

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**POLÍTICA JUDICIÁRIA E ADMINISTRAÇÃO DA
JUSTIÇA**

CLAUDIA MARIA BARBOSA

FREDERICO DA COSTA CARVALHO NETO

ROGÉRIO GESTA LEAL

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P762

Política judiciária e administração da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização
CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Claudia Maria Barbosa, Frederico da Costa carvalho Neto, Rogério Gesta
Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-062-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de
desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Política judiciária. 3.
Administração. 4. Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

POLÍTICA JUDICIÁRIA E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Apresentação

Ronald Dworkin, importante filósofo do direito contemporâneo e professor catedrático da Universidade de New York, lançou em 2006, um texto chamado *Is Democracy possible here?*, discutindo uma série de questões, dentre as quais, terrorismo e Direitos Humanos, religião e dignidade, impostos e legitimação e, finalmente, o último artigo trata do tema das condições e possibilidades da Democracia em seu país.

Tendo por cenário de fundo as discussões que se davam entre liberais e conservadores envolvendo o governo Bush (filho), e as radicalizações de posturas ideologicamente postas de cada qual, Dworkin chama a atenção para o fato de que os interesses da comunidade estão sendo cada vez mais deixados de lado, até porque, em tais cenários, o interesse de ambos os principais partidos eleitorais vem sendo o de: *how to win a majority, if only barely, in what was presumed to be a closely split and highly polarized electorate.*

O efeito no eleitorado disto é que ele não sabe diferenciar com nitidez o que diferencia a proposta dos partidos e candidatos, uma vez que estão bombardeados por ações de comunicação, propaganda e publicidade voltadas à conquista do voto, independentemente de sua qualidade ou fundamento. É interessante como tais situações vão gerando, por sua vez, a univocidade identitária artificial e casuística do fenômeno político, fragilizando as distinções entre esquerda e direita por exemplo, e colocando todos os atores da arena política como que compromissados com as mesmas demandas sociais (que também sofrem homogeneização forçada, e passam a ser de todos).

De certa forma este marasmo político foi fator importante na campanha vitoriosa de Barack Obama, na medida em que suas propostas de governo foram construídas sob plataformas distintas do que até então vinha sendo feito, saindo do status quo vigente que Starr chama de centrismo brando e confuso (*bland and muddled centrism*).

Sem sombra de dúvidas que Dworkin está certo ao afirmar que o tema dos Direitos Fundamentais hoje - mesmo nos EUA - carece de uma preocupação cívica importante, notadamente em face dos poderes instituídos, e mais especialmente no âmbito parlamentar, eis que os legisladores em regra tratam destes pontos com níveis de ambigüidade e falta de decisão muito grande, dizendo: *as little as possible except in subliminal codes meant secretly to energize important groups.*

Esquece-se desta forma que a verdade é a melhor referência que se pode ter para tratar disto tudo, todavia, na realidade americana, ela parece estar obsoleta, pelo fato de que: politicians never seek accuracy in describing their own records or their opponents' positions. Em verdade, o sistema político baseado na lógica do mercado, transforma-se em mais um produto de consumo caro e acessível somente aqueles que têm condições de financiá-lo. Tal financiamento, todavia, representa mais do que acesso, mas controle do sistema político, em outros termos, in politics money is the enemy not just of fairness but of real argument.

Os níveis de baixaria e agressões nas campanhas políticas contam com apelos midiáticos de espetáculo e diversão, transformando o processo eleitoral em programas de auditório divertidos, como se não tratassem de problemas da vida real (Reason isn't everything, after all, and emotion, of the kind American elections specialize in, has an important place in politics) .

Será que esta fragilidade do sistema parlamentar e representativo não é insuficiente para se pensar as fragilidades da Democracia? Não há outros modelos de participação política (mais direta e presentativa) que possam criar alternativas aos déficits sociais e institucionais da Democracia contemporânea?

Reconhece Dworkin que o critério majoritário da deliberação política não é o único nem o mais importante na experiência Ocidental, eis que, muitas vezes, a vontade das maiorias não garante resultados justos e mais eficientes ao interesse público (que não é só o majoritário), gerando vários níveis de injustiça às minorias ou mesmo ignorando demandas de minorias. Quais os níveis de injustiça que uma Democracia suporta?

Daqui que um segundo modelo de Democracia opera com a idéia de que ela significa o governo de cidadãos que estão envolvidos como grandes parceiros numa empreitada política coletiva, no qual as decisões democráticas só o são na medida em que certas condições estão presentes para os fins de proteger o status e os interesses de cada cidadão.

No campo da pragmática e do cotidiano, o que se pode perceber é uma total falta de interesse pelos temas políticos e sociais, mesmo os relacionados a direitos civis são objeto de manejo muito mais para o atendimento de interesses privados do que públicos, e na perspectiva majoritária isto se agrava ainda mais, na medida em que as deliberações políticas só levam em conta quem participa e como participam no plano formal do processo político, ou seja, democracy is only about how political opinions are now distributed in the community, not how those opinions came to be formed.

Dworkin lembra que no modelo da democracia como conjunto de parceiros a perspectiva se diferencia, fundamentalmente porque opera com a lógica da mútua atenção e respeito enquanto essência desta matriz, sabendo que igualmente isto não faz parte das tradições e hábitos americanos, principalmente no cotidiano das pessoas e em suas relações com as outras. Registra o autor que: We do not treat someone with whom we disagree as a partner - we treat him as an enemy or at best as an obstacle - when we make no effort either to understand the force of his contrary views or to develop our own opinions in a way that makes them responsive to his.

Claro que em tempos de guerra e desconfianças mútuas as possibilidades de tratamento do outro com respeito se afigura escassa, o que não justifica a paralisia diante de situações que reclamam mudança estrutural e funcional, sob pena de comprometimento não somente das relações intersubjetivas, mas das próprias relações institucionais em face da Sociedade.

Em verdade, e é o próprio autor que diz isto, a concepção majoritária de democracia não leva em conta outras dimensões da moralidade política - resultando daí que uma decisão pode ser democrática sem ser justa -, enquanto que na perspectiva da democracia entre parceiros estão presentes outras considerações que meramente as processuais/formais, reclamando uma verdadeira *theory of equal partnership*, na qual se precisa consultar questões como justiça, igualdade e liberdade de todos os envolvidos. So on the partnership conception, democracy is a substantive, not a merely procedural ideal.

Dai que também não resolve ter-se um super-ativismo por parte da sociedade civil na direção de propugnar por uma democracia que venha a produzir decisões políticas substanciais de preferências seletivas majoritárias, porque novamente interesses contra-majoritários podem ser violados de forma antidemocrática.

Em face também disto é que Dworkin identifica a migração da batalha sobre a natureza da democracia e sua operacionalidade à Suprema Corte, outorgando-se a si própria legitimidade para declarar atos de competência originária de outros poderes, isto em nome, fundamentalmente, de que a Constituição Americana limita os poderes das políticas majoritárias ao reconhecer direitos individuais - e de minorias - que não podem ser violados. Um pouco é nesta direção a crítica no sentido de que os juízes estariam inventando novos direitos e colocando-os dentro da Constituição como forma de substituir as instituições representativas e democráticas por seus valores pessoais ou de quem representam.

Num caso específico envolvendo um jovem hospitalizado em estado terminal na Flórida, e vivendo somente com aparelhos, como conta Dworkin, sua família autorizou, com permissão

judicial, o desligamento destes aparelhos porque isto evitaria maior sofrimento e a sua situação clínica e orgânica era irrecuperável. Imediatamente a reação do Congresso na sua maioria republicana foi feroz contra a decisão judicial, chegando inclusive a criar norma específica no sentido de que isto não poderia ocorrer até a decisão transitar em julgado. Alguns republicanos chegaram a prestar declarações ofensivas ao Poder Judiciário, dizendo estar ocorrendo verdadeira insubordinação em face do que o Parlamento decidira, pois: Once Congress had made its Will known, it was the duty of judges to execute that Will because Congress is elected by and represents the majority of the people.

O problema é que esta discussão está entrincheirada ainda em pequenos círculos de poder e de instituições já organizadas no mercado e nas relações sociais, não se podendo extrair daqui ao menos para o Brasil e mesmo para os EUA reflexos na opinião pública geral; ao contrário, pela reflexão de Dworkin, com o que concordo no ponto, a opinião pública sobre a natureza da democracia (que é o que está envolvido nesta discussão) depende muito mais do que os sujeitos que a representam acreditam serem os melhores meios e formas de conseguirem seus objetivos, sem envolver necessariamente preocupações com os impactos e efeitos que isto pode acarretar ao interesse público da comunidade.

Desta forma, a regra majoritária de deliberação política divorciada de uma opinião pública qualificada por seus argumentos não assegura maiores níveis de legitimação do que deliberações monocráticas decorrentes de processos de consulta ou discussão pública efetiva. Falha inclusive aqui o chamado Teorema de Condorcet, para o qual a soma quantitativa majoritária das escolhas individuais homogêneas maximiza a chance de que se chegará a resultados democráticos e satisfativos, pois se teria de perguntar: satisfativo para quem? No mínimo - e nem isto está garantido para aquela maior parte quantitativa de indivíduos.

Mesmo a perspectiva de que a regra das escolhas e deliberações majoritárias venham a estabelecer vínculos políticos e institucionais (com parlamentares e partidos), independentemente da forma constitutiva das escolhas/deliberações, não garante tratamento isonômico às escolhas e pretensões contra-majoritárias. Como lembra Dworkin, os temas que envolvem políticas públicas apresentam não raro fundamentos morais de alta complexidade, not strategies about how to please most people.

Por outro lado, o autor americano toca em ponto nodal desta discussão que diz com os déficits democráticos efetivos do modelo da democracia representativa ao menos historicamente -, na medida em que ela opera com o pressuposto equivocado de que há equilíbrios perenes nas bases da representação que a institui:

Political Power also very much differs because some of us are much richer than others, or more persuasive in discussion, or have more friends or a larger family, or live in states where the two great political parties are more evenly divided than where others live so that our votes are marginally more likely to make a real difference. These are all familiar reasons why the idea of equal political power is a myth.

E sem sobras de dúvidas trata-se de um mito este equilíbrio/igualdade política dos poderes públicos instituídos quicá uma idéia regulativa, a ser permanentemente buscada como forma de compromisso com tal modelo de Democracia. Isto é tão claro que hoje, no Brasil, uma discussão acadêmica e política importantíssima é a do chamado ativismo judicial em face do Legislativo e do Executivo, a ponto de matérias jornalísticas darem conta de que:

Congresso reage a atos do Judiciário. Parlamentares estão descontentes com o que dizem ser interferência do STF.

Insatisfeito com o resultado de julgamentos de temas políticos e desconfiado com as últimas propostas do Supremo Tribunal Federal (STF), o Congresso reagiu, na tentativa de conter a atuação do Judiciário. O deputado petista Nazareno Fonteles, do PI, propôs uma mudança na Constituição que daria ao Congresso poder para sustar atos normativos do poder Judiciário.

Além da nova proposta, deputados tiram das gavetas projetos que podem constranger o Judiciário. As mais recentes decisões do STF - de alterar a aplicação da Lei da Ficha Limpa e de definir qual suplente de deputado a Câmara deve dar posse - reacenderam a animosidade entre os dois poderes. A irritação aumentou com a proposta do presidente do STF, Cezar Peluso, de instituir um controle prévio de constitucionalidade das leis.

As reações do Congresso, do governo e do próprio STF fizeram Peluso recuar. Mas o atrito já estava formado. "Aos poucos, estão criando uma ditadura judiciária no país", disse Fonteles.

Em uma semana, o deputado recolheu quase 200 assinaturas e apresentou uma proposta de emenda constitucional para permitir ao Legislativo "sustar atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa". Atualmente, esse artigo (art. 49) permite a suspensão pelo Congresso de atos do Executivo. A alteração estende a permissão ao Judiciário. "Não podemos deixar o Supremo, com o seu ativismo, entrar na soberania popular exercida pelo Congresso. O Supremo está violando a cláusula de separação dos poderes, invadindo competência do Legislativo", argumentou Fonteles.

A chamada judicialização da política e a concentração de poderes nas mãos dos onze ministros do STF levaram o ex-juiz federal e ex-deputado Flávio Dino (PC do B-MA) a apresentar uma proposta de emenda constitucional acabando com o cargo vitalício dos ministros do Supremo. O projeto, de 2009, ainda está à espera de apreciação por parte da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara. Para Dino, a determinação do STF de aplicar a Ficha Limpa nas próximas eleições e as decisões sobre qual suplente deve dar posse no caso de afastamento do deputado titular reforçam a necessidade de evitar a submissão da política a uma aristocracia judiciária. Na prática, o Supremo decidiu o resultado das eleições, substituindo a soberania popular resume Dino.

Enquanto as propostas de emenda constitucional não entram na pauta, Fonteles conseguiu aprovar a realização de um seminário na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara para discutir a relação entre o Legislativo e o Judiciário. O evento está marcado para a próxima terça-feira.

Afigura-se como muito perigoso o tratamento desta questão nos termos apresentados pelo informe jornalístico, a despeito de que faça parte da estratégia político-parlamentar tensionar com a opinião pública determinados assuntos para ver como ela reage antes da tomada de medidas mais efetivas.

Em verdade, considerando ser a Democracia contemporânea uma tentativa de dar efetividade à idéia de self-government, na qual a soberania popular governa a si própria através de mecanismos de apresentação e representação, é a inter-relação entre todos estes mecanismos, com o que Dworkin chama de equal concern, que deve pautar as interlocuções, deliberações e as políticas públicas de governo, isto fundado na premissa de que, though it would compromise my dignity to submit myself to the authority of others when I play no part in the their decisions, my dignity is not compromised when I do take part, as an equal partner, in those decisions. Daí a importância contra-majoritária do exercício do Poder.

Outro ponto polêmico nesta discussão e bem abordado por Dworkin - diz com a compatibilidade, ou não, da existência de direitos individuais que não possam ser submetidos à vontade das maiorias, tal como a religião, por exemplo, isto porque uma compreensão mais cidadã da ordem constitucional republicana e democrática impõe o que o autor americano chama de partnership conception, a qual requires some guarantee that the majority will not impose its will in these matters.

Enfim, todos estes temas estão a envolver este Grupo de Trabalho do CONPEDI, em Política Judiciária e Administração da Justiça, notadamente quando a questão do protagonismo

excessivo de alguns atores do espaço público se destacam - como é o caso do Poder Judiciário, e os textos publicados aqui vão nesta direção também.

Uma boa leitura a todos.

**A NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO ENTRE LEGISLAÇÃO E JURISDIÇÃO: A
CRENÇA INEQUÍVOCA NA JURISDIÇÃO POSITIVISTA**

**THE NECESSARY DIFFERENTIATION BETWEEN LEGISLATION AND
JURISDICTION: THE UNEQUIVOCAL BELIEF IN POSITIVIST JURISDICTION**

**Giordana Ferreira Teixeira
Rodrigo Otávio Gomes Fagundes**

Resumo

A crença inequívoca na jurisdição positivista, ou seja, no fato de que a jurisdição é uma extensão da produção legislativa, é o que tem colocado os Tribunais Superiores no centro do sistema jurídico, situação que já era defendida por Niklas Luhmann. Por isso, imprescindível a diferenciação entre jurisdição e legislação como forma de limitar o campo de atuação dos referidos poderes e como forma de garantir a efetiva implementação e realização da democracia, por meio da qual o povo elege seus representantes que exercerão a função legislativa. No Brasil, cujas bases democráticas perduram desde 1988, a ausência de diferenciação entre jurisdição e legislação levou ao que é denominado por Oscar Vilhena Vieira como supremocracia.

Palavras-chave: Jurisdição, Legislação, Diferenciação, Democracia.

Abstract/Resumen/Résumé

The unequivocal belief in positivist jurisdiction, what means, on the fact that the jurisdiction is an extension of legislative output, is what has placed the Superior Courts in the center of the legal system, situation that was already defended by Niklas Luhmann. Therefore, is essential to differentiate between jurisdiction and legislation as a way to limit the field of action of these powers and in order to ensure the effective implementation and realization of democracy, through which the people elect their representatives to exercise the legislative function. In Brazil, whose democratic bases endure since 1988, the lack of differentiation between jurisdiction and legislation led to what is called by Oscar Vilhena Vieira as "supremocracy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Jurisdiction, Legislation, Differentiation, Democracy.

1 - INTRODUÇÃO

Objetiva-se com o presente artigo, inicialmente, demonstrar que o entendimento de que a jurisdição e legislação guardam intrínseca relação uma com a outra é decorrência de um pensamento histórico ultrapassado, mas que, até hoje, interfere na atuação legislativa e judicial.

O artigo abaixo se justifica, então, pela necessidade de, diante da interferência prática da concepção historicamente ultrapassada a respeito da legislação e jurisdição, demonstrar a necessidade teórica e prática de buscar a diferenciação entre ambas, em especial no Brasil, como fundamento para manutenção da base democrática instaurada.

A sugestão objetivada é demonstrar que, sem a realização da diferenciação entre as funções de ambas as esferas de poder, há a tendência fatal de usurpação do poder do povo, que é a característica marcante de uma sociedade democrática de direito, e de supremacia da jurisdição sobre a legislação, quando ambas, na verdade, deveriam coexistir.

Com vistas a apresentar a solução pretendida, será feita, como ponto de partida, uma análise da teoria dos Sistemas de Luhmann, em especial de sua teoria a respeito da diferenciação entre jurisdição e legislação, além do posicionamento de outros autores, para, então, analisar a atuação da legislação e da jurisdição nas sociedades constitucionalmente constituídas/ regidas, em especial no Brasil, com vistas a demonstrar que a ausência de diferenciação entre ambas leva, inevitavelmente, à crença inequívoca na jurisdição positivista.

2 - A TEORIA DOS SISTEMAS E A SUA INFLUÊNCIA NA DIFERENCIAÇÃO ENTRE LEGISLAÇÃO E JURISDIÇÃO

Autopoiese, do grego “auto” (próprio) e “poiesis” (criação) é a palavra que define a Teoria dos Sistemas criada por Luhmann.

Sociólogo alemão, Luhmann se dedica a analisar empiricamente, além de outros aspectos da Sociologia, o sistema jurídico. Para isso, se fundamenta na existência da sociedade como um sistema complexo que se autorregula no tempo e no espaço, de forma que o homem não constitui esta sociedade, mas passa a fazer parte das ações deste sistema. Significa dizer que o homem é apenas parte das ações do sistema, o qual, ressalte-se, é capaz de se autorregular e se manter sem o homem.

Tércio Ferraz Sampaio Júnior, na apresentação da obra “Legitimação pelo Procedimento” (1980) define que Luhmann

“concebe a sociedade como um sistema estruturado de ações significativamente relacionadas que não inclui, mas exclui do sistema social o homem concreto que passa, analiticamente, a fazer parte do seu mundo circundante.”

E é com base na análise da sociedade enquanto sistema autopoietico que Luhmann reserva-se a estudar o sistema do Direito como sistema autopoietico, sem a interferência de qualquer outro sistema. Isto porque, o direito é um fenômeno social, o que permite o seu enquadramento como sistema complexo e autossuficiente.

O que pretendia Luhmann, ao formular a Teoria dos Sistemas, não era imaginar uma forma de descrever soluções dentro de uma gama de ações sistematizadas. Contrariamente, a sua pretensão baseava-se na tentativa de romper o modelo clássico de ciência para distanciar-se das práticas que pretendem normatizar as ações sociais prescrevendo as possíveis soluções para cada problema social.

Com isso, a lógica sistemática no Direito permitiria que o próprio Direito mudasse a sociedade, se alterando ao mesmo tempo, utilizando-se de seu código binário direito / não - direito. Ou seja, o estudo do ramo do Direito deveria ser feito com base em uma lógica sistêmica que reconhecesse no próprio direito a fonte de sua autorregulação.

Diversamente da concepção absolutista e conservadora que imperava até meados do século XVIII, seria viabilizada a construção de um sistema jurídico dinâmico que se adequasse à complexa sociedade atual.

E, vale esclarecer, a dinamicidade sistêmica não dependeria das consciências individuais ou das ações humanas, pois, para o sociólogo alemão, “a sociedade não vive” (LUHMANN, 2007, p.13). Por isso, em sua teoria, defende que a sociedade apenas se viabiliza através do consenso, da concordância dos seres humanos. E sua viabilidade dependeria, para tanto, da comunicação, que é a base da teoria dos sistemas, que representa o alicerce de sua obra. Sem a comunicação, que é o meio de transmissão do consenso, a sociedade não seguiria seus rumos.

Neste ponto de sua teoria identifica-se certa semelhança com a epistemologia de Karl Popper, que preconiza a submissão das teorias à testificação com vistas a alcançar a verdade pretendida, desprezando, em sua análise, influências de ordem natural ou interferências do senso comum, *verbis*:

“eu sou um admirador do senso comum, embora não de todo ele; acho que o senso comum é nosso único ponto de partida possível. Mas nós não devemos tentar erigir um edifício seguro de conhecimento

sobre ele, pois, ao contrário, devemos criticá-lo e melhorá-lo. Portanto, eu sou um realista do senso comum; eu acredito na realidade da matéria (que considero como verdadeiro paradigma daquilo que a palavra 'real' deve denotar), e por esta razão, eu deveria chamar a mim mesmo um 'materialista', não fosse pelo fato de que este termo também denota um credo que (a) condena a matéria como essencialmente irreduzível e (b) nega a realidade dos campos imateriais de forças e, naturalmente, também da mente, ou consciência; e de qualquer outra coisa que não seja matéria.”
(POPPER, 2004, p.96)

A similitude com a teoria popperiana se justifica pelo fato de que Luhmann defende que a sociedade, enquanto sistema, é dinâmica, muda com o tempo e de acordo com as necessidades do momento. Além disso, Popper parte do senso comum como ponto de partida possível de sua teoria, assim como Luhmann encara o consenso como ação legitimadora.

Neste sentido, procedendo à contextualização do sistema jurídico, Luhmann pretende a análise das esferas de poder como influenciadoras das ações no sistema do Direito e o faz direcionando sua investigação, inicialmente, para o conceito de legitimidade dentro do sistema jurídico, caracterizando-o, da seguinte forma:

“Primeiro foi equiparado à posse do poder efetivo, depois foi usado de novo para dominar a problemática dum princípio de legalidade puramente positivo. Formulado com este fim, e abstraindo das tentativas para a restauração do direito natural, o conceito foi impelido para a realidade pura. Hoje ele significa a convicção, realmente divulgada, da legitimidade do direito, da obrigatoriedade de determinadas normas ou decisões, ou do valor dos princípios que as justificam.” (LUHMANN, 1980, p. 29)

Com este passo inicial, Luhmann faz uma abordagem histórica da legitimidade, atrelada ao poder soberano e inquestionável que perdurou da Idade Média até o século XVIII.

E a conclusão primeva a que se chega é no sentido de que a legitimidade, enquanto “uma disposição não generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância” (LUHMANN, 1980, p. 29), depende de uma causa psicológica relativamente simples, ou seja, por consenso moral, por exemplo, ou depende do resultado de mecanismos sociais incalculáveis que abordam um número não identificado de motivos.

Dispensados maiores detalhamentos a respeito das causas psicológicas, Luhmann tenta apontar os mecanismos sociais que poderiam influenciar na aceitação não generalizada de decisões, esclarecendo, inicialmente, que nem mesmo Max Weber, por meio do “conceito de legitimidade racional, baseada na crença na legalidade das ordens estabelecidas” (LUHMANN, 1980, p. 29), conseguiu esgotar o questionamento a respeito da legitimação da legalidade como sociologicamente possível.

É neste momento que o sociólogo alemão defende que, para romper com as práticas de tomada de decisões antigas por meio da confirmação do que é exato, dever-se-ia buscar, qualitativamente, outras formas de legitimação de decisões:

“Devido à elevada complexidade e variabilidade do sistema social da comunidade, a legitimação do poder político já não pode ceder a uma moral apresentada de forma natural, antes tem de ser aprofundada no próprio sistema político. (...) Além disso, tem de se assegurar que decisões obrigatórias sejam consideradas como premissas do comportamento, sem que se possa especificar com antecedência quais as decisões concretas que serão tomadas.” (LUHMANN, 1980, p. 31)

Neste sentido, validando o título de sua obra, Luhmann traz a lume a proposição de que a legitimação pelo procedimento “e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substituiu os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento do consenso.” (LUHMANN, 1980, p. 31)

Há, neste cenário, a desmistificação do Direito Natural, base da teoria kelseniana, bem como a inutilização de métodos outros, variáveis, que estabeleciam o consenso. Ou seja, a legitimação do poder político, neste momento, depende de um aprofundamento no próprio sistema político.

Neste viés, definir procedimentos seria definir o caminho para se alcançar um resultado que se amoldasse às necessidades da complexa sociedade atual.

Assim, após apontar o procedimento como a forma de alcance da legitimidade de atuação na sociedade, Luhmann se dedica a analisar a influência da positivação¹ do Direito para o sistema jurídico.

E a escolha deste subsistema como alvo de estudo se justifica em razão da convicção de Luhmann de que “pelo menos desde o século XIX, o estabelecimento do direito se converteu em objeto de trabalho permanente dum empreendimento organizado de decisão e

¹ “Por direito positivo entende-se as normas jurídicas que entraram em vigor por decisão e que, de acordo com isso, podem ser revogadas.” (LUHMANN, 1980, p. 119)

abrangeu todos os campos do direito, incluindo o direito constitucional.” (LUHMANN, 1980, p. 119)

Significa dizer com isso que Luhmann abordou a positivação do direito como uma necessidade premente da sociedade após o século XIX, a se considerar que, até então, o positivismo jurídico se reservava às decisões dos órgãos de governo.

Seria preciso, do seu ponto de vista, que o sistema social estivesse amparado por um sistema jurídico que não permitisse um direito totalmente alterável, com vistas a atingir

“um plano de funcionamento da sociedade mais completo e rico em alternativas seguindo as suas próprias condições de estabilidade e que não é compatível em detalhe com o direito anterior, apesar de toda a continuidade de normas e formas de pensamento.”

(LUHMANN, 1980, p. 121)

Assim, até o século XVIII, a ideia de legalidade, assim como a de jurisdição, era importante apenas para limites de significação e de técnica de regulamentação, ao passo que, a partir do século XIX, o direito positivado assumiu o caráter de autolimitação, assumindo, cada uma das vertentes, o seu lugar procedimental no sistema jurídico.

Reprise-se, neste aspecto, que, antes do século XVIII, aceitar a separação entre legislação e jurisdição seria afrontar o estado territorial, jurídica e politicamente autônomo.

Logo, malgrado Luhmann se afaste da concepção jusnaturalista, é importante a digressão histórica por ele realizada, constando-se que “somente no séc. XVIII os homens passam a aceitar, sob a proteção do Direito natural e do Direito da razão, a ideia de que todo e qualquer Direito é Direito Positivo segundo a substância das normas e a efetividade; somente com isso a ideia da autolimitação se agudiza.” (LUHMANN, 1990, p. 150)

A partir deste ponto, Luhmann destaca a necessária diferenciação entre legislação e jurisdição como uma base organizacional capaz de salvaguardar um sistema jurídico autoconstituente. A distinção, para ele, seria o instrumento de autodisciplina do sistema jurídico, o que deveria ser feito por meio da estrita observância dos procedimentos constitucionalmente estabelecidos.

E, partindo desse pressuposto, elenca as consequências desta diferenciação em um sistema autopoietico.

O primeiro ponto se resume ao fato de que os fundamentos da vigência do Direito podem ser incluídos no próprio sistema jurídico e na forma de uma lei constitucional, de forma que as regras costumeiras, então, quando incompatíveis com referida lei, não teriam vigência.

Em segundo lugar, passaria a existir um Direito vigente a partir da interpretação dos tribunais e a partir da importância da experiência histórica. Esta última hipótese apenas seria vislumbrada acaso não concluída uma codificação legal.

A terceira consequência seria a neutralização política da jurisdição, para assumir a função nuclear do sistema, de maneira que as funções administrativas dos tribunais seriam significativamente limitadas.

Além disso, a função de interpretação das leis passaria a ser delegada aos Tribunais, malgrado se restringir apenas à atuação do legislador, primitivamente. Neste aspecto, a vinculação à lei passaria a ser apenas objeto de interpretação por parte do Juiz.

Neste sentido, atuando os Tribunais como legisladores, haveria inevitável valorização da liberdade contratual privada, visto que os Tribunais reconhecem a vontade das partes como objeto de sua interpretação.

Consequentemente, os Tribunais passariam a assumir a competência regulativa, já que teriam a possibilidade de interferir na liberdade, posição historicamente inversa àquela adotada na Idade Média, quando a liberdade era vista como um privilégio.

Como resultado, a separação estrita de legislação e jurisprudência, desde o século XIX, “cria a possibilidade de sujeitar um lado à vontade política e o outro à vontade privada. Essa separação é formulada como não-separação, como vinculação do Juiz à lei (...).” (LUHMANN, 1990, p.154)

A ideia de Luhmann ao apontar as consequências acima era esclarecer quais foram as influências decorrentes da distinção entre legislação e jurisprudência nas alterações ideológicas, políticas e jurídicas na sociedade. Contudo, o sociólogo alemão ressalta que “a função da distinção entre legislação e jurisprudência não se localiza no plano organizacional: ela se localiza no sistema jurídico da sociedade.” (LUHMANN, 1990, p.155)

É nesse contexto que há a definição de que a existência de distinções dentro do sistema jurídico deve necessariamente existir como pressuposto para diferenciá-lo do seu mundo circundante, de forma que possa “enquanto sistema operativamente fechado, reproduzir suas próprias operações através da rede de operações próprias.” (LUHMANN, 1990, p.155)

Significa dizer, neste sentido, que a diferenciação pretendida gera reflexos fundamentais na constituição e autorregulação do sistema jurídico para que alcance condições de se manter fechado para o mundo circundante e capaz de regular suas próprias operações.

A distinção, contudo, leva a caminhos dúbios de interpretação no âmbito da própria sociedade, a se considerar que, ainda que hierarquicamente, a legislação anteceda à

jurisprudência, que leva em conta o direito vigente, são os Tribunais que definem se se está diante de um conflito, quando a decisão do legislador é que terá validade.

A interdependência entre a legislação e a jurisprudência se faz notória. Assim, Luhmann recorre ao texto constitucional, enquanto norma fundante positivada, para desmistificar a ideia de que a legislação assume posição superior à dos Tribunais.

Isto porque, malgrado entender que o texto constitucional é que definirá as competências legislativas, é ele também que deixará de prever, despropositadamente, determinadas competências, atuando os Tribunais, neste momento, como responsáveis para definir a competência atuadora ou definir eventual conflito.

Não é demais esclarecer que os Tribunais apenas seriam competentes, neste sentido, se fossem devidamente constituídos pelo texto constitucional.

E é a vigência da Constituição em termos de Direito Positivo que torna a hierarquização entre legislação e jurisprudência questionável.

Assim, conferindo à Constituição a função de positivizar o Direito no âmbito do sistema jurídico, Luhmann esclarece a ausência de comunicação, de ponto de vista empírico, a respeito do Direito.

E a consequência da falta de comunicação interna, além da definição de competências por meio de norma constitucional positivada, resultam, conseqüentemente, em demanda processual geradora de Direito, demandas estas que superam, substancialmente, a legislação.

Por esse motivo, defende Luhmann que os Tribunais, na sociedade atual, ocupam o centro do sistema jurídico, pois o sistema apenas os coage à decisão, assim, por conseguinte, nem o legislador nem as partes contratantes o fazem, *verbis*:

“Embora a lei possa coagir a organização administrativa do sistema político a decisões sobre requerimentos e, por conseguinte, à fundamentação de uma coação legal para a decisão, isso não passa de uma obrigação legal para a ação, similar à obrigação para uma declaração testemunhal e sujeita ao controle e à sanção por parte do Tribunal. Em última instância toda e qualquer coação legal para a decisão se resue na proibição da recusa da prestação jurisdicional.”
(LUHMANN, 1990, p.160)

Por razão lógica, a posição ocupada pelos Tribunais no sistema jurídico é reflexo da regra de proibição da não-decisão ou proibição da recusa de prestação jurisdicional, em virtude do princípio universal da proteção legal.

O que se constata da teoria luhmanniana, desta feita, é que, realizada a digressão histórica a respeito da legalidade e da jurisdição, o início do século XIX marca o início de uma nova fase, em que a proeminência das constituições enquanto normas instituintes do Estado de Direito demarcam a diferenciação entre ambas, com vistas a autorizar a organização da sociedade, atendendo aos anseios sociais de justiça e de unificação do poder.

A limitação de poder e funções impôs, então, a separação organizacional entre legislação e jurisdição, apesar dos textos constitucionais, enquanto bases do Direito Positivado, permitirem a atuação livre dos Tribunais para definir os conflitos advindos da legislação, bem como atuar conjuntamente na produção legislativa, com esteio na norma de proibição da recusa de justiça.

No Brasil, país reconhecidamente democrático pelo texto constitucional de 1988, não foi diferente a posição adotada pelos Tribunais.

3 - A LEGISLAÇÃO E A JURISDIÇÃO NO BRASIL PÓS - CONSTITUIÇÃO DE 1988

J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 52), ao conceituar o constitucionalismo moderno, designa-o como

“o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.” (CANOTILHO, 2003, p. 52)

Neste sentido, entende o texto constitucional como “estruturante de uma ordem jurídico- normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos.” (CANOTILHO, 2003, p. 245)

Com efeito, o constitucionalismo moderno visa à instituição do Estado de Direito, que é aquele pautado sobre diretrizes do direito enquanto ponto de partida das leis e decisões no sistema jurídico.

O texto constitucional é a matriz legislativa, adotando caráter de norma fundante do Estado a ela relacionado, a única norma capaz de definir as funções dos poderes públicos, impondo-lhes limites e criando deveres, além de definir os direitos fundamentais do homem.

No Brasil, contudo, ultrapassando a concepção de Estado de Direito, foi implementado, com a constituição da República Federativa de 1988, o Estado Democrático de Direito.

Um dos objetivos fundamentais estampados no texto constitucional (art. 3º) é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, respeitando-se os limites impostos pelos artigos seguintes, que estipulam direitos e deveres fundamentais dos cidadãos e da coletividade.

Não obstante, o texto constitucional ainda institui obrigações e limites dos poderes estatais, tripartidos em três esferas: legislativa, executiva e judiciária.

Entretanto, o que se denota é que a definição genérica de direitos e deveres, limites e obrigações ultrapassa a generalidade e a abstração das normas do *common law* para adotar uma postura rígida, engessada.

Por meio do texto constitucional de 1988 fica evidente a desconfiança do legislador constituinte brasileiro com o Poder²Legislativo, o que, nas palavras de Oscar Vilhena Vieira, “é, antes de tudo, uma consequência do avanço das constituições rígidas, dotadas de sistemas de controle de constitucionalidade, que tiveram origem nos Estados Unidos.” (VIEIRA, 2008, p.443)

No Brasil, especialmente, a ambição do longo e detalhado texto constitucional é resultado da clara intenção do legislador constituinte de romper com as bases ditatoriais implementadas por mais de um século.

A separação clara dos poderes e a conferência do direito irrestrito de voto aos cidadãos é a forma de garantir e implementar a democracia buscada ao longo do período ditatorial.

A evidência de que o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Judiciário, assumiria a função de corte constitucional e de foro privilegiado, por si só, já apontava para a supremacia de um órgão do Poder Judiciário como guardião das normas constitucionais.

Entretanto, o advento de emendas ao texto constitucional, a exemplo do art. 103 – A da Constituição da República, carrega em sua descrição a função legislativa de um órgão do Poder Judiciário.

Oscar Vilhena Vieira, neste aspecto, menciona que

“seria possível afirmar que a expansão da autoridade judicial começou a ser detectada, já no início do século passado, pelos realistas nos Estados Unidos, a partir de uma série de decisões liberais da Suprema Corte, no que se convencionou chamar de era

² Por coerência com o texto constitucional utiliza-se o termo “poder”, malgrado os autores entenderem que o termo correto a ser utilizado é “função” (legislativa, executiva e judiciária), já que se está inserido no contexto de um Estado Democrático de Direito, que preconiza que o poder emana do povo, por meio da representação eletiva (art. 1º, parágrafo único).

Lochner. Nesse período, a Corte passou a tomar decisões que substituíam a vontade do legislador, por intermédio da doutrina do devido processo legal substantivo.” (VIEIRA, 2008, p.442)

Assim, em decorrência da desconfiança do legislador constituinte do legislador ordinário, foi conferida ao Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão máximo, a possibilidade de pronunciar-se não só como guardião da Constituição e como foro privilegiado, mas como legislador ordinário, a exemplo da promulgação de súmulas vinculantes.

Constata-se que a ambição do texto constitucional, por sua vez, levou ao que poderíamos chamar de supremacia do Supremo Tribunal Federal em relação às demais esferas de poder, o que é conceituado por Oscar Vilhena Vieira como “supremocracia”³.

As consequências da autorização de atuação do Supremo de forma tão abrangente reflete clara afronta aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, em especial no que tange ao processo de tomada de decisões.

Uma vez que o Supremo passa a decidir questões de natureza substantiva, ditando regras econômicas e morais, por exemplo, não há como defender a existência de um Estado puramente democrático de Direito, visto que o poder não mais estaria nas mãos do povo, conforme preconiza o artigo 1º do texto constitucional, mas seria um poder concorrente entre o povo, por meio dos representantes eleitos, e o Supremo Tribunal Federal, em que pese a inequívoca “expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes.” (VIEIRA, 2008, p. 445)

4 - A NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO ENTRE LEGISLAÇÃO E JURISDIÇÃO

Na concepção de Luhmann, os Tribunais, enquanto órgãos do Judiciário ocupam o centro do sistema jurídico, destinando-se a legislação a ocupar-se de questões tangenciais na periferia do sistema, atuando de forma a selecionar as demandas que deveriam ser apreciadas, em última instância, pelos Tribunais.

Ainda que inexista hierarquia entre legislação e jurisdição para Luhmann, e que ambas possuam funções distintas no complexo sistema jurídico, à legislação caberia acomodar as irritações do sistema jurídico pelo sistema político, levando-o a se fechar para os sistemas circundantes.

³ “Assim, supremocracia diz respeito, em primeiro lugar, à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (rule) o Poder Judiciário no Brasil.” (VIEIRA, 2008, p.444)

Entretanto, a legislação, por si só, não conseguiria resolver todas as demandas internas ao sistema, visto que não teria condições, pelo processo legislativo burocrático que é exigido como forma de validar a representatividade, de acompanhar o ritmo frenético e constante de alteração das situações e conflitos sociais.

Jheremy Waldron (2010, p.93-158), opositor declarado ao *judicial review*, função desempenhada pelos Tribunais, defende que

“A discordância sobre direitos não é irracional e as pessoas podem discordar sobre direitos e ainda leva-los a sério. Nessas circunstâncias, elas precisam, para resolver suas discordâncias, adotar procedimentos que respeitem as vozes e as opiniões das pessoas – milhões delas – cujos direitos estão em jogo nessas discordâncias e trata-las como iguais nesse processo. Ao mesmo tempo, eles devem assegurar que esses procedimentos enfrentam, de maneira responsável e deliberativa, as questões difíceis e complexas que as discordâncias sobre direitos levantam. Os procedimentos legislativos ordinários podem fazer isso, tenho argumentado, e uma camada de revisão final pelos tribunais acrescenta pouco ao processo, a não ser uma forma bastante insultosa de cerceamento e uma ofuscação legalista das questões morais em jogo em nossas discordâncias sobre direitos.”

O *judicial review*, para Waldron, ainda que seja admissível do ponto de vista da guarda de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, não deve suprir o procedimento legislativo, que é o único capaz de conferir legitimidade às decisões.

Autorizar que os Tribunais, atuantes na forma implementada de um Estado Democrático de Direito, assumam a função de legisladores para suprir a carência legislativa, ultrapassaria os limites de separação de poderes estatais definidos, além de não legitimar o processo deliberativo.

Neste sentido, defende que o controle de constitucionalidade deve ser feito pelos políticos, democraticamente eleitos pelo povo, e não pelo judiciário. Assim, o processo de tomada de decisão pelo Parlamento é sempre mais justo, porque tomado pela maioria, isto porque, ainda que se pretenda estabelecer regras decisórias, sempre haverá alguém decidindo em causa própria.

Posição contrária é defendida por Hart, influenciado pelas regras do *common law*, que defende a criação de leis pelos juízes, defendendo a racionalidade das decisões por eles tomadas e critica a criação da lei no Parlamento.

Rosemiro Pereira Leal (LEAL, 2013, p. 03), neste aspecto, aborda que este problema de atuação inquestionável do decisor precede ao século XIX, figurando-se visível desde o século XVI, além de ser enfático ao defender a não atuação do judiciário como legislador concorrente, *verbis*:

“A inefetividade do direito, ao longo, dos milênios, máxime, com maior transparência, a partir do século XVI, ocorre pela entrega da atuação do direito ao Estado Dogmático, isto é, àquele que, como Estado-juiz, filia-se à dogmática analítica em que a crença na clarividência do decisor prevalece sobre a lei parlamentarizada a pretexto de que a lei é dotada de uma incompletude fatal. (...) Preconizar a completude ou a incompletude da lei é fenômeno acessível ao senso comum do conhecimento, mas dizê-las fatais como justificção de lhes sobrepor a soberania da vontade da autoridade judicante é desistir de pensar, conjecturar, teorizar. É render-se á tirania da jurisdição positivista que hoje já se julga altaneira e intocável sob rótulos de tribunais excelsos que acintosamente jurisprudencializam a priori o direito em flagrante substituição ao processo jurídico-legiferativo.” (LEAL, 2013, p. 03)

Infere-se que, assim como Luhmann, Waldron e Leal, a diferenciação entre legislação e jurisdição é imprescindível para a configuração do Estado de Direito, ou seja, de um Estado assentado e fundamentado no direito enquanto norma geral de conduta.

Contudo, há, conforme demonstrado, certa divergência entre o posicionamento dos referidos autores a respeito da legitimidade da atuação dos Tribunais na tomada de decisões e na resolução de conflitos que englobem o direito enquanto norma geral de conduta, ultrapassando a função primordial de guardiões das normas constitucionais.

Luhmann, conforme se denota, visando ao equilíbrio interno do sistema jurídico, defende a diferenciação entre ambas as esferas legislativa e judiciária; contudo, posiciona os Tribunais no centro do sistema jurídico, o que faz com base na regra de proibição da não decisão.

Ou seja, diante da omissão ou ausência legislativa, é legítimo aos Tribunais atuarem de forma complementar ou reguladora para resolver os conflitos internos, os quais, não sendo resolvidos, poderiam causar o desequilíbrio interno do sistema.

Não há, de acordo com seu posicionamento, preocupação com o direito individual do cidadão de ter seus direitos garantidos, bastando que o sistema se autorregule por seus próprios atos.

Por isso a importância de mencionar Luhmann como ponto de partida do presente artigo, tendo em vista o fato de que a posição por ele adotada vai ao encontro da real atuação dos Tribunais no sistema jurídico do Brasil.

Jeremy Waldron, por sua vez, defende o Estado Mínimo e é a favor de um controle de constitucionalidade feito pelos políticos e não pelo Judiciário.

Rosemiro Pereira Leal, a quem nos alinhamos, despreza “*um modelo constitucional de processo garantista a partir da base constituída do direito a ser ainda acertado pela autoridade jurisdicional.*” (LEAL, 2005, p. 105)

Isto porque, amoldando-se à realidade brasileira, o resultado que se vê atualmente é que o Supremo Tribunal Federal passou a adotar a posição de Corte revisora processual, atuando na resolução de conflitos individuais, de forma que

“os processos recursais dominam o STF com larga vantagem – representam quase 92% dos casos – mas são responsáveis de pouquíssimos atores – apenas 10 partes respondem por quase 65% desses processos. E, desses 10 maiores litigantes, nove são diretamente ligados ao Poder Executivo.”(FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2011, p. 70)

Assim, além de uma atuação que torna ilegítimo o Estado Democrático de Direito, visto que o poder decisório é retirado a duras penas das mãos do povo e assumido, com toga e em lugares suntuosos, pelos ministros da Corte Suprema, a própria atuação dos Tribunais passa a ser inefetiva de ponto de vista prático.

Não que não seja inefetiva a criação de regras sobre direito e de normas positivadas, pois, neste caso, entende-se pela invalidade da decisão judiciária tomada ao arrepio da regra democrática de representação.

Ocorre que, não obstante a invalidade da decisão, a tomada de decisão pelo Supremo Tribunal Federal, em relação a demandas individuais, tem resultado na conseqüente usurpação de direito das partes componentes da relação processual.

Isto porque, não tendo condições físicas de acolher tantas demandas, o órgão judiciário supremo se dedica à criação de normativos para limitar o acesso, em todos os aspectos, ao poder judiciário.

E, assim, os agentes de direito, crenes que a jurisdição positivista é capaz de proferir decisão mais legítima (porque, historicamente, o legislador não teria condições de salvaguardar todos os interesses individuais e, até mesmo, coletivos), criando direitos e deveres capazes de acomodar as irritações do sistema, conforme define Luhmann, não se cansam de agarrar-se às amarras da Corte Suprema, acreditando que este órgão é a representação do próprio Direito.

5 - CONCLUSÃO

A conclusão a que se chega é que, assim como pontuado na introdução, há, de fato, interferência histórica da ambígua caracterização da legislação e jurisdição, cuja diferenciação era importante apenas para limites de significação e técnica de regulamentação e se justificava como forma de não afrontar o estado territorial, jurídica e politicamente autônomo.

Tal ambiguidade e interrelação são consequências da atuação de um Estado absolutista, que depositava na lei, criada pelo próprio Estado, o requisito de legitimidade do poder.

O enfoque dado à teoria dos Sistemas de Luhmann é importante como passo inicial para distinguir, necessariamente, a legislação da jurisdição, o que não afasta o fato de que, na sociedade atual, são os Tribunais Superiores que assumem posição central no sistema jurídico, ainda que inexistente hierarquia entre a lei e a jurisdição, para ele.

Contextualizando a realidade apresentada por Luhmann à realidade brasileira pós Constituição de 1988, que instaurou o Estado Democrático de Direito, o que se denota é que o próprio texto constitucional permitiu a inclusão de dispositivos que conferissem ao Judiciário a função legiferante, em alguns casos, usurpando a competência do Legislativo, que deveria ser a imagem do povo no exercício do poder pela via representativa, além de permitir-lhe interferir em assuntos morais, econômicos e políticos.

Visualiza-se, desta forma, a supremacia de um órgão do Judiciário sobre os demais e sobre a própria ordem social, política, econômica e legislativa do Estado.

Assim, conclui-se que a diferenciação não apenas teórica, mas, especialmente, prática entre legislação e jurisdição teria o condão de quebrar o paradigma da crença na jurisdição positivada, ou seja, na jurisdição que possui competência legiferante, devolvendo ao povo, por meio dos seus representantes eleitos, o poder de decidir os rumos da sociedade.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Edições Almedina: Coimbra. 7.ed. 2003, p.52.
- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *I Relatório Supremo em Números: o Múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro, 2011. 71p.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: Uma Trajetória Conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. 106p.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. 339p.
- LUHMANN, Niklas. *A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico*. In *Ajuris*, Porto Alegre, nº 49, ano XVII, p. 149/168, julho de 1990.
- _____ . *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007.
- _____ . *Legitimação pelo procedimento*. Trad. De Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980.
- VIEIRA, O. V. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, 4 (2), p. 441-464, Jul - Dez/2008.
- WALDRON, Jheremy. A essência da oposição ao Judicial Review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.p. 93-158.