem como incorporam um largo rol de valores e direitos fundamentais. Assim, através dessa estrutura aberta das normas constitucionais, poder-se-ia falar em uma "politização" da jurisdição constitucional proporcionada pelas diversas possibilidades interpretativas que o texto constitucional apresenta. A existência de valores na constituição não altera os limites estruturais do direito em uma sociedade hipercomplexa, cuja função é assegurar expectativas normativas congruentemente generalizadas. O direito não passa, por essa razão, a ser um sistema cuja função seja a tomada de *decisões coletivamente programantes* e que busca a agregação de consenso. O direito, como visto, atua em nível de complexidade já reduzido pelo sistema político e suas comunicações se submetem ao código lícito/ilícito e não ao maioria/minoria. A adoção de decisões programantes pelo sistema jurídico poderia trazer as seguintes conseqüências: a) desvirtuamento da função do sistema jurídico, b) adoção autoritária de decisão coletivamente vinculante, com a conseqüente, c) quase identificação entre o sistema político e o sistema jurídico, d) transposição dos *déficits* do sistema político para o direito[67]. Vê-se, portanto, que não é uma discricionariedade no momento da interpretação jurídica que desnatura, como em um passe da mágica, o direito como um dos subsistemas sociais.

Vale ressaltar ainda outra questão. A jurisdição constitucional, como se viu, tem se tornado uma nova arena para a discussão de temas que afetam diversos setores da sociedade, incluindo o controle judicial de políticas públicas. Indubitavelmente, esse é um dos pontos mais controvertidos, pois diz respeito aos próprios limites da jurisdição constitucional, o que não é nada fácil de se delimitar. Dado que a função do sistema jurídico é assegurar expectativas normativas contra-fáticas, ele produz decisões programadas e não

[66]No mesmo sentido parece seguir Tércio Sampaio Ferraz Jr., ao criticar a exploração política da própria neutralidade judicial. Segundo o autor, "sua neutralização (do Judiciário) torna-se, ela mesma política, isto é, ela é politicamente contaminada, passando a sustentar-se por meios políticos, como a busca do apoio da opinião pública, a geração do consenso popular, a manutenção da imagem (o juiz 'progressita'), a busca do prestígio (a decisão de repercussão nacional, a entrevista na TV) etc. O risco, nisto tudo, fica, no entanto, por conta de uma rendição da Justiça à tecnologia do sucesso, com a transformação do direito em simples e corriqueiro objeto de consumo". ("O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?". In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, n. 11, Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2000, p. 358.).

[67] Neste sentido, cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 106.

decisões programantes, que pressupõem uma função agregadora de consenso.

No entanto, isso não importa defender a intocabilidade dos planos e projetos de governo. O sistema jurídico pode efetuar sim um controle de políticas públicas, e o faz quase que diariamente, bloqueando e suspendendo certos instrumentos de governo. Mas esse controle deve ser efetuado a partir da função e do código específico do direito, analisando essas políticas públicas em termos de licitude/ilicitude. Indubitavelmente, esse controle tem repercussões políticas inegáveis, mas ele não pode ser equiparado a uma tomada de decisão programante[68].

Ponto intimamente ligado à questão anterior diz respeito ao controle judicial de leis orçamentárias. Esta possibilidade, por vezes, é aventada tendo em vista uma alocação de recursos aquém do que seria possível em setores prioritários. Crê-se que, ao efetuar uma alteração na distribuição de valores da lei orçamentária, o sistema jurídico estaria, tal como na situação anterior, criando uma decisão programante, com todas as conseqüências já mencionadas. Situação diversa se configuraria se, diante de uma destinação de recursos já realizada por lei para determinado setor, agentes administrativos utilizassem tais verbas para outros fins. Nesta hipótese, o desvio de conduta pode ser corrigido pelo sistema jurídico, o que seria diferente se, de fato, inexistissem verbas orçamentárias para certo setor. Além disso, é legítimo uma sindicabilidade de leis orçamentárias quando se verificar que foram destinados menos recursos que os percentuais mínimos exigidos pela própria constituição. Aqui, com apoio em um parâmetro constitucional objetivo, seria reconhecida a ilegitimidade da lei, de forma que o Poder Público deveria refazê-la, ajustando-a às porcentagens mínimas que a Constituição estabelece. Mas a reorganização dos valores ficaria por conta dos representantes políticos e não do Judiciário. Portanto, cabe à política decidir sobre que direito deve ser considerado válido, isto é, como pretende gastar o dinheiro disponível politicamente.

Como se tem exposto ao longo desse trabalho, a jurisdição constitucional tem se convertido em um novo espaço para a efetiva concretização e realização das normas constitucionais, incluindo-se aquelas referentes aos direitos fundamentais. Esse dado se evidencia especialmente em países como o Brasil, onde boa parte dos indivíduos ainda não usufruiu direitos básicos ligados intimamente à dignidade da pessoa humana. Com isso, passa-se a exigir um maior ativismo judicial por parte da jurisdição constitucional. Todavia, a expansão da jurisdição constitucional nos atuais Estados Democráticos não representa, necessariamente, a assunção, por parte do direito, das funções desempenhadas pelo sistema político. É em relação a esta questão que a teoria dos sistemas ora analisada pode oferecer novos subsídios para a construção de respostas mais consistentes na sociedade contemporânea. No entanto, há quem sustente a inaplicabilidade da teoria

[68] CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, 107.

proposta Luhmann nos chamados "países periféricos", como é caso do Brasil. É o que se passar a analisar.

4.6 TEORIA DOS SISTEMAS NOS PAÍSES PERIFÉRICOS: AUSÊNCIA DE AUTONOMIA OPERACIONAL DO DIREITO?

Alguns autores defendem uma aplicação restrita da teoria dos sistemas diferenciados aos países da "modernidade periférica".[69] Isto porque, no Brasil, por exemplo, não se pode falar em uma verdadeira autonomia do sistema jurídico. Aqui, a auto-referência do sistema jurídico é bloqueada por injunções destrutivas de outros subsistemas sociais, como a política e a economia. Por essa razão, no processo concretizador da constituição, estes bloqueios se manifestam, de modo que o direito cede diante dos "donos do poder" ou dos "donos do dinheiro". Sob tal perspectiva, em vez de se falar em *autopoiese* do direito, fala-se em *alopoiese* para designar a ausência de autonomia operacional do sistema jurídico. Segundo Marcelo Neves,

> *"Quando falamos em direito alopoiético, referimo-nos ao próprio direito estatal, territorialmente delimitado.(...) Em nosso caso, pretendemos considerar algo mais radical, a própria falta de autonomia operacional do Direito positivo estatal. Isso significa a sobreposição de outros códigos de comunicação, especialmente do econômico (ter/não-ter) e do político (poder/não-poder), sobre o código 'lícito/ilícito', em detrimento da eficiência, funcionalidade e mesmo racionalidade do direito.".*[70]

Esta falta de autonomia do sistema jurídico se verifica quando o descompasso entre a normatividade constitucional e a realidade atinge as vigas mestras do sistema jurídico-constitucional, quais sejam, os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), a separação de poderes e a eleição democrática, embora amplamente previstos nos textos constitucionais. Assim, tais categorias sofrem deturpações no processo de concretização constitucional, de sorte que ao texto constitucional simbolicamente includente contrapõe-se a realidade constitucional excludente[71]. Este quadro acaba

---

[69] Cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, e ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica.* São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

[70] Ibidem, pp. 128-129."(...) é intransponível o modelo luhmanniano da autopoiese à realidade jurídica da modernidade periférica, destacadamente no Brasil." (Cf. NEVES, Marcelo. "Entre a subintegração e a sobreintegração: a cidadania inexistente". In: *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 37, n. 2, 1994, p. 265.).

[71] Cf. NEVES, Marcelo. "Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder". In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 12, 1995, pp. 163-164.

propiciando o surgimento da "sobreintegração/subintegração". Para os subintegrados, generalizam as relações concretas daqueles que não têm acesso aos benefícios assegurados pelo sistema jurídico, notadamente no que diz respeito aos direitos fundamentais. As normas jurídicas teriam, para eles, importância apenas no que tange aos deveres e obrigações impostos, mas não gozariam dos direitos constitucionalmente assegurados. Os sobreintegrados, ao contrário, utilizam corretamente o direito, mas apenas quando ele é favorável ao seu jogo de interesses do momento. Assim, quando as normas constitucionais não mais lhes convierem, elas acabam sendo manipuladas e distorcidas pelos detentores do poder (político e/ou econômico)[72]. Em resumo, o sistema jurídico carece de um fechamento operacional suficiente, permanecendo obstruído por outros códigos comunicacionais.

Embora não se negue que em países como no Brasil há um elevado índice de exclusão social, bem como, em certos casos, haja interferências dos jogos de interesses na implementação do direito, isso não significa, necessariamente, ausência absoluta de autonomia do sistema jurídico. Sistemas autopoiéticos não são sistemas *puros* ou *incorruptíveis*, na percuciente observação de Campilongo.[73] Especialmente se considerarmos que as constituições contemporâneas trazem um vasto rol de direitos fundamentais, dificilmente se encontrará uma sociedade cuja realidade fática seja um retrato fiel do texto constitucional. Por tais razões, crê-se que, no lugar de uma absoluta falta de eficácia das vigas mestras do sistema constitucional, há *graus* ou *níveis* de concretização das normas constitucionais. Assim, pode-se afirmar que há impunidade e exclusão social tanto nos países centrais, como nos países periféricos, ainda que em graus variados.

Nessa perspectiva, e ainda considerando o problema da efetividade dos direitos fundamentais, verifica-se que a questão não está tanto na incapacidade de o sistema jurídico operar a partir de suas próprias referências internas, mas sim na sua incapacidade em oferecer condições reais e efetivas para a fruição dos benefícios exigidos amplamente[74]. Por essa razão,

---

[72] "Os sobreintegrados utilizam regularmente o texto constitucional democrático – em princípio, desde que isso seja favorável aos seus interesses e/ou para a proteção da 'ordem social'. Tendencialmente, porém, na medida em que a Constituição impõe limites à sua esfera de ação política e econômica, é posta de lado. Ela não atua, pois, como *horizonte* do agir e vivenciar jurídico-político dos 'donos do poder', mas sim como uma oferta que, conforme a eventual constelação de interesses, será usada, desusada e abusada por ele. Assim sendo, a garantia de impunidade é um dos traços mais marcantes da sobrecidadania." (NEVES, Marcelo. "Entre a subintegração e a sobreintegração: a cidadania inexistente". In: *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 37, n. 2, 1994, p. 261.).

[73] *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 171.

[74] Celso Fernandes Campilongo utiliza o seguinte exemplo para ilustrar essa assertiva. "(...) para uma pequena cidade de um país central, escolher entre a construção de uma escola, um hospital ou um teatro, representa um 'não' às demais hipóteses; uma pequena cidade dos países periféricos, além das alternativas anteriores, ainda deve escolher sobre o saneamento básico, a pavimentação das ruas, os programas de construção de casas populares e uma infinidade de outras necessidades permanentes. É claro que a tendência à produção de 'não' é mais alta e mais trágica. Consequentemente, qualquer que seja a alternativa escolhida, reaparecem rapidamente, e de forma cada vez mais forte, as propostas rejeitadas. (...) Não se trata tanto de uma inacessibilidade ao direito ou a suas vantagens, mas de uma incapacidade de o direito produzir esses benefícios. A escassez não é só de acesso ou inclusão, mas de

não vemos como uma falácia a idéia da "reserva do possível"[75], pois existem limitações concretas para a realização plena das normas constitucionais que prevêem prestações por parte do Estado.

Ocorre que, por vezes, em razão de um tratamento inadequado em outro subsistema social (econômico, político, etc), cria-se a expectativa de uma resposta do sistema jurídico sob a forma de uma *suplência funcional*, ou seja, que o direito resolva problemas econômicos e políticos a partir de referências econômicas e políticas, logo estranhas ao sistema jurídico. A "politização" da jurisdição constitucional não pode significar que o direito passe a atuar com base no sistema político, por força das deficiências deste último. Portanto, acredita-se que também é possível falar em sistemas auto-referenciais nos países periféricos, como o Brasil. Crê-se, demais disso, que é necessário reconhecer os limites estruturais do direito, para que se possam explorar suas potencialidades, seja no Brasil, seja na Alemanha.

Portanto, em um contexto marcado por uma elevada complexidade e contingência, o que conduz à diferenciação funcional da sociedade em vários sistemas autopoiéticos, a "politização" da jurisdição constitucional representa o processamento das irritações do sistema político pelo sistema jurídico, de acordo com o código específico deste.

5.0 CONCLUSÕES

A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, enquanto uma teoria evolutiva do direito e da sociedade, oferece novos elementos que permitem uma releitura do tema comumente denominado "politização" da jurisdição constitucional. O autor fornece uma construção teórica que viabiliza o estudo das relações que o direito mantém com outros sistemas sociais, sua interdependência, as prestações recíprocas e a função que cada subsistema desempenha em uma sociedade acentuadamente complexa e contingente. Nesta perspectiva, verifica-se como se processa a "politização" da jurisdição constitucional, enquanto um modo de constantes irritações entre a política e o direito, propiciado pelas Constituições, com a manutenção da autonomia operativa de cada subsistema. Não se cuida, como se vê, de uma atuação política da jurisdição constitucional camuflada por procedimentos e argumentação jurídicos. O político e o jurídico, apesar de se relacionarem, atuam sob condições, pressupostos e com finalidades bem diversas.

---

benefícios reais. (*Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 169-170.).

[75] Em sentido contrário, KRELL, Andréas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, pp. 51 e ss.

Acredita-se que a teoria dos sistemas, a despeito das críticas que lhe são dirigidas, é um modelo no mínimo original para a discussão de temas como a "politização" da jurisdição constitucional, que exige um olhar mais amplo para compreender as limitações do direito e seu papel na sociedade complexa. De certo que se cuida de tema complexo, não sendo menos complexa a teoria luhmanniana. Portanto, a abordagem feita neste trabalho está longe de propor uma solução definitiva para os problemas suscitados. A satisfação já será assegurada se ele contribuiu para o avanço das discussões.

6. 0 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica.* São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*: *densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil". In: *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 851,1nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 18 abr. 2006.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito.* Trad. Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. "Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico". In.: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 31-51.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed., Coimbra:Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. "Necesidad e legitimidad de la Justicia Constitucional.". In.: *VVAA*. *Tribunales Constitucionales Europeus y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 599-649.

CORSI, Giancarlo *et alli*. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos, México: Universidad Ibeoramericana, 1996.

DE GIORGI, Raffaele. "Luhmann e a teoria jurídica dos anos 70". In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*, São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 175-195.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1994.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. "O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?". In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, n. 11, Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2000, pp. 345-359.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

GARCIA, Maria. "Opinião pública e a interpretação da Constituição". In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 54, jan./março, 2006, pp. 52-61.

GUASTINI, Riccardo. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano". In: CARBONELL, Miguel. (org.). *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Trotta, 2003, pp. 49-75.

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

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado, 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KIRCHMANN, Julio Germán Von. "El caráter a-científico de la llamada Ciência del Derecho." In: SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ. *La Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1949.

KRELL, Andréas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. "A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais". In: LEITE, George Salomão (org.) *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 136-164.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, vol. I, 1983.

_____ . *Sociologia do Direito*. Trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, vol. II, 1985.

_____. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Ed. Unb, 1980.

_____. *El Derecho de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana: México, 2002.

_____. "La constituzione come acquisizione evolutiva". In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Píer Paolo; LUTHER, Jörg. (orgs.). *Il futuro della constituzione.* Torino: Einaudi, 1996, pp. 83-128.

MOREIRA MAUÉS, Antônio G. e BELÉM LEITÃO, Analice F. "Dimensões da judicialização da política no Brasil – as ADINs dos partidos políticos". In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 41, n. 163, julho/set., 2004, pp. 31-51.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

_____ . "Luhmann, Habermas e o Estado de Direito". In: *Lua Nova*, n. 37, 1996, pp. 93-106.

_____. "Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder". In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 12, 1995, pp. 156-167.

_____. "Entre a subintegração e a sobreintegração: a cidadania inexistente". In: *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 37, n. 2, 1994, pp. 253-276.

OST, François. "Between order and desorder: the game of law". In: TEUBNER, Günther (org.). *Autopoietic Law: a new approach to law and society*. Berlin, 1988, pp.70-96.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

STRECK, Lênio Luís. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – uma nova crítica ao Direito*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2005.

VILANOVA, Lourival. "A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal". In: *Revista de Direito Público*, ano XIV, n. 57-58, jan-junho, 1981, pp. 39-54.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: *Ley, derechos, justicia*. 5ª ed., Madrid: Trotta, 2003.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

LEITE, Glauco Salomão. A "POLITIZAÇÃO" DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br

4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa:

Texto originalmente publicado em Cadernos de Soluções Constitucionais, vol. 2, São Paulo: Malheiros, 2006, pp 145-182. Agradece-se ao Prof. Dimitri Dimoulis e a Profa. Maria Betânia Silva, bem como aos amigos Adriano Chiari, José Ricardo Varejão e Frederico Seabra, pela leitura dos originais do presente trabalho e pelas críticas e sugestões que fizeram a seu respeito.