

INTRODUÇÃO

Niklas Luhmann é considerado um dos mais importantes teóricos sociais do século XX, tendo se dedicado, especialmente, ao estudo da sociologia jurídica e ciência do direito. Sua teoria sistêmica desenvolve-se em três vertentes: a **comunicação**, a **evolução** e os **sistemas**.¹

Para o autor, a sociedade é um grande sistema social, composto por várias formas de comunicações, cabendo aos homens desempenharem o papel de **ambiente** necessário da sociedade e não, de seus elementos integrantes, como tradicionalmente prega a teoria social. Isto não significa uma desvalorização do homem perante a sociedade, eis que a diferença entre sistema e ambiente atribui a este a mesma importância daquele:

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

Deste modo, a diferença entre **sistema** e **ambiente** é fundamental para a compreensão da sociedade moderna, onde tudo o que ocorre pertence simultaneamente a um dos subsistemas (ou a vários deles) e ao ambiente de outros sistemas, que operam de forma autônoma e concomitantemente, conforme veremos.

A **comunicação**, por sua vez, é a operação responsável pela reprodução de um elemento do sistema social a partir de outros elementos que compõem um mesmo sistema, ou seja, os sistemas sociais utilizam a comunicação como ato de autorreprodução, o que é denominado *autopoiese*.²

Isto significa que um sistema depende de seus próprios atos para se reproduzir, seus elementos e suas estruturas constroem-se e transformam-se mediante operações internas, que se utilizam da comunicação inerente ao sistema. Cada operação parte da anterior e cria condições para a seguinte - o que leva a denominá-los de **sistemas autorreferenciais**.

¹ Neste sentido VILLAS BÔAS FILHO (2006, p. 101 apud LIMA, 2008): “[...] é necessário lembrar que a teoria da sociedade, tal como Luhmann a concebe, está apoiada em elaborações teóricas-conceituais advindas não apenas da teoria dos sistemas, mas também de uma teoria da comunicação e de uma teoria da evolução.”

² Deriva etimologicamente do grego *autós* (“por si próprio”) e *poiesis* (“criação”, “produção”). O termo foi cunhado na década de 1970 por Humberto Maturana e Francisco Varela, para designar a capacidade de autorreprodução dos seres vivos, rompendo a tradição darwiniana de que a continuidade e a evolução das espécies estariam condicionadas a fatores ambientais. Segundo esta teoria, cada ser vivo é um sistema autopoietico, caracterizado como uma rede fechada de produções moleculares (processos) em que as moléculas produzidas geram com suas interações e transformações a mesma rede de moléculas que as produziu.

Neste ponto, cabe uma distinção entre a teoria biológica da *autopoiese* e a sistêmica de inspiração luhmanniana: enquanto naquela há uma concepção radical de fechamento, pois exige um observador fora do sistema para a produção das relações entre sistema e ambiente; nos sistemas sociais, sobretudo naqueles dotados de sentido³, a auto-observação é componente necessário da reprodução autopoietica, à medida que tais sistemas se referem, simultaneamente, a si mesmos (para dentro) e ao seu ambiente (para fora), ou seja, reagem tanto a condições internas quanto externas (NEVES, 2006, p. 61).

Portanto, haveria uma combinação de **fechamento operacional com abertura do sistema** às referências do ambiente e aos programas de mudança no sistema, interrompendo a circularidade da *autopoiese* e caracterizando, assim, a capacidade de ressonância do sistema (CAMPILONGO, 2002, p. 75). Por exemplo, em relação ao direito, a proibição de denegação da justiça (*i.e.* a proibição de o juiz pronunciar o *non liquet*) força a operatividade interna do sistema, conferindo-lhe o fechamento autopoietico:

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

Dando continuidade à nossa reflexão, a sociedade moderna, enquanto sistema social mais abrangente, é composta por diversos sistemas parciais e especializados, constituídos sobre a base de uma conexão unitária de comunicações. Cada um caracteriza-se pela distinção com o ambiente (*i.e.*, os indivíduos e as relações sociais), por seu **código** exclusivo, num esquema binário, por **programas** específicos e pelas **operações** particulares de reprodução de seus elementos internos (o que denota o **fechamento operacional**⁴, essencial à unidade do sistema).

O código de preferência é sempre uma estrutura interna ao sistema social, que permite identificar se uma comunicação pertence àquele determinado sistema parcial e, ao mesmo tempo, a distingue das comunicações exteriores. Por exemplo, o código binário do sistema jurídico é direito/não-direito (ou algo é conforme o direito, ou é contrário a ele);

³ São sistemas constituintes de sentido os psíquicos e os sociais; e sistemas não constituintes de sentido os orgânicos e os neurofisiológicos.

⁴ Dizer que um sistema é operacionalmente fechado não implica o isolamento com o ambiente, mas sim a existência de operações internas que permitem ou interrompem a autorreprodução dos elementos do sistema. Trata-se, pois, da autonomia do sistema.

enquanto o código binário do sistema político é governo/oposição, impossível ser os dois simultaneamente.

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

O conceito de sistema autorreferencialmente fechado (mas aberto ao ambiente) será útil para compreender tanto as peculiaridades entre o sistema jurídico, cuja função precípua é a de possibilitar a generalização das expectativas normativas, e o sistema político, ao qual incumbe a tomada de decisões coletivamente vinculantes por meio do uso do poder, quanto para entender o entrelaçamento entre eles, permitindo, assim, o exercício de uma função política pelo Poder Judiciário:

Serve para explicar como, a partir dessa autonomia do sistema jurídico em relação ao ambiente, o Judiciário encontra condições específicas para ver, reagir e reelaborar, a partir de seu código linguístico (esquematismo binário: direito/não-direito, legal/ilegal, permitido/proibido, certo/errado segundo a lei), o material e as irritações provenientes do ambiente. Dito de outro modo: exatamente por atuar num quadrante “neutro” e legal – ou apolítico – o Judiciário pode assumir uma paradoxal função política. (CAMPILONGO, 2002, p. 68).

Como partes integrantes do sistema social, os sistemas jurídico e político não podem ser pensados separadamente da sociedade e, portanto, os mesmos critérios de fechamento operacional daquele, lhes são igualmente válidos. Não obstante a clausura operativa e autonomia no cumprimento de suas funções, veremos que esses dois sistemas sofrem interferências recíprocas:

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

Feitas tais considerações, importantes para a compreensão dos principais aspectos do modelo sistêmico de Luhmann, pretendemos, a seguir, analisar a evolução dos sistemas sociais como um processo constante de variação, seleção e estabilização; em seguida, discorreremos sobre a diferenciação funcional dos sistemas jurídico e político e, após, explanaremos sobre o modo como a Constituição realiza o acoplamento estrutural entre aqueles dois subsistemas, possibilitando a influência recíproca entre eles e, ao mesmo tempo, filtrando-as, para que possam se adaptar às particularidades do seu ambiente.

Por fim, discutiremos o papel do Poder Judiciário, diante do enfraquecimento da democracia representativa e da perda de representatividade dos partidos políticos, na efetivação de direitos fundamentais e na construção da cidadania. Para tanto, abordaremos a distinção entre os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, a fim de traçar os limites para o protagonismo judicial.

1 EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS SOCIAIS SOB A PERSPECTIVA LUHMANNIANA

Um **sistema** pode ser entendido como “a disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si e que funcionam como uma estrutura organizada” (MARTINELLI, 2012, p. 2), com vistas a atingir um objetivo.

Há várias espécies de sistemas: os naturais (compostos pelos organismos vivos), os sociais (organizações sociais), os públicos (administração pública), os privados (empresas), sistemas isolados (como uma classe escolar) ou abrangentes (como os sistemas de transporte, de água, de educação, econômico, judicial, político).

Cada sistema possui **recursos próprios**, isto é, os meios adequados para desempenhar as tarefas; além de **componentes**, que são a missão, os trabalhos e as atividades que o sistema pode desempenhar para realizar seus objetivos (MARTINELLI, 2012, p. 5).

O sistema distingue-se do **ambiente**, que corresponde a tudo o que extrapolar as fronteiras daquele - denominado ambiente externo -, ou o que está fixo e fora do controle, do ponto de vista do sistema, mas que pode ter influência no seu desempenho - que seria o ambiente interno (MARTINELLI, 2012, p. 7).

De acordo com Luhmann, a sociedade moderna, enquanto um sistema social, é caracterizada pelo **alto grau de complexidade** (eis que o mundo se tornou imprevisível) e pela **diferenciação funcional de seus subsistemas** (família, empresas, economia, política, ciência, direito etc.).

A hipercomplexidade implica no amplo horizonte de possibilidades que cada experiência concreta apresenta, impossíveis de serem todas realizadas, e que, por isso, exigem uma seleção das formas mais adequadas de experimentação e ação. Ainda assim, as diversas alternativas que surgem no campo da interação humana podem ser diferentes das esperadas - a esta hipótese Luhmann denomina **contingência**, isto é, o perigo de desapontamento e a necessidade de assumir riscos (LUHMANN, 1983, p. 44-46).

Destarte, a sociedade moderna é constituída por sistemas parciais, que desempenham funções específicas e são altamente diferenciados, seja em razão da comunicação própria, seja por sua estrutura: “Através da diferenciação funcional dissolver-se-ia a comunhão das concepções coletivas, e em seu lugar surgiria uma solidariedade ‘orgânica’ que, tal qual um organismo, possibilitaria a conjunção das diferentes partes.” (LUHMANN, 1983, p. 26). A diferenciação sistêmica-funcional depende do grau de complexidade apresentado pelo sistema social, numa relação diretamente proporcional.

É neste sentido que Luhmann afirma ser a crescente complexidade da sociedade o **motor da evolução**. A compreensão do conteúdo de **evolução** requer cautela, eis que o autor não se utiliza de conceitos próprios do evolucionismo biológico, tais como o dogma da seleção natural e da sobrevivência do mais apto, para construir sua teoria da sociedade. A evolução social não decorre, pois, de fatores ambientais ou genéticos, nem é determinada pela consciência do indivíduo ou de grupos humanos, que podem até condicionar-lhes o agir, mas não determinam a evolução social.

Luhmann também nega qualquer concepção progressista ou teleológica da evolução - esta não se configuraria como um processo de passagem para uma vida melhor ou um maior grau de felicidade, ideia de progresso vigente em épocas pretéritas como sinônimo de aperfeiçoamento contínuo da sociedade. Nem tampouco a evolução dirigir-se-ia a um fim determinado ou à realização de um ideal ou valor, não sendo algo *a priori* planejado. Ainda sobre o paradigma da evolução no pensamento luhmanniano, afirma Neves (2006, p. 5) que:

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

Então, o que seria evolução para Luhmann? Na visão do autor, o conceito implica na **transformação do improvável em provável**, dando ênfase ao acaso (*i.e.* quando a conexão entre sistema e ambiente escapa ao controle) e, por isso mesmo, não ofertando nenhuma interpretação do futuro. Assim, ocorre evolução quando o comportamento desviante passa a integrar a estrutura do respectivo sistema, o que se dá por meio dos seguintes mecanismos: **variação, seleção e restabilização**.

Quando a comunicação - unidade elementar da sociedade - desvia-se do modelo estrutural de reprodução social, introduzindo no sistema algo inesperado e surpreendente, manifesta-se a **variação**, que passa a representar a reprodução desviante dos elementos através dos próprios elementos do sistema. Isso pode levar a uma **seleção** negativa, que rejeite

o desvio, ou positiva, que o endosse por meio da construção de estruturas idôneas que permitam a continuidade da reprodução do novo elemento, atuando como diretivas de comunicações posteriores.

Por fim, a inserção destas novas estruturas num complexo já existente requer uma compatibilização, isto é, as estruturas pré-existentes devem se rearticular a fim de adequar-se às novas expectativas, possibilitando a continuidade dinâmica da sociedade - de modo que, assim, teremos a **restabilização**.

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

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

Evolução, portanto, é simplesmente o acréscimo da complexidade do ambiente e também da complexidade interna ao sistema, característica típica das sociedades modernas, em que as transformações são intensas - tal processo implica numa multiplicação do número de alternativas de escolha e possibilidades de ação (CAMPILONGO, 2002, p. 89).

Outro interessante aspecto da teoria sistêmica luhmanniana é que as operações de seleção diante das diversas relações possíveis entre os elementos de um sistema (e que são denominadas **operações de redução de complexidade**) permitem, paradoxalmente, a contínua reprodução da complexidade interna do referido sistema. Logo, redução e manutenção de complexidade não seriam termos contraditórios e garantiriam a compatibilidade do sistema com o ambiente (CAMPILONGO, 2002, p. 72).

Tomaremos agora o exemplo do sistema político para ilustrar o que foi dito: a democracia, com todo seu aparato (periodicidade das eleições, garantia dos direitos das minorias, reversibilidade das decisões, alternância no poder etc.), gera um processo de contínua circulação das possibilidades de escolha, pois a cada decisão correspondem novas alternativas e demandas por outras decisões. Quanto maior o número de opções (ou mais ampla a democratização do sistema político), maior também a quantidade de propostas

discriminadas no momento da decisão. Aplica-se aqui também o processo de variação, seleção e estabilização do sistema, que objetiva a redução de sua complexidade interna e, concomitantemente, a continuidade desta complexidade.

2 SISTEMA JURÍDICO E SISTEMA POLÍTICO: DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL E INTERFERÊNCIA RECÍPROCA

O surgimento do Estado e a positivação do direito mudaram substancialmente a relação entre sistema jurídico e poder político.⁵

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

Por volta do séc. XVIII, os Estados começaram a empreender a codificação do direito a fim de instituí-lo como instrumento para fins políticos. Com isso, inverteu-se a antiga relação de hierarquia, de modo que a política passou a se situar acima do direito e lhe conferir conteúdo e validade. No entanto, o direito estabelecido politicamente não trazia nenhuma garantia de justiça (natural ou divina) em si - o que punha em cheque sua legitimidade. Por conseguinte, à positivação do direito logo sucedeu a tentativa de se vincular novamente a legislação a princípios superiores (GRIMM, 2006, p. 6-8).

Atualmente, nas sociedades modernas, em especial, no Estado Democrático de Direito, a evolução e o processo de diferenciação dos sistemas sociais deixam nítidas as diferenças entre sistema jurídico e sistema político: enquanto a produção legislativa do direito é uma **decisão programante**, operacionalizada no âmbito político, num contexto de complexidade e contingência elevadas, a decisão judicial é uma **decisão programada**, que atua num contexto de complexidade e contingência já reduzidas pelo processo de positivação

⁵ Cf. GRIMM (2006, p. 3): “Em sua forma atual, a relação entre direito e política encontra-se decisivamente cunhada pela positivação do direito. Por positivação entenda-se o processo histórico no qual o direito passou de validade tradicional ou transcendente para validade decisionista.”

do direito - isto significa que o espaço de inclusão de atores no debate judicial é bem mais limitado do que o do conflito político, que permite uma inclusão generalizada do público (CAMPILONGO, 2002, p. 103).

Outra diferença quanto ao processo decisório de ambos é que o legislador e o administrador podem escolher sobre o que decidir, eis que controlam sua agenda decisória, ao passo que o juiz, além de não ter controle algum sobre as causas que têm acesso ao Judiciário, deve sempre decidir sobre todas as causas que lhe são apresentadas. Além disto, os critérios de justificação das decisões são completamente distintos: o legislador presta contas ao eleitorado e, por isso, seus parâmetros são culturais e segundo a opinião pública; já o juiz encontra fundamento para suas decisões no ordenamento jurídico (CAMPILONGO, 2002, p. 104).

Podemos apontar, ainda, o escopo de atuação mais amplo do legislador e do administrador, que tomam decisões globais, passíveis de correções e ajustes posteriores, podendo, assim, modificar completamente ou simplesmente interromper seus programas de governo. A magistratura, por sua vez, tem escopos mais limitados e atua de forma fragmentária, nos limites da lide proposta pelas partes - suas decisões são isoladas e não há controle sobre o impacto que causam (CAMPILONGO, 2002, p. 105).

Apesar da autonomia operacional e da diferenciação de funções dos sistemas jurídico e político, o nexos entre eles é facilmente identificado pela influência recíproca que exercem: os direitos subjetivos só podem ser estatuídos e impostos por meio de um poder político organizado que toma decisões coletivamente vinculantes e, vice-versa, tais decisões devem sua obrigatoriedade coletiva à forma jurídica da qual se revestem.

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

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

um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais (HABERMAS, 2003, p. 171).

Segundo Habermas (2003, p. 182-183), o direito, ao emprestar forma jurídica à organização política, serve à constituição de um código de poder binário (superior/inferior) e, inversamente, o poder, na medida em que reforça as decisões judiciais, serve para a constituição de um código jurídico binário (direito/não-direito). O entrelaçamento entre os dois códigos ocorreria por meio do estabelecimento de funções recíprocas, ao lado das funções próprias de cada sistema (estabilização de expectativas de comportamento, no caso do direito, e realização de fins coletivos, em se tratando da política).

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

Luhmann (apud NEVES, 2006, p. 89) vai além e afirma que a autonomização do sistema político só se torna viável quando o código de preferência do direito passa a ser relevante no interior do sistema político, isto é, ao lado da distinção primária poder/não-poder, o esquema binário lícito/ilícito passaria a desempenhar, na perspectiva de observação do sistema político, o papel de segundo código do poder. Isto implica que, no Estado de Direito, todas as decisões do sistema político estão subordinadas ao controle jurídico e, inversamente, o direito positivo não pode prescindir da legislação deliberada politicamente - o que denota nitidamente a relação sinalagmática entre esses sistemas.

No entanto, não é suficiente que a diferença entre lícito e ilícito atue como segundo código da política, pois a capacidade operativa do sistema depende não apenas dos códigos, mas também de seus programas específicos. É por isso que o procedimento jurisdicional, em sua atividade de controle do poder político, deve se orientar de acordo com programas finalísticos (de índole jurídica-constitucional) e o sistema político, por seu turno, na elaboração e operacionalização de seus programas finalísticos, fica vinculado aos programas de natureza normativo-jurídica (NEVES, 2006, p. 94).

Por fim, merece nota um aspecto relacionado à dinâmica de funcionamento entre **centro e periferia** no interior do sistema jurídico e do político, essenciais à *autopoiese*.

O sistema político possui um centro organizacional, representado pelo Estado, onde são tomadas as decisões coletivamente vinculantes, e uma periferia altamente complexa,

composta por várias organizações políticas, responsáveis pela preparação e encaminhamento das decisões. O grau de complexidade na periferia é mais elevado do que no centro, pois suas pretensões são sempre superiores ao âmbito de possibilidades internas de governo (CAMPILONGO, 2002, p. 74.).

No sistema jurídico, o centro é representado pelas instituições judiciais (Tribunais) e pelos operadores do direito (advogados, juízes, promotores etc.), e a periferia, pelas inúmeras estratégias de criação privada do direito (contratos, por exemplo) e pelos mecanismos que filtram as questões jurídicas, evitando que sejam processadas pelo Judiciário. Sob a perspectiva luhmanniana, todo e qualquer tipo de comunicação voltada à diferença entre direito/não-direito integra o sistema jurídico e como, na maioria das vezes, a comunicação acerca do direito ocorre fora do seu centro, a periferia do sistema jurídico opera num grau de complexidade mais elevado do que o daquele (CAMPILONGO, 2002, p. 82-84).

Sendo assim, podemos afirmar que a diferença centro/periferia, para Luhmann, é apenas uma **forma de dois lados**, pois não há hierarquia entre eles, de modo que a periferia é tão relevante quanto o centro para o processo de *autopoiese*.

3 CONSTITUIÇÃO COMO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE DIREITO E POLÍTICA

Interessante analogia feita por Luhmann para retratar a conexão entre Constituição e estes dois sistemas sociais autônomos - direito e política - no âmbito de sua teoria sistêmica, é trazida à tona por Campilongo (1998, p. 53 apud LIMA, 2008, p. 15), sendo oportuna sua transcrição:

Os sistemas jurídico e político podem ser descritos como duas bolas de bilhar. Uma não se confunde com a outra. Porém, o jogo só tem sentido quando as duas bolas se tocam. A Constituição e as instituições representativas operam exatamente nesse ponto de contato. As duas bolas sugerem, de uma parte, a separação funcional dos sistemas e, da outra, um conjunto de prestações entre a política e o direito. Só nesse sentido um sistema depende do outro.

Adverte-se, porém, que o termo **Constituição** empregado por Luhmann não se refere a um conceito normativo-jurídico (Kelsen), fáctico-social (Lassale, Weber e Engels) ou culturalista (Heller), tampouco é concebida como ordem total da comunidade no sentido clássico de *politeia* (Aristóteles) - a Constituição deve ser compreendida como uma **aquisição evolutiva** da sociedade moderna, que envolve um **uso linguístico inovador** vinculado às

transformações revolucionárias ocorridas no início da era contemporânea, cuja função seria a de criar uma **limitação jurídica ao governo** (NEVES, 2006, p. 95-96).

A Constituição, nesta acepção, apresenta-se como um mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre os sistemas jurídicos e político, isto é, ela limita e facilita, concomitantemente, a influência recíproca. O acoplamento entre os dois sistemas não é apenas operativo (como um vínculo momentâneo entre as operações do sistema e do ambiente), mas é, antes, estrutural, o que importa numa atuação duradoura no plano das próprias estruturas do sistema (NEVES, 2006, p. 97).

O acoplamento estrutural só é possível em razão da autonomia operacional de cada sistema que, por seu turno, é resultado da própria existência deste acoplamento. Como os sistemas são autorreferenciais, a Constituição é recebida por cada um como um mecanismo interno de controle de sua autorreprodução e de filtragem seletiva das influências do ambiente (fechamento e abertura cognitiva, respectivamente). Deste modo, impede que critérios externos de natureza diversa dos elementos de um sistema tenham validade imediata em seu interior: “Através da Constituição como acoplamento estrutural, as ingerências da política no direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos são excluídas, e vice-versa. Configura-se um vínculo intersistêmico horizontal, típico de Estado de Direito.” (NEVES, 2006, p. 98).

Em outros termos, a conexão entre os sistemas jurídico e político não significa que o ambiente de um sistema determine as estruturas ou as operações do outro, mas que cada sistema possui uma forma específica para pressupor as mudanças em seu ambiente e coligar esse contexto às suas operações internas - o que é feito com o auxílio do acoplamento estrutural. Não se trata, portanto, de troca de informação ou de *input/output* de um sistema ao outro, mas de informações e operações que são selecionadas e construídas internamente (CAMPILONGO, 2002, p. 96).

É desta forma que o reingresso (*re-entry*) da Constituição no interior do sistema político viabiliza a inserção do código lícito/ílcito como segundo código da política, a ser observado, por exemplo, na institucionalização do procedimento eleitoral democrático, com a consequente formação pluripartidária do Parlamento, evitando-se, com isso, a imposição imediata de interesses particulares no âmbito da política. No entanto, adverte Luhmann (1983 apud NEVES, 2006, p. 104):

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

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

4 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

É notório, nas últimas décadas, que a regulação legislativa tem avançado sobre diversos aspectos da vida social, passando a “juridificar” esferas de convivência que antes não constavam do rol de relevância jurídica. Essa multiplicação de normas passou a introduzir no sistema jurídico uma série de questões de difícil resolução, seja em razão da incoerência ou da sobreposição de normas. Surgiram, com isso, casos insolúveis no interior de um sistema que não admite o *non liquet*: “a diferenciação do direito, nesse sentido, incorpora uma variabilidade estrutural que expande as situações ‘juridicizáveis’ e os poderes do juiz. Numa palavra: ‘politiza’ a magistratura.” (CAMPILONGO, 2002, p. 92).

Neste contexto de judicialização das relações sociais, morais e políticas, aliado à ascensão institucional do Poder Judiciário e ao esvaziamento do circuito “Governo/Parlamento”, sobretudo em face da descrença na sua efetividade em responder aos anseios sociais, deve-se questionar quais os limites da atuação política do magistrado, principalmente nos casos que envolvem a concretização de direitos fundamentais (podemos citar temas controvertidos decididos recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, como a abertura dos arquivos da ditadura militar, o aborto do anencéfalo, as uniões homoafetivas).

Os doutrinadores dividem-se acerca do tipo de atividade que a jurisdição realiza no momento em que interpreta as disposições constitucionais que cuidam daqueles direitos: os **procedimentalistas** não reconhecem o papel de concretizador de direitos ao Judiciário, reservando-lhe a função de controle das “regras do jogo” democrático; à medida que os **substancialistas** reconhecem tal papel e veem o Judiciário como o local apropriado para a garantia de fortalecimento da democracia. Adverte-se, porém, em relação à postura

substancialista, que sua adoção não autoriza a defesa de ativismos judiciais, eis que a concretização dos direitos deve estar em consonância com o previsto pela Constituição e não, com critérios pessoais ou convicções morais do julgador (STRECK, 2013, p. 52).

Neste ponto, é oportuno distinguirmos **ativismo judicial** de **judicialização da política**⁶: enquanto aquele está associado a um **ato de vontade** do órgão judicante, sendo uma questão ligada à interpretação da Constituição; a judicialização é um **fenômeno político**, gerado pelas democracias contemporâneas, especialmente como resultado do constitucionalismo do segundo pós-guerra e da noção de “constituição dirigente”, que se propõe a estabelecer objetivos e fins a serem alcançados pelo Estado.

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

Por outro lado, o ativismo revela-se como um problema exclusivamente jurídico, a ser enfrentado pela Hermenêutica Jurídica, pois está situado no âmbito interpretativo, da decisão judicial - decorre de um ato de vontade do intérprete que rompe os limites dados pelo texto constitucional e, desta forma, aplica diretamente a Constituição a situações não expressamente contempladas.

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

Assim sendo, as novas relações entre direito e política, particularmente por meio da criação jurisprudencial do direito, são inevitáveis, porém a atuação do Judiciário deve ser garantista, a fim de preservar direitos fundamentais, mas sem margem de discricionariedade, eis que a conduta de seus membros deve ser pautada pelo critério da legalidade.

⁶ Neste sentido, seguimos a distinção feita por TOMAZ DE OLIVEIRA; TASSINARI, 2014, p. 71-92.

CONCLUSÃO

A necessidade de organização da complexidade do mundo, manifestada em diversos sistemas, foi determinante para o desenvolvimento do modelo sistêmico de Luhmann, fundado sobre as noções de sistema, comunicação e evolução. Sistema é a disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si e que funcionam como uma estrutura organizada, com vistas a atingir um objetivo; comunicação é a operação responsável pela autorreprodução do sistemas (*autopoiese*); e o mecanismo de evolução pode ser traduzido nas operações de variação, seleção e reestabilização.

A sociedade moderna é um grande sistema social, que abarca diversos sistemas parciais ou subsistemas, entre eles: o direito e a política. Cada sistema possui códigos próprios (estruturados de forma binária), programas específicos e operações particulares, que o distinguem dos demais e possibilitam sua autorreprodução, a partir de seus próprios elementos e estruturas internas. Por este motivo, afirma-se que os sistemas são “operacionalmente fechados” ou “autorreferenciáveis”.

Por outro lado, os sistemas parciais sofrem influências e interferências de outros sistemas, e, também, do ambiente que, na concepção de Luhmann, corresponde aos indivíduos e às relações sociais (distinguindo-se da concepção sociológica tradicional que os considera elementos da sociedade). Este processo é denominado “abertura cognitiva” e permite a adaptação dos sistemas às constantes transformações sociais.

A forma como dois subsistemas sociais autônomos e distintos interligam-se é denominada de “acoplamento estrutural” e, no Estado Democrático de Direito, cabe à Constituição realizá-lo. Ela o faz filtrando as influências do ambiente (e de outros subsistemas) e as reintroduzindo no interior de cada sistema, utilizando a comunicação própria daquele sistema. Isto impede, por exemplo, ingerências da política no direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos e vice-versa.

Tais considerações são primordiais para entendermos a atuação política do Poder Judiciário, num contexto de hipercomplexidade da sociedade moderna e diferenciação de seus sistemas parciais. Vivemos uma era de ascensão institucional do Poder Judiciário, tido como “a tábua da salvação” no que tange à garantia de direitos fundamentais, e grande descrença nos agentes políticos, considerados incapazes de dar efetividade àqueles direitos. Além disto, existe uma crise na própria democracia, decorrente do excesso de regulamentação legislativa associado à crescente litigiosidade social.

Neste contexto, distinguimos ativismo judicial de judicialização da política. O ativismo é considerado um ato de vontade do juiz ou dos tribunais, que extrapolam seus poderes no exercício de suas atribuições, em especial, quando rompem com os limites dados pelo texto constitucional e o aplicam a situações não expressamente contempladas. Já a judicialização é um fenômeno político, inerente às democracias modernas, que decorre, sobretudo, de constituições dirigentes, preocupadas em dispor sobre programas de governo.

A conclusão a que chegamos neste trabalho é a de que a função política do Judiciário seria promover o acoplamento estrutural entre o direito e a política, por intermédio da aplicação da Constituição, de modo que as interferências de um sistema sejam devidamente processadas por operações internas do outro, dentro da concepção de Luhmann, sem que houvesse usurpação de funções próprias, mas uma influência recíproca entre eles.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Ivete Maria de Oliveira. Judicialização, ativismo e efetivação dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, Ano 2, v. 2, p. 95-119, jan./jun. 2012.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 7 ed. ver. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

GASPARDO, Murilo. O papel dos tribunais na efetivação dos direitos sociais diante do esvaziamento do circuito governo/parlamento. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 38, n. 121, p.252-272, mar. 2011. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/2011/08/26/revista-121-ano-xxxviii-marco-2011/>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. vol. I. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LIMA, Fernando Rister Sousa. Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 4, n. 4, p.1-20, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/4/showToc>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

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

MARTINELLI, Dante Pinheiro [et al.] (Org.). **Teoria geral dos sistemas**. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; TASSINARI, Clarissa. Ativismo judicial e judicialização da política: notas para uma necessária diferenciação. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; TOSTES DOS SANTOS, Márcio Gil. (Org.). **Constituição Brasileira de 1988**: reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário. Curitiba: Juruá, 2014. p. 71-92.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.